

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

MAYNARA MARIA COELHO BARROS

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CULTURA DO MEDO A PARTIR DE UMA
INFLUÊNCIA MUDIÁTICA**

**SOUSA - PB
2016**

MAYNARA MARIA COELHO BARROS

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CULTURA DO MEDO A PARTIR DE UMA
INFLUÊNCIA MUDIÁTICA**

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva.

**SOUSA – PB
2016**

MAYNARA MARIA COELHO BARROS

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CULTURA DO MEDO A PARTIR DE UMA
INFLUÊNCIA MUDIÁTICA**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/____.

Orientador (a): Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva.

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

A minha mãe Ivânia e a minha avó Maria Laurismar, por toda dedicação e amor a mim dispensados incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe Ivânia Maria Coelho, por sempre ter me proporcionado o aparato necessário para os estudos, por todo apoio e amor, pela renúncia em meu nome e dos meus irmãos.

A minha avó Maria Laurismar Coelho, por todo carinho, apoio, cuidado e confiança a mim dispensados, por representar um exemplo de mulher guerreira e batalhadora.

Aos meus irmãos Mariane Mayse Coelho Barros e Matheus Coelho Barros, por todo apoio e confiança, bem como pelo companheirismo de todas as horas, e por representarem uma inspiração de honestidade e compromisso para mim

Ao meu pai Hugo Rodrigues de Barros, por todo apoio e amor que a mim foram dedicados.

Ao meu orientador, Professor e Doutor Iranilton Trajano por sua disponibilidade, compromisso, carinho e por toda sabedoria que viabilizou a realização do presente trabalho.

Aos meus tios, Paulo, Geovane, Paulo Barros e as minhas tias, Aline, Mônica, Francisca e Rivani, que sempre torceram pela minha vitória e contribuíram com muito carinho e amor.

A todos os meus amigos, em especial as minhas amigas e companheiras de curso, Camila Moura, Milena Lima, Ana Márcia, Tâmita Magalhães, Thais Carlos, Maria Cecilia, Edna Rodrigues, Rayssa Garcia, Marianne Gurgel, Jéssica Carvalho, Marília Wandavelde, Hérica Marinho, Neiliane Estanislau, Yasmin Lima, Por todo o companheirismo, por tornarem a trajetória em Sousa-PB mais aprazível e por todos os ensinamentos que cada uma, a seu jeito, transmitiu-me.

A Deus, por ter me concedido discernimento e paciência para a realização desta monografia, do mesmo modo que por todas as bênçãos recebidas ao longo dessa caminhada.

Por fim, a todos que de alguma forma contribuíram e torceram pela realização desse sonho e me ajudaram a concretizá-lo.

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

A consolidação da cultura do medo suscita o sentimento de vingança nos cidadãos, cada vez mais acometidos pela criminalidade, convencidos com os apelos midiáticos e em razão da ineficiência do poder público em deter o crescimento da violência. Este contexto favorece o desenvolvimento da Teoria Penal do Inimigo, cujo pensador, Gunther Jakobs, advoga a distinção do cidadão e do inimigo, bem como a aplicação de penalidades mais contundentes ao último. A teoria do direito penal do inimigo fomenta mediante a sanção o restabelecimento da ordem e da vigência da norma violada pelo criminoso, bem como a resguardar e readquirir a confiança dos cidadãos na eficácia e devida aplicação do Direito. Uma ciência penal que deverá ser mais incisiva ao tratar com indivíduos infratores do sistema. A doutrina do inimigo de Jakobs amolda-se na construção de uma conjuntura penal apartada das garantias constitucionais e processuais penais que foram conquistadas a duras penas e após anos de luta. O presente trabalho busca estudar a influência da doutrina do Direito Penal do inimigo para o ordenamento jurídico brasileiro, acompanhado da sua expansão calcada nos discursos de exaltação da violência e do cultivo do medo injetados na sociedade através da mídia. Assim, objetiva-se avaliar a conjuntura social que está sendo erguida baseada nos fundamentos da doutrina do inimigo. Os métodos de procedimento são o histórico, comparativo e funcionalista. Para a execução da pesquisa utiliza-se o método dedutivo e partir-se-á de uma compreensão geral da influencia midiática orientada a fomentar a cultura do medo, favorecendo a aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo no Brasil atual. Operar-se-á da pesquisa documental indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, realizada por livros, revistas, monografias e artigos eletrônicos, bem como pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Penal o Inimigo. Cultura do medo. Mídia. Violência.

ABSTRACT

The culture of fear consolidation raises the feeling of revenge on citizens increasingly affected by crime, convinced by the media appeals and due to the ineffectiveness of the government in arresting the growth of violence. This favors the development of the Enemy Criminal Theory, whose thinker, Gunther Jakobs advocates citizen of distinction and the enemy, and the application of more significant penalties to the last. The theory of enemy criminal law through sanction the restoration of order and the validity of the rule violated by the criminal as well as to protect and regain public confidence in the effectiveness and proper implementation of the law. A criminal science to be more effective in dealing with offenders individuals system. The doctrine of Jakobs enemy conforms to the construction of a criminal situation apart of criminal constitutional and procedural safeguards that were won with great difficulty and after years of struggle. This work aims to study the influence of the doctrine of criminal law of the enemy to the Brazilian legal system, together with its expansion rooted in the exaltation of discourses of violence and fear cultivation injected into the society through the media. Therefore, the objective is to assess the social situation that is being built based on the doctrine of enemy bases. The procedure methods will be historical, comparative and functionalist. For the implementation of the research will be used the deductive method and from It will be a general understanding of the influence media oriented to promote the culture of fear, encouraging the application of the Criminal Law of the Enemy Theory in Brazil today. Operate will direct documentary research, through literature research by books, magazines, monographs and electronic items and jurisprudential research.

Key-words: Enemy Criminal Law. Culture of fear. Media. Violence

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CFRB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1998

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

LEP – Lei de Execuções Penais

RDD - Regime Disciplinar Diferenciado

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	UMA ANÁLISE SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	13
2.1	BREVES CONTORNOS ACERCA DAS TEORIAS DO DIREITO PENAL ...	13
2.1.1	A teoria clássica, a neokantiana e a teoria finalista da ação	14
2.1.2	Direito penal máximo e direito penal mínimo.....	16
2.1.3	Direito penal do fato e direito penal do autor	17
2.2	A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO	19
2.3	CONCEITO E PILARES JUSFILOSÓFICOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	21
2.4	A QUALIFICAÇÃO: CIDADÃOS OU INIMIGOS?	25
3	O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	28
3.1	A TEORIA DE GUNTHER JAKOBS FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.....	29
3.1.1	O princípio da dignidade da pessoa humana	30
3.1.2	O estado democrático de direito e os mandados de criminalização	31
3.2	O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	35
3.3	O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS.....	39
3.4	O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DE DROGAS	40
3.5	A LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016 OU LEI DO TERRORISMO.....	42
4	A CULTURA DO MEDO COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL ATRAVÉS DA DOCTRINA DO INIMIGO DE JAKOBS.....	45
4.1	A MÍDIA: INFLUÊNCIA E RESPONSABILIDADE.....	47
4.2	SEGURANÇA PÚBLICA: O PRETEXTO; A POLÍCIA: DESCRENÇA E ESTERÍÓTIPO.....	53
4.3	A CULTURA DO MEDO VEICULADA ATRAVÉS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	56
5	CONCLUSÃO.....	61
	REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	64

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica objetiva realizar uma análise crítica acerca da incidência da Teoria do Direito Penal do Inimigo e conseqüentemente analisar a cultura do medo a partir de uma influência midiática sobre a sociedade brasileira. É importante enunciar reflexões em relação ao tema, ante as implicações que promove sobre o modo de vida das pessoas, bem como a sua influência na sistemática do Direito Brasileiro.

Esta pesquisa propôs-se, também, a analisar a presença da Teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, mediante o estudo da sua aplicação em determinadas leis. Fazer uma crítica no tocante a forma como a Doutrina do Inimigo está sendo formulada no Brasil, assim como, a justificativa para a sua aceitação.

A relevância social e acadêmica do presente estudo é irrefutável, com o auxílio da pesquisa bibliográfica, é possível despertar o senso crítico e transformar esta realidade, expandindo o entendimento do pesquisador e ensejando o estudo aprofundado do impacto que a mídia causa na construção de uma ideologia para a sociedade.

É importante destacar, que para a abordagem do presente estudo, operar-se-á da pesquisa documental indireta, mediante a pesquisa bibliográfica, realizada por livros, revistas, monografias e artigos eletrônicos, bem como pesquisa jurisprudencial.

Assim, infere-se que o Direito Penal disciplina matérias que sejam imprescindíveis a manutenção da ordem no seio da sociedade e para minimizar os conflitos inevitavelmente gerados pelo convívio social. Desta feita, o princípio da Intervenção Mínima e seus corolários, associados ao princípio da Fragmentariedade e da Adequação social consubstanciam o entendimento de ultima ratio do Direito Penal.

De tal forma, na ocorrência de violação ao ordenamento jurídico, em sendo a lesão causada a bens jurídicos que estejam sob a tutela do Direito Penal, tem-se a modalidade mais gravosa de violação ao Direito, constituindo-se, nesse sentido, o fato social como ilícito penal, ensejando punição a quem transgredir o pacto e cometer tal ilícito, uma vez que viola e agrava a paz social.

Vale ressaltar o importante papel da mídia para construção e validação de uma ideologia orientada exclusivamente para a criminalização de condutas, promovendo a manifestação de uma cultura do medo, ideal justificado pela impunidade e pela busca da justiça, desconfigurando a premissa de ultima ratio do Direito Penal.

Notadamente, os meios de comunicação contribuem sensivelmente para a formação de valores ou expressões sociais, de modo que ao manipular o fato através da notícia - em favor dos próprios interesses - garantem a edificação de uma informação, por vezes inverídica ou potencializada.

Os pressupostos do Direito Penal do Inimigo surgem, neste contexto, como a medida mais adequada para contrapor a crescente violência no Estado brasileiro, de forma que através da cultura do medo, veiculada pela mídia, as pessoas ampliam a sensação de insegurança e impunidade, passando a professar o discurso midiático como se fosse o seu próprio. Neste íterim, para se executar um trabalho monográfico desvelado, será necessário organizá-lo em três capítulos, os quais se estruturam da seguinte maneira:

O primeiro capítulo será composto por quatro setores, sendo o primeiro sobre as teorias concernentes ao Direito Penal e que fundamentaram o surgimento do Direito Penal do Inimigo. O segundo traz um breve contorno sobre a Teoria das Velocidades do Direito Penal. O terceiro setor conceitua e analisa as bases jusfilosóficas da Teoria do Direito Penal do Inimigo e por último o quarto setor faz referência a dicotomia entre cidadãos e inimigos preconizada pelo Direito Penal do Inimigo.

O segundo capítulo dispensa estudo sobre a aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro e está planejado em cinco setores. O primeiro analisa a Teoria de Gunther Jakobs frente à Constituição Federal. O segundo aponta o Regime Disciplinar Diferenciado como típico regime moldado conforme os postulados do Direito Penal do Inimigo. Os demais retratam, respectivamente, a presença da Teoria do Inimigo na Lei dos Crimes Hediondos, na Lei de Tóxicos e por último na recente Lei que disciplina o crime de terrorismo no território brasileiro.

O terceiro capítulo será dividido em três sessões, propõe-se a reflexão acerca da cultura do medo como mecanismo de controle social através da doutrina do inimigo de Jakobs. Assim, a primeira sessão refere-se à influência e

responsabilidade da mídia. A segunda, aponta um breve relato sobre a segurança pública e polícia sob as lentes da imprensa. A terceira, por fim, diz respeito a cultura o medo e sua forma de veiculação através do Direito Penal do Inimigo

2 UMA ANÁLISE SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Teoria do Direito Penal do inimigo, baseada em políticas públicas do combate ao crime, desde a década de 1990, faz a separação do cidadão e do inimigo para qualificar um indivíduo que infringiu a lei, levando em consideração a natureza do delito e a personalidade do autor.

De tal forma, há uma dicotomia entre cidadãos e inimigos, uma vez que a referida teoria sugere a divisão do direito penal em duas ramificações diferentes, reservado a pessoas com individualidades distintas.

Gunther Jakobs, professor e filósofo alemão, desenvolveu várias teorias para explicar determinadas áreas do Direito Penal, tais como, os princípios, o conceito de culpa, a coerção e dentre elas, a Teoria do Direito Penal do Inimigo ganhou maior destaque por ser o tema controverso e proporcionar acalorados debates sobre sua aplicabilidade.

Bittencourt (2013, p. 126) ao estudar a ideia proposta por Jakobs intitulando-a de normativismo radical aduz que “Para Jakobs, o verdadeiro bem jurídico penal a ser protegido é a validade fática das normas, porque somente assim se pode esperar o respeito aos bens que interessam ao indivíduo e ao convívio social”.

Dessa maneira, a lesão ao bem jurídico não é em si o objeto de atenção da política penal, esta será explicada por meio da violação a vigência da norma, bem como através da oposição ao ordenamento jurídico, segundo a doutrina de Jakobs.

2.1 BREVES CONTORNOS ACERCA DAS TEORIAS DO DIREITO PENAL

Para entender o embasamento filosófico e jurídico que constituem a compreensão da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, é importante estudar a evolução de determinadas teorias do Direito Penal, bem como sua contribuição para formação da doutrina do inimigo.

Portanto, a fim de explicar as raízes da Teoria Penal do Inimigo, será feita uma breve explanação acerca das Teorias do Delito, do Direito Penal Máximo e Direito Penal mínimo, bem como sobre o Direito Penal do Fato e Direito Penal do autor.

2.1.1 A teoria clássica, a neokantiana e a teoria finalista da ação

O Direito Penal estruturou seus fundamentos sob a clara ingerência das variadas escolas da Ciência Penal que surgiram com o decorrer da sua evolução histórica. É importante destacar, neste contexto, as teorias do delito.

Inicialmente, a teoria causal da ação, desenvolvida por Von Liszt, conforme a qual, a ação é a execução de forma voluntária que promove uma modificação no mundo exterior. A teoria causalista vincula a finalidade da ação à atribuição de uma alteração no mundo exterior à manifestação da vontade. Von Liszt (1899, p. 198 apud MORAES, 2006, p. 95) explica que:

A causação do resultado por um ato de vontade, entendido como movimento corpóreo voluntário, isto é, com (tensão) contração dos músculos, determinada, não por coação mecânica, mas por ideias ou representações e efetuada pela intervenção dos nervos.

O denominado sistema naturalista, clássico ou causalista forma um conceito jurídico prévio que limita a ação ao movimento, de modo voluntário, que resultará em uma modificação no mundo exterior. Assim, ensina Greco (2000, p. 136-137):

O tipo é a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior. A antijuridicidade é definida formalmente, como contrariedade da ação típica a uma norma de direito que se fundamenta simplesmente na ausência de causas de justificação. E a culpabilidade psicologicamente conceituada como a relação psíquica entre o agente e o fato

A concepção naturalista foi confrontada a partir da reestruturação do delito, assim, passou-se a questionar que a antijuridicidade não se compunha apenas por elementos objetivos, tampouco a culpabilidade poderia ser lecionada exclusivamente por elementos subjetivos.

O sistema neoclássico ou neokantiano do delito é resultado da superação do modelo naturalista, de modo que, desloca-se o formalismo, característica do sistema clássico, para uma tendência teleológica preocupada com os valores. Nesse sentido, aduz Greco (2000, p. 136-137):

Ao invés de distribuir as elementares de acordo com os critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, começou-se por buscar a fundamentação material das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, no passo seguinte, proceder à construção teleológica dos conceitos, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade de modo mais perfeito possível.

O tipo passa de uma descrição objetiva da alteração do mundo externo para a descrição - compreendido em sentido material - de uma ação que seja lesiva a sociedade e antijurídica. A antijuridicidade, para teoria neoclássica, compõe-se de elementos subjetivos e normativos, a culpabilidade, por sua vez, é entendida sob um enfoque normativo, definida como o juízo de reprovação que recai sobre a prática delituosa.

Posteriormente, a teoria finalista da ação defendida por Hans Welzel advogou um conceito de ação distinto das correntes anteriores. Em oposição às teses precedentes, a finalidade da ação e a manifestação da vontade não integram a culpabilidade, assim sendo, são elementos que compõe a ação propriamente dita. Para o finalismo não há que se falar em dolo e culpa adstritos a culpabilidade, mas como elementos integrantes do fato típico.

Ao analisar a teoria finalista da ação de Welzel, Roxin (2002, p. 200), faz uma breve explicação aduzindo que:

A chamada teoria finalista, que dominou a discussão da dogmática penal das primeiras duas décadas do pós-guerra, chega, por sua vez, a um novo sistema de Direito Penal. Seu ponto de partida é um conceito de ação diverso das antigas concepções sistemáticas, consideravelmente mais rico de conteúdo. Para ela a 'essência' da ação que determina a totalidade da estrutura do sistema, encontra-se no fato de que o homem através de uma antecipação mental, controla cursos causais e seleciona meios correspondentes no sentido de determinado objetivo, 'supradeterminando-o finalisticamente'

A partir do finalismo de Welzel, foi suscitada a chamada concepção normativa pura, esta não se questiona em relação a culpabilidade ao estudar a manifestação da vontade. A ação é direcionada a gerar um resultado no mundo externo, considerando não o sentido jurídico, mas o sentido naturalístico.

O fato natural será considerado fato típico quando houver uma ação dirigida a uma finalidade que o justifique, de forma que o resultado e o seu nexos causal se adequem a uma descrição penal.

Destarte, visto que a finalidade é inerente à ação, conclui-se imediatamente, a configuração não somente de uma ação típica, mas uma ação que poderá ser definida a título de dolo ou de culpa. A ação corresponderá a uma tipificação penal e conseqüentemente a sua finalidade, haja vista que a segunda é indissociável da primeira.

2.1.2 Direito penal máximo e direito penal mínimo

O Direito Penal tem como um dos seus princípios informadores a última ratio, traduzida por meio da aplicação da lei penal somente em último caso, apenas se os outros ramos do direito forem insuficientes para regular as relações sociais. Dessa forma, a tutela penal será aplicada se imprescindível ao bem jurídico, não cabendo à lei penal disciplinar relações que podem ser solucionadas por medidas menos gravosas.

É importante aduzir que o Direito Penal é instrumento de controle social, todavia não poderá ser tido como absoluto, é inafastável a contribuição da contenção social, de modo formal ou institucional, exercida pelo Direito Penal. É o entendimento de Eugênio Raúl Zaffaroni (2013, p. 69):

O sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo (apesar de frequentemente, inclusive neste âmbito, se tratou de encobrir tal discurso, ainda que de forma grosseira, dado o inquestionável da realidade punitiva). Dentro do sistema penal, como veremos de imediato, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, de modo que sua importância, embora inegável, não é tão absoluta como as vezes se pretende, especialmente quando dimensionamos o enorme campo de controle social que cai fora de seus estreitos limites. Para evitar os enganos onipotentes, que levam à produção de efeitos paradoxais por via de ficções, é indispensável ter presente, a todo o momento, estes limites e este panorama.

Todavia, em razão da ineficiência das políticas criminais, a violência e a dificuldade da aplicação concreta da vontade da norma, paira o sentimento de impunidade e injustiça no seio da comunidade.

Entende-se por Direito Penal Máximo o desenvolvimento de teorias que exigem uma lei penal mais severa, com maior abrangência e a criminalização de condutas, deslocando o direito penal de última a primeira ratio.

Por outro lado, tem-se que o Abolicionismo Penal, fundamentado nas finalidades da pena e no princípio da dignidade da pessoa humana, preconiza o fim do Direito penal, sugerindo medidas alternativas para resolver os conflitos, é certo que se trata de uma tese utópica e sem aplicabilidade prática por sua inviabilidade.

Em meio ao Direito Penal Máximo e Abolicionismo Penal, há o Direito Penal Mínimo, embasado nos princípios e garantias fundamentais, o que se coaduna com um Estado Democrático de Direito, porém mantém a natureza punitiva do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, há um paradoxo vivenciado pelo Brasil que atualmente enfrenta situações extremas equivalentes ao direito penal máximo e ao direito penal mínimo. Há de forma nítida um conflito de interesses, entre a vontade política, a segurança jurídica, unicidade do ordenamento e os anseios da coletividade. Em vista disso, vale destacar o que expõe Ferrajoli (2006, p. 103), quando retrata sobre essas certezas absolutas e antagônicas:

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 contrário, em que nenhum inocente seja punido, à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certezas e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.

É inegável a relação de afinidade entre a Doutrina Penal do Inimigo de Jakobs e o Direito Penal Máximo. As premissas das teorias são idênticas, pode-se dizer que são complementares. Extrai-se do pensamento de Ferrajoli, já citado, que a ideologia do direito penal máximo pode até se confundir, em parte, com a do direito penal do inimigo.

2.1.3 Direito penal do fato e direito penal do autor

Estudar os fundamentos do Direito Penal do inimigo remonta inevitavelmente a antiga discussão acerca da legitimidade da teoria do Direito Penal do Fato em prejuízo da teoria do Direito Penal do Autor.

É sabido que a edificação do sistema punitivo poderá ter o fato ou o autor por fundamento. Erige-se o Direito Penal do Fato ao considerar de forma única e pura o fato. Em contrapartida, apreciando-se exclusivamente o autor, evidencia-se o Direito Penal do autor.

Para o Direito Penal do Autor existe um determinado perfil de autor, segundo o qual não é a conduta, mas a personalidade que é criminalizada. O fato não se torna completamente insignificante, uma vez que exerce um papel indicativo, sendo o ponto inicial e pressuposto para aplicação da lei penal, viabilizando a criminalização da situação de perigo em função de características particulares do

autor como, por exemplo, o comportamento e a reincidência, independentemente do crime e da aplicação de penas após o delito.

De modo contrário ao Direito Penal do Autor, o Direito Penal do Fato não admite condenar a personalidade ou o caráter das pessoas, deve-se julgar privativamente a sua conduta. Assim, não se poderá imputar culpa a um indivíduo de modo geral, senão apenas em referência a um dado fato ilícito.

O Direito Penal do Fato não leva em conta a conduta social ou a individualidade do sujeito, mas reconhece o princípio da culpabilidade enquanto o julgamento acerca da relação entre o autor com o fato efetivamente praticado.

Nessa esteira, é o Direito Penal do Fato característico dos ordenamentos jurídicos que estejam fundamentados em princípios de um Estado Democrático de Direito. Meliá (2007, p. 80), ao analisar o Direito Penal do Fato e a sua incompatibilidade com o Direito Penal do inimigo, afirma:

Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é rechaçando-se um Direito penal orientado na 'atitude interna' do autor.

Ao avaliar o Direito Penal do Inimigo, Meliá (2007, p. 80), justifica seu entendimento e argumenta da seguinte forma:

Não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato - o que ocorre em muitos outros âmbitos de 'antecipação' das barreiras da punição - mas que a regulação, tem desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos - os inimigos - mais que na definição de um 'fato'.

Notadamente, a Doutrina do Direito Penal do inimigo está próxima do Direito Penal do Autor, uma vez que ambas concentram-se principalmente em julgar o caráter ou modo de ser do indivíduo, em detrimento do fato efetivamente praticado, Não é a gravidade da conduta, mas o perigo que o agente representa que irá determinar sua condenação.

É importante ressaltar que para o ordenamento jurídico brasileiro, prevalece para a configuração do delito o Direito penal do Fato. Todavia, há também a utilização do Direito Penal do Autor para a fixação da pena, para decidir sobre o regime de cumprimento da pena, e outros, conforme se verifica a partir das disposições do artigo 59 do Código Penal.

2.2 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal disciplina matérias que sejam imprescindíveis na manutenção da ordem no seio da sociedade e para minimizar os conflitos inevitavelmente gerados pelo convívio social. No entanto, o desenvolvimento da humanidade, o avanço da tecnologia e os novos meios de interação social e de relacionamento geram a necessidade da adequação do direito penal para sua efetiva aplicabilidade.

O professor Silva Sánchez criou uma tese para delimitar as etapas percorridas pelo Direito Penal, a chamada teoria das velocidades compreende as fases de evolução do Direito Penal. De acordo com Moraes (2006, p. 199-201), são três as velocidades lecionadas por Sánchez, contudo, hodiernamente, existem quatro velocidades.

O Direito Penal de primeira velocidade, também conhecido por Direito Penal clássico, apresenta-se pela preferência da aplicação de pena privativa de liberdade, conforme estudos históricos e, ao mesmo tempo, preza pelas garantias e liberdades do indivíduo, dentre elas, o devido processo legal e o princípio da presunção de inocência. Assim, é possível caracterizar o direito penal de primeira velocidade pela imposição de pena privativa de liberdade, resguardadas as garantias individuais.

A segunda velocidade objetiva a aplicação de penas alternativas, tratando-se de crimes de menor gravidade, aplicar-se-á pena não privativa de liberdade, tem-se a utilização das denominadas penas restritivas de direito e concomitante há a relativização das garantias.

É um exemplo no ordenamento jurídico brasileiro do Direito Penal de segunda velocidade, a Lei nº 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais Criminais, e trouxe em seu artigo 76 o que se chama de transação penal, medida despenalizadora que possibilita a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, há, portanto, a presença dos elementos do Direito Penal de segunda velocidade, ou seja, há imposição de pena não privativa de liberdade, mas em contrapartida, mitiga-se a presunção de inocência, garantia fundamental prevista na Constituição Federal.

O Direito Penal de terceira velocidade é a conjunção de parte do Direito Penal de primeira velocidade com o de segunda velocidade. Ressalte-se o seu caráter

severo e contundente, uma vez que prevê a pena privativa de liberdade e a flexibilização das garantias, simultaneamente.

É a terceira velocidade que acolhe o Direito Penal do Inimigo, devido ao tratamento dispensado ao infrator da lei, intitulado delinquente e inimigo, do qual são retiradas as garantias individuais e defende-se a imposição de pena privativa de liberdade de forma bastante incisiva.

Ao inimigo é conferido um tratamento distinto daquele que é destinado ao cidadão. Consequentemente, um antagonismo entre o cidadão que, ao violar a Lei Penal, torna-se objeto do Direito Penal e o inimigo que é uma ameaça ao Estado, sendo o seu tratamento individualizado. Nesse aspecto, Leciona Jakobs (2007, p. 21):

[...] Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais.

A Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072 de 1990, pode ser citada a título de exemplo da terceira velocidade do Direito Penal no Brasil, de tal forma que aumentou a pena de determinados crimes, estabeleceu o cumprimento da pena em regime integralmente fechado e suprimiu a liberdade provisória. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade da exigência do regime integralmente fechado para início do cumprimento da pena, o que se deseja é demonstrar a contemporaneidade da doutrina do inimigo e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

A quarta velocidade do direito penal não foi pensada pelo professor Silva Sanches, advinda da Itália, foi criada a partir da necessidade de punir os crimes cometidos em face da coletividade, os crimes contra chefes de estado, os crimes contra o meio ambiente e as infrações aos tratados internacionais.

Há a expansão do direito penal e por consequência a sua abrangência ou atuação passam a ser universais. Em tese, a competência para processo e julgamento seria do Tribunal Penal Internacional, no entanto poderia haver restrição a certas garantias, levando a um direito penal do inimigo com alcance universal.

Destarte, o Direito Penal do Inimigo categorizado como terceira velocidade do Direito Penal deve ser estudado a partir das suas bases jurídicas e filosóficas. De tal

forma, a seguir será realizada uma análise da valoração jusfilosófica compreendida pela Teoria de Gunther Jakobs.

2.3 CONCEITO E PILARES JUSFILOSÓFICOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A relação entre indivíduos que são titulares de direitos e deveres é o que se denomina Direito, no entanto, o vínculo com o denominado inimigo não está no campo do Direito, uma vez que é disciplinado pela coação. O Direito autoriza a coação, sendo assim, vale ressaltar que a coação mais grave é a prevista pelo Direito Penal, e pode-se dizer que as penas são direcionadas contra o inimigo. Uma afirmação que possui alguns precursores de destaque para a filosofia.

Os filósofos que entendem o Estado em sentido estrito, através de um contrato, estudam o crime como uma violação do contrato, o delinquente é o infrator e rompe as normas contratuais estabelecidas. Dessa forma, não mais lhe será conferido os benefícios do mesmo, tendo em vista que a partir de então, deixou de compor a relação jurídica com os demais.

É incontestável a influência dos denominados filósofos contratualistas para a obra de Gunther Jakobs, quais sejam, Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Thomas Hobbes, Johan Gottlieb Fichte, dentre outros.

De acordo com Rosseau e para confirmar o posicionamento exposto, qualquer delinquente que viole os direitos sociais perde a qualidade de cidadão e deixa de ser parte do Estado, visto que travou uma guerra com este, comprovada por meio da sanção proferida contra o malfeitor. Assim, é o pensamento de Rosseau (1959, p. 33 apud JAKOBS, 2007, p. 26) expresso "... ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão".

Gunther Jakobs baseou-se nas ideias de Rosseau, uma vez que projetou um Direito Penal direcionado ao inimigo. Nesse sentido, haverá um Direito penal para os cidadãos considerados de bem, pessoas que cumprem os seus deveres, garantem o Estado, não qualificadas como perigosas, e um Direito penal para o inimigo, os indivíduos denominados por criminosos de alto perigo e, por tal razão as garantias constitucionais ou legais a eles conferidas devem ser retiradas.

Partindo da premissa de que todo aquele que abandona o contrato com o Estado ou contrato cidadão naquilo que lhe podia ser exigido e contava com sua fidelidade, mesmo que de forma voluntária ou por atitude imprevisível, o indivíduo será despido de todos os seus direitos de cidadão e até mesmo como um ser humano, segundo os ensinamentos de Fichte que exerceu uma clara influência para Teoria de Jakobs.

É manifesta a contribuição da filosofia de Rosseau e Fichte no Direito Penal do Inimigo, todavia, Jakobs diverge rigorosamente em alguns aspectos. Para aqueles, qualquer pessoa que venha a transgredir o pacto social é considerado inimigo do Estado, Jakobs (2007, p. 26), por outro lado expressa que:

Não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata, Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa e cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Ao expor os pontos divergentes entre sua teoria e as ideias de Rousseau e Fichte, aponta a correspondência com o entendimento de Hobbes, assim, continua Jakobs (2007, p. 26):

Hobbes tinha consciência desta situação. Nominalmente, é (também) um teórico do contrato social, mas materialmente é, preferentemente, um filósofo das instituições. Seu contrato de submissão – junto a qual aparece, em igualdade de direito a submissão por meio da violência - não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. De maneira plenamente coerente com isso, HOBBS, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: «Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão o que significa uma recaída no estado de natureza...E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos».

Kant também serviu de inspiração para doutrina do inimigo de Jakobs ao admitir repostas agressivas contra as pessoas que, de forma contínua, se opusessem a participar da denominada vida comunitário-legal. A vista disso, este indivíduo seria indiferente ao Estado e por consequência estariam afastadas as garantias disponibilizadas a ele, não sendo reputado como uma pessoa aquele que

prejudique a sociedade repetidamente. Assim leciona Jakobs (2007, p. 28) com fundamento em Kant:

[...] aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva...[da] segurança [necessária], e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (statuiniusto), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança. Consequentemente, quem não participa na vida em um estado comunitário-legal, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado, como anota expressamente Kant, como um inimigo.

Jakobs (2003, p.42) passa a pontuar sobre a garantia cognitiva oferecida pelo cidadão, bem como em relação ao tratamento disponibilizado por meio do Direito Penal do Inimigo e segue o mesmo raciocínio ao expor:

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. Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã. Como já se tem indicado, Kant exige a separação deles, cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos.

Conforme os autores apontados o delito é uma violação contratual, visto que o Estado é materializado por um pacto social, há um acordo entre as pessoas. Caso um indivíduo transgrida o contrato, este será considerado um inimigo.

Gunther Jakobs arquitetou o funcionalismo sistêmico a partir da Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann, e defende que a finalidade precípua do Direito Penal é a validação da vigência da norma. Niklas Luhmann estudou em sua teoria que o Direito é um alicerce que conduz a sociedade por meio das normas e as normas são a generalização das expectativas, estas, por sua vez, são sistemas criados para amenizar a complexidade das sociedades modernas.

Na mesma esteira, avaliando a normatividade, enquanto perspectiva da Teoria Sistêmica, Moraes (2006, p. 109) assevera:

Desde a perspectiva da Teoria dos Sistemas, a normatividade é um aspecto de necessária estruturação do sistema social; o símbolo do 'dever' significa a generalização temporal e social de expectativas: as expectativas normativas, ao contrário das cognitivas, são mantidas em caso de fraude de maneira contrafática e a efeitos demonstrativos "as expectativas cognitivas (...) se caracterizam por uma disposição – não necessariamente consciente, ao contrário, pela decisão de não aprender

das defraudações. Desde logo a distinção entre as expectativas cognitivas e normativas depende completamente do meio social”.

Assim, o Direito não resguarda um bem jurídico, mas tutela as expectativas da norma, ou seja, o Direito Penal preserva a viabilidade para construção da sociedade e a vigência da norma é o bem jurídico a ser protegido.

O denominado Direito Penal da Normalidade ou Direito Penal do cidadão, é, conforme já apontado, o Direito Penal baseado nos Sistemas de Luhmann, o qual tem por função essencial reafirmar a vigência da norma.

Todavia, o Direito penal do inimigo surge como um não direito, de forma que suas premissas podem ser encontradas já no próprio Direito Penal do Cidadão. Desse modo, ao alertar para a necessidade de delimitar dois setores do Direito Penal: um direito para o inimigo e outro para o cidadão, a fim de evitar a influência dos modelos iluministas da época, Jakobs (2007, p. 30) ensina:

O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido á custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.

O fundamento dessa definição encontra respaldo ao providenciar o combate não contra os cidadãos, mas em face dos intitulados inimigos, portanto, segundo Meliá (2007, p. 70-71):

Está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe-se tão só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinada fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

A questão deixa de ser uma mera perturbação social e restabelecimento da vigência da norma e passa para a garantia da incolumidade do Estado, ou do pacto social. As pessoas que representam uma ameaça a sociedade e não oferecem uma mínima garantia de que podem ser tratadas como pessoas passarão a ser consideradas como inimigos.

É a partir da expectativa de conduta que se poderá deduzir o cidadão ou o inimigo. O cidadão é o indivíduo obediente, de quem se espera prudência em

relação ao conjunto das normas sociais, ou seja, a denominação é oriunda da sua atuação social. E ao rejeitar a representar esse papel, provoca-se um desconforto no sistema e conseqüentemente há a transgressão da norma. Nesse cenário, a pena é imposta com o escopo de validar a vigência da norma. O Direito Penal do Inimigo se preocupa em corroborar a vigência da norma.

Em síntese, é possível dizer a partir de todo o exposto que a teoria do Direito Penal do inimigo baseia-se sob três aspectos: a antecipação da tutela penal; a desproporcionalidade das penas e flexibilização ou até mesmo a supressão de determinadas garantias processuais; a elaboração de leis mais rigorosas voltadas especialmente para certos grupos, tais como, terroristas, facções criminosas, traficantes, homens-bomba, etc.

Meliá (2005 apud MORAES, 2006, p. 149-150) aponta em resumo as características do Direito Penal do Inimigo, e assim, leciona:

1) hipertrofia legislativa irracional (caos normativos); 2) instrumentalização do Direito Penal; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias); 7) prisão (explosão carcerária).

Portanto, é possível afirmar que a teoria do Direito Penal do Inimigo é uma doutrina do direito que objetiva refutar classes e grupos específicos, ou seja, a repreensão não se impõe em razão da intensidade do delito, mas da natureza do autor, o comportamento, os antecedentes, a conduta social, bem como a justificativa para a prática do crime. Entende-se, nesse sentido, que há uma culpabilidade do caráter, da personalidade e da escolha por um dado estilo de vida.

2.4 A QUALIFICAÇÃO: CIDADÃOS OU INIMIGOS?

A Doutrina do Inimigo conforme já apontado é um Direito Penal que busca repreender não os cidadãos de uma comunidade, mas seus inimigos. Com alicerce na Teoria dos Sistemas de Luhmann, que por sua vez, está lastreada na interação ou comunicação entre os indivíduos, condiciona a existência da pessoa a sua relação social.

O inimigo não é considerado pessoa, uma vez que renega o Direito de forma duradoura, comete crimes continuamente e torna o delito o seu meio de vida. A

definição de pessoa está vinculada á construção normativa social, de forma que será real ao determinar a sociedade, de modo geral.

Assim, Gunther Jakobs (2007, p. 45), ressalta que “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real”.

Uma vez que não exista a garantia cognitiva ou que o indivíduo a tenha negado, então não se terá a reação do Direito Penal e da sociedade em relação ao crime e seus autores, a reação será contra o inimigo. Do mesmo modo, Jakobs (2003, p. 55) explica:

Além da certeza que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um dos seus membros e passar a ser uma reação contra um adversário.

Vale destacar que não necessariamente significa a permissão para atitudes desmensuradas, será reconhecida ao inimigo, de forma mitigada, uma personalidade, de modo que na aplicação da coerção o necessário não seja ultrapassado.

A título de exemplo, é incontestável que haveria uma liberdade maior, se comparado ao instituto da legítima defesa, que deverá cumprir requisitos específicos para se configurar, dentre eles, o da agressão ser atual. No Direito Penal intitulado de oposição a reação ou defesa se dar também contra agressões futuras. Note-se que para a qualificação cidadão, Jakobs (2003, p. 19) ensina que:

Em lugar de expectativa cognitiva (o que fará x? x provavelmente delinquirá) aparece a expectativa normativa institucionalizada (x não deve delinquir), e quando esta expectativa é defraudada, não deve seguir um processo de aprendizagem, à diferença do que sucede no caso de defraudação de uma expectativa cognitiva, senão se trata de manter e imputar o curso perturbador ao responsável.

Em outras palavras, deseja-se com a imposição da medida repisar a vigência da norma, busca-se a sua reafirmação.

Todavia, se ocorrer de um indivíduo negar-se a participar da cidadania, permanecerá em estado da natureza, no qual há uma completa ausência de normas,

e por consequência tem-se liberdade em demasia, gerando também conflitos excessivos, aonde, segundo Jakobs (2007, p. 36) “Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação.”

Elege-se o chamado inimigo ao atribuir a qualificação conforme com grau de culpabilidade, a reprovabilidade ou o bem jurídico atingido; define-se, pois, o autor em razão da sua personalidade ou periculosidade e desconsidera-se o fato criminoso praticado. A periculosidade apontada por Jakobs está relacionada á habitualidade, ao profissionalismo criminoso e a reincidência.

A intenção do inimigo é atentar contra o Estado, é defraudar suas normas, romper o contrato social; o cidadão que ocasionalmente pratica uma conduta delituosa não tem o objetivo de violentar o Estado.

Os delinquentes promovidos a inimigo deixam de ter o status de pessoa, não mais podem valer-se das garantias individuais, uma vez que não ofertam garantia cognitiva. Jakobs (2007, p. 37) argumenta:

[...] quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos «guerra» e «processo penal». De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito - controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da personalidade do delinquente no processo penal, etc. - deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.

Destarte, o Direito Penal reconhece duas vertentes: a primeira, diz respeito ao tratamento dispensado ao cidadão, aguarda-se até que se pratique a conduta para ser repreendida, no intuito de repisar a estrutura normativa da sociedade; a segunda, por outro lado, refere-se ao tratamento com o inimigo, que é interrompido previamente a exteriorização da conduta, uma vez que se reage ao inimigo devido a sua periculosidade. Jakobs (2007, p. 37-38) exemplifica esta explicação:

Um exemplo do primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo (p. 22, 21 StGB), um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por atrás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a corresponde ao autor de uma tentativa de homicídio já quando funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta (p 129 a StGB), isto é, eventualmente anos antes de um fato previsto com maior ou menor imprecisão. Materialmente é possível pensar que se traía de uma custódia de segurança antecipada que se denomina «pena».

Assim sendo, o Estado poderá proceder de duas maneiras em relação ao tratamento destinado aos delinquentes, tratando-os como pessoas que cometem infrações ou como indivíduos que representam uma ameaça ao Estado, neste caso reage o Direito Penal do Inimigo, naquele o Direito penal de todos ou Direito penal do cidadão, visto que há a presença de uma mínima garantia cognitiva.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A presença dos ideais da Teoria do Direito Penal do Inimigo, conforme os contornos defendidos por Gunther Jakobs, pode ser facilmente percebida no ordenamento jurídico pátrio. A edição de Leis influenciadas por meio do clamor popular, bem como por interesses políticos e econômicos, muitas vezes alheios ao real interesse público, contribuiu para a existência do Direito Penal do Inimigo no Brasil.

A divulgação aparentemente comiserada de uma violência crescente, acompanhada de apelos emocionais, por intermédio dos quais há a manipulação das massas, suscita um sentimento de maior insatisfação e favorece a exigência de um poder de punição mais atuante e contundente.

De forma que a política de criminalização de condutas com a elaboração de leis em sua maioria ambíguas ou com aspectos autoritários e intervencionistas torna-se a solução pleiteada.

Nesse esteio, Carvalho (2013, p. 164) analisando a expectativa centrada na eficiência do poder de punir, o que gera uma crise nessa relação em detrimento do modelo garantista, ensejando o resgate do modelo absolutista, assim, expressa:

A crença na regularidade dos atos do poder, sobretudo do poder punitivo (*potestas puniendi*), define uma postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise através da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional. O reflexo concreto é violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas autoritárias.

Portanto, abre-se espaço para a propagação da cultura do medo, uma vez que estimula a comunidade a adotar e expandir, embora não conheça tecnicamente, a doutrina do Direito Penal do Inimigo sugerida por Jakobs. Esta filosofia, adicionada a ineficiência do Estado em combater a criminalidade, incita nas pessoas o

sentimento de vingança e o desejo de punir o 'inimigo' de forma implacável, com o exercício arbitrário das próprias razões.

É importante fazer uma sucinta reflexão acerca das legislações brasileiras que carregam, em parte, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, bem como apontar a incompatibilidade da Teoria de Jakobs em face da Constituição Federal e em contrapartida os exemplos da sua aplicação no Brasil.

3.1 A TEORIA DE GUNTHER JAKOBS FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.

A Carta Política está edificada no topo do ordenamento jurídico, preside a hierarquia do direito. Haja vista esta posição, toda a legislação ordinária deve, de forma obrigatória, se compatibilizar com os fundamentos políticos, sociais e institucionais que estão estatuídos na mesma.

No que diz respeito ao Direito Penal, a Constituição estabelece os pressupostos jurídico-penais de maior importância, fixando as ordens primárias das leis penais. Dessa maneira, as normas penais que se desviarem dos princípios explícitos ou implícitos, esculpidos na Carta Maior, serão ineficazes em atenção ao princípio da supremacia constitucional.

Toda Constituição Federal com preceito democrático, objetiva a proteção das liberdades individuais contra eventuais abusos do poder estatal. É indispensável impor normas na seara das relações penais entre o Estado e o indivíduo, com a finalidade de impedir o excesso tão corriqueiro nestas relações de poder.

Nesse ínterim, como princípios essenciais ao Estado de Direito, estão edificados na Lei Maior, os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, princípio da proporcionalidade, isonomia, entre muitos outros. Estes princípios são normas e norteiam a relações jurídicas, principalmente as de natureza penal.

Assim, para compreensão de como se aplica a Teoria de Jakobs no Brasil, é essencial fazer uma breve explanação acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como sobre os ditames constitucionais que instituem o Estado Democrático de Direito e as disposições concernentes aos mandados de criminalização.

3.1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como uma orientação essencial na realização da interpretação e da aplicação das normas do ordenamento jurídico brasileiro. De tal forma que a edificou, conforme se vê no artigo 1º, a um de seus fundamentos:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana;
[...]

A explicação da previsão constitucional delineada acima indica que o Brasil, como Estado, legitima a premissa básica de que qualquer ser humano deve ter resguardada a sua dignidade. Por conseguinte, a todos os indivíduos são destinados os direitos e garantias fundamentais, impedindo, assim, a redução da pessoa à posição de um simples objeto.

Nesse esteio, Bonavides (2001, p. 232) classifica o princípio da dignidade como um dos “componentes medulares das instituições do nosso sistema constitucional de poder”. Visto que constitui um fundamento básico da República, esta deve, portanto, zelar para que seja efetivamente um dos primados para a construção de uma nação que se preocupa com seus indivíduos.

À vista disso, a dignidade humana se expressa na predominância ou execução dos direitos fundamentais, tendo por instrumento a cooperação social. À proporção em que é realizada, a dignidade acaba por configurar a factual execução da democracia que, por sua vez, é traduzida como a garantia do fortalecimento do Estado.

Diante do exposto, compreende-se o motivo pelo qual o referido princípio foi elevado a fundamento do Estado e imediatamente justifica-se a sua alocação no artigo 1º da Carta Maior, posto ao lado das outras diretrizes do sistema normativo.

Dessa maneira, a soberania, a cidadania, o pluralismo político, a dignidade, dentre outros, são fundamentos consecutórios uns dos outros.

Para confirmar a indispensabilidade do citado princípio para o ordenamento jurídico, Bonavides (2001, p. 28) explica o preceito como o “supremo valor onde jaz o espírito da Constituição”. E continua o autor:

[...] o quebrantamento do espírito da Constituição configura a maior das inconstitucionalidades. As políticas de governo, ofensivas do direito popular e da soberania do país, se não forem tolhidas pela via judicial de controle - o que só nos parece possível numa democracia participativa - legitimam o direito de resistência, bem como a desobediência civil, por derradeiras instâncias de defesa do povo agredido.

A pretensão é realizar uma valoração da dignidade da pessoa humana como princípio inerente ao Estado Democrático de Direito, uma vez que é consequência lógica da concretização das demais garantias e direitos individuais, sob pena do seu descumprimento promover a violação do texto constitucional e acarretar ruptura da soberania, da cidadania e do pacto existente entre o poder estatal e o indivíduo, que apesar de ser resguardado na proteção de direitos, também exerce o ônus do dever.

3.1.2 O Estado Democrático de Direito e os mandados de criminalização

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, criou várias normas de ordem penal em seu texto. Vale destacar que foi dado tratamento constitucional a institutos já consagrados no sistema penal ordinário, quais sejam, o princípio da legalidade, da irretroatividade e retroatividade benéfica.

Assegurou também a individualização da pena e vedou o banimento, as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e todas as penas cruéis. Conforme dispõe o artigo 5º, inciso XLVII:

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:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Além disso, em muitos incisos do artigo 5º, a Constituição proibiu o tratamento desumano ou degradante nas prisões e a tortura; garantiu a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e de dados;

vedou juízo ou tribunal de exceção; proibiu a extradição de brasileiro nato, restringindo a de brasileiro naturalizado; fixou as garantias do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal e presunção de inocência; determinou a inadmissibilidade no processo das provas ilícitas.

Diversos princípios político-criminais encontram-se expressamente na Constituição Federal brasileira, outros, todavia, são princípios implícitos. Assim, é evidente a postura garantista do texto constitucional ao dispor sobre estas normas-princípios.

Contudo, as denominadas cláusulas penais também estão contempladas no texto da Constituição, de modo que além dos valores, aponta-se o Direito Penal como garantidor de muitos deles, são os nomeados mandados de criminalização, que são ordens do constituinte destinadas ao legislador infraconstitucional para que promova a tutela de certos bens ou valores por intermédio da atividade direta do Direito Penal.

Dessa forma, pode ser citado como exemplo, a disposição do artigo 5º, XLII, CFRB/88 que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”; e a possibilidade de responsabilidade criminal da pessoa jurídica em crimes financeiros, de acordo com o artigo 173, § 5º e ambientais com base no artigo 225, § 3º, ambos da atual Carta Maior. Nesses termos, leciona Masson (2010, p.1):

Nos dias atuais, utiliza-se constantemente a expressão "teoria constitucional do Direito Penal". Seu conteúdo é simples: o Direito Penal somente se legitima quando protege valores consagrados na Constituição Federal. Esta teoria, na verdade, sustenta a lógica a ser seguida em todos os sistemas jurídicos que têm as normas constitucionais em seu ápice. Exemplificativamente, a tipificação do homicídio pelo art. 121 do Código Penal é válida, uma vez que o art. 5.º, caput, da Lei Suprema tutela o direito à vida; de outro lado, eventual incriminação de comportamentos homossexuais seria inconstitucional, pois o citado dispositivo constitucional estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

À vista disso, a Constituição Federal, por meio dos princípios e bens fundamentais que a constituem, deve direcionar o legislador a fim de indicar o que deve ser criminalizado e o que não é necessário colocar sob a égide do Direito Penal.

Inconteste a constitucionalização do Direito Penal, de forma que é inadmissível qualquer subsunção do fato à norma ausente uma reflexão dos valores

constitucionais, em observância a proporcionalidade, que explícita ou implicitamente, estão catalogados na Constituição.

Buscando corroborar, neste sentido, de forma a invocar o princípio da proporcionalidade, Masson (2010, p.1) entende que:

Fica nítido, portanto, que o princípio da proporcionalidade possui dois desdobramentos. Em primeiro lugar, veda o excesso de pena (proibição do excesso). Mas não para por aí. Também não se admite um tratamento penal mais brando do que o desejado pelo constituinte, e, por corolário, a omissão do legislador na criação de infrações penais e cominação de penas. É o que se convencionou chamar de princípio da proibição da proteção insuficiente no Direito Penal, o qual já foi inclusive admitido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 418376/MS, julgado em 09 de fevereiro de 2.006. Entra em cena, nesse ponto, o estudo dos mandados de criminalização.

Destarte, há um destaque maior para o estudo do conceito de crime quando analisado á luz da Constituição. Assim, não é suficiente a mera subsunção do fato à norma, mas também se faz indispensável uma ponderação para verificar se houve transgressão ou não de preceitos fundamentais.

A relação entre o Direito Penal e Constitucional é íntima, uma vez que a Constituição representa a primeira expressão legal da política penal, e, sobretudo deve o texto constitucional englobar a legislação penal propriamente, conforme o princípio da supremacia da Constituição.

Diante do exposto, tem-se o reconhecimento da existência dos mandados expressos de criminalização no texto constitucional, mas destoando em relação a necessidade imperiosa de tipificação no tocante aos mandados implícitos. Nesse sentido, Masson (2010, p. 1) explica:

A Constituição Federal brasileira, seguindo o modelo de algumas constituições europeias, como as da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização (ou penalização). Cuida-se de hipóteses de obrigatória intervenção do legislador penal. Com efeito, os 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. Há, também, mandados implícitos de criminalização, dentre os quais se pode citar o exemplo do necessário e urgente combate eficaz à corrupção, seja no campo eleitoral, seja no Poder Público como um todo.

No que tange a Constituição de 1988, nota-se que os variados mandados explícitos foram realizados pelo legislador infraconstitucional, tais como a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97).

Vale salientar que a Teoria do Direito Penal do Inimigo, tal qual, como foi idealizada, fundada na dicotomia cidadãos e inimigos, bem como preocupada em manter a validade da vigência da norma, de forma a relativizar diversas garantias individuais não se coaduna com um Estado de Direito.

A Carta Política atual ampliou o rol dos direitos e garantias individuais, proibiu condutas que feriam frontalmente a dignidade da pessoa humana e ao mesmo tempo eram contrários ao Estado Democrático, assim, é inegável que o Direito Penal do inimigo, a priori, é incompatível com os ditames da carta constitucional.

Todavia, a Constituição ao autorizar um tratamento mais rígido para aqueles que cometem crimes hediondos e equiparados mesmo que de forma nivelada acaba, através do mandado de criminalização, colaborando para a construção de uma ideologia direcionada aos autores desses delitos como inimigos da sociedade, como por exemplo, os traficantes, personagem difundida na realidade criminosa que afronta o sistema de segurança pública de todo o país.

Dessa maneira, no Brasil o traficante foi eleito como o inimigo prescrito pela teoria de Jakobs, consequência decorrente das atividades advindas do tráfico, tais como, a violência, a corrupção, homicídios, agressões ao Estado, etc. Ainda, a Constituição Federal ao colocar o tráfico de drogas como crime equiparado a crime hediondo (art. 5º, XLIII, CF) contribuiu, de certa forma, para a formação dessa ideologia. Fazendo uma alerta, pontua Masson (2010, p. 1):

É preciso, portanto, mais atenção do legislador para atender fielmente os mandamentos constitucionais, protegendo de forma eficaz e proporcional os direitos fundamentais do ser humano, seja mediante a não incriminação de determinadas condutas irrelevantes, seja com a tipificação dos comportamentos constitucionalmente considerados inaceitáveis para os indivíduos e para a sociedade.

Assim, não se pode considerar como uma concessão livre ao legislador, que pode fazer tudo. Deve-se, necessariamente, obedecer aos limites estipulados na Constituição, que por sua vez, enumera um amplo rol de direitos e garantias penais e processuais aos réus.

A própria Constituição, ao prescrever os mandado de criminalização, conduz a uma ideia de tratamento penal mais rígido ao traficante de drogas, o que foi efetivado com a Lei nº 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos, que previa em sua redação original o regime integralmente fechado. De tal forma, a partir do tratamento

mais rigoroso dispensado ao traficante, assentou-se na sociedade a sua personalidade como inimigo social.

Portanto, é preciso estabelecer os limites dos mandados de criminalização consoante às muitas garantias e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. De modo que a formação da estrutura jurídica exige que os pressupostos garantistas constituam o sistema normativo, sem, porém, descuidar dos comandos que impõem um tratamento penal a certas condutas.

A seguir, analisar-se-á os dispositivos que instituíram o denominado Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, bem como a sua compatibilidade com o texto constitucional. Vale ressaltar que a sua implementação dividiu a doutrina, uma vez que o regime possui um caráter rigoroso, e por outro lado, defende-se a sua necessidade como forma de restabelecer a ordem dentro dos presídios brasileiros.

3.2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A Lei 10.792 que iniciou sua vigência em dezembro de 2003, modificou a Lei 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal brasileira e estabeleceu o denominado Regime Disciplinar Diferenciado ou RDD, que é aplicado aos detentos que cometerem fato previsto como crime doloso, configurando como falta grave, que promove a desordem e a indisciplina dentro do estabelecimento penitenciário.

A intitulada lei do RDD, foi bastante discutida devido suas intensas e rigorosas características, conforme se pode verificar no artigo 52 da Lei 7.210/84 com alteração dada pela Lei 10.972/03:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

Serão conduzidos a esse regime os presos que executarem fato previsto como crime doloso. É importante destacar que o legislador optou por utilizar o termo:

o fato previsto como crime e não o crime propriamente, a causa dessa terminologia é justificada pela busca da celeridade e segurança que o RDD exige, o que não aconteceria se a opção legislativa se referisse ao crime, uma vez que em obediência ao princípio da presunção de inocência, era necessário esperar o trânsito em julgado da sentença.

A introdução do Regime Disciplinar Diferenciado gerou debates no meio doutrinário uma vez que, em razão das flagrantes violações a direitos fundamentais, dentre eles, o da humanidade da execução, visto que a punição é dirigida ao delinquente não apenas por causa do fato praticado, mas, além disso, leva-se em conta a periculosidade do autor, o que representa uma característica elementar do Direito Penal do Inimigo.

É uma particularidade do RDD a manutenção do preso em cela individualizada, impedindo a comunicação com outros detentos e até a restrição aos familiares, excetuando-se duas horas dedicadas ao banho de sol ou nos dias que a visita é permitida, limitando-se ao número de dois visitantes. Nesse diapasão, são os ensinamentos de Nucci (2013, p. 1038):

O regime é válido para condenados ou presos provisórios. Podem ser incluídos no mesmo regime os presos, nacionais ou estrangeiros, provisórios ou condenados, que apresentem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, §1.º, LEP), bem como aqueles que (provisórios ou condenados) estiverem envolvidos ou participarem – com fundadas suspeitas - , a qualquer título, de organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, §2.º, LEP).

Enfim, três são as hipóteses para a inclusão no RDD: a) quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e disciplina interna do presídio onde se encontra; b) quando o preso provisório ou condenado representar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) quando o preso provisório ou condenado estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando bastando fundada suspeita.

O Regime disciplinar diferenciado pode durar até trezentos e sessenta dias, entretanto, pode ser aplicado novamente se houver a prática de uma nova falta grave semelhante a que ensejou a aplicação anterior e nesse sentido, continua Nucci (2013, p. 1038):

O regime disciplinar diferenciado somente poderá ser decretado pelo juiz da execução penal desde que proposto, em requerimento pormenorizado, pelo diretor do estabelecimento penal ou por outra autoridade administrativa (por exemplo o Secretário de Segurança Pública ou da Administração Penitenciária), ouvido previamente o membro do Ministério Público e a defesa (art. 54 e parágrafos, LEP). Embora o juiz tenha o prazo máximo de 15 dias para decidir a respeito, a autoridade administrativa, em caso de urgência, pode isolar o preso preventivamente, por até dez dias aguardando a decisão judicial (art. 60, LEP).

A edição da lei do RDD é uma demonstração clara da influência da Teoria do Direito Penal do Inimigo no Brasil, de forma que fica evidente a valoração da vigência das normas já existentes com a criação de um regime mais severo que visa, considerando sua personalidade, a punição do autor, bem como demonstra a ineficácia da segurança pública até mesmo em relação ao agente que está confinado em estabelecimento prisional.

Para a ponderação da utilização do Regime Diferenciado, a vista da sua rigidez e avaliando-o como solução para um problema que há bastante tempo faz parte da realidade penitenciária brasileira, acometida de problemas gravíssimos que se arrastam faz bastante tempo e que só pioram a cada dia, sem perspectiva de solução, pelo menos, a curto prazo, alerta, Nucci (2013, p. 1038):

Observa-se a severidade incontestada do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere além de incitarem seus comparsas soltos á prática de atos delituosos graves de todos os tipos. Por isso é preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade do preso, especialmente do provisório cuja inocência possa ser constatada posteriormente, no RDD.

Nota-se que o RDD tem natureza bastante rígida, e, portanto há uma discussão acerca da sua constitucionalidade. Em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e da proibição de penas cruéis discute-se sobre a admissão do regime no ordenamento jurídico brasileiro (NUCCI, 2013).

É sabido que o isolamento é umas das características mais marcantes do RDD, assim o cativo passa 22 horas em completa clausura, uma situação que pode durar até 360 dias.

Há argumentos no sentido de ter o RDD uma natureza cruel. Assim, alheio aos princípios constitucionais, tratando-se de um estado democrático de direito advoga-se a incompatibilidade do RDD, e, além disso, é definido como uma prática de tortura física e psicológica ao detento.

Os preceitos constitucionais confrontados são os da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanização das penas. Nessa esteira, ensina Zaffaroni (2013, p. 170-172):

Há um principio geral de racionalidade que deriva da Constituição ou do principio republicano, que exige certa vinculação equitativa entre o delito e sua consequência jurídica, mas este principio vincula-se intimamente também como principio de humanidade, que se deduz da proscrição da pena de morte, perpétua, de banimento, trabalhos forçados e penas cruéis (art. 50, XLVII CF). Justamente o antônimo da "pena cruel" é a "pena racional" (e não a pena "doce", é claro). Do principio de humanidade deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa. O §2º do ml. 5º da convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A essa consequência contribui também o principio da soberania popular, posto que pressupõe, necessariamente, que cada homem é um ser dotado de autonomia ética pelo mero fato de ser homem, ou seja, que por esta circunstancia é capaz de escolher entre o bem e o mal e decidir a respeito. O principio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito.

Todavia, não se pode combater o crime organizado, seja nas penitenciárias ou fora delas, dispensando o mesmo tratamento que é dado ao crime comum. De forma que se os institutos existentes na legislação penal tivessem correta aplicação prática, certamente o crime não teria se organizado do modo como se encontra hoje, tampouco regimes como RDD seriam necessários (NUCCI, 2013).

O que defende o referido autor é que a realidade está afastada da lei, de forma que o crime se organizou não apenas nas ruas, mas também dentro dos estabelecimentos penais, uma situação inadmissível.

É evidente afirmar que um erro não ameniza outro, no entanto vale lembrar que o erro principal advém da negligência e do descaso de muitos anos com o sistema prisional, o que facilita a organização do crime nos presídios.

Dessa forma, é sabido que não existe um direito que seja considerado absoluto, deve haver equilíbrio entre os direitos e garantias fundamentais, ou seja, é necessário fazer uma ponderação.

É imperioso dizer que o legislador, em decorrência do considerável aumento da criminalidade e pressionado pelo clamor da população ante a impunibilidade, enumerou algumas condutas e as promoveu a crimes hediondos, ou seja, as condutas tidas como grande reprovação moral, os crimes mais graves e que

representam uma ameaça à sociedade: Nesse sentido, é necessário apontar as características de Direito Penal do Inimigo presentes na Lei dos Crimes Hediondos.

3.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A Lei 8.072 de 1990 ou Lei dos Crimes Hediondos foi inserida no ordenamento jurídico por consequência de comando constitucional expresso, que disciplina a inafiançabilidade e vedação do benefício da graça ou anistia para os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, para o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Artigo 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994).

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3o, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994).

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2o); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1o, 2o e 3o); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1o e 2o); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1o). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994).

VII- A - (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

VII- B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1o, § 1o-A e § 1o-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994).

Notadamente, a vontade do legislador em aplicar maior rigidez na punição dos indivíduos que praticarem os crimes catalogados acima, tem uma inclinação voltada para teoria de Jakobs, tendo em vista que a ideia central é traduzida exatamente por um rigor maior, e, conseqüentemente, o aumento da pena das infrações, cujos agentes são considerados como inimigos.

A Lei limitou algumas garantias processuais, por exemplo, a proibição da anistia, da graça e indulto, ampliou o prazo para a concessão da progressão de

regime, bem como não permitia ao réu apelar da sentença condenatória em liberdade.

O legislador ordinário proibiu a liberdade provisória, no entanto, tal disposição foi retirada do ordenamento por meio da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, ainda, estabeleceu o cumprimento integral da pena em regime fechado, mais uma vez o teor do texto foi censurado, sendo a previsão declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 82.959-7, bem como passou a admitir que o réu pudesse apelar da sentença condenatória em liberdade.

O Estado, ao acatar o clamor público, através do poder repressivo e publicar a Lei dos Crimes Hediondos tinha por finalidade mostrar que era detentor de um poder punitivo capaz de coibir as práticas criminosas e a violência dos infratores, todavia, descuidou-se de resolver o problema em sua origem, apenas remediando as malfetorias já enraizadas pelas desigualdades sociais.

Utilizar-se da aplicação da pena privativa de liberdade a fim de solucionar as mazelas da segurança pública é ignorar a origem do crime ou as causas essenciais da criminalidade, de forma que a edição de leis mais duras, criminalização desenfreada de condutas, em oposição ao princípio da ultima ratio, da mesma maneira que instituir penas mais duradouras ou mais cruéis, sem combater a desigualdade social ou reestruturar o sistema penitenciário não surtirá maiores resultados.

3.4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DE DROGAS

A Lei 11.343 de 2006 ou Lei de Drogas estabeleceu uma tipificação para fatos novos e inseriu um procedimento especial direcionado as condutas descritas. A referida lei elencou várias maneiras de consumir a figura típica do tráfico de entorpecentes, são 18 núcleos - condutas que compõem o caput do artigo 33 é o que se chama tipo misto alternativo:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274).

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (Vide Resolução nº 5, de 2012).

A coletividade é o bem jurídico que se pretende resguardar ao criminalizar as ações previstas no artigo já citado, assim, tem-se que a coletividade representa o sujeito passivo permanente que está tutelado por todos os crimes previstos no caput. De acordo com Capez (2011, p. 769-771), “o tráfico coloca em situação de risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo”.

Por outro lado, o autor insere o mero usuário ou dependente na descrição de “sujeito passivo eventual, mediato, de acordo com a modalidade da conduta praticada”. Destarte, a saúde pública é o objeto jurídico imediato, bem como, a incolumidade física e a saúde individual corresponde ao objeto jurídico mediato.

É possível afirmar que a Lei de Drogas vigente tem certa afinidade com a Teoria do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista, inicialmente, a comparação com a Lei de Drogas anterior- Lei 6.368 de 1976, onde se percebe que houve majoração da maioria das penas dos crimes nela enumerados, e, além disso, houve redução das garantias processuais penais.

A antecipação da punibilidade é umas das elementares do Direito Penal do Inimigo, desse modo, o elevado número de condutas prescritas no artigo 33 está dividido como crimes de perigo abstrato ou crimes de mera conduta, assim, expor a venda, ter em depósito ou produzir são exemplos.

No que tange à restrição de algumas garantias processuais, semelhante ao que ocorreu com a Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Entorpecentes foi além, houve a vedação da concessão de fiança, a não aplicação de sursis, a proibição dos privilégios da graça, do indulto e da anistia, a impossibilidade de conversão em pena alternativa e majorou o prazo para a liberdade condicional.

Nesse sentido, as disposições contidas no artigo 44 da Lei de Tóxicos, corroboram a presença da Teoria de Jakobs e demonstram sua real aplicação no direito penal brasileiro:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Destarte, pode-se aduzir que entre as características típicas que constituem o Direito Penal do Inimigo estão consagradas na Lei de Drogas, a transformação para uma legislação tipicamente de combate, a antecipação da punibilidade, a relativização das garantias constitucionais com a supressão de algumas delas e penas que não encontram proporção com a respectiva tipificação legal.

Exemplifica-se a última afirmação por meio da previsão das penas distintas dirigidas ao dependente ou mero usuário e ao traficante, assim como com vedação da liberdade provisória para o referido delito.

Portanto, além da Lei de Tóxicos, foi publicada recentemente a chamada Lei do Terrorismo ou Lei nº 13.260 de 2016, que entrou em vigor em março de 2016. Também traz em seu bojo um nítido caráter punitivista em relação as características do autor em detrimento do fato, assim, far-se-á a seguir uma análise sucinta acerca de suas disposições.

3.5 A LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016 OU LEI DO TERRORISMO

É sabido que o terrorismo não é um problema atual, desde o atentado às torres gêmeas em 11 de setembro de 2001 e, mais recentemente o atentado ocorrido na França em 2015, que os organismos internacionais e diversos países têm se preocupado em estruturar políticas de combate ao terrorismo. Além disso, os

ataques refletem diretamente uma falha nos sistemas de segurança dos países, bem como causa um abalo à economia mundial.

Diante desse cenário, buscou-se um tratamento diferenciado para os terroristas, a fim de inibir a disseminação e prática do crime. De tal forma, os terroristas são os maiores inimigos da atualidade, e desta feita, devem ter um tratamento diferenciado em relação ao delinquente comum. Do mesmo modo, Jakobs (2007, p. 36) aduz:

[...] O que ainda se subentende a respeito do delinquente de caráter cotidiano, isto é, não tratá-lo como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil, como se acaba de mostrar, no caso do autor por tendência. Isso está imbricado em uma organização - a necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano - e finaliza no terrorista, denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem. Entretanto, não se pretende duvidar que também um terrorista que assassina e aborda outras empresas pode ser representado como delinquente que deve ser punido por qualquer Estado que declare que seus atos são delitos.

Conforme explicado, nossa Constituição tratou de expressar alguns mandados de criminalização, dentre os quais está, também, o comando imposto ao legislador ordinário sobre a necessidade da tipificação do crime de terrorismo, com base nos ditames no artigo 5º, XLIII da atual Constituição da República.

Vale ressaltar que 2016 é ano de olimpíadas no Brasil, que de forma pressionada, pelas autoridades internacionais, bem como pelos intensos protestos populares dos últimos tempos, o legislador pátrio acelerou o trâmite legislativo e editou a Lei 13.260 de 2016 que disciplina o terrorismo no país.

A norma enumerou os crimes que serão considerados atos terroristas e regulou o procedimento de investigação e instrução criminal, dispondo, ainda, sobre a possibilidade de aplicação da Lei 12.850/2013 ou Lei de Organizações criminosas, assim, os artigos 1º e 2º da Lei anti Terrorismo ditam, respectivamente:

Art. 1º. Esta Lei regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

Art. 2º. O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Notadamente, é um crime que se reporta as justificativas de teor xenofóbico ou natureza discriminatória e preconceituosa acerca de raça, cor, etnia e religião. É importante lembrar que o delito possui um especial fim de agir devido a “finalidade de provocar terror social”. A abrangência e interpretação do tipo ficaram comprometidas em razão da indeterminação do termo, assim como, em prejuízo da taxatividade e legalidade do Direito Penal.

A lei ainda é bastante recente, mas o embate doutrinário acerca das suas disposições já demonstra sua formação, nesse sentido, afirma Barbosa (2016, p. 1):

Nos parece que o termo se aproxima em muito da teoria funcional sistêmica de Günter Jacobs, principalmente em razão do artigo 5º que pune a conduta de “Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito”, evidenciando uma política criminal de emergência com foco na proteção ao sistema ou seja na função de proteção a atividades tipicamente funcionais do Estado e não à dignidade da pessoa humana.

Em regra, os atos preparatórios não são punidos no Direito Penal brasileiro, de modo que é a partir da execução dos atos que o fato encontra guarida na norma penal. No entanto, há exceções, em alguns casos já a partir dos atos preparatórios poderá haver adequação a um tipo penal. Na Lei 13.260/2016 há duas previsões da criminalização dos atos preparatórios, assim, nos termos dos artigos 3º e 5º:

Art. 3º. Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista:

Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa

Art. 5º. Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

Analisando as prescrições referidas, Barbosa (2016, p. 10) faz uma crítica a forma como a penalização de condutas foi conduzida pela Lei nº 13.260/16 e o desvirtuamento da finalidade do Direito Penal, quando declara:

Neste condão, fortalece o Direito Penal do inimigo e pune condutas que violam regras que não apontam a um bem jurídico concreto, mas sim denotam um Direito Penal como “instrumento de estabilização social”, de

orientação das ações e de “institucionalização das expectativas”, criando um “subsistema penal” para assegurar a “confiança institucional” dos cidadãos, ou seja, o objetivo não é proteger bens jurídicos somente, mas a função do sistema de segurança pública como ferramenta de integração e prevenção social ao bom funcionamento simbólico da pena como mera reação social à sensação de insegurança ocasionada pelo simples fato de não existir no Brasil uma lei antiterror faltando cinco meses para as Olimpíadas.

O objetivo não é afirmar que o Direito Penal deve ser a própria representação da segurança, de modo a ensejar tranquilidade nos cidadãos a partir do enrijecimento das penas, entre outras medidas, que de acordo com o discurso cheio de paixões e interesses da mídia são a solução para o problema da (in)segurança pública.

Todavia, é inegável que questões ditas mais graves, merecem de fato um tratamento diferenciado e políticas para que sejam prevenidas, como, por exemplo, o terrorismo, mas, sem olvidar as premissas básicas que alicerçam o Estado de Direito e viabilizam a própria utilidade do Direito Penal.

4 A CULTURA DO MEDO COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL ATRAVÉS DA DOCTRINA DO INIMIGO DE JAKOBS

O controle social está vinculado a organização do Estado, de maneira que o Direito, e principalmente o Direito Penal são mecanismos que realizam este controle de modo mais eficaz. Para tanto, a expansão do Direito Criminal é inevitável, assim, há a criminalização de variadas condutas, de forma a promover uma política criminal especial para cada categoria de crimes.

A partir da necessidade de se discutir esta política de forma personalizada, pode-se optar por realizar uma reforma da própria dogmática do Direito Penal mediante o estudo minucioso e responsável das normas e suas respectivas sanções que, de fato, representem uma medida de combate efetivo aos crimes organizados e afins. Todavia, por outro lado, opta-se por uma sistemática criminal denominada de exceção ou emergência, elegendo a influência da mídia como condutora das relações penais.

Destarte, ao adotar-se o procedimento legal, nos moldes do que determina a lei, há, notadamente, uma morosidade da justiça para decidir a respeito do dano. Situação que acarreta em decisões anacrônicas, uma vez que a sanção ordenada

para contrapor o dano, não terá a devida eficiência, bem como poderá não corresponder de forma proporcional a lesão, em razão do decurso do tempo.

Em oposição, caso o legislador opte por corresponder aos anseios da sociedade, é igualmente temeroso, tendo em vista que a criação desenfreada de novos tipos penais, como medidas imediatas de contenção social, dá ensejo a normas que não se coadunam com o próprio sistema normativo.

De tal modo não há a preocupação em dar-lhes o procedimento devido, visto levar-se em conta que foram criadas para acalmar os ânimos sociais, bem como na tentativa de resgatar o sentimento de segurança entre os cidadãos e a credibilidade do Estado. Assim, afirma Callegari e Wermuth (2009, p. 1):

Em face deste contexto, tornou-se “senso comum” no discurso jurídico-penal atual a afirmação acerca da obsolescência da intervenção penal pautada na teoria “clássica” do delito, supostamente incapaz de fazer frente às novas formas assumidas pela criminalidade. Estabelecem-se rapidamente, em nome da “segurança”, políticas claramente repressivas vinculadas aos temas do terrorismo, do crime organizado, do tráfico de drogas, etc., que fazem com que o Direito Penal passe a ser alvo de freqüentes reformas, que redundam na ampliação do seu raio de incidência.

O discurso torna-se unísono, se difunde de todas as formas o aumento da violência e da criminalidade adicionado a exigências como a criminalização de condutas, o endurecimento do tratamento penal e até penas maiores, dessa forma, a todo custo exige-se uma maior rigidez do Direito Penal. Através do incentivo ao medo, aliam-se as prerrogativas do Direito Penal do Inimigo que a mídia e a sociedade paradoxalmente pugnam sob o argumento da pacificação social.

Os meios de divulgação de informação, principalmente a internet, a televisão ou os jornais impressos, que são, direta ou indiretamente, formadores de opiniões, acabam por construir uma determinada ideologia perante as pessoas. Assim, diz-se que o impacto gerado pelas informações, da forma como são transmitidas, representam um forte mecanismo de manipulação das massas.

Notadamente, as informações são conduzidas para uma dada finalidade, de modo que os interesses econômicos e políticos podem ser facilmente identificados, considerando o teor e abordagem que foi dada ao fato noticiado. É, assim, que há o estímulo para práticas que outrora seriam inadmissíveis, de modo que a mídia distorce a realidade.

É forçosa a discussão acerca da influência da mídia e sua contribuição para a edificação de manifestações sociais, bem como a maneira como esta ação reflete no mundo jurídico, mais precisamente no Direito Penal.

4.1 A MÍDIA: INFLUÊNCIA E RESPONSABILIDADE

Inicialmente, é indispensável estabelecer o conceito de Mídia, assim, Almeida (2007, p. 15) a define como o “o conjunto das diferentes empresas de comunicação: emissoras de rádio e televisão, portais de internet, cinema, revistas e jornais impressos em seus diferentes ramos, como jornalismo, entretenimento, publicidade”.

Para o presente estudo, a mídia será considerada essencialmente como os instrumentos de divulgação de informação, com atenção especial para a televisão e a internet. Vale ressaltar, que a Constituição Federal tratou de disciplinar a própria liberdade dos meios de comunicação, uma vez que representa um dos primados de uma sociedade democrática.

Destarte, é imperioso, além de proteger a liberdade de expressão, estabelecer limitações a fim de tutelar também o direito a imagem com a finalidade de impedir que eventuais abusos possam causar danos materiais e morais, assim, está disposto no texto constitucional:

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:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

A Liberdade de expressão traduz-se no direito de declarar os seus ideais, pensamentos e opiniões de forma livre. É característica do Estado de Direito, contudo, de outro modo tem-se a licença e a censura, que são restrições a essa liberdade, mas que estão expressamente proibidas.

A livre manifestação do pensamento configura-se como a liberdade de se expor por meio da execução de atividades que podem ser intelectuais, artísticas,

científicas ou de comunicação, e que não poderão ser submetidas a qualquer espécie de censura ou a necessidade de licença.

Embora as limitações que impliquem em censura ou licença sejam vedadas, há de se notar que é atribuição do Estado regulamentar o exercício dos direitos mencionados anteriormente, para que não haja conflito com outras garantias, igualmente, fundamentais.

Reprise-se que o direito à liberdade de expressão é imprescindível em um Estado Democrático, todavia é inaceitável que seja justificativa para a realização de atos ilícitos, devendo, assim, haver a preservação do bem estar social. Nesses termos, nota-se esta preocupação do constituinte ao dispor:

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no Art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Ademais, a despeito de a liberdade de pensamento ser um direito vigorosamente defendido, de maneira que a sua violação é intolerável, tem de ser ressaltada a harmonia entre os demais valores esculpidos na Constituição Federal que têm a mesma indispensabilidade, tais como a honra, imagem, intimidade, presunção de inocência, devido processo legal e outros.

A mídia tornou-se uma poderosa ferramenta para a formulação de ideias, opiniões, regras, nesse sentido, é possível dizer até, que muitas vezes determina a moral, ao apontar os valores subjetivos de uma sociedade. Opera-se através de métodos estratégicos, e, além disso, percebe-se que não há um diálogo com a transmissão das mensagens ou informações, mas há divulgação unilateral da informação, ou seja, a notícia é transmitida de maneira tendenciosa a fim de

influenciar o destinatário a enxergar o fato de acordo com a visão imposta pela própria mídia.

Haja vista a influência da mídia em diversos setores da sociedade, por certo que o Direito não ficaria de fora, tampouco o Direito Penal que é o ramo mais expressivo do Direito em relação ao controle social. Nesse sentido, lecionam Callegari e Wermuth (2009, p. 1):

Uma análise mais detida de tais “reformas” e conseqüente ampliação do campo de incidência do Direito Penal revela que elas são tributárias, em grande parte, da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca do crime e da criminalidade, por meio do processo de “importação” de discursos repressivistas que encontram alta receptividade na população cada vez mais atemorizada diante das estatísticas alarmantes.

A influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos é uma das características mais marcantes da globalização. Com efeito, na sociedade de consumo contemporânea, os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses, invariavelmente mercadológicos que representam.

Representa um setor econômico em ascensão, de forma que a velocidade da informação hoje é imensurável, bem como, é a principal fonte de entretenimento e informação das pessoas na atualidade.

O que enseja o surgimento de um julgamento paralelo ao julgamento realizado pelo Judiciário, ou seja, quando a mídia resolve usurpar o papel do juiz, realiza a condenação sumária dos envolvidos, de forma a torna-los inimigos da sociedade e qualquer pena por mais rigorosa que seja, demonstra-se insuficiente diante da imagem criada para o infrator. Desse modo, é por meio da manipulação, assim como da supressão das garantias e afronta a direitos fundamentais que os julgamentos midiáticos são realizados.

É de se notar que o sensacionalismo aliado as técnicas de persuasão direcionadas ao interlocutor, já sensibilizado com a insegurança e a descrença do Poder Punitivo do Estado, contribuem para a condenação daqueles que sequer tornaram-se réus, em flagrante violação ao princípio da presunção da inocência, da dignidade da pessoa humana, do direito a honra e a imagem, entre outros.

Assim, há uma uniformização do pensamento da sociedade, de forma que corriqueiramente as pessoas tomam as mensagens transmitidas pelos meios de comunicação como verdades absolutas e passam a preconizar as mesmas ideias. Nesse sentido, reproduz-se a ideologia incorporada sem nenhuma espécie de reflexão ou análise crítica, gerando a completa alienação das massas.

É perceptível que esta conjuntura está cada vez mais solidificada, e conseqüentemente transforma o Direito Penal, enquanto devido processo legal, direito ao contraditório e ampla defesa, presunção da inocência, dignidade da pessoa humana, princípio da proporcionalidade entre outros como condescendente no que diz respeito ao tratamento dispensando aos agentes infratores.

Dessa forma ao analisar estes aspectos, Callegari e Wermuth (2009, p. 1), afirmam que:

Outra importante consequência da “midiatização do medo da criminalidade” é a sua influência na política, redundando na elaboração de legislações que, atendendo aos clamores midiáticos, cada vez mais alargam o âmbito de interferência do Direito Penal na vida social, bem como incrementam o seu rigor na tentativa de “tranquilizar” a alarmada população, proporcionando-lhe maior “segurança” por meio da atuação do sistema punitivo.

Portanto, requer-se o endurecimento das penas, a não aplicação das garantias citadas, exige-se a prisão imediata, bem como mais leis que criem novos tipos penais, sob o argumento de que são essas medidas que irão resolver o problema do crescimento da criminalidade, da violência e insegurança pública.

Neste diapasão, por meio da televisão, dos jornais, das redes sociais e da internet é propagado um discurso tendencioso, fabricando estilos de vida que devem ser seguidos e ideologias a serem adotadas.

Vale lembrar alguns crimes que se tornaram casos famosos em razão da cobertura dada pela mídia, bem como pela construção do discurso ao noticiar os fatos, quais sejam, o caso “Isabela Nardoni”, o caso do “Goleiro Bruno”, o caso mais antigo como o da atriz “Daniella Perez”, entre muitos outros. Sobre a cobertura do Caso Isabela Nardoni, Callegari e Wermuth (2009, p. 1) apontam que:

O caso Isabela Nardoni, no Brasil, bem ilustra a forma como a mídia de massa nacional explora o crime e a criminalidade: o caso isolado de uma menina que foi assassinada violentamente passou a ser visto como uma forma de criminalidade bastante frequente no país e, mesmo contrariando a realidade objetiva – visto que casos semelhantes são bastante raros no país –, serviu como “espetáculo” midiático por mais de dois meses consecutivos, espetáculo esse marcado pelas pressões populares por justiça – leia-se vingança – contra o pai e madrasta da menina, acusados pela prática do

crime. A divulgação ad nauseam de imagens dos acusados sendo escoltados por policiais em meio a uma massa popular sedenta por agredi-los[...].

É importante ressaltar que os referidos casos foram citados porque houve notória ingerência da mídia e do clamor social, que repercutiu diretamente no Poder Judiciário, todavia, de maneira nenhuma se deseja banalizar ou abrandar a forma cruel que os crimes foram cometidos, o objetivo é exemplificar como nestes casos a condenação sumária e o julgamento paralelo foi realizado pela imprensa.

Dessa forma, é essencial apresentar um trecho da decisão do juiz Maurício Fossen, no processo número 274/08 que determinou a prisão preventiva do casal Nardoni e em alguns trechos destacou a pressão da mídia por uma resposta do Judiciário, nesses termos:

[...] Por fim, quanto ao requerimento de decretação da Prisão Preventiva dos réus [...] entende este Juízo que tal pretensão deve realmente ser acolhida no presente caso concreto, já que se encontram presentes os requisitos legais exigidos para tanto pelos arts. 311 e 312, ambos do Código de Processo Penal.

[...] Na visão deste julgador, prisão processual dos acusados se mostra necessária para garantia da ordem pública, objetivando acautelar a credibilidade da Justiça em razão da gravidade e intensidade do dolo com que o crime descrito na denúncia foi praticado e a repercussão que o delito causou no meio social, [...].

[...] Queiramos ou não, o crime imputado aos acusados acabou chamando a atenção e prendendo o interesse da opinião pública – em certa medida, deve-se reconhecer, pela excessiva exposição do caso pela mídia que, em certas ocasiões, chegou a extrapolar seu legítimo direito de informar a população – o que, no entanto, não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário e fazer-se de conta que esta realidade social simplesmente não existe, a qual dele espera uma resposta.

O grande problema está na forma como a mídia escolhe os fatos que deve noticiar e por consequência manipular, uma vez que seleciona conforme seus interesses e os submete ao público. Ressalte-se que a finalidade da mídia é angariar lucro, e, portanto, noticiar o que render maior receita aos seus cofres, não há a preocupação com as consequências que a informação possa causar. Assim, afirma Almeida (2007, p. 26-27):

A mídia, portanto, seleciona e pauta os assuntos que ela considera mais relevantes para a sociedade. A linguagem dos grandes meios (rádio e TV, principalmente) não permite aprofundamentos e grandes reflexões. Esta pauta transforma-se em discussão que tem por base os elementos considerados principais por quem seleciona o que vai ser divulgado. A notícia, desta forma, reflete na formação da opinião pública, constituindo-se, assim, a mídia, uma instância indireta de controle da sociedade na medida em que aponta para os assuntos que devem ser debatidos. As mensagens transmitidas produzem efeitos que se diferenciam de indivíduo para

indivíduo, levando-se em conta fatores como classe sócioeconômica, grau de instrução, nível cultural etc. Mas, apesar de não manipular diretamente as pessoas, este espaço público de discussão construído pela imprensa, constitui-se numa atmosfera de pensamento relativamente homogeneizado, tendo-se em vista que a elaboração do pensamento social, da consciência coletiva, da percepção do “homem médio” a respeito de determinados assuntos, tem como um de seus pressupostos os conteúdos veiculados pela imprensa, porque de acordo com Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior [...] de uma maneira ou de outra, as mensagens que são transmitidas passam a integrar a maneira de ser da população que está submetida a sua influência.

Os meios de comunicação têm feito da violência a sua indústria de audiência, assim, as notícias referem-se frequentemente à prática de crimes bárbaros, ao aumento da criminalidade, dentre os quais, destacam-se o tráfico de entorpecentes, o terrorismo, a intolerância religiosa, a discriminação de gênero, raça, etc.

De tal forma a resposta da sociedade a estas informações carregadas de sensacionalismo se dá com revolta, surge uma sensação de impunidade, o que enseja a exigência de medidas mais severas e legislações mais rígidas. Nesses termos, Almeida (2007, p. 22) assevera:

A notícia, então, passa a ser um bem de consumo simbólico. É transmitida para informar o cidadão, mas, também, para atender ao “mercado” e conquistar bons índices de audiência. Nesta busca desenfreada pela atenção das massas surgem graves distorções como o sensacionalismo

É imprescindível aduzir que a Ética deve ser a premissa básica para o bom exercício de qualquer profissão, sobretudo quando se trata do jornalismo, uma vez que a divulgação de notícias é uma responsabilidade que exige o máximo de profissionalismo, objetividade e imparcialidade para transmitir os fatos da forma como ocorreram e não apenas divulgar a parte da história que seja conveniente para uma determinada parcela de pessoas.

A imprensa deve se preocupar com esclarecimento da verdade, sem manipulação, porém, não é o que ocorre no Brasil, assim, ao analisar esse aspecto Rosário e Bayer (2014, p. 1), expressam que:

A manipulação das notícias através dos meios de comunicação aumentam os medos e induzem ao pânico, reforçando uma falsidade à política criminal e promovendo a criminalização e repressão, ofertando ao sistema penal uma legitimação para uma intervenção cada vez mais repressiva, criando um verdadeiro Estado Penal.

A mídia exerce influência sobre a representação do crime e também do delinquente em razão do constante destaque que se dá aos crimes violentos. Assim, a mídia vai colaborando o processo de construção de “imagem do inimigo” – no Brasil quase sempre como dos setores de baixa

renda – mas também auxilia na tarefa de eliminá-los, desconsiderando da ética e justificando a opressão punitiva.

É necessário dizer que não se critica a liberdade de imprensa ou autonomia dos meios de comunicação, o que se reprova é a irresponsabilidade e a falta de compromisso com a verdade que a esmagadora maioria das matérias veiculadas conduz no mundo da informação.

Verifica-se que é atribuição dos jornalistas uma atuação honesta, de modo a garantir a divulgação dos fatos que se referem ao Direito Penal, servindo como auxílio para administração da justiça. Assim, devem representar a publicidade devida à sociedade sobre as decisões do Judiciário, bem como dos Poderes Executivo e Legislativo.

Destarte, é inegável a força da influência que os meios de comunicação exercem sobre as pessoas. De tal forma, a preocupação está na maneira como essa atividade tem sido desenvolvida, nota-se a mercancia do crime e conseqüente surgimento de uma cultura do medo, por meio da qual as pessoas se sensibilizam de forma exagerada e acabam por pregar uma justiça de vingança.

Vale lembrar que os meios de comunicação embasam seus discursos vagos principalmente com as falhas da segurança pública, utilizando-a como pretexto para promover a sensação de medo, além disso, por diversas vezes marginalizam a própria polícia a fim de depreciarem a instituição com vistas a ampliar a sensação de insegurança da população.

4.2 SEGURANÇA PÚBLICA: O PRETEXTO; A POLÍCIA: DESCRENÇA E ESTERÍOTIPO

Diante de toda contribuição dos meios de comunicação para a formação de ideologias a respeito dos criminosos, da política, da economia e outros, é claro que há a rotulação de determinada parcela da comunidade, ou seja, a mídia seleciona os inimigos, elege-os para o público que prontamente incorporam os estereótipos midiáticos.

A desigualdade social é patente no Brasil, situação que promove ainda mais a eleição de determinados grupos de pessoas, historicamente, taxados de inimigos, e, portanto considerados como uma ameaça a paz social e ao próprio Estado.

Observa-se que as pessoas com baixa renda e os negros geralmente sofrem com o preconceito e são marginalizados não apenas, pela mídia, mas pela própria sociedade.

Um país em crise, como o Brasil, não apenas, crise econômica ou política, mas principalmente uma crise de valores, sofre com a descrença do povo nas instituições, o que gera um clima favorável ao discurso de ódio, a rotulação de classes e o desespero para dar um rosto ao culpado, assim, apontam-se os estereótipos.

É importante sobrelevar, informações sobre a desconfiança da sociedade na justiça brasileira, dessa maneira, segundo o Índice de Confiança na Justiça Brasileira, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) com base no Relatório ICJ BRASIL 1º TRIMESTRE-2014 – 4º TRIMESTRE/2014: ANO 06 (2014 p.15):

Na declaração espontânea sobre o quanto os entrevistados confiam no Poder Judiciário durante o 1º trimestre de 2014 e o 4º trimestre de 2014, 30% dos entrevistados responderam que o Judiciário é confiável ou muito confiável. Em outras palavras, mais da metade da população (70%) não confia no sistema de Justiça.

Comparando-se a confiabilidade no Poder Judiciário com a confiabilidade nas outras instituições, o resultado não foi muito positivo, uma vez que o Judiciário foi considerado uma das instituições menos confiáveis, ficando à frente apenas de 3 entre 11 instituições pesquisadas. São elas: os Partidos Políticos, o Congresso Nacional e o Governo Federal. De acordo com os entrevistados, o Judiciário foi considerado uma instituição menos confiável do que as Emissoras de TV, a Polícia, as Grandes Empresas, a Imprensa Escrita, o Ministério Público, a Igreja Católica e as Forças Armadas, esta última sempre apontada como a instituição mais confiável.

[...] A confiança dos entrevistados na Polícia, por sua vez, subiu de 31% para 36% no 2º trimestre de 2014 e se manteve relativamente constante até o final de 2014.

A pesquisa realizada pela FGV apenas comprova a insatisfação dos brasileiros em relação às instituições, bem como, corrobora a afirmação sobre a força da mídia, uma vez que as emissoras de televisão são mais acreditadas que o próprio Judiciário.

Sabe-se que a imprensa justifica as manobras das notícias acerca de problemas já conhecidos por todos, como a corrupção, o sistema penitenciário, a morosidade da justiça, a segurança pública, sendo fatores que servem de pretexto para embasar o sensacionalismo.

A polícia é desacreditada enquanto o destaque está nas notícias que denigrem e ferem a credibilidade das instituições. Desse modo, afirmam Rosário e Bayer (2014, p. 1):

Através de uma seleção de conteúdos a mídia tem o poder da construção da realidade, que é um poder simbólico. Esse poder simbólico procura reproduzir uma ordem homogeneizada do tempo e do pensamento, com um único objetivo, a dominação de uns sobre os outros. Com isto, criam sujeitos incapazes de contestar o que se lhes é apresentado de forma a garantir a ordem, a torná-los submissos e dominados.

É claro que os problemas mencionados são grandes empecilhos para o desenvolvimento nacional, bem como de fato abalam a qualidade de vida das pessoas, eles existem, isto é indiscutível, todavia, não se pode utilizá-los com o propósito de justificar o racismo, a discriminação ou até mesmo falar-se em implementação da pena de morte no Brasil.

Destarte, entende-se que a segurança pública constitui direito social insculpido no artigo 6º da Carta Magna, entende-se que é inerente a existência da humanidade, uma vez que é intrínseca ao convívio social. Assim, desde sempre houve a necessidade da existência de um controle social, uma tutela, que é exercida precipuamente pela polícia.

A atuação policial visa manter ou restabelecer a paz social, ou seja, garantir a mínima ordem pública e conseqüentemente preservar o direito á vida, á liberdade, á propriedade, á dignidade da pessoa humana, entre outros. Dessa forma, depreende-se do texto constitucional:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Tendo em vista a segurança como direito social, em síntese, é o instituto que garante uma mínima convivência pacífica em uma sociedade, por conseguinte, possibilita a fruição dos direitos e garantias elencados na Constituição Federal, bem como está condicionada ao próprio funcionamento do Estado.

É incontestável a crise da segurança pública no Brasil, a criminalidade crescente, o fracasso do sistema penitenciário, a superlotação dos presídios, a corrupção na Polícia e etc.

Contudo, a mídia utiliza-se dessa situação e estimula nos cidadãos a desconfiança nas instituições, não se nega que a situação é preocupante, porém é inconcebível que os meios de comunicação incentivem a justiça privada, sob o pretexto de que a polícia também está marginalizada.

A imprensa, seja falada ou escrita, influencia diretamente na propagação exacerbada da sensação de insegurança, ao noticiarem os delitos praticados por indivíduos que se tornaram delinquentes e até mesmo por policiais, ou ainda, pelos representantes políticos, realizado através de um discurso tendencioso, parcial e sensacionalista.

Além disso, o descrédito na polícia, assim como na Justiça, aumenta o sentimento de impunidade, portanto, opta-se pela justiça privada para resolver os conflitos ou contestar os crimes, os linchamentos são o exemplo. É importante dizer que a maioria dos crimes não é investigada ou resolvida até o seu desfecho, situação que agrava esse cenário.

Percebe-se também uma violência que de certo modo está associada a polícia, dessa maneira, as pessoas desconfiam e temem a própria polícia, que por diversas vezes é vista como uma instituição corrupta e que promove injustiça.

É imprescindível destacar que esse contexto demonstra a decadência do sistema de segurança pública brasileiro e a necessidade de uma reestruturação desse modelo a fim de resgatar confiança nas instituições, desde que sejam eficazes e capazes de assegurar efetivamente a paz social.

4.3 A CULTURA DO MEDO VEICULADA ATRAVÉS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Hodiernamente, com a globalização surgiram maiores problemas com a criminalidade representados por novos riscos através do medo da violência. Assim, convertidos em mercadoria pela mídia, transmitem um sentimento generalizado de insegurança, que se torna cotidiano, cujo apelo e discurso acabam por influenciar na atividade do legislador, sobretudo, em relação às normas de Direito Penal.

A criminalização de condutas e consequente edição de novas leis, objetiva em primeiro lugar, neste cenário de pressão sobre o legislador, passar segurança a sociedade diante das ameaças, bem como reforçar o papel das instituições e sua

atuação no combate ao crime. Em outras palavras, a preocupação é adotar medidas que aparentemente sejam eficientes e tranquilizem as pessoas de maneira imediata, embora na prática não contribuam muito para promover a segurança pública e diminuir a violência. Assim, afirma Bayer (2014, p. 1):

Na tentativa de combater este medo, agravado pela vulnerabilidade e impossibilidade de prever uma possível vitimização, reage-se através da criminalização primária, utilizando-se do poder legislativo para a criação de normas penais para a solução do problema. O Direito Penal passa a ser apenas um confronto aos medos sociais, ao invés de atuar como instrumento garantidor dos bens juridicamente protegidos.

O medo traduz-se através da dúvida ou da insegurança. O medo do crime é o temor de ser mais uma vítima, visto que não se sabe o que e quem pode representar uma ameaça, de modo que o estado de alerta se torna cotidiano e qualquer pessoa poder ser um inimigo em potencial. Continua Bayer (2014, p. 1):

Esta criação de normas penais para combater a criminalidade não previne as pessoas da vitimização, e tão somente servem para superlotar as penitenciárias, uma vez que não atuam no foco do problema, e sim, tentam apenas maquiar os problemas através da criação das normas. Em razão do aumento dos programas sensacionalistas, a mídia exerce influência sobre a representação do crime e dos infratores, utilizando do medo para determinar os “excluídos”, para então poder justificar a estigmatização e a implementação de normas severas contra os estigmatizados.

As sensações de insegurança e medo estão incorporadas na sociedade contemporânea e ganham novos destaques a cada notícia manipulada que é transmitida, ou seja, há a influência direta da imprensa, repise-se a sua função como instrumento de formação de ideias, valores, cultura e como a principal fonte de informações das pessoas.

Com o intuito de obter maior audiência e lucratividade, os meios de comunicação transformam a violência em protagonista a partir do medo de ser acometido por um crime. Há, nesse sentido, uma maior preocupação da sociedade com a crescente criminalidade e principalmente a ineficácia do combate a esse crescimento.

O medo coletivo da violência é potencializado, há um exagero na forma de transmitir as notícias, de maneira que o temor e o pânico estão nitidamente na mensagem que a informação deseja passar. Sobre o assunto e no que tange as manchetes sensacionais, assevera Bayer (2014, p. 1):

As manchetes nos meios de comunicação distorcem a realidade e acabam por aterrorizar a sociedade, ocupando lugar desproporcional junto ao público, desviando a atenção das razões que geram a criminalidade, sendo utilizada por candidatos políticos e pelos meios de comunicação, quais utilizam-se de discursos que disseminam o medo e propagam uma ideia de extermínio aos “criminosos”.

Não são mais as entrelinhas que transmitem o recado, as informações estão expressas claramente, aliás, a finalidade é justamente essa, tornar cada vez mais perceptível que o cidadão está à mercê da marginalidade, enquanto o inimigo desfruta de benefícios concedidos legalmente e que aos olhos midiáticos são um afronta a justiça e ao cidadão de bem, este, por sua vez, apregoa a rigidez.

Nesse diapasão, sobre o medo, assinala Boldt (2013 apud ROSÁRIO e BAYER 2014, p. 1):

Tema central do século XXI, o medo se tornou base de aceitação popular de medidas repressivas penais inconstitucionais, uma vez que a sensação do medo possibilita a justificação de práticas contrárias aos direitos e liberdades individuais, desde que mitiguem as causas do próprio medo.

O sentimento do medo gera consequências no seio social e também individual, de maneira que se perde qualidade e vida, uma vez que se vive assustado e evita-se a todo o momento ser uma vítima de um delito.

Ao tratar-se da vida em comunidade, o impacto é do mesmo modo temeroso, visto que a convivência social e a interação são prejudicadas, as pessoas optam por ficarem sob a segurança que suas residências proporcionam a saírem para lugares públicos. Qualquer desconhecido, e até mesmo os conhecidos tornam-se alvos de desconfiança e podem ser suspeitos.

O sentimento coletivo de insegurança, cultivado e intensificado pelos meios de comunicação, não correspondem exatamente a realidade concreta da ameaça, mesmo no tocante a sociedades que apresentam maior complexidade. Não se está negando a gravidade do problema, de fato o Brasil é um país que sofre com a criminalidade e com os mais diversos tipos de violência.

Todavia, é inconcebível que haja a mercantilização desse grave problema, e, que por si só, já causa muitos prejuízos. De forma que fomentado através do sensacionalismo dos meios de comunicação ganha uma proporção exagerada e desproporcional a que realmente tem. Dessa maneira, o entendimento de Bayer (2014, p. 1), indica:

As manchetes nos meios de comunicação distorcem a realidade e acabam por aterrorizar a sociedade, ocupando lugar desproporcional junto ao público, desviando a atenção das razões que geram a criminalidade, sendo utilizada por candidatos políticos e pelos meios de comunicação, quais utilizam-se de discursos que disseminam o medo e propagam uma ideia de extermínio aos “criminosos”.

A insegurança é frequentemente divulgada e ampliada pela imprensa, com o objetivo de acentuar a sensação do medo em relação às notícias ou informações, que, muitas vezes, passam longe de corresponder aos fatos como realmente ocorreram.

Nesse âmbito, as exigências da sociedade e da mídia formam um discurso uníssono, qual seja, requisitam penas mais rigorosas, mais prisões, leis mais rígidas e que criminalizem as mais diversas condutas. É, assim, diante dessa perspectiva, que o Direito Penal é utilizado como aparente solução, mitiga-se, desse modo, sua condição de ultima ratio. Nesse sentido, com intuito de mostrar a perceptividade quanto a contribuição da mídia com a cultura do medo, Nunes (2009, p. 225) expõe:

Perceptível é a contribuição da mídia para a consolidação da cultura e da industrialização do medo. Basta sejam observadas as manchetes diárias e os apresentadores de telejornais induzindo o homem médio a temer mais e mais. O caso Daniela Perez fez com que a população pressionasse o Legislativo para o endurecimento da lei de crimes hediondos; o caso João Hélio tenta forçar o Legislativo a inconstitucionalmente reduzir a maioria penal. É de se notar que boa parte da expansão do Direito Penal é causada pelo emocionalismo excessivamente aumentado pelo sensacionalismo midiático e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema penal em bases de tendências autoritárias, demagógicas e expansivas.

Verifica-se que os anseios da sociedade fomentados pela mídia são características do Direito Penal do Inimigo, que a cada dia ganha espaço, não apenas entre a comunidade e os meios de comunicação, mas na própria legislação, onde já é possível identificar a ideologia da teoria de Jakobs.

É claro que a sociedade, de forma geral, desconhece aos preceitos jurídicos da Teoria do Direito Penal do Inimigo, não há, por assim dizer, a pregação da doutrina exatamente nos termos que foi preconizada. Contudo, exige-se a atuação de um Direito Penal de exceção ou de emergência que atenda aos anseios sociais imediatos. Nesses termos, a análise de Nunes (2009, p. 227) expressa:

O Direito Penal de Emergência ou pan-penalismo revela toda a incoerência e insensatez de um sistema jurídico-penal que se imagina racional e que acaba reduzindo-se a sua menor expressão, a punitivista, quando se sabe que a luta pela contenção da violência é sinônima da luta pela afirmação dos direitos humanos, pois a ordem pública não pode se confundir com

comoção social. Ordem pública significa exatamente a preservação do Estado de Direito e o respeito às suas garantias.

Assim, eleger um inimigo e pleitear que as garantias constitucionais esculpidas no texto constitucional sejam negadas, é típico elemento de Direito Penal do Inimigo, mas que essa ideologia tem sido inserida no Brasil de forma atécnica e até mesmo atenuada em relação ao que efetivamente Jakobs leciona.

Portanto, notadamente, os valores da nossa sociedade não têm, sozinhos, a força necessária para nortear comportamentos e condutas, uma vez que as relações sociais são eminentemente complexas, e, além disso, aliadas ao interesse da mídia em manipular as massas.

Consequentemente, a reação da sociedade é condizente com a conjuntura que foi apresentada, embora dotada de sensacionalismo, é a priori, o que movimenta as manifestações sociais, e, principalmente através do Direito Penal, mesmo que possa acarretar em relativizações, ou até mesmo, na supressão completa de direitos e garantias fundamentais, sejam de ordem material ou processual.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho delineou um estudo relativo a problematização da influência da mídia para construção de uma ideologia punitivista orientada através de discursos sensacionalistas que potencializam a criminalidade e colocam em destaque as falhas das instituições estatais. Além disso, objetivou investigar a forma como o Direito Penal do Inimigo se amolda ao sistema jurídico brasileiro.

É preciso ressaltar que fatores como a globalização, as transformações nos sistemas de organização e comunicação promoveram a mudança das características da própria sociedade, que, por sua vez, tornou-se mais complexa no que diz respeito as suas relações sociais.

Tais circunstâncias exigem que o Direito acompanhe este desenvolvimento para que cumpra efetivamente seu papel de regular as referidas relações, assim como exercer o controle social, sobretudo o Direito Penal. Verifica-se que no Brasil, esta conjectura é agravada em razão do descrédito do Poder Público em diversos setores, seja a política, a segurança pública, a saúde e etc.

O Direito Penal pautado em valores e princípios clássicos, por si só, não consegue mais atender aos anseios da sociedade moderna, novos bens jurídicos foram alocados sob sua a proteção e, por conseguinte requerem tratamento especial.

Percebe-se que a legislação penal e a política criminal têm nos últimos anos buscado medidas de cunho imediatista, que prometem solucionar a violência e transmitir maior tranquilidade e segurança aos cidadãos, de fato, aparentemente isto ocorre. Mas repare-se na expressão “aparentemente”, de modo que são políticas e leis superficiais, nascidas em meio a pressão midiática e social, que acabam por desnaturar a sistemática penal, visto a antinomia gerada por estas novas normas.

Nesta perspectiva, a doutrina de Gunther Jakobs ganha força e adeptos poderosos. A partir da dicotomia cidadão ou inimigo, bem como o tratamento que deve ser direcionada a cada personalidade, evidencia-se a segregação da sociedade brasileira, a sua discriminação e marginalização de determinados segmentos.

Portanto, deve-se ponderar a presença do Direito Penal do Inimigo no Brasil de forma que em contraposição à dogmática garantista, é típico Direito de Emergência, no qual existe a relativização de determinadas garantias e direitos

individuais. Contudo, vale ressaltar que no Brasil não foi concebido exatamente da forma como foi preconizado por Jakobs, fundamentado em Rousseau, Kant, Hobbes e Luhmann. Há uma ponderação sobre sua incidência, em virtude dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, utilize-se como ilustração o exemplo do Regime Disciplinar Diferenciado, apesar do rigor de suas medidas, demonstrou-se inevitável para auxiliar a combater a criminalidade dentro das penitenciárias. Assim, falar em Direito Penal do Inimigo enquanto despersonalização do indivíduo é invariavelmente incompatível com o Estado de Direito, todavia implementar medidas mais rígidas desde que respeitada a proporcionalidade e dignidade da pessoa humana a fim de combater o crime é política indispensável.

É inadmissível, porém, permitir que a mídia estabeleça os contornos dessa política. Critica-se, nesse sentido, a forma como as notícias chegam até o público para ludibriar as pessoas, que em sua maioria, repetem o que absorvem dos meios de comunicação e interação social. Assim, a imprensa não é capaz, tampouco legitimada a impor modelos estatais político ou jurídicos, sobretudo porque conduz as informações em favor da sua lucratividade, da mesma maneira que dos seus próprios interesses.

A influência exercida pelos meios de comunicação, em geral, é inquestionável. E realmente tem sua razão de ser, a liberdade de imprensa é intrínseca a democracia, dessa maneira deveria auxiliar os cidadãos na fiscalização e gerência do Estado, porém nota-se a busca pelo poder, mediante a influência política e econômica.

A cultura do medo é o principal mecanismo de manipulação da mídia para induzir a sociedade a agir de acordo com os ideais que determina informar, não os fatos, mas, as histórias falaciosas criadas a partir deles para aumentar a sensação de insegurança e impunidade, o que, evidentemente, provoca revolta nas pessoas. Desta feita, inicia-se uma verdadeira pregação por penas mais duras e pela criminalização de condutas, tudo baseado no que interessa a mídia transmitir.

É claro que não se deseja demonizar a mídia, assim, no decorrer do presente trabalho ficou claro que é mecanismo indispensável ao Estado Democrático, contudo, pretende apontar que o modelo de imprensa brasileiro é em sua maioria orientado para atender determinados setores, pela busca de audiência, ausente a

preocupação em despertar o senso crítico das pessoas, do mesmo modo, com a veracidade do que é noticiado.

Com base na pesquisa, pode-se afirmar que também é preciso alertar para a consciência das pessoas, que devem procurar avaliar e processar com cautela as informações que são repassadas, a mídia fomenta, mas são os cidadãos que se deixam alienar. Falta compromisso para com o próprio Estado, é mais fácil apontar e o inimigo e requerer que seja eliminado, conforme preceitua a imprensa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os Meios de Comunicação de Massa e o Direito Penal A influência da divulgação de notícias no Ordenamento Jurídico Penal e no Devido Processo Legal.** Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/almeida-judson-meios-de-comunicacao-direito-penal.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2016.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **A lei 13.260/16 é uma ato terrorista á hermenêutica constitucional.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional>> Acesso em: 04 abr. 2016.

BAYER, Diego Augusto. **A mídia, a reprodução do medo e a influência da política criminal.** Disponível em: <<http://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943204/a-midia-a-reproducao-do-medo-e-a-influencia-da-politica-criminal>> Acesso em 20 abr. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Geral I.** 19º ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade).** 1º ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 05 abr. 2016.

_____. **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm> Acesso em 10 abr. 2016.

_____. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em 07 abr. 2016.

_____. **LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 09 abr. 2016.

_____. **LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Dispõe sobre o Terrorismo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm> Acesso em 08 abr. 2016.

CALLEGARI, André; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. "**Deu no jornal**": notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal. Revista Liberdades Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/18-ARTIGO.> Acesso em: 20 abr. 2016.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 5º ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

CUNHA, Luciana Gross. Et al. **RelatórioCJBrasil.** 1º TRIMESTRE / 2014 – 4º TRIMESTRE / 2014: ANO 06. FGV. São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%C3%B3rio%20CJBrasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 25 abr. 2016.

GRECO, Luís. **Introdução á dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico Penal’, de Roxin.** Disponível em: <<http://www.mundojurídico,adv.br/documentos/artigos/texto076.doc>> Acesso em: 11 mar. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. 2002.

JAKOBS, Gunther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal.** São Paulo: Manole, coleção estudos de Direito Penal, tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes, 2003.

JAKOBS, Gunther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giancomolji, 2007.

MASSON, Cleber. **Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>> Acesso em: 04 de abr. 2016.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**. 2006 314 f. Dissertação (Mestrado em em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>> Acesso em: 10 março. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10ª ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2013.

ROSÁRIO, Raquel do; BAYER, Diego Augusto. **A formação de uma sociedade do medo através da influência da mídia**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/12/12/a-formacao-de-uma-sociedade-do-medo-atraves-da-influencia-da-midia/>> acesso em: 21 abr. 2016.

ROXIN, claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, tradução Luis Greco, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Decisão que recebeu a denúncia contra Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá**, disponível em: <<http://wikipedia.jusbrasil.com.br/noticias/3236/decisoes-comentadas-leia-na-integra-a-decisao-que-recebeu-a-denuncia-contralexandre-nardoni-e-anna-carolina-jatoba>> Acesso em 20 abr. 2016.

NUNES, Carolina Porto. **Sociedade do risco e Moderno Direito Penal: tendências da política criminal no Brasil após a Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/862/89>> acesso em: 24 abr. 2016.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

