# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

## CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

**GUSTAVO NORONHA DE AVILA**

**MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO**

**TULIO LIMA VIANNA**

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – Conpedi**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
**Secretário Executivo** -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Conselho Fiscal**
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

**Secretarias**
**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Marilia Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-080-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Criminologia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

---

## Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação que apresentamos a coletânea de artigos discutidos no Grupo de Trabalho "Criminologias e Política Criminal", realizado durante o XXIV Congresso do CONPEDI, em Belo Horizonte.

Depois de dois anos de início de nossos trabalhos, podemos dizer que as discussões criminológicas têm ganhado cada vez mais espaço. Discutir as relações do crime com as liberdades, especialmente no que diz respeito às interdições realizadas pelo sistema penal, é agenda fundamental em uma sociedade cada vez mais marcada por controles.

Temos aqui um conjunto heterogêneo, mas bastante significativo, da produção criminológica nacional. Desde artigos vinculados às rearticulações dos realismo de esquerda com a segurança pública até aproximações com as perspectivas radicais/libertárias.

Em um espaço de discussão privilegiado e democrático, como é o CONPEDI, cremos ser fundamental o aprofundamento e a continuidade dessas discussões. Não seria possível alcançar esse objetivo sem a colaboração do Professor Nestor Eduardo Araruna Santiago e, especialmente, na edição ora apresentada, do Professor Álvaro Oxley da Rocha que, com maestria, auxiliou na coordenação dos trabalhos.

É com esse espírito efetivamente democrático, marcado pela solidariedade e pela seriedade acadêmica, que seguiremos em frente. Desejamos a todos ótima leitura.

Gustavo Noronha de Ávila

Marília Montenegro Pessoa de Mello

Túlio Vianna

# NOTAS SOBRE O DIREITO DE PUNIR: UMA ANÁLISE CÍCLICA DA INQUISIÇÃO À IDEOLOGIA JAKOBIANA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

# NOTES PUNISHMENT OF LAW: A CYCLICAL ANALYSIS OF THE INQUISITION TO JAKOBIANA IDEOLOGY OF THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

**Rayana Pereira Sotão Arraes**
**Gleidysson José Brito de Carvalho**

**Resumo**

Na sociedade atual, marcadamente complexa e violenta por desigual que é, o Direito de Punir apresenta-se cada dia mais incompatível com os pressupostos do Estado Constitucional de Direito. No curso da história do Direito Penal, o Direito de Punir atravessou a negativa de direitos ao acusado, observada na Inquisição, alcançando garantias fundamentais ao sujeito de direitos. Entretanto, o que se observa nos dias de hoje, com a crise do Estado Social e a falta de confiança no sistema, é a frequente relativização das garantias e seletividade dos sujeitos de direitos que devem ser tratados pelo Direito Penal e os que devem ser tratados como inimigo da sociedade, semelhante ao tratamento dado aos hereges medievais. O presente trabalho utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Inquisição, Garantias, Direito penal do inimigo

**Abstract/Resumen/Résumé**

In today's society, markedly complex and violent by uneven it is, the Law of Punishment has become increasingly incompatible day with the assumptions of the Constitutional rule of law. Throughout history the Criminal Law, the Law of Punishment crossed the denial of rights to the accused, observed the Inquisition, reaching fundamental guarantees the rights of man. However, what is observed today, with the crisis of the welfare state and the lack of confidence in the system is the frequent relativism guarantees and selectivity of the subject of rights which must be dealt with by criminal law and to be treated as an enemy of society, similar to the treatment of medieval heretics. This work was used the bibliographical research methodology.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Inquisition, Guarantees, Criminal law of the enemy

## INTRODUÇÃO

Desde que se formaram os primeiros grupos de pessoas, o conflito ali esteve, tendo em vista que cada homem possui vontades e pretensões que, fatalmente, são díspares entre si. No entanto, em determinado momento, o homem decidiu criar um ente ao qual iria conceder a prerrogativa de dizer quem estava certo, e quem estava errado. Teria então, o Estado, a disposição para punir. Dentre todas as possibilidades à sua disposição para executar tal mister, há o Direito Penal. No entanto, este deve ser utilizado apenas como última ferramenta, devido ao poder lesivo de que dispõe.

A punição penal evoluiu, durante o passar dos tempos: da regra do talião, até a atualidade, houve períodos em que predominou a composição, a vingança pública baseada em uma legitimação divina, algumas evoluções trazidas pelos direitos romano e canônico, experimentou certa involução na época medieval. Surgiram também as escolas Clássica (fundada por Cesare Beccaria, e que inovou ao introduzir a ideia de ressocialização do condenado), Positivista (voltada ao delinquente, rotulando-o como alguém que "nascera para a prática delitiva"), e a Eclética (cuja principal inovação foi a distinção entre pena e medidas de segurança) (ESTEFAM, 2012).

Hodiernamente, O discurso político que orienta o Direito Penal contemporâneo encontra no Estado Constitucional de Direito o cimento moral que legitima o direito de punir ao Estado, enquanto centralizador do poder legalmente construído.

Tal direito – de punir – contudo, nem sempre decorreu nos moldes hoje codificados, haja vista os relatos históricos apontarem pela existência – ainda não totalmente superada – de um Direito Penal construído em atenção ao sistema e não à proteção dos bens juridicamente tutelados.

Atualmente, o direito de punir se insere na dinâmica do Estado de Direito e, assim, toda e qualquer punição, assim como os meios de aplicação da mesma, devem ser regidos pelo ordenamento jurídico, bem como atento às garantias fundamentais do acusado, enquanto indivíduo que é.

Entretanto, em que pese este seja o discurso oficial do sistema, a *práxis* social observada nem sempre versa neste sentido, apontando desde episódios de seletividade até mesmo a autotutela à revelia do sistema oficial.

Desta forma, o presente artigo busca fazer uma análise do direito de punir, apontando a lógica que orientou o Sistema Penal nos tempos da Inquisição, após com o advento do

Estado de Direito, a constitucionalização dos direitos fundamentais e seus reflexos no Direito Penal e, por fim, analisar o direito de punir nos dias de hoje.

No presente escrito, pretendeu-se analisar o direito de punir e suas raízes, a partir do período medievo.

Buscou-se contextualizar a atuação da Santa Inquisição, por parte da Igreja Católica, bem como a forma com que tal instituição era detentora de um discurso que a legitimava para as práticas que apresentava, de forma que toda conduta alheia ao discurso oficial, era tida como desviante e, portanto, passível de punição.

Em seguida, analisou-se o direito de punir no Estado de Direito, de forma a situá-lo num sistema que deve prezar pelas garantias dos cidadãos. Também se fez um exame crítico sobre a evolução do próprio Estado de Direito.

Ao final, teceu-se comentários acerca da teoria Jakobiana do Direito Penal do Inimigo, demonstrando como suas ideias mostram-se presentes no seio da sociedade. Para tanto, ilustrou-se com o exemplo de um criminoso que, não obstante ter praticado um crime de roubo (para o qual o sistema penal já prevê punição de privação de liberdade), foi linchado pela população, desconsiderando o sistema jurídico posto.

Objetiva-se com este trabalho uma melhor compreensão do direito de punir, mas principalmente sua relação com um Estado de Direito, e de que forma a teoria de Günther Jakobs, acerca de um possível "inimigo" da sociedade, relaciona-se com os preceitos que devem instruir tal Estado de Direito.

Valeu-se do método explicativo, com análise crítica dos pontos relacionados ao tema que foram trazidos a estudo. Quanto ao procedimento técnico, o utilizado foi a pesquisa bibliográfica.

## 1 O DIREITO DE PUNIR NA INQUISIÇÃO MEDIEVAL

Em que pese a Inquisição seja associada ao período medieval, a sua origem é bastante anterior, possuindo indícios de sua não só existência, mas também de uso, desde o século IX, mas comprovadamente utilizada pelo Império Romano, quando, diante da inexistência de testemunhas ou denúncias, a autoridade judicial formulava a acusação (CARCEL, 2000, p. 6).

Tendo a Igreja Católica como a instituição que maior lhe utilizou, dando-lhe grande importância, a Inquisição declarou guerra às diferenças de opiniões e crenças, valendo-se para

isso de um discurso baseado de combate ao diabo. Tal discurso, entretanto, consistia apenas em uma forma velada de impor um modelo de sociedade e estratificação de poder, através do medo.

Como entende Pinto (2010, p. 191)

> A palavra heresia, que em grego (αιρετικός) significa escolha, a partir da manipulação imposta pela Inquisição tornou-se um termo genérico e com conotação depreciativa a partir do qual incluíam aleatoriamente quaisquer condutas que fossem consideradas contrárias, novas ou simplesmente diferentes do *stablishment*. O objetivo primordial não era a imposição da sanção ao suposto infrator. Na verdade, consistia em um instrumento com o qual, pelo medo generalizado, impunha uma forma única de visão de mundo, de estruturação dos poderes oficiais e de estratificação social, escoradas em argumentos religiosos.

O Tribunal do Santo Ofício, instituição punitiva da Inquisição, representava um braço do poder monárquico e, com o intuito de preservar o poder dos soberanos, caracterizou-se pela habitual transformação de suspeitos em culpados, através da negativa de possibilidade de defesa aos acusados de conduta considerada como desviante à imposta visão de mundo unilateral.

O Direito de Punir na Inquisição, portanto, orientava-se por um processo cujo objetivo era a busca pela comprovação da veracidade de suspeitas iniciais, demonstrando, na verdade, antes de um procedimento que visasse a real investigação dos fatos, uma presunção de culpabilidade de forma tácita.

> Em outras justiças, após a acusação formal, o réu tinha acesso aos traslados dos autos onde constavam os nomes dos depoentes e os delitos de que era acusado. No Santo Ofício isso nunca acontecia, pois não havia praticamente diferença entre a primeira e a segunda fase, sendo o processo permanentemente alimentado com a inclusão de novas acusações, permanecendo os autos em segredo até o final. (LIMA, 1999, p. 17)

Assim como a presunção de culpabilidade orientava o processo em busca da confirmação das suspeitas iniciais, a confissão era valorizada com *status* de verdadeiro tesouro ao então processo penal. Com o mesmo objetivo anteriormente mencionado, práticas de tortura eram rotineiramente praticadas e, pelo “valor” do resultado, eram inclusive previstas pelo processo penal (LIMA, 1999, p. 17).

Nesse contexto, mais do que punir um indivíduo por uma conduta delituosa, o Santo Ofício almejava construir um poder simbólico que legitimasse todos os seus atos enquanto poder público detentor do direito – que pela conotação religiosa da qual era revestido, impunha-se natural e divino – de punir.

> Na prática, tanto na Inquisição Medieval quanto na Inquisição Moderna não se preocuparam em extirpar todos os hereges, os quais, na verdade, eram aleatoriamente caçados e se não fossem encontrados, eram criados para servirem de símbolo visando, dessa maneira, incutir-se no imaginário popular o risco abstrato de uma condenação pelo Tribunal do Santo Ofício. Para tal intento, bastavam poucos processos, um número reduzido de execuções públicas de cenografia bem chocante e impressionante, a manutenção do mito dos segredos inquisitoriais e das terríveis torturas a que eram submetidos os acusados, a exaltação da vergonha e a da ruína econômica de uns poucos infelizes, para, assim, manter-se a totalidade das pessoas em um estado de plena submissão à autoridade moral da Igreja, agora visceralmente vinculada ao poder secular. (PINTO, 2010, p. 195).

No Santo Ofício, o acusado era visto apenas como objeto de investigação, desprovido de cidadania e garantias processuais (JARDIM, 2001, p. 24). Desta forma, o processo penal se desenrolava de forma obscura, sem se permitir ao acusado qualquer acesso que lhe proporcionasse defesa. Valia-se do sistema inquisitivo, no qual

> [...] o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretenso interesse coletivo de ver o acusado punido. [...] O discurso de fundo é a efetivação da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos. (TÁVORA, ALENCAR, 2012, p. 40).

A busca das provas tinha o condão de legitimar os atos do inquisidor perante a sociedade, construindo um discurso institucional sustentável no tecido social. “A prova não era fator de convencimento do juiz, mas instrumento para este convencer os outros do acerto da acusação que apresentara liminarmente” (JARDIM, 2001, p. 24-25).

Eis o que aqui se denomina discurso, que nas palavras de Foucault (2014), contempla – e contém – um espiral de situações, em que dentre os elos estão os sujeitos enunciantes e as instituições políticas, jurídicas e sociais que legitimam ou desconstituem os “verbos”. Assim, os discursos são elementos formadores de uma identidade social (FOUCAULT, 2008) e por meio deles todas as verdades – do tolerável e intolerável, inclusive – se situam.

Neste sentido, Michel Foucault (2014, p. 6), ao falar sobre o poder de dizer o discurso, considerou que

> Certamente, se nos situamos no nível de uma proposição, no interior de um discurso, a separação entre o verdadeiro e o falso não é nem arbitrária, nem modificável, nem institucional, nem violenta. Mas se nos situamos em outra escala, se levantamos a questão de saber qual foi, qual é constantemente, através de nossos discursos, essa vontade de verdade que atravessou tantos séculos de nossa história, ou qual é, em sua forma muito geral, o tipo de separação que rege nossa vontade de saber, então é talvez algo como um sistema de exclusão (sistema histórico institucionalmente constrangedor) que vemos desenhar-se.

Percebe-se que, segundo o autor, o dizer o discurso não é algo novo, mas fato que se repete no tempo, apenas se modificando com o transcorrer temporal, evoluindo ou involuindo de acordo com a sociedade que se analisa, a depender de seus aspectos sociais e culturais, dentre outros.

O processo penal na inquisição buscava, então, construir uma factualidade que à sociedade fosse transmissível como "verdade real" e para tanto, tinha como pilares dogmáticos da *práxis* judicial a averiguação minuciosa e a indagação.

Assim, tendo em vista a busca incontrolável da verdade real, o processo inquisitorial compreendia que todas as formas de apuração seriam válidas e legítimas à descoberta dos fatos já condenados à punição, de tal sorte que a busca da verdade real, por si, seria justificativa para o sacrifício de qualquer outro bem ou valor, inclusive a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o direito de punir na Inquisição, além de situar o acusado como objeto de investigação, negando-lhe a condição primeira de sujeito de direitos, era exercido através de um processo de perseguição indiscriminada e intolerante às práticas que pudessem ameaçar o *status quo*, por divergentes que fossem do discurso dominante, este enunciado e imposto pela Igreja Católica.

## 2 O DIREITO DE PUNIR NO ESTADO DE DIREITO

O Estado de Direito insurge no discurso acadêmico como o expoente da rejeição social à autoritariedade, na medida em que consiste na submissão do poder público aos limites legais e publicamente legitimados, inclusive, por um texto com supremacia, tal qual o constitucional. Nas palavras de Ferrajoli (2003, p. 13), o Estado de Direito designa um "ordenamento em que poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados nas formas e com os procedimentos legalmente estabelecidos". Por esse entendimento, não somente a forma, como também o conteúdo dos atos do poder públicos, encontram na lei – na pública, lei, ratifique-se – o limite de exercício.

Tal concepção de Estado de Direito decorre da realidade política do positivismo jurídico, contemporânea ao surgimento do Estado Moderno, tendo no formalismo uma de suas impressões de identidade, bem como a centralização da produção jurídica.

> O Estado Legal de Direito está em íntima conexão com o advento do Estado Moderno, que se forma na Europa entre o século XIII e o fim do século XVIIII. O Estado Moderno se apresenta basicamente como uma unidade de comando das relações de vida num espaço territorial relativamente amplo, realizada por meio da concentração do poder de ditar normas de comportamento e de sancionar a conduta ilícita. [...] A unidade jurídico-política viabiliza-se através do monopólio da força, que se traduz pelo exercício exclusivo do poder de legislar (monopólio da legislação) e de julgar (monopólio da jurisdição) no espaço territorial das novas comunidades nacionais. Implicando a redução do conteúdo do direito às leis e decisões emanadas do poder estatal, o monopólio da força retira a quaisquer outros pretensos poderes, sobretudo o eclesiástico, o direito de organizar a vida em sociedade e, assim, assegura a edificação de um único ordenamento vinculante. (MARTINS NETO, 2013, p. 311).

A importância da codificação das normas, portanto, consiste na redução da insegurança gerada pela arbitrariedade de que poderia decorrer qualquer ato legítimo do poder público, ao tempo em que dependia da "justiça" dos conteúdos normativos – e não da fonte de sua produção – a sua legitimidade.

A partir da mudança de paradigma observada com a queda do Antigo Regime, o princípio da legalidade passou a ser o balizador central do ordenamento jurídico. A nova ordem política se institucionaliza através da lei e, como entende Hespanha (2005, p. 341), "[...] esta fase caracteriza-se pelo movimento legalista e, sobretudo, pela tendência codificadora".

Entretanto, tal modalidade de Estado, em que pese tenha representado significativo avanço à sociedade, na medida em que o Estado Legal de Direito cimenta o primado da lei como fonte, submetendo, ao tempo, o poder político ao direito (CANOTILHO, 1999), representa apenas uma vinculação formal, restando ao conteúdo das leis e do direito – aspecto material –, como nas palavras de Cademartori (1999, p. 25), um "[...] esvaziado de qualquer referente substancial ou material e passa a ser uma forma vazia a ser preenchida por qualquer conteúdo."

A afirmação do princípio da legalidade abandona a supremacia da jurisprudência, transferindo a supremacia para a lei, a qual não é oponível a qualquer outra esfera de poder ou direito – natural ou especial. Nada justificaria a negativa do Estado de Direito fundado na lei. Como entende Barroso (2003), a partir de então, o Direito passa a ser reconhecido como norma e a ciência do Direito passa a ter fundamento em juízos de fato – com fulcro na realidade – e não mais juízos de valor, separando-se direito de moral, por exemplo. Eis o positivismo filosófico exportando seus frutos para o positivismo jurídico.

> Em suma, o Estado Legal de Direito pode ser conceituado como o modo de organização político-jurídica no qual, embora constituindo a lei emanada do poder

> público o instrumento de regência da vida em sociedade, o poder legislativo encontra-se limitado apenas por regras que definem as autoridades habilitadas a legislar e a forma pela qual devem proceder. Nesse sentido, embora limites jurídicos existam, eles são de natureza formal, isto é, relativos à competência do legislador e ao modo de legislar. O legislador, com autoridade para criar o direito e desde que observe o rito prescrito, é livre quanto ao conteúdo das leis, podendo imprimir qualquer direção à matéria de sua deliberação. Seus comandos, quaisquer que sejam, são obrigatórios, uma vez que validade da lei depende só do respeito à competência e ao procedimento. (MARTINS NETO; THOMASELLI, 2013, p. 316).

Observa-se que a centralidade da lei para os atos do poder público, para a enunciação da licitude e da ilicitude, para a definição de onde e até onde o Estado pode e deve intervir, assim como a forma de tal intervenção, indiscutivelmente, tende a conferir previsibilidade aos mesmos atos; mas ainda assim, o Estado Legal de Direito se apresentou como um modelo frágil, haja vista a discricionariedade conferida ao legislador, o qual, sendo benigno, pode contemplar os valores morais, tradições culturais, etc; contudo, sendo maligno, vulnerabiliza toda a comunidade, negando a segurança jurídica em sua integralidade, conforme almeja a ideia de Estado de Direito.

A crise da legalidade, ressaltada pelo caro preço pago pela humanidade em razão dos autoritários regimes de Estado legitimados pelo fetiche da lei – nazismo e facismo –, trouxe uma nova mudança de paradigma para o cenário jurídico-político. O período pós Segunda Guerra Mundial fez imperioso a necessidade de se repensar o papel da lei e do Direito para a harmonia social

Eis então o surgimento do Estado Constitucional de Direito, através do qual a Constituição deixa de ser apenas e tão somente um documento político, passando a integrar o ordenamento jurídico e não somente como qualquer dispositivo legal, mas sim com o *status* de superioridade que lhe é genuíno. “No Estado Constitucional, a validade das leis em geral não depende apenas da sua forma de produção, senão também da coerência de seus conteúdos com as normas constitucionais.” (MARTINS NETO; THOMASELLI, 2013, p. 319).

Assim também, o Estado Constitucional de Direito surge trazendo consigo maior atenção aos direitos fundamentais, estes entendidos como o reconhecimento de que “todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes do mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza” (COMPARATO, 1999, p. 1).

Tal consenso acerca da existência de um entendimento mínimo superior sobre justiça fundado na dignidade do homem, como entendem Martins Neto e Thomaselli (2013, p. 330) decorre da compreensão de que

> [...] a ideia transcendente é, enfim, a de que o respeito à dignidade humana é o valor supremo da vida em comunidade. O homem, qualquer homem, não é nem coisa nem bicho. É pessoa, ser dotado de razão, capacidade de autodeterminação e aspirações de felicidade. Para realizar seu destino singular no mundo, o homem precisa estar protegido, por meio da atribuição de direitos, contra quaisquer atos cujo efeito seja a negação de sua condição. Ele não pode ser considerado um ser inferior em relação aos demais; não pode ser escravizado; a força de seu trabalho não pode ser explorada sem compensação econômica adequada, a um preço vil; sua vida não pode ser arbitrariamente retirada; suas crenças, suas convicções e suas ideias não podem ser silenciadas; ele não pode ser por elas punido, menos ainda supliciado; ele não pode ser impedido de reunir-se com outros, de tomar parte no governo de seu país e de interferir na política; não pode ser encarcerado sem que tenha sido possível defender-se perante um juiz independente e imparcial, no curso de um processo justo; não pode ser classificado como culpado de crimes e ilícitos antes do julgamento definitivo; suas posses não podem ser sumariamente confiscadas; sua intimidade não pode ser devassada, e sua honra e reputação, difamadas; ele não pode ser abandonado na doença, na invalidez, na velhice; não pode deixar de ter acesso à escola e aos serviços sociais.

A atenção aos direitos fundamentais se legitima, pois, pelo fato dos atos do poder público refletirem, tanto na forma quanto no conteúdo, uma legalidade inerente ao seu conceito – conceito de Estado de Direito – razão pela qual se faz indispensável balizar tal legalidade à luz dos valores – direitos, elementos, características, etc. – indisponíveis por essenciais que são aos seres humanos.

Diferentemente da primeira concepção de Estado de Direito, o Estado atento aos direitos fundamentais do homem decorre de outro contexto histórico e também político, no qual o discurso legitimado é garantista – correspondente ao modelo neoconstitucionalista de Estado –, e a positivação de leis que orientem e delimitem a atuação do poder público já não é suficiente à sua legitimidade, senão pela sua compatibilidade com norma superior, o texto constitucional, esse sim, expressão última e maior dos valores e anseios que brotam da sociedade.

Dentre as consequências do Estado Constitucional de Direito tem-se a substituição da lei pela conformação constitucional da norma jurídica como princípio de validade da mesma, deixando de ser soberano o legislador ordinário, em virtude da supremacia constitucional, segundo a qual deve ter seus atos limitados. Outra consequência de tal modificação de paradigma foi a mudança do papel do juiz, que viu seu papel de atuação ampliado de forma considerável:

> Ele não tem mais apenas a tarefa de decidir, nos casos litigiosos, se as condutas humanas estão ou não de acordo com a norma legal, ou seja, se existe ou não uma relação de adequação entre atos e leis. Em função da existência da Constituição e de sua supremacia, o juiz muitas vezes precisa antes examinar se a norma legal que é utilizada como medida da conduta humana está ou não contradição com alguma norma constitucional que esteja regulando a mesma matéria, ou seja, se existe ou

> não relação de adequação entre norma legal e norma constitucional. (MARTINS NETO; THOMASELLI, 2013, p. 321).

Cumpre esclarecer, entretanto, com a finalidade de evitar equívocos, que o estado Constitucional de Direito muito mais é do que a supremacia da Constituição enquanto forma, menos ainda dos meios de tutela por ela disponibilizados. O Estado Constitucional de Direito possui seu significado máximo vinculante nos objetivos substantivos trazidos pela Constituição, ou seja, pelas normas atributivas de direitos que demarcam o seu conteúdo ideológico, o qual, inclusive, não se esgota nos direitos fundamentais, mas também na organização principiológica da política de Estado e na separação dos poderes, tão importantes à efetiva proteção dos direitos declarados pela norma constitucional.

Assim, tendo em vista que o direito de punir decorre de uma prática discursiva[3] que envolve o poder de dizer o que é o delito, bem como de enunciar a pena, no Estado Constitucional de Direito, essa dinâmica deve estar respaldada no ordenamento jurídico, conformada com a Constituição e orientada pela salvaguarda dos direitos fundamentais, sob pena de assim não sendo, eivar-se de ilegitimidade.

Tal compreensão possui múltiplos reflexos para a sociedade contemporânea, dentre os quais se destaca a limitação conferida ao exclusivo poder estatal de punir. Uma vez que o monopólio da violência punitiva é do Estado, tal prerrogativa deve possuir o condão de trazer segurança jurídica à sociedade e ao delinquente, haja vista este ser um sujeito de direitos tão somente pela sua condição humana. O Estado Direito – antes mesmo do estado Constitucional de Direito – colocava, então, fim à concepção individualista de punição, a qual, com base no Estado de natureza tratado por Hobbes (2003, p. 101), autorizava cada um a usar o seu próprio poder para preservar sua natureza, da maneira que lhe fosse conveniente. O pacto social que legitima o direito de punir ao Estado se funda na legalidade, na exceção da liberdade por ameaça do mesmo bem.

Como enunciou Beccaria (2004), o Estado não deve – nem pode, nos termos do atual Estado Constitucional de Direito, em que pese não seja esse o contexto da obra epigrafada – em nome de *todos*, punir com excesso.

> Fadigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram

[3] Para Foucault (2008, p. 98), o jogo de poder que está relacionado com a prática discursiva faz do enunciado, não um elemento último, absoluto; mas sim um elemento "capaz de entrar em jogo de relações com outros elementos semelhantes a ele; como um ponto sem superfície mas que pode ser demarcado em planos de repartição e em formas específicas de grupamentos; como um grão que aparece na superfície de um tecido de que é o elemento constituinte; como um átomo do discurso".

> uma parte dela para usufruir do restante da segurança. A soma dessas partes de liberdade assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação; e aqueles que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração, foi proclamado soberano do povo [...] Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. (BECCARIA, 2004, p. 19)

Não há, pois, como se falar, no Estado Constitucional de Direito, no direito individual de punir, mas tão somente na prerrogativa do Estado de atuar com tal violência e, ainda, invariavelmente direcionado pelo ordenamento jurídico, distante, pois, do juízo de valor do governante ou dirigentes das instituições públicas. A justificativa que confere ao Estado tal poder, por sua vez, não justificam suplícios, punições físicas e torturas, sob pena de, por não representar os anseios da sociedade, constitucionalmente legitimados, representar um poder de fato e não de direito, ilegítimo, portanto (BECCARIA, 2003, p. 20).

Ainda nessa mesma linha de pensamento, Beccaria entende que deve haver relação entre ato praticado e a punição a ser infligida, de forma a não macular o ato de ilegalidade. Segundo o autor, "[...] a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei" (BECCARIA, 2003, p. 107).

Nesse contexto, tem-se o criminoso não como inimigo do Estado, mas sim como um indivíduo que deve ser respeitado ao ser punido.

## 3 O DIREITO DE PUNIR NOS DIAS DE HOJE: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em que pese a sociedade tenha, aparentemente, declarado a sua intolerância à punição excessiva do Estado, lendo-se por excessiva aquela que desconsidera a dignidade humana do cidadão delinquente, a dinâmica real que se observa na sociedade atual – a complexa sociedade de risco – tem desconstituído tal conquista por fatos e narrativas que se apresentam de forma retrógrada, com os quais tem-se deparado cada vez com maior frequência.

Ao invés de uma política pública de ressocialização, de uma sociedade que se se sente responsável pelo outro através do Estado, ou mesmo de um ordenamento jurídico que discipline um processo penal justo e previsível, o que se tem visto é a seletividade de um

sistema falido e até a institucionalização da barbárie por meio de episódios de autotutela, como os cada vez mais corriqueiros exemplos de linchamento que vêm sendo observados no Brasil.

Em que pese a academia coloque-se a discutir as possibilidades de adequação do sistema penal às novas matizes sociais – marcadamente velozes, inconstantes e contraditórias – teorizando sobre o Direito penal máximo, mínimo, dentre tantos outros, a prática institucional segue fluxo próprio, sendo identificado com o que Jakobs teorizou por Direito Penal do Inimigo.

Isto porque, na medida em que as contradições sociais reproduzem seus reflexos por todas as esferas, inclusive a penal, e o Estado Social a cada dia comprova a sua falência, a sociedade clama por justiça, imprimindo uma necessidade social de punição aos sujeitos que "ameaçam" a comunidade. Nesta dinâmica, identifica-se o "inimigo da sociedade", rotula-se-o – ao mesmo tempo em que se desnuda a cidadania, se necessário ou conveniente for – e pune-se-o.

Na visão de Jakobs, com o intuito de legitimar o próprio sistema, a concepção de punição, produzida pelo mesmo sistema – autopoiética, como diz o autor – objetiva a estabilização normativa através da pena, a partir de então preventiva. Assim, aqueles que não se adequarem ao discurso legitimado pela contemporaneidade serão rotulados "inimigos"[4] e a eles principalmente será imposta a pena, sob o argumento de que, com isso, prevenir-se-á a repetição de conduta desviante na sociedade.

Ao indivíduo então rotulado de "inimigo" não há que se falar em cidadania, mas tão somente há que se objetivar conter a quebra da coesão do sistema social – jurídico e político – com o tratamento adequado para tanto (JAKOBS, 2005, p. 36), que fatalmente não é o mesmo dedicado aos indivíduos que não possuem conduta contrafactual às expectativas sociais.

É importante situarmos a teoria Jakobiana no contexto histórico em que se encontra a crise do poder punitivo do Estado enquanto ferramenta de controle social.

Neste contexto, é perfeitamente compreensível que o próprio sistema se ocupe em se proteger e legitimar, razão pela qual as políticas criminais recorrem ao autoritarismo estigmatizante que rotineiramente opta pela via preventiva de aplicação da pena, nos moldes aqui analisados. Assim, não há mais que se falar em um Direito Penal voltado à proteção de

[4] Processo que se observa na mesma prática discursiva (FOUCAULT, 2008, p. 98).

um bem jurídico, mas sim à proteção da própria norma, como forma de se demonstrar que o sistema ainda vigora, a despeito de sua violação

Ocorre que, talvez como mais uma manifestação da pluralidade da sociedade atual, tal Direito Penal não se apresenta da mesma forma para todos os indivíduos – nem institucionalmente, nem socialmente – acabando por fazer acepções quanto à raça, sexo, classe social, entre outros critérios.

Aos cidadãos comuns, confortáveis ao contrato social, aplica-se o Direito Penal nos moldes traçados pelo Estado Constitucional de Direito, com a garantia dos princípios limitadores do poder punitivo estatal. Entretanto, aos indivíduos cuja conduta não se adequa ao discurso tolerável criado pela e na sociedade, o direito penal vigente assume um perfil de exceção, relativizando garantias, identificando e punindo à contento o indivíduo rotulado então como "inimigo".

Por esta ótica, uma vez que o indivíduo optou por compor um espaço distinto do enunciado aos cidadãos, ausente de normas, ele não pode participar da mesma "ordem" a que se destinam os "amigos" da sociedade. O desvio, contudo, se visualiza ao constatar-se que a relativização de garantias que se observa no Direito Penal do Inimigo, como modalidade de exceção, aproxima-se da dinâmica de guerra, exatamente quando um Estado almeja, pela via impositiva de poder, afirmar-se sobre o outro. No Brasil, entretanto, até o presente momento, não há guerra declarada.

A lógica do Direito Penal do Inimigo está tão arraigada no sistema que a própria sociedade, por compreender o sistema penal como insuficiente, age com igual – ou até maior – violência no combate às condutas desviantes.

Isto é o que motiva episódios como o linchamento do indivíduo Cleidenilson Pereira Silva, 29 anos, ocorrido no último dia 06 de julho na cidade de São Luís-MA. O indivíduo foi amarrado a um poste e espancado até a morte por um grupo de pessoas, após ter praticado o crime de assalto.

Tal episódio demonstra a insatisfação social com o sistema penal em vigor, haja vista que, conforme legislação em vigor, o crime de assalto é punível com pena de reclusão de 4 a 30 anos. Tal punição, entretanto, não seria suficiente para saciar a sede de justiça dos "homens de bem" que foram vítimas da ação daquele "inimigo" da sociedade. Talvez um outro aspecto que contribua para o sentimento de insatisfação por parte da sociedade, é a ideia de impunidade que brota da atuação do Judiciário. Tal imagem de que não há punição para os que cometem crimes em nosso país é repassada e reforçada pela mídia, que não raro atem-se a

casos paradigmáticos, fazendo com que a população considere tais casos como sendo o que, via de regra, acontece.

O caso do linchamento de São Luís se faz emblemático por inúmeros fatores.

O primeiro aspecto a ser analisado é o fato deste episódio apontar a adoção da ideologia Jakobiana pela *práxis* social, na medida em que a população realizou juízo de valor sobre o ato infracional do indivíduo e, rejeitando o ordenamento jurídico em vigor, aplicou-lhe a sanção estimada por adequada. Aqui, ainda que o Sistema Penal devesse respeitar as garantias processuais e zelar pela garantia da dignidade humana do condenado, a sociedade negou tais direitos, taxativamente, executando, sem direito a defesa alguma, a sentença que considerou mais adequada ao caso.

No âmbito institucional, a ideologia de Jakobs se manifesta, no caso em comento, na medida em que, embora o sistema carcerário do Maranhão seja reconhecidamente um expoente da crise, por inadequado aos fins de que emana – superlotação, falta de estrutura, etc. – e o crime cometido pelo indivíduo, aos casos de condenação penal, é punido com reclusão de 4 a 30 anos, "encarcerar" um cidadão em tal sistema representa unicamente atender à sede de vingança da sociedade, uma vez que a estrutura que existente não se faz hábil ao alcance de qualquer pretenso objetivo ressocializador. Assim, ainda que o episódio do linchamento não tivesse resultado na trágica morte do indivíduo, a sua inclusão no sistema carcerário maranhense – que fatalmente seria o seu destino – também não representaria a garantia de uma punição digna e compatível ao Estado Constitucional de Direito em que se encontrava, mas sim na aplicação da punição "adequada" ao sujeito que optou por integrar uma ordem externa ao discurso social legitimado – um "inimigo".

Em que pese o linchamento do Cleidenilson Pereira Silva não tenha sido produto do Sistema Penal, não se exclui do mesmo, pois de acordo com Natal (2008),

> Os dados mostram que as vítimas de linchamento não são aleatórias. Os alvos preferenciais são os mesmos já acometidos pela violência policial e pelos homicídios. Os linchamentos dialogam com seu tempo, eles fazem parte de uma realidade e acionam um repertório que aponta quem são os extermináveis.

Desta forma, percebe-se não somente por episódios como o acima descrito, mas pela *práxis* judicial em si, que a ideologia Jakobiana é a orientadora do atual Sistema Penal brasileiro no qual o senso de justiça que move o país contra o crime quase não condena brancos de classe média, de quem o Direito Penal garantista se ocupa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder de punir, surgido da necessidade de os homens sentirem-se seguros em uma sociedade cada vez mais complexa, deve ser utilizado pelo Estado apenas como último mecanismo para a resolução dos conflitos sociais.

Não obstante ser dever do Estado equacionar as disputas sociais da melhor maneira possível, de forma a restabelecer a paz social sem, contudo, desrespeitar o ser humano, o que se observa é um Estado Constitucional de Direito que garante a proteção aos direitos fundamentais do acusado enquanto indivíduo, pela legislação, mas não operacionaliza tal garantismo pela prática do Sistema Penal, assemelhando o direito de punir nos dias de hoje, ao aplicado aos hereges que, durante a inquisição, eram alvo de um Direito penal orientado a proteger a norma e não o bem juridicamente tutelado.

O Direito de Punir de hoje busca legitimar o poder do Estado, agigantando-se diante da crise daquele e relativizando as garantias fundamentais arduamente conquistadas em nome de uma "ordem" superior, a qual pressupõe a exclusão dos "inimigos" da sociedade.

É necessário que se compreenda cada cidadão como igual frente aos demais, sem que se permita a institucionalização de diferenciações baseadas em raça, gênero, ou classe social. Faz-se premente que o Estado aperfeiçoe os mecanismos de controle social, com equidade e igualdade, de forma a não se permitir que haja, dentro do seio comunitário, a ideia difundida de que alguns – ditos inimigos – não só podem, como devem ser castigados como se não fossem detentores de direitos.

## REFERÊNCIAS


BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedida, 1999.

CÁRCEL, Ricardo Garcia. **L'inquisizione**. Trad. Stefano Baldi. Milão: Fenice 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Tradução de Pilar Allegue. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**, Madrid: Trotta, 2003.

FOUCAULT, Michael. **A arqueologia do saber**. Trad. Luis Felipe Baeta Neves. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. **A ordem do discurso**: aula inaugural do Collége de France, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: síntese de um novo milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003

JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. *In*: **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. JAKOBS, Gunther & MELIÁ, Manuel Cancio. Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS NETO, João dos Passos; THOMASELLI, Barbara Lebarbechon Moura. Do Estado de Direito ao Estado de Justiça. *In*: **Sequência** (Florianópolis) n. 67, dez. 2013, p. 309-334.

NATAL, Ariadne Lima. **30 anos de linchamento na região metropolitana de São Paulo – 1980-2009.** 2013. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em <http://www.teses.usp. br/teses/disponiveis/8/8132/tde-18042013-121535/>. Acesso em: 2015-070-18

PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. **Ver. Fac. Direito**. UFMG, Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.