

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI 7.492/1986**

**HENRIQUE HAHN MARTINS DE MENEZES**

**RIO DE JANEIRO**

**2008**

HENRIQUE HAHN MARTINS DE MENEZES

DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI 7.492/1986

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Fernanda Lara Tórtima

RIO DE JANEIRO

2008

Menezes, Henrique Hahn Martins de.

Direito penal do inimigo na Lei 7.942/1986 / Henrique Hahn Martins de Menezes. – 2008.

59 f.

Orientador: Fernanda Lara Tórtima.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 66-67.

1. Direito Penal - Monografias. 2. Direito Penal do Inimigo. I. Tórtima, Fernanda Lara. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Direito Penal do Inimigo na Lei. 7.492/1986.

CDD 341.5

HENRIQUE HAHN MARTINS DE MENEZES

DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI 7.492

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

FERNANDA LARA TÓRTIMA – Presidente da Banca Examinadora  
Mestre pela Universidade Johan Wolfgang Goethe – Orientadora

---

2º Examinador

---

3º Examinador

## **RESUMO**

MENEZES, H. H. M. de. *Direito penal do inimigo na Lei. 7.942/1986*. 2008. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O trabalho seguinte tem por finalidade discutir o chamado direito penal do inimigo, mediante a apresentação da tese do professor alemão Günther Jakobs, assim como das inconsistências de seus substratos teóricos, a fim de traçar um panorama capaz de criticar a opção pelo direito penal, sobretudo para combater a chamada criminalidade econômica, atualmente feita pela esquerda forjada na luta armada contra o regime militar, batizada pela criminologia de esquerda punitiva, e a própria Lei 7.942/1986, mais conhecida por Lei do Colarinho Branco, evidenciando o que esse fenômeno pode significar em termos de retrocesso na história da humanidade, em especial ao estado de direito e aos direitos humanos. Assim, de posse desses instrumentos críticos, busca-se contribuir, mais do que com o debate acerca do direito penal do inimigo, com a tarefa de se pensar um modelo diverso de justiça penal, alheio as próprias características tradicionais, dentre elas o atributo retributivo das penas, reforçador de sentimentos revanchistas que a esta altura já deveriam ter sido superados por um marco epistemológico garantista, ao mesmo tempo em que mais próximo de concepções políticas, calcadas em métodos conciliatórios de resolução tanto de problemas criminais quanto dos próprios litígios penais.

*Palavras-Chave: Direito Penal; Expansionismo Penal; Direito Penal do Inimigo; Esquerda Punitiva, Criminalidade Econômica, Lei 7.942/1986.*

## ***ABSTRACT***

MENEZES, H. H. M. de. *Direito penal do inimigo na Lei. 7.942/1986*. 2008. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The follow work has the purpose to argue the call criminal law for the enemy, by means of the presentation of German professor Günther Jakobs thesis, as well as the inconsistencies of its theoretical bases, to not only to constitute a critical tool in what it respects the option of the criminal law currently made by the left forged in the armed fight against the military regime, baptized by the criminology with the name of punitive left, in intention to pursuit the economic crimes, as well as proper Law 7,942/1986, more known for Law of the White Collar, evidencing what this phenomenon can mean in terms of retrocession in the history of the humanity, over all to the state of law and to the human rights. Thus, with these critical instruments, wishes to contribute, more than with the debate concerning the criminal law for the enemy, with the task of thinking a diverse model of criminal justice, different of the characteristics of a traditional model, amongst them the retributive attribute of the penalties, stiffener of feelings of revenge that to this height already must have been surpassed for a system of guaranties landmark, at the same time we should where next to conceptions loaned from the politics, established in conciliatory methods of resolution of the criminal problems and litigations.

*Keywords: Criminal law; Criminal Expansionism; criminal law for the enemy; Punitive left; Economic Crime; Law 7.942/1986.*

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>2. BREVE HISTÓRIA DO INIMIGO NO DIREITO PENAL.....</b>	<b>11</b>
<b>3. O EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: RETORNO AO CONCEITO DE INIMIGO.....</b>	<b>17</b>
<b>4. A TESE DE GUNTHER JAKOBS: DIREITO PENAL DO INIMIGO.....</b>	<b>22</b>
4.1. Os substratos teóricos do direito penal do inimigo.....	22
4.2. As inconsistências da tese de Jakobs.....	29
<b>5. RELEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL POR SEUS ANTIGOS DETRADORES: O INIMIGO DA VEZ VESTE COLARINHO BRANCO.....</b>	<b>41</b>
<b>6. VESTÍGIOS DO INIMIGO NA LEI 7.942/1986.....</b>	<b>49</b>
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>62</b>
REFERÊNCIAS.....	66

## 1. INTRODUÇÃO

A ciência penal está no divã: se de um lado tem o direito penal convivido com correntes abolicionistas, mínimas e as chamadas restaurativas, que, advogando sua natural evolução, alardeiam uma diminuição de sua esfera de atuação, quando não uma nova significação do próprio injusto, a partir da apropriação dele por seus verdadeiros atores, como uma controvérsia a ser dirimida entre acusado e vítima - caso da última -; de outro, a cada dia que passa, aumenta o aparecimento de concepções doutrinárias que, senão legitimam, entendem ser, diante da atual conjuntura global, um processo irreversível o alargamento da esfera de atuação do direito penal. Este, assim compreendido, de um instrumento de proteção dos indivíduos frente ao aparato estatal, conforme sonhara os pensadores iluministas, tem se convertido numa poderosa ferramenta a serviço dos interesses do estado, auxiliando-o no exercício de suas tarefas administrativas.

O maior sinal desse expansionismo é a cada vez mais intensa presença de uma legislação penal de combate, caracterizada, entre outros aspectos, por um aumento de penas; pela criação de novos tipos penais, sobretudo mera atividade ou de perigo, cuja consumação independe de um efetivo resultado lesivo; e também pela flexibilização de garantias e princípios reitores da ciência penal, inclusive no exercício de suas funções persecutórias. Tanto que, perante tantas formas tidas por criminosas, não raro elaboradas a pretexto da segurança coletiva (de quem? – pergunta-se), embora ao preço amargo de ferir conquistas liberais históricas, exige-se das pessoas, na convivência em sociedade, o que Zaffaroni definiu como a “precisão de movimento do gato doméstico em meio a cristais, [...] porque o estado nos torna, a cada dia, garantes daquilo que nós nunca imaginamos que teríamos de garantir”<sup>1</sup>. De fato, apesar de elementar a lição de que o desconhecimento de lei é inescusável, é quase impossível acompanhar o imenso esforço legislativo que tem sido empreendido no combate à criminalidade. Daí ser, diante de tantas e tamanhas leis, forjadas a toda hora, difícil saber se determinada conduta é corriqueira ou mesmo algum tipo penal.

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 20.



A sociedade contemporânea, se bem que, ao contrário das de outrora, seja aberta, tem se mostrado receptiva a essa guinada conservadora da ciência penal. Sobressaltada por um discurso do medo, potencializado nos mais diversos veículos midiáticos, parece enxergar com bons olhos o surgimento de legislações criminais ampliadoras de bem jurídicos caros à sua tutela. Dessa forma concebido, o Direito Penal alcança uma dimensão simbólica, reavivando uma cultura punitivista em larga escala pragmática. Afinal, muito além de despreocupada com seus efeitos perniciosos em matéria de esvaziamento de garantias, quanto mais com os seus contornos filosóficos, a ela se tem aderido irrefletidamente, a fim de aplacar a insatisfação de uma sociedade cada vez mais intolerante com o crime e seus respectivos autores.

É nesse caldo de cultura que surge o Direito Penal do Inimigo, embora o indivíduo de certa maneira tenha sido sempre assim tratado na história do direito penal, sobretudo em países da América Latina. Dentre eles, o próprio Brasil, onde a democracia durante muito tempo foi episódica e circunstancial, para não dizer uma promessa ainda não de todo realizada. Isso porque, mesmo hoje, sob a égide de tal sistema político, os direitos humanos continuam a ser desrespeitados, mediante práticas, senão pouco ortodoxas, antigarantistas, não só por parte daqueles a quem compete elaborar as leis como pelos responsáveis diretos pelos atos persecutórios e seus fiscalizadores, leia-se agentes policiais, magistrados e membros do Ministério Público.

Há muito tempo existem no Brasil, país marcado por uma herança escravocrata e autoritária difícil de ser superada, práticas e conjuntos de leis em cujas estruturas se percebe uma forte tendência de tratar os seus ditos cidadãos, ou melhor, súditos, haja vista que seus respectivos democratas governam os destinos da nação de palácios, como inimigos. Porém, enquanto na maior parte da história sua atividade repressiva voltava-se para a porção da população mais carente de recursos, a quem não raro o direito era apenas apresentado pelos tortuosos descaminhos da Justiça Penal, atualmente ela também tem se direcionado àqueles que outrora dela se viam livres pela posição privilegiada ocupada na hierarquia social.

Um dos setores mais visados por essa onda repressiva contemporânea é exatamente o dos delitos dos poderosos. No Brasil, a maioria deles é encontrada na famosa Lei 7.492/1986, mais conhecida por “Lei do Colarinho Branco”. Esse diploma

legal, apesar de criado há quase vinte anos, tem sido mais utilizado hoje do que nunca. É enorme a quantidade de operações dos órgãos criminais investigatórios destinadas a coibir essa forma de criminalidade. Sobretudo depois da chegada ao poder da esquerda forjada na luta armada contra a Ditadura Militar, já plenamente convertida às teses de mercado, embora ainda conserve consigo características típicas do autoritarismo bolchevista. Afinal, na sua luta por um modelo social mais igualitário, essa esquerda, em vez de garantir direitos a todos, tem preferido socializar a pena, em especial para perseguir os chamados criminosos de colarinho branco. Isso, mais do que servir enquanto dado para fins de propaganda oficial, encobre a seletividade ainda persistente, legitimando aquilo que tal vertente política, em meio a muitas das suas lutas históricas, sempre procurou deslegitimar: o direito penal.

Tudo isso leva a crer também no desaparecimento da política enquanto meio de ordenação social. Nestes tempos, em que não só a economia dá as cartas como os próprios atores políticos, sejam eles de qualquer corrente política, da esquerda ou da direita, muito se assemelham entre si (até por isso nos mais variados pleitos se tem a impressão de que a disputa eleitoral e reduziu não à escolha de projetos, mas à do que chega mais perto da imagem de candidato “Omo” - aquele que, dentre as opções sujeitas ao voto do eleitor, lava “mais branquinho” -), nada mais natural do que a forma de dialogar com a sociedade não seja mais pela via diplomática e conciliatória, características típicas dessa arte, mas pela força desmedida, sobretudo manifestada pela edição de leis severas, em tese destinadas a manter o equilíbrio social. Dito de outro modo, cuida-se de um retorno à finada razão de estado, atributo mais identificado com regimes totalitários, sem qualquer preocupação em torno de ser ou não plausível a convivência, dentro de um mesmo ente estatal, de dois modelos distintos de manifestação de poder. Neste caso, um de viés policial, que vê no criminoso um inimigo social a ser combatido com uma retórica beligerante; e outro, o chamado estado de direito, em cujas estruturas aquele dormita e que não enxerga o imputado desse modo, mas como sujeito de direitos.

Em que pese a irremediável desautoridade de seu autor, o presente estudo tem como meta, mais do que contribuir para o debate acerca do chamado Direito Penal do Inimigo, abordá-lo dentro do ordenamento jurídico pátrio, em comparação com postulados eminentemente garantistas. Para tanto, primeiro se fará um curto apanhado histórico. Segundo, se abordará a atual tendência expansionista do direito

penal. Terceiro, o direito penal do inimigo propriamente dito, evidenciado seus substratos teóricos e as críticas mais pertinentes a tal tese. Quarto, a escolha pelo direito penal feita pela esquerda da atualidade, sobretudo da que se coloca na perspectiva de poder. E, por último, se discutirá a presença desse modelo de direito não mediante uma análise da criminalidade tradicional, da qual sobressai, entre outros exemplos, o do Regime Disciplinar Diferenciado, mas de alguns dispositivos da Lei 7.492/1986, nos quais são percebidas uma série de violações a princípios e garantias fundamentais, sem falar que a maneira de combater essa modalidade de crime quase nunca é pela via penal, mas pela processual, sobretudo pelo deferimento de prisões cautelares ao sabor do art. 312 do Código de Processo Penal<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício de autoria.  
Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

## 2. BREVE HISTÓRIA DO INIMIGO NO DIREITO PENAL

Não se cuida o tratamento de indivíduos enquanto inimigos de uma novidade adotada pela cultura punitiva hodierna. Vários são os exemplos, ao longo da história do direito penal, a indicar que a regra quase sempre foi a de tratá-los não como sujeito de direitos, até mesmo por isso ser uma construção normativa recente, mas como meros objetos de persecução. Desde eras as mais remotas, o que se vê é um total desrespeito pelo gênero humano, quase sempre a pretexto de interesses caros à república ou ao reino, quando não ao próprio soberano ou mesmo a Deus, malgrado, neste último caso, fosse aquele, as mais das vezes, a autoridade temporal a quem cabia representar este, haja vista o atributo divinatório que se acreditava imanente de tal condição.

A origem do delito contra o estado, apesar de não ser de todo descabido acreditar que tenha se dado em momento anterior, apenas encontrou seu primeiro e mais significativo vestígio, ao menos no formato de norma, em Atenas, a partir de dois institutos: *ἀδέβεια* e *ὄδτραχιδμός*. O primeiro, sem tradução correlata, era “um delito de caráter religioso contra a autoridade dos monarcas que se encontravam sob as graças e proteção de autoridades divinas”<sup>3</sup>, significado este encontrado ao tempo de Drácon, embora consolidado durante a administração de Sólon; já o segundo, introduzido no direito grego no século V a.C e mais conhecido por ostracismo, cuja pena era o banimento, também abarcava elementos caracterizadores de crime contra o estado e era aplicado com maior ênfase diante de circunstâncias graves ou mesmo durante períodos de guerra<sup>4</sup>.

Os exemplos mais famosos desse período, em termos de crimes de tal monta, quiçá foram o do filósofo Sócrates, condenado à morte, mediante envenenamento por cicuta, sob a acusação de ter corrompido a juventude ateniense com as constantes críticas que desfiava à democracia, para ele um regime marcado pelo domínio de incompetentes, e do guerreiro Palamedes, cuja defesa fora realizada pelo filósofo Górgias, que não o conseguiu livrar da morte, decretada em

---

<sup>3</sup> RI JUNIOR, Arno Dal. **O Estado e Seus Inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p 31.

<sup>4</sup> RI JUNIOR, Arno Dal. Op. cit. p. 31 - 32.

virtude de uma carta, embora forjada por Odisseu num ardil para incriminá-lo, na qual ele se comprometia com Príamo, Rei de Tróia, a trair seus compatriotas<sup>5</sup>. Aliás, na própria dramaturgia grega, são colhidos outros exemplos de quão significativa era essa modalidade criminosa aos olhos da sociedade helênica. É o caso da peça *Antígona*, de Sófocles, cuja trama se funda na disputa entre a personagem principal, de mesmo nome que o da obra teatral, e o Rei Creonte em torno do sepultamento de Polinice, irmão daquela e suposto traidor do estado, porque, insatisfeito com o descumprimento do revezamento firmado entre ele e seu outro irmão, Etéocles, em relação ao comando do reino de Tebas, marchara sobre esta com auxílio do Rei de Argos, que vinha a ser o seu sogro.

De um lado, se foi na Grécia Clássica que o crime político atingiu uma dimensão normativa mais significativa do que em qualquer outro período histórico precedente, ao constituir modalidade criminosa necessária à proteção dos interesses supremos da polis; de outro, foi na Roma Antiga que ele de fato se consolidou: mais do que ter se dado ali a aparição da própria expressão *lesa majestade*, dado esta se originar do vocábulo latino *maiestas*, cujo significado se plasma na ordem superior à qual os súditos deveriam respeitar<sup>6</sup>, nesse período histórico se começou a denominar aqueles que representassem uma ameaça ao estado ou ao soberano de *hostis*. Tal categoria se desdobrava nas seguintes subcategorias: a dos *hostis alienígena*, protetora, em pequena escala, do *jus gentium*; e a dos *hostis Judicatus*. Esta emanava da *autorictas* senatorial, um poder excepcional do qual se valia o Senado para declarar hostil todo e qualquer inimigo, até mesmo um romano de notável influência social, envolvido em conspirações, traições e ameaças ao estado; ao passo que aquela era a dos verdadeiros e permanentes inimigos, porque constituída pelos que estavam à margem da cidadania, inclusive pela sua quase totalidade ser constituída por nativos de outras localidades além Roma<sup>7</sup>. Daí ter acentuado Zaffaroni que:

O estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo troncal que abarcará todos os que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como estranhos, são desconhecidos, e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Ibid. p. 33 - 39

<sup>6</sup> Ibid. p. 65

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit. 22 - 23

<sup>8</sup> Ibid. p. 22.

O crime de lesa-majestade, embora longevo na tradição jurídico-política romana, tanto que dele se valeu o grande tribuno Marco Túlio Cícero nas suas famosas Catilinárias, discurso com o qual acusara, perante o Senado Romano, o conspirador Lúcio Sérgio Catilina, apenas foi normatizado durante o período de Otávio Augusto, quando foi edificada a *Lex Iulia de Maiestate*, cujos dispositivos, de inspiração ateniense, consubstanciavam um complexo normativo único, capaz de combater as mais diversas condutas lesivas ao aparato estatal e seus respectivos representantes. Dentre elas, a relativa ao abuso de poder pelos magistrados, cuja pena cominada, assim como nas demais, era a de pena de morte, passível de ser substituída não só pela interdição ao recebimento de teto, água e fogo como pelo confisco de bens, caso fosse da vontade do condenado<sup>9</sup>. Imensa era sua importância, a ponto de tal lei não ter passado batido pelo crivo dos comentadores, dos quais se destacava Domício Ulpiano, para quem, no sétimo capítulo de sua obra *“De Officio Proconsulis”*, “o crime chamado de lesa-majestade é um crime próximo ao sacrilégio. O crime lesa-majestade é aquele que é cometido contra o povo romano e sua segurança”<sup>10</sup>

Passado o período de glória de Roma, com sua inevitável ruína, e iniciada a Idade Média, durante a qual, segundo reza a grande maioria dos historiadores, a humanidade se despenhou num longo período de escuridão, a noção do crime de lesa majestade, a principal manifestação da antiga política criminal contra os chamados inimigos por princípio, praticamente nenhuma alteração sofreu, ao menos não dramática o suficiente para serem tecidos maiores comentários a respeito. Continuou a ser umbilicalmente relacionado às hipóteses incriminadas durante o período romano, apesar de ter ganhado maior ênfase a circunscrita ao ato de traição ao soberano, conduta de maior gravidade na ótica medieval. Assim também o foi às portas e no limiar da idade moderna. Nela, conforme salientado por Giovanni Tarello, “era forte a tendência de enquadrar a maioria dos crimes públicos na figura da lesa-majestade”<sup>11</sup>. Tanto que, como na fase histórica anterior, ainda permanecia a incriminar as mesmas condutas lesivas de outrora. Aliás, a clássica frase “Le État c’est moi!”, que representava uma fusão entre a figura do soberano com a de Deus,

---

<sup>9</sup> RI JUNIOR, Arno Dal. Op. cit. p. 67 - 68

<sup>10</sup> ULPIANO. **Regras de Ulpiano**. Bauro: Edipro, 2002, p. 9 *et seq apud* RI JUNIOR, Arno Dal. Op. cit. p. 69.

<sup>11</sup> TARELLO, Giovanni. **Montesquieu Criminalista**. Materiali per una historia della cultura giuridica, n° 5, p. 201 *et seq*, 1975, *apud* RI JUNIOR, Arno Dal. Op. cit. p. 109.

expressava o quão presente estivera na porção absolutista da Europa essa modalidade de crime.

Alguns poderiam imaginar que, com a eclosão das chamadas revoluções emancipatórias do indivíduo, esse cenário, no mínimo pernicioso, chegaria ao fim. Porém, apesar de ter se convertido numa das maiores divulgadoras do ideário iluminista, por sua vez diametralmente avesso ao do *Ancient Regime*, marcado por uma desigualdade institucionalizada, inclusive no tratamento aos seus respectivos inimigos, a Revolução Francesa, um divisor de águas na história da humanidade, derrubou a Bastilha, mas não se mostrou capaz de urdir um modelo persecutório permeado de garantias, como vislumbrara os teóricos iluministas. Muito pelo contrário, na sua fase mais radical, quando os Jacobinos chegaram ao poder, a estrutura do crime de lesa-majestade foi reavivada, desta vez com a sutil, embora cínica, justificativa de preservação dos princípios republicanos. Elaborou-se então a famigerada *Loi du Suspects*<sup>12</sup>, um engodo feito no calor da hora e que levou muitos à morte, começando pelo próprio Rei, Luis XVI, passando por Danton, um dos mais atuantes e populares revolucionários, até chegar ao seu próprio mentor, Robespierre, a quem foi reservado o mesmo destino daquele monarca, cuja cabeça fora exigida pelo próprio Incorruptível, em meio a um discurso no qual pôs semelhante regicídio como condição não só para o fim da monarquia como para a sobrevivência da própria pátria.

Esse tremendo passo em falso de um movimento que pretendia livrar os homens da opressão nobliárquica – embora depois a tenha substituído por outra forma de dominação, a do capital, sobre cujas características aqui não se debaterá – de modo algum foi o epílogo de um direito penal diretamente voltado para os ditos hostis. Na verdade, um retrocesso muitas vezes maior ainda estava para acontecer: adversária ferrenha do individualismo liberal, a Alemanha Nacional-Socialista, no intuito de caçar seus respectivos hostis, dentre os quais se destacavam judeus e ciganos, chegou ao ponto de admitir a analogia *in malam partem*. Conforme lembrado por Nelson Hungria, para Schäffer, renomado penalista alemão daquela época:

O bem-estar e o interesse da coletividade são o objeto e o fim de toda a atividade do Estado. Não pode este tolerar que o indivíduo abuse impunemente de suas energias em prejuízo da comunhão geral. Mesmo sem a prévia incriminação legal, e na dúvida sobre a

---

<sup>12</sup> RI JUNIOR, Arno Dal. Op. cit. p. 15.

nocividade social da própria conduta, deve o indivíduo abster-se de agir: se não se abstém, age por sua conta e risco, e deve ficar sujeito à repressão penal.<sup>13</sup>

Por causa disso, na reforma de 1935 do Código Penal Alemão, o princípio da reserva legal veio a ser mitigado, de tal modo que o §2º de semelhante estatuto legal passou a dispor assim<sup>14</sup>:

É punido quem pratica uma ação que a lei declara punível ou que merece punição segundo o conceito básico de uma lei penal e a sã consciência do povo. Se nenhuma lei penal determinada se aplica imediatamente ao fato, é este punido de acordo com a lei cujo conceito fundamental melhor se lhe adapte<sup>15</sup>.

O mesmo fenômeno aconteceria na União soviética. Embora tivessem fundamentos opostos, tanto o nacional-socialismo quanto o comunismo representavam uma resposta ao individualismo crescente à época. Daí ter o Código Penal Soviético também se voltado contra o princípio da reserva legal, a fim de admitir a analogia quando contrária aos ideais encampados pelos bolcheviques. Tanto que, conforme mais uma vez lembrado por Hungria, ainda que não houvesse tipificação de certa conduta hostil ao sentimento geral, ela poderia muito bem ser incriminada, haja vista o código moscovita de então dispor que:

se uma ação qualquer considerada socialmente rigorosa, não se acha especialmente prevista no presente Código, os limites e fundamentos da responsabilidade se deduzem dos artigos deste Código que prevejam delitos de índole mais análoga<sup>16</sup>

Sobreleva que a noção de hostil sempre esteve latente na história da humanidade. As mais diversas nações, cada qual a seu tempo, cuidaram de definir e designar seus respectivos inimigos. O próprio Brasil elegeu os seus, sobretudo nas revoltas emancipatórias ocorridas quando ainda era Colônia e depois Império. E, mesmo depois, ainda se mostrou incapaz de criar um sistema repressivo mais humanista, voltado a reconhecer no imputado um sujeito de direitos. De qualquer maneira, a diferença substancial é que antes, mais do que inexistir uma cultura democrática, os hostis praticamente se reduziam aos que praticavam delitos passíveis de serem enquadrados na categoria de crimes políticos. Até por isso

<sup>13</sup> SCHÄFFER *apud* HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1., t. 1, p. 19.

<sup>14</sup> Na mesma época, na Alemanha Nacional – Socialista, houve aplicação retroativa de lei penal. Um dos exemplos disso, foi a lei Van der Lubbe, de 20 de março 1933, pela qual foram condenados os incendiários do *Reichstag*. V. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 114.

<sup>15</sup> HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 20.

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 17.



causa enorme espanto o ressurgimento de doutrinas, ainda que não tão reacionárias como algumas vistas num passado recente, contrárias a um modelo persecutório devotado à proteção do indivíduo. De fato, essa nova tendência expansionista ora atravessada pela ciência penal recoloca a razão de Estado, que se pensava superada pela ideologia democrática contemporânea, como fator a impulsionar uma maior severidade no combate à criminalidade, em especial às novas formas de injusto, para as quais há quem defenda que os instrumentos dispostos pelo direito penal tradicional tem se mostrado um tanto insatisfatórios.

### **3. O EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: RETORNO AO CONCEITO DE INIMIGO**

Impulsionado por uma inaudita onda conservadora, fruto de um modismo apelidado por Zaffaroni como “autoritarismo cool”<sup>17</sup>, o direito penal hodierno, numa ruptura com seus ideais originários, a cada dia que passa, sofre uma constante mutação, inclusive em seus princípios mais caros, no afã de dar cabo de fenômenos criminológicos com os quais até então estava desacostumado de lidar, revolucionando a noção tradicional de bem jurídico<sup>18</sup>. Num mundo globalizado, no qual a proporção dos acontecimentos, aliada a velocidade de sua repercussão, causa espanto a todos, novas formas de criminalidade começam a surgir, tanto em relação a desvios outrora impuníveis quanto a outros que, embora puníveis, não chegavam a ferir substancialmente o bem jurídico caro à tutela jurídica penal; e, mesmo quando feriam, a forma de execução era em escala muitas vezes inferior a de hoje.

A esse fenômeno tem se atribuído o nome de expansionismo penal. É que, em face desse cenário, por supostamente se estar de mãos atadas, há quem advogue ser irremediável um aumento do direito penal, a partir da criação de novos tipos penais; de aumento de pena dos já existentes; e da mitigação de regras e princípios de imputação, decorrendo “daí o recurso cada vez mais freqüente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista”<sup>19</sup>, conforme aduzido por Silva Sanchez. Tudo isso para abranger modalidades criminosas típicas do mundo contemporâneo. Dentre elas, o narcotráfico, os crimes contra o meio ambiente, à economia e o sistema financeiro, a chamada criminalidade de colarinho branco, até mesmo o terrorismo, talvez a maior e mais famosa delas.

De acordo com essa tendência, já não são mais os delitos tradicionais (assassinato, roubo, furto e etc.) os que atraem maior atenção da ciência penal<sup>20</sup>, e

---

<sup>17</sup> “Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o *velho* ou o do entre-guerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais, - e fundamentalmente -, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: é *cool*. É *cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário”. V. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit. P. 69

<sup>18</sup> SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27 - 41.

<sup>19</sup> Ibid. p. 31.

<sup>20</sup> Ibid. p. 77.

do próprio aparato estatal, embora nem tanto da mídia, sobretudo da brasileira, para quem esses continuam a dar o tom, tanto que a maior parte de suas manchetes continua a estampá-los com maior ênfase. Além disso, acontece, concorrentemente, uma crescente administratização do direito penal, apta a convertê-lo numa poderosa ferramenta, não só no campo retórico como no operacional, a serviço dos interesses do estado, cujos representantes, cada vez mais levados por interesses eleitorais, quando não pessoais, a invocam, muitas vezes por puro cálculo político: com receio de serem superados no jogo do poder, vendem, pelos palanques mundo afora, o endurecimento da legislação penal, assim como do próprio sistema repressivo, como a melhor forma de combater a criminalidade, estimulando sentimentos os mais primitivos, entre eles o medo e a vingança, em seus nacionais. E estes, não só por falta de informação mais especializada e menos sensacionalista, como também pelo cotidiano de violência em que vivem, passam a exigir respostas imediatas, sem saber ao certo os efeitos perniciosos que um estado policial pode vir a lhes acarretar.

A verdade é que, na sociedade atual, pós-industrial, onde são imensos os avanços promovidos a partir do incremento tecnológico, a tolerância com o erro, por mais humano que ele seja, tem decrescido a níveis poucas vezes vistos ao longo da história. A impressão que se passa é a de que o risco permitido, um dos traços notórios do período industrial, quando os eventuais danos eram vistos como um preço, embora amargo, necessário ao crescimento de uma nação, cada vez menos o é, ante uma sociedade cujos integrantes assistem, entre a passividade e a incredulidade, à demolição do estado de bem-estar social e, por conseqüência, ao esgarçamento do tecido social<sup>21</sup>. Daí se preferir a resposta fácil de maior repressão e aumento da atuação do direito penal, como se fosse a panacéia de todos os males, embora não o seja. Muito pelo contrário, não raro a sensação de insegurança permanece, quando não aumenta, num mecanismo perverso e retroalimentador de violência. De fato, quanto mais se investe contra determinado setor visto por muitos enquanto foco de resistência à vida social, mais a violência deste tende a crescer contra um modelo social que não só os exclui como os reprime severa e implacavelmente.

Transparece também que se deixou de pensar no desvio punível e no seu conseqüente dano a partir apenas do prisma individual, enquanto fato típico,

---

<sup>21</sup> Ibid. p. 41 - 50.

antijurídico e culpável objetivamente atribuído a certo agente, de cuja conduta derivou o suposto prejuízo ao bem jurídico tutelado em sede penal. Passou a ser igualmente importante ter em conta o efeito multiplicador da conduta. Portanto, fatos corriqueiros, cujos reflexos deletérios eram outrora senão desprezados, tolerados, ora já não são mais, porque, embora a conduta isolada em si não afete substancialmente o bem, o afetará, caso ocorram outras da mesma espécie, que, uma vez acumuladas, serão capazes de danificá-lo. Nesse sentido, a responsabilidade pessoal, uma das maiores conquistas liberais, perde força, porque se produz formas persecutórias no sentido de combater a integralização de cada um dos desvios<sup>22</sup>.

O quadro narrado ganha mais ainda em complexidade quando se tem em mira que essa hipertrofia do direito penal não se cuida apenas de uma exigência dos setores tradicionalmente conservadores. Apesar de ainda continuarem a clamar, como sempre clamaram, por leis mais severas, mediante a pregação demagógica, não raro plasmada na ilusória eficiência dos governos que encampam as teses dos movimentos norte-americanos do “Lei e Ordem” e “Janelas Quebradas”, em prol de valores tradicionais e menos impunidade, palavra fácil e corriqueira não só na boca dos políticos de lá como os de cá, chama a atenção que a vertente dita progressista tenha resolvido surfar também nessa onda. Desde que seja ela moldada de acordo com suas premissas ideológicas, voltando-se contra as condutas, segundo essa vertente política, passíveis de serem incriminadas<sup>23</sup>, supostamente nenhum problema haveria nela.

São esses os chamados de gestores atípicos da moral coletiva. Aqueles que, se antes se voltavam, em meio a um discurso por justiça social, contra o direito penal - para eles mais uma manifestação burguês-conservadora necessária à manutenção do *status quo* -, agora, quando muitos deles enfim chegaram ao poder político, desejam a desforra, ao reivindicar, para os estratos mais desafortunados da sociedade, uma maior proteção, pelo próprio caminho penal, dos bens jurídicos a eles pertencentes<sup>24</sup>. É o que acontece, entre outros seguimentos sociais, com o movimento feminista, os consumidores, as organizações não governamentais<sup>25</sup>, cujas bandeiras, em regra avessas aos agentes econômicos, que restringem a vida

---

<sup>22</sup> Ibid. p. 79-96

<sup>23</sup> Ibid. p.65-66.

<sup>24</sup> Ibid. p. 62.

<sup>25</sup> Ibid. p. 63.

à dimensão excludente do lucro, sempre foram identificadas com os setores progressistas. Porém, com a derrocada do bloco comunista e do mundo bipolar, e uma vez colocados, dentro do jogo político, na perspectiva de poder, parece que se prostraram perante o espírito do tempo, o *Zeitgeist* para os alemães, ao se converterem a esse culto por um direito penal maior. Tudo para combater as forças poderosas do capital, inclusive na sua manifestação mais totalizante, isto é, a Globalização, ainda que, para tanto, seja necessário suprimir garantias e princípios reitores da ciência penal.

Do encadeamento desse conjunto de fatores, mediante a delimitação dos inimigos da harmonia social e a resposta penal a eles devida, surgem várias formas de conceber o modelo persecutório ideal. Advoga-se a existência de mais de um direito penal, mais precisamente de três: o primeiro, o tradicional, permeado de garantias e princípios inafastáveis à escorreita aplicação da pena; o segundo, mais conhecido por direito penal de segunda velocidade; e, por último, um terceiro, por sua vez, com perdão pela redundância, de terceira velocidade. Os dois últimos aceitam a flexibilidade de regras de imputação, assim como a de outros princípios penais, no combate a essa nova criminalidade, a cujas conseqüências, segundo cada qual defende, o direito penal liberal se mostra ineficiente, senão incapaz, de contê-las, dada a conjuntura em que foi elaborado, muito diversa da do mundo globalizado atual, onde o dinamismo, muito além de uma contigência, é uma imposição, sem a qual todo esforço se revela inútil<sup>26</sup>.

Tanto um quanto o outro tem em comum exatamente o fato de crerem na impossibilidade de se retornar ao primeiro, por mais que este, conforme acentua Silva Sanchez, de certo modo nunca tenha sido observado na prática, dado que a existência de um direito penal liberal, ao menos na sua concepção ideal, enquanto sistema garantidor do indivíduo a quem se atribui certa conduta delituosa frente à máquina repressiva estatal, não passou, em muitos os sentidos, de uma grande ilusão<sup>27</sup>. Serviu quando muito à ilustração de manuais, não tendo existência nem consistência. Mesmo assim, numa postura de dar os anéis para preservar os dedos, essa convivência de modelos distintos de direito penal tem por finalidade preservar as estruturas do tradicional, isolando-o de possíveis influências dos dispositivos circunscritos a uma legislação francamente de combate. Nessa ordem de idéias, se

---

<sup>26</sup> Ibid. p. 148 -151

<sup>27</sup> Ibid. p. 136 - 147

harmoniza, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, dispositivos penais, ora inspirados numa concepção garantista, ora noutra, de orientação oposta, de tal modo que esta não interfira naquela, e vice-versa.

Apesar dessa e de outras semelhanças, o direito penal de segunda velocidade e o de terceira divergem quanto à resposta estatal a ser dada ao desvio punível por essa legislação especial. Enquanto aquele aceita dois modelos persecutórios, contanto que, no mais severo, não haja a condenação a penas privativas de liberdade<sup>28</sup>, este também os aceita, mas não faz qualquer restrição quanto à eventual aplicação destas últimas<sup>29</sup>. Aliás, vai muito além, quando propugna por um modelo diverso de legislação processual, na qual as usuais garantias fundamentais devem perder espaço em face da expansão de um tipo de crime e de criminoso que, mais do que agredir o direito, a ele renunciou não de forma episódica, mas duradoura, a ponto de ser visto como um inimigo, em vez de um sujeito de direitos.

Exatamente a esse último que pertence o chamado direito penal do inimigo, sobre o qual vale a pena tecer maiores considerações. Não propriamente pela polêmica que sua tese causou em grande parte da comunidade mundial dedicada ao estudo das ciências penais. Mas para especular se realmente é possível essa convivência e apontar o que supostamente poderia ser tido como direito penal do inimigo, sobretudo no ordenamento jurídico pátrio. Afinal, num estado totalitário, no qual o dever fala mais alto do que o direito, seria absolutamente compreensível, quando não aceitável, a existência de leis de combate e a coexistência de normas penais profundamente antagônicas, inclusive por quase toda a sua legislação partir do binômio amigo/inimigo, de autoria de *Carl Schmitt*<sup>30</sup>. Mas seria possível legitimar esse par conceitual num estado de direito, tributário do sistema acusatório, sem que isso representasse renunciar a ele por completo?

---

<sup>28</sup> Ibid. p. 142.

<sup>29</sup> Ibid. p. 148.

<sup>30</sup> GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, ano VI, n. 7, p. 211 – 247, Dez. 2005, p. 223.

## **4. A TESE DE GUNTHER JAKOBS: DIREITO PENAL DO INIMIGO**

### **4.1 Os substratos teóricos do direito penal do inimigo**

Para melhor compreender o chamado direito penal do inimigo, primeiro é preciso dissecar os seus fundamentos, vistos a partir de sua estrutura e

funcionalidade, inclusive pelo viés filosófico. Em vez de partir para a crítica apaixonada, exclusivamente direcionada ao seu autor, o professor alemão Gunther Jakobs, melhor é encarar sua tese de frente, respeitando-a como uma doutrina com a qual, em muitos os sentidos, atualmente tem lidado a humanidade, embora haja pouco tempo desde que a nomearam assim. De qualquer forma, mal comparando a situação de Jakobs com a do habitante da Caverna que, solto das correntes, vê o que existe lá fora, no mundo das idéias, e, quando retorna àquela habitação/prisão, é morto pelos demais que ali estavam, tem se preferido, no debate sobre semelhante tema, matar “al mesajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”<sup>31</sup>, sem se preocupar em discuti-la a fundo, numa postura um tanto escapista, além de totalmente inapta à contribuição do debate acerca da tendência expansionista do direito penal.

Ao Direito Penal do Inimigo nem sempre foram destinadas as críticas acerbas das quais hoje é alvo. Em 1985, quando apresentado pelo professor Gunther Jakobs, chegou a ser recebido com raro entusiasmo pela comunidade científica dedicada aos estudos criminais<sup>32</sup>. É que, à época, ele o identificou como uma concepção nascida de um direito penal bipartido - no já referido e noutra ao qual chamou de Direito Penal do Cidadão - , de cujo cotejo seria possível pescar, dentro de determinado ordenamento jurídico (naquele caso valeu-se do tedesco), dispositivos pretensamente em desacordo com os primados da cidadania. Caso estivessem, teriam de ser, depois de separados desse último, eliminados, quando se tem em mira que o direito penal do inimigo compreende supostos acusados não enquanto sujeito de direitos, mas como potenciais ameaças ao bem estar da coletividade. Portanto, a principal finalidade da referida tese era a de criticar, com critérios puramente analíticos, a existência de dispositivos desrespeitadores das garantias fundamentais<sup>33</sup>.

A polêmica somente começou a surgir quase vinte anos mais tarde, ao final do século passado: Jakobs a retirou do ocaso à qual se precipitara, retornando a ela, mas agora pouco importa a verificação e a eliminação de leis penais dessa espécie. Diante da delicada quadra atravessada pela humanidade, os fins descritivos e críticos perderam o sentido e devem ser de todo abandonado. Daí dever-se ter em

---

<sup>31</sup> GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p. 15.

<sup>32</sup> GRECO, Luís. Op. cit. p. 213.

<sup>33</sup> Ibid. p. 216.



conta, numa linha argumentativa catastrófica sem precedentes, o fato de inexistir qualquer alternativa ao direito penal do inimigo<sup>34</sup>. Sob a justificativa de se evitar um mal maior, salvaguardando o direito penal do cidadão de possíveis infiltrações, impende voltar-se a essa dualidade, desta vez de acordo com esse novo propósito. Porém, para que seja válida a existência de direito penais antagônicos num mesmo ordenamento jurídico, urge construir uma doutrina apta a negar o status jurídico de pessoa, sem a qual é impraticável, no âmbito social, justificar um tratamento penal mais severo a certo grupo de pessoas, o que Jakobs tenciona elucidar nessa retomada, mediante uma ligeira incursão pela filosofia.

Acentua Jakobs que as bases filosóficas sobre as quais se alicerça o Direito Penal do Inimigo nem de longe se tratam de edificações contemporâneas. Para justificar sua tese, ele retorna ao período iluminista, fazendo um apanhado dos pensamentos de teóricos pertencentes à escola contratualista. A partir de quatro deles, mais precisamente de Jean Jacques Rousseau, J. H. Fichte, Thomas Hobbes e Immanuel Kant, tenta demonstrar que o atributo de pessoa não se trata de um dado em si mesmo considerado, mas apenas de uma construção normativa. Assim, supostamente se explica como pode ser dispensado a dois indivíduos, apesar de residentes em uma mesma localidade, cujo ordenamento jurídico obviamente é o mesmo, tratamentos diversos, a ponto de considerar o injusto de um como um mero desvio, a ser resolvido mediante os mecanismos tradicionais da Justiça Penal, enquanto o do outro, por mais que tenha praticado o mesmíssimo tipo penal, como um atentado ao bem-estar coletivo.

Acontece que, posta a questão dessa maneira, tanto Rousseau quanto Fichte, sem prejuízo da enorme contribuição que prestaram à escola contratualista, servem menos de substrato à teoria debatida do que os outros dois. Ambos concordam que qualquer agente a quem se atribui certa prática delituosa, independente das circunstâncias e da maneira em que se deu a execução, deve ser alijado do estado, pois, segundo Fichte:

quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y passa a um estado de ausencia completa de derechos.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Ibid. p. 221-222

<sup>35</sup> FICHTE, Johann Gottlieb. **Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre**, en: Sämtliche Werke, ed. a cargo de J. H. Fichte, Zweite Abtheilung.

No entanto discordam quanto à extensão da morte civil do criminoso: para Rousseau, em todos os casos haverá de ser reconhecida; ao passo que, para Fichte, apenas quando se cuidar de hipótese de assassinato intencional e premeditado<sup>36</sup>. Portanto, seja a de um, seja a de outro, de qualquer forma, suas teorias representam visões radicais, insuficientes à consolidação de um direito penal do inimigo, por sua vez alheio a outro, cujos institutos funcionam sob diversa perspectiva.

O fato é que apenas as visões de Hobbes e Kant acerca do contratualismo se mostram hábeis a sustentar a tese Jakobsniana, porque, ao revés dos outros dois, entendem que nem todo delinqüente deve ser considerado um inimigo. Tanto que, para Hobbes, para quem a submissão do indivíduo à vontade coletiva representada no ente estatal é a principal característica a revestir a noção de contrato, o injusto por si só é incapaz de retirar o status de cidadão daquele que o praticou, salvo se for realizado contra o próprio estado<sup>37</sup>. Assim o são os delitos de alta traição, também conhecidos por crimes políticos ou de lesa-majestade, aqui já discriminados. No caso destes, haveria uma renúncia à própria vida em sociedade, “pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos”.<sup>38</sup>

A análise do contratualista britânico, embora se encaixe na perspectiva do professor Jakobs, quando discrimina duas espécies diversas de tratamento penal dentro do mesmo ordenamento legal, limita as hipóteses em que se deve conferir o mais duro a quem delinqüer, porque somente há uma forma específica de crime, a do de ordem política, capaz de considerar este enquanto inimigo do estado. O que, conforme Jakobs, não faz Kant: este vai mais longe, ao não se restringir ao ato criminoso em si mesmo considerado. Para ele, o problema reside na transição entre o estado de natureza e o cidadão, pois o simples fato de se ter constituído um desta última espécie é insuficiente para fazer com que todos aqueles que nele residam renunciem totalmente ao outro<sup>39</sup>. Demais, a estes, cujos atos hostis representam um repúdio à coletividade e por representarem uma ameaça constante a seus vizinhos,

---

A. Zur Rechts – und Sittenlehre, tomo primeiro, s.f., p. 260 *apud* GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Cancio. Op. cit, p. 27. *apud* GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Cancio. Op. cit. p. 27.

<sup>36</sup> GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Cancio, p. 26 – 27.

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 29

<sup>38</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan*, p. 242 *apud* GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Cancio. Op. cit. p. 29.

mais do que se exigir um comportamento de acordo com o direito ou mesmo que sejam expulsos do convívio social, não se deve lhes tratar como pessoas, senão como inimigos<sup>40</sup>.

Bem se nota que é a posição de Kant que em tese se amoldaria perfeitamente ao ponto de vista do professor Jakobs. Segundo pensa este, ao discriminar que àquele cuja conduta ameaça constantemente seu semelhante, mas se recusa a modificá-la para fazer parte de um estado cidadão, não pode ser conferido o atributo de pessoa, Kant, à semelhança de Hobbes, embora este tenha reconhecido da forma restrita antes mencionada, reconhece um direito penal do cidadão “contra pessoas que não delinqüem de forma persistente, por princípio”<sup>41</sup>, e um direito penal do inimigo “contra quem se desvia por princípio”<sup>42</sup>. Portanto, o filósofo de Leipzig, de acordo com Jakobs, nega, em alguns casos, o status de pessoa a certos indivíduos. Mais propriamente, àqueles que, embora possam e devam viver dentro de uma constituição civil, preferem continuar a viver no estado de natureza, onde tudo é permitido, inclusive a guerra de todos contra todos. Por isso mesmo a atuação criminosa desse tipo específico de indivíduo não se dirige propriamente ao particular, ainda que seja contra este direcionada, mas ao *modus vivendi* dele, e por conseqüência da própria sociedade, representando uma ameaça real à manutenção da ordem.

Era exatamente esse o substrato teórico do qual precisava Jakobs para poder sustentar o direito penal do inimigo. Sem a perda do status de pessoa, tal missão seria, além de árdua, inútil. Mesmo assim, o raciocínio de Kant, por mais que seja loquaz, por si só não é suficiente, porque a configuração social em que semelhante análise fora realizada é muito diferente da de hoje. Tanto que Jakobs, depois de percorrer a visão contratualista acerca do assunto, busca sustentá-la na perspectiva atual: ao acentuar a impossibilidade de comissão de delitos em comunidades desordenadas, dado serem apenas admissíveis dentro de um estado, cuja vertente moderna enxerga o delinqüente como “una persona que mediante su conducta dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado – de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo) – a equilibrar el daño em la vigencia de la

<sup>39</sup> KANT, Immanuel. **Über den gemeinspruch**: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die praxis, en: Werke (nota 5), t. 8, p. 273 et seq *apud* GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Cancio, p. 30.

<sup>40</sup> Ibid. p. 31

<sup>41</sup> GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Cancio, p. 32.

<sup>42</sup> Loc. cit.

norma"<sup>43</sup>, circunscreve a missão da justiça penal ao restabelecimento da confiança de todos na vigência da norma desrespeitada.

Como bom apólogo do funcionalismo penal, entende Jakobs que, muito além da simples repressão, é necessário que a norma transmita à comunidade a cujos membros se destina um concorrente efeito cognitivo, apto a garantir uma configuração social realmente passível de ser vivida, sob pena de se transformar em letra morta. Segundo sua lógica, por exemplo, de nada adiantaria ter a liberdade de ir e vir, caso não se pudesse exercê-la plenamente; afinal, em alguns lugares, por exemplo, a certa altura da noite, quando não durante o dia, é impossível transitar, sem receio de ser vitimado por algum agente criminoso. Nesse sentido, se a norma tem de ser dotada por um traço cognitivo - no caso, mediante uma ameaça intimidante capaz de garantir o usufruto de direitos -, pensa Jakobs que os seus destinatários, analogamente, também devem dar mostras de um comportamento cognitivo conforme o direito<sup>44</sup>.

O que concretamente representa isso? Representa que todo indivíduo (e neste ponto é que ele se apropria da visão de Kant) que renuncia ao direito por princípio, de forma duradoura, não episódica, deixa de dar essa segurança cognitiva - por sua vez necessária ao seu tratamento enquanto pessoa -, a quem com ele convive, passando a ser tratado como inimigo. Posto dessa maneira, o atributo de pessoa humana deixa de ser uma constatação e passa a ser um conceito. Mais precisamente, de índole normativa, a ser obviamente conferido pelo ordenamento jurídico. Assim, apenas o elemento normativo pode definir quem é ou não é pessoa. Não se trata, para Jakobs, de um dado fechado, percebível apenas pela própria existência do ser, no caso, do ser material. Envolve também aspectos valorativos, aferidos mediante o comportamento do indivíduo enquanto pessoa.

Uma vez despido do status de pessoa humana, haja vista a falta de segurança cognitiva quanto a um possível comportamento conforme o direito - por exemplo, o reincidente, cujas reiteradas práticas delitivas demonstram um total despreço pela vida em comunidade -, sobre o indivíduo a quem se denomina inimigo está autorizado o estado a se mover de maneira diferente caso fosse um desvio aturável, digamos de um criminoso primário cujos atos anteriores demonstrassem ser uma pessoa de conduta escorreta: não só pode movimentar

---

<sup>43</sup> Ibid. p. 36.

<sup>44</sup> Ibid. p. 36 - 38

seu sistema repressivo de forma mais ostensiva, destoante da perspectiva garantista, depois de ocorrido o (novo) fato criminoso, como também antes, quando nem sequer agredido o bem jurídico tutelado. Então, se nota que o *modus operandi* dele é na essência preventivo, recaindo sobre fatos tanto futuros quanto pretéritos. Não precisa da ocorrência do dano para se manifestar. Com isso, os atos preparatórios também são incriminados, mitigando o princípio do *cogitationis poenam nemo patitur*, que veda a punição de meros pensamentos<sup>45</sup>.

Para além de promover essas dramáticas alterações na teoria do fato punível e no conceito tradicional de bem jurídico, o Direito Penal do Inimigo modifica a própria teoria da pena, na medida em que não é bem essa a ferramenta da qual se vale, embora naturalmente também dela se valha na perseguição aos hostis, senão seria impróprio chamá-lo de direito penal. Como seu principal atributo é a prevenção, logo seu principal objetivo é a inocuização dos potenciais focos de perigo. Assim, nada mais normal que lhes destine, em vez das usuais medidas retributivas conferidas aos que gozam do status de pessoa – portanto, cobertos pelos primados relativos ao Direito Penal do Cidadão - , medidas de segurança, cujos fundamentos, segundo Carl Stooss, baseiam-se:

não em uma ação determinada, mas sim no estado de pessoa. Não se trata de impor uma punição a ninguém por sua conduta culpável, mas sim de tratá-la de modo adequado ao seu estado. Esta modalidade decide sobre a forma e duração do tratamento. Não obstante, a medida de segurança tem em comum com a pena a finalidade de deter crimes.<sup>46</sup>

Tudo isso, embora veementemente repudiado pelo grosso da comunidade penal, está há um bom tempo em plena vigência, além de ser impraticável evitar a contaminação do direito penal do cidadão pelos conceitos circunscritos ao direito penal do inimigo. Queira-se ou não, exemplos do Direito Penal do Inimigo pipocam aqui, ali e acolá. É o caso da doutrina Bush de ataques preventivo, cujos principais reflexos, em termos práticos, são os presídios de Abu Ghraib e Guantanamo, aonde são levados os prisioneiros da chamada Guerra ao Terror, além de uma série de leis, mais conhecidas por “patriot acts”, toda elas destinadas a coibir os inimigos internos e externos, mediante restrições aos direitos civis. Isso sem falar em inúmeros outros, existentes mundo afora. No caso do Brasil em particular, mais do

<sup>45</sup> GRECO, Luís. Op. cit, 215.

<sup>46</sup> STOOSS, Carl. **Lehrbuch des österreichischen Strafrecht**. Viena e Leipzig: 1913, p. 192 *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raul, Op. cit, p. 96.

que uma série de leis ampliadoras da esfera de atuação da Justiça Penal, existe a nossa guerra interna contra o tráfico de drogas, cuja linha de atuação se pauta em varar os morros adentro, não raro abaixo de balas e ao amargo preço de deixar muitos corpos pelo chão, como proclama canção de um famoso grupo de operações especiais fluminense.

#### **4.2 As inconsistências da tese de Jakobs**

Se Jakobs, salvo alguns exageros, acerta no diagnóstico, penso que erra no seu antídoto. Muitas são as lacunas existentes no chamado direito penal do inimigo, assim como não são menores as inconsistências dos instrumentos teóricos utilizados para sustentá-lo. Da análise detida da sua teoria, sobretudo depois de uma leitura profunda das obras que a ela se seguiram, salta aos olhos que, no intuito de demonstrar a validade dela, Jakobs se vale de argumentos decorrentes de juízos eminentemente pessoais, muitos deles fatalistas e valorativos. A começar pela própria expressão relativa à inexistência de qualquer alternativa ao direito penal inimigo, que envolve uma carga valorativa demasiado grande, porque derivada de uma análise em boa medida idiossincrática acerca do estado das coisas. Aliás, caso se pretendesse dizer exatamente o contrário, também se poderia. Poder-se-ia, a título de exemplo, contrapor o argumento de que, diante do cenário delicado ora atravessado pela humanidade, fazer concessões de tal monta seria uma capitulação temerária, nascida de uma lógica distorcida. Então, no lugar de suprimir direitos, talvez seja melhor não só garanti-los como os conferir cada vez mais, inclusive a quem deles não goza plenamente, evitando o surgimento de insatisfações passíveis de aumentar consideravelmente a produção de mais injustos.

Deve ser dito também que a leitura feita por ele dos pensadores contratualistas, marco teórico do qual parte para viabilizar a não conferência de tratamento de pessoa a quem deixa de dar segurança cognitiva de um tratamento pessoal, não poderia ser mais controversa. No ímpeto de bem estruturar o par conceitual direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, bem se vê que pinçou colocações soltas aqui e acolá em obras filosóficas, atribuindo determinado pensamento a esse ou aquele filósofo, mas esqueceu-se de olhar o todo. Caso tivesse, quiçá distintas visões emergiriam. Entretanto, mesmo se não emergissem e

estivesse Jakobs cheio de razão quanto ao reconhecimento de um tratamento diverso a quem cujo delito faz dele um foco de perigo, como o contexto atual deixou de ser aquele sob o qual nasceu o contratualismo, se mostraria insuficiente para justificar, hoje em dia, uma teoria que no barato minimiza a importância de se perseguir na luta por um modelo de sociedade no qual sejam plenamente respeitados os direitos humanos.

Logo no início de sua obra escrita em parceria com Cancio Meliá, cuja visão, é bom que se diga desde logo, dele destoa, no capítulo intitulado “Ensaio sobre esboços filosóficos”, ao falar sobre a presença da figura do inimigo na obra “O Contrato Social”, acentua Jakobs que Rousseau não só a enxergava como devia ser assim considerado todo aquele que delinqüísse, independente das características do injusto incriminado. Porém, como muito bem recorda Zaffaroni acerca dos ensinamentos de Rousseau, inclusive mediante citação tirada da mesma obra, “um estado só pode ter como inimigo outro estado, e não homens, pois não é possível fixar relações verdadeiras entre coisas de natureza diversa”<sup>47</sup>. Por isso que “sem declaração de guerra não há inimigos, e sim bandoleiros.”<sup>48</sup> Portanto, a análise de Jakobs nesse particular se mostra um tanto distorcida. Não fica claro que Rousseau colocava no autor de um injusto qualquer as vestes de um inimigo, conforme deu a entender o professor alemão. O que se depreende é que tal atributo apenas poderia ser conferido em situações excepcionais (durante alguma guerra, por exemplo), não em corriqueiras.

Assim como a leitura acerca de Rousseau pode ser perfeitamente questionada, também pode a dos demais, especialmente a de Kant. Afinal, de acordo com Luis Gracia Martin, se na sua obra “Paz Perpétua”, uma das vigas mestras da teoria da Jakobs, Kant contrapõe o estado de natureza ao estado civil, quando sublinha que todo indivíduo que se recusa a passar do primeiro para o segundo pode ser obrigado por qualquer um a fazer tal transição e, caso ainda continue resistente a fazê-la, poderá ser tirado do seu convívio, por se tratar de um inimigo; em outras de sua autoria, neste caso “A Crítica da Razão Prática”, salienta que “o homem é um fim em si mesmo, e não pode ser nunca utilizado como meio por ninguém, [...] nem sequer por Deus”<sup>49</sup>. Por sinal, no seu escrito intitulado “A Metafísica dos Costumes”, chega a dizer que:

<sup>47</sup> ROUSSEAU, Jean – Jacques. **El contrato social**. Madrid: 1973, p. 38 *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raul, Op. cit, p. 122.

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 13 *apud* Loc. cit.

a pena judicial [...] não pode nunca servir simplesmente como meio para fomentar outro bem, seja para o próprio delinqüente, seja para a sociedade civil, mas aquela deve ser imposta a ele somente *porque delinqüiu*; porque o *homem* nunca pode ser utilizado como meio para os propósitos alheios nem ser confundido com os objetos do direito real; frente a isso deve ter sua *personalidade inata* protegida, embora possa certamente ser condenado a perder a personalidade civil.<sup>50</sup>

Assim se nota, a partir dos ensinamentos de Kant, uma nítida distinção entre personalidade civil e inata, da qual sobressai que apenas a primeira pode ser perdida pelo obreiro de algum crime, jamais a última, exatamente aquela que se entremostra capaz de protegê-lo de qualquer arbitrariedade, seja ela de origem estatal ou não. Isso porque, como a qualidade de pessoa é um fim em si mesmo considerado, é impossível que ela venha a ser subtraída de quem quer seja. Daí, diferentemente do que pensa Jakobs, o pensamento kantiano se mostrar inviável enquanto base de sustentação do direito penal do inimigo. Com efeito, quando ele advoga a perda do status de pessoa por parte de quem deixa de dar com seus atos uma segurança cognitiva de um comportamento pessoal, desconhece o homem como um fim em si mesmo, base da qual parte Kant para atribuir à dignidade da pessoa humana um valor absoluto<sup>51</sup>, a ponto de jamais poder ser aferida segundo critérios de conveniência ou oportunidade, mesmo se firmados por meio de categorias normativas. Desse modo, a própria dimensão funcionalista do direito penal, defendida por Jakobs, segundo a qual a pena (leia-se também norma incriminadora) desempenha apenas um papel de comunicação para restabelecer a confiança na vigência da norma desrespeitada, acaba também por contrariar essa visão kantiniana do homem enquanto um fim em si mesmo. Afinal, na medida em que a norma possui apenas essa missão, o indivíduo se converte em mero instrumento a serviço da sua preservação. E essa instrumentalização, por sua vez e como não poderia deixar de ser, igualmente desconhece o homem como um fim em si mesmo.

Dos filósofos citados por Jakobs, na verdade apenas Hobbes parece ser capaz de dar algum sustentáculo teórico ao direito penal do inimigo. Até por ser ele o único que designa claramente quem seja o inimigo - no caso, aquele que delinqüe

<sup>49</sup> KANT, Immanuel. **Crítica de la razón práctica**. Madrid: Espasa – Calpe, 1975, p. 127 – 184 *apud* MARTIN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 154.

<sup>50</sup> Idem. **La metafísica de las costumbres**. Tecnos, 1989, p. 166 *apud* Loc. cit.

<sup>51</sup> Idem. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Barcelona: Ariel, 1996, p. 187 *apud* Ibid p. 155.



contra o estado, direta ou indiretamente. O problema é que essa categoria de delinqüente é muito restrita caso se queira legitimar a tese de Jakobs, como ele próprio reconhece, aliás. Para Jakobs, o destinatário do direito penal do inimigo não seria apenas o criminoso de natureza política. Seria todo aquele cujo crime possuísse características tais a ponto de dar a impressão de que seu comportamento pessoal destoa de outro cujo crime reside dentro da órbita dita normal do direito penal do cidadão. Talvez um dos exemplos maiores disso seria o ladrão reincidente, cujo crime, por mais que agrida a coletividade e o próprio estado, não tem qualquer viés político. Assim, para Hobbes, ele não seria inimigo, enquanto o seria para Jakobs, na medida em que este entende ser a prática reiterada de uma conduta delituosa uma renúncia duradoura ao direito, aspecto sobre o qual nada diz o referido contratualista britânico. Demais, posta dessa forma a questão, conclui-se também que a categoria de inimigo para Hobbes é demasiado objetiva, possuindo um grau de certeza ao qual a de Jakobs não permite alcançar. Afinal, de qual maneira poder-se-á afirmar, ainda mais na hipótese de ocorrência de uma modalidade delituosa diversa da exemplificada, na qual houve, por exemplo, a prática por parte de certo indivíduo, por sua vez primário e de bons antecedentes, de um crime de características perversas, que a ele deve ser conferido ou não o tratamento penal e processual relativo a quem ostenta a qualidade de pessoa? Em que momento se dá a perda do *status* de pessoa? Quem o define? Para perdê-lo é preciso concretamente o quê? Uma condenação penal, por exemplo?

Parece que em instante algum Jakobs se preocupa de elucidar esses questionamentos. No seu ensaio sobre o direito penal do inimigo, em que pese o rigor científico com o qual o introduz, inexistente qualquer elemento capaz de acentuar, ao menos com precisão, qual o conteúdo de tal conceito, tampouco há ali algum indício de quando alguém deixa de ser cidadão e passa a inimigo. Afinal, dizer que um indivíduo que deixa de dar mostras, numa dimensão cognitiva, de um comportamento pessoal nem de longe se mostra como um argumento hábil a esclarecer qualquer uma dessas indagações. Quem sabe até por ser essa tarefa, senão impraticável, demasiado hercúlea. Como muito bem argumenta Luis Gracia Martin, pouco importa a resposta que se obtenha, já que todas elas esbarrarão no obstáculo consistente na ausência de um significado unívoco quanto ao conteúdo

material das ordens ético-sociais<sup>52</sup>. Com efeito, lembrando prédicas doutrinárias de Welzel, Gracia Martin diz que:

ao contrário do que ocorre com as leis físico-naturais, as leis da ordem social não têm nenhum caráter obrigatório, mas contingente, pois seu conteúdo é fixado em virtude apenas de ‘convenções’ entre os homens, ou, na pior das hipóteses, em virtude de decisões arbitrárias e do poder de algum homem, grupo ou classe de homens que as impõem mediante a força e a coação. Como adverte de modo poético Welzel, “nenhum de nós, homens, assistimos ao conselho dos deuses, no qual foram tomadas as decisões finais acerca das regras do correto e do justo”<sup>53</sup> e, por isso, “o homem não pode ter jamais certeza absoluta de que a estrutura de sentido que extrai de si ou cuja verdade afirma seja a única justa em um contexto histórico”<sup>54, 55</sup>.

Nesse sentido, mesmo que Jakobs tivesse se esforçado em precisar o conteúdo material do atributo de inimigo, mediante critérios práticos para a aferição de tal estado, em substituição aos imprecisos utilizados, se é que se pode chamar critério a maneira em boa medida vaga através da qual definiu como é perdido o *status* de pessoa, não conseguiria chegar, nem sequer de raspão, a um ponto concludente. Ainda mais numa época como a atual, em que, por mais que se esteja enredado num estágio de letargia, criado por uma ideologia de pensamento único, demasiado mundana, efêmera e frívola, tende-se a relativizar tudo, em especial antigos dogmas com os quais a humanidade conviveu ao longo de toda a sua história.

Constata-se também que o Direito Penal do Inimigo parte de mais uma premissa equivocada quando ignora que o destinatário da norma não é a pessoa normativa, mas o homem empírico. Explica Gracia Martin que, embora inexistam qualquer inconveniente em imaginar pessoas apenas enquanto cumpridoras de certos papéis (dá como exemplo a criança que, em determinadas situações definidas normativamente, pode ser considerada pessoa para o direito civil, ao mesmo tempo em que não o é considerada para o direito penal)<sup>56</sup>, como exige Jakobs - no caso, o comportamento cognitivo enquanto pessoa - para que possam ser aplicados os dispositivos relativos ao direito penal do cidadão, a norma apenas atinge sua finalidade maior, inclusive na dimensão comunicativa à qual é reduzida

<sup>52</sup> MARTIN, Luis Gracia. Op. cit., p. 144 - 148

<sup>53</sup> WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**: derecho natural y justicia material. 2. Ed. Madrid: Aguilar, 1971, p. 255 *apud* MARTIN, Luis Gracia. Op. cit., p. 144.

<sup>54</sup> *Ibid.* p. 254 *apud* *Ibid.* p. 145.

<sup>55</sup> MARTIN, Luis Gracia. Op. cit., p. 144 – 145.

<sup>56</sup> *Ibid.* p. 166.

por ele, quando sua mensagem chega a ser recebida por algo diverso da própria pessoa<sup>57</sup>.

Sublinha Gracia Martin que:

a força à qual é preciso apelar para o cumprimento dos deveres e das expectativas normativas deve radicar-se necessariamente no sistema biopsíquico. Isso, entretanto, significa que de maneira nenhuma a pessoa, mas **só o homem empírico e concreto do mundo da experiência, pode e deve ser o destinatário dos dispositivos**, isto é, das normas de determinação e das sanções estabelecidas para assegurar o cumprimento dos deveres e das expectativas normativas, ou a vigência das normas (de valoração, constitutivas da sociedade)<sup>58</sup>. (grifo nosso)

Segundo ressalta, como “o sujeito das conseqüências jurídicos-penais também é o *homem*, e não a pessoa”<sup>59</sup>, e nesta parte cita Schünemann, “o mal da pena tampouco se aplica a um papel abstrato, mas a um homem real de carne e osso”<sup>60</sup>. Por isso, mais do que contrária ao entendimento kantiniano do homem como um fim em si mesmo, a dimensão normativa à qual reduz Jakobs o conceito de pessoa se mostra um argumento incapaz de justificar por si só a existência de um direito penal alheio às garantias fundamentais.

A própria categorização do direito penal do inimigo enquanto direito deve ser posta em dúvida. Nas palavras de Cancio Melliá, “Derecho Penal del ciudadano es un pleonasma”<sup>61</sup>, enquanto “Derecho penal del enemigo una contradicción en lós términos”<sup>62</sup>. Isso porque, como o direito deve partir de uma concepção do homem enquanto sujeito responsável, não pode tratá-lo apenas como um objeto persecutório, sobre o qual deve atuar apenas mediante força ou poder. Se assim o fizer, seja por qual motivo for, mesmo por um consenso através do qual seja atribuído a certos homens a qualidade de inimigo, muito além de um esvaziamento de garantias, aqui nem discutido, haja vista a teorização de Jakobs por si só já prever a retirada destas quando se tratar da persecução penal de um hostil, acabará por reduzir o homem à dimensão de coisa.

<sup>57</sup> Ibid. p. 167 – 168.

<sup>58</sup> Ibid p. 168.

<sup>59</sup> Loc. cit.

<sup>60</sup> SCHÜNEMANN, B. **La relación entre ontologismo y normativismo** en La dogmática jurídico-penal. In: Modernas tendencias en La Ciencia Del Derecho Penal y en La Criminología. Madrid: UNED, 2001, p. 655 *apud* MARTIN, Luis Gracia. Op. cit p. 168.

<sup>61</sup> GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 61.

<sup>62</sup> Loc. cit.

Concorda-se mais uma vez com Gracia Martin, para quem, em nova alusão a Welzel:

“todo mandato [...] que queira obrigar uma pessoa enquanto norma jurídica [...] deve reconhecer essa pessoa como pessoa<sup>63</sup>. Caso Contrário, a normativa fica reduzida a uma mera força e coação, e isso, segundo Welzel, ‘converte o homem em um mero objeto de uma influência física, faz dele uma coisa entre as coisas’<sup>64</sup>. Por outro lado, ‘o reconhecimento do homem como pessoa responsável é o pressuposto mínimo que uma ordem social deve preencher se não quer simplesmente forçar por seu poder, mas obrigar enquanto direito’<sup>65</sup> <sup>66</sup>.

A bem da verdade, e de novo de acordo Cancio Meliá, o Direito Penal do Inimigo, cuja estrutura inspira-se nas vertentes fenomênicas simbólica e punitivista<sup>67</sup>, porque a partir dele se intenta passar uma “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”<sup>68</sup>, predominando “una función latente sobre la manifiesta”<sup>69</sup> e endurecer penas, ao mesmo tempo em que se relativiza garantias fundamentais e princípios liberais, retoma a categoria um tanto esquecida de direito penal do autor<sup>70</sup>. Com efeito, ao voltar suas baterias para determinado setor social, no caso o inimigo, não visto enquanto sujeito de direitos, mas como mero objeto de persecução penal, deixa o fato do agente de lado, ao qual se dirige um direito de matriz garantista, passando a discutir o próprio agente do fato. Nesse passo, por óbvio, as conseqüências do crime, sobretudo a resposta estatal a ele conferida, não se restringe à esfera fática, mas ao criminoso em si, cuja conduta delituosa praticada, por mais que análoga a de um agente ainda dentro da categoria normativa de pessoa, passará a receber um juízo de desvalor superior. Daí não ser direito penal do fato, mas do autor, sendo este considerado como um inimigo.

O maior exemplo de que é direito penal do autor seria a própria antecipação da intervenção estatal na esfera individual de certo imputado. Como dito no tópico

---

<sup>63</sup> WELZEL, Hans. Ob. cit. p. 252 *apud* MARTIN, Luis Gracia. Op. cit p. 159.

<sup>64</sup> *Ibid* p. 251 *apud* Loc. cit.

<sup>65</sup> *Ibid* p. 252 *apud* Loc. cit.

<sup>66</sup> MARTIN, Luis Gracia. Op. cit p. 159.

<sup>67</sup> GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 65.

<sup>68</sup> SILVA SÁNCHEZ, José Maria. **Aproximación** (nota 6), p. 305 *apud* GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 68.

<sup>69</sup> GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 68.

<sup>70</sup> *Ibid* p. 100 - 102

anterior, o direito penal do inimigo não atua apenas sobre fatos pretéritos. Atua com mais ênfase sobre fatos anteriores à lesão de algum bem jurídico de elevado valor ético-social. Tanto que, conforme também ali acentuado, meras cogitações, embora, a primeira vista, irrelevantes para o direito penal liberal, por causa do princípio *cogitationis poenam nemo patitur*, passam a se revestir de importância, caso estejam em desacordo com um comportamento cognitivo de pessoa<sup>71</sup>. Essa peculiaridade demonstra exatamente o que se disse, porque obviamente tal realidade não será examinada tendo em conta apenas o fato isolado, mas aquele quem o praticou. É até por isso, por já se entender como uma categorização existente na criminologia, embora agora se tenha denominado de forma diversa, que Luis Greco chega ao ponto de afirmar que à tese de Jakobs deve ser destinado um papel secundário nas discussões acadêmicas, por crer que, mais cedo ou mais tarde, voltará a ocupar, quando muito, uma releve nota de rodapé em livros sobre direito penal os mais diversos<sup>72</sup>.

Embora se concorde com muitas das colocações do professor Luis Greco<sup>73</sup>, aqui não se aderirá, até pelo que já foi exposto, a essa postura em boa medida radical, haja vista ser o direito penal do inimigo, hoje, mais do que nunca, um dado real. Não é apenas uma ferramenta a serviço de debates acadêmicos. Os exemplos estão aí para não deixar mentir. Demais, se o nome por si só, como também lhe pareceu oportuno acentuar, e de novo com boa dose de razão, às vezes tem a força de paralisar o debate de antemão, porque a palavra inimigo, mais do que soar mal aos ouvidos, está imbuída de uma carga axiológica negativa muito grande, a ponto de ser difícil crer que Jakobs, quando desfia sua tese, não o faz de maneira analítica, mas legitimadora<sup>74</sup>, ainda assim deve ser discutido. Ainda mais quando se tem em mira os efeitos deletérios que um sistema penal baseado nas premissas de um par conceitual direito penal do inimigo e direito penal do cidadão pode vir a

---

<sup>71</sup> GRECO, Luís. Op. cit. p. 215.

<sup>72</sup> Ibid. p. 213.

<sup>73</sup> Na verdade, o professor Luis Greco, em seu ensaio sobre a tese de Jakobs, compreende o direito penal do inimigo de três formas distintas: enquanto conceito legitimador-afirmativo; enquanto conceito descritivo; e enquanto conceito crítico. Para ele, em nenhuma delas, parece ser justificável a existência de um direito penal do inimigo. Entre outras razões, porque, se legitimado, seria nociva a existência de um modelo persecutório a cujo poder de punir nenhum limite é erigido e que relembra práticas de estados totalitários, e porque, se descritivo ou crítico, já existem outras categorias (e aí alude a direito penal do autor) menos valorativas para poder se apreender o mesmo fenômeno abarcado pelo direito penal do inimigo. V. GRECO, Luís. Op. Cit. p. 230 – 247.

<sup>74</sup> GRECO, Luís. Op. cit. p. 236.

causar à humanidade, em especial aos direitos e garantias conquistados depois de árduas experiências históricas.

Ao acercar-se das lições de Vease Agamben, Muñoz Conde lembra, em meio a um panorama histórico do direito penal do inimigo, que “una de las características de los regímenes nazi y fascista fue la separación del hombre como simple ‘vida nuda’, pura cosa viva sin derecho, y el hombre como ciudadano, como ser político y titular de derechos”<sup>75</sup>, e esta “distinción se llevaba a cabo además con un criterio biopolítico, determinado por la sangre y la herencia genética”<sup>76</sup>. Nesse sentido, houve naquele período uma negação do entendimento kantiniano do homem como um fim em si mesmo, substituído então pela dualidade amigo/inimigo do pensador nazista Carl Schmitt, a partir da qual, como acentuado por Conde, haveria “sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica”<sup>77</sup>, o que de certa maneira tem acontecido atualmente pelo mundo afora: embora não seja mais um odioso critério de superioridade racial o que define alguns indivíduos enquanto cidadãos e os aparta dos inimigos, tudo leva a crer que a dimensão da chamada seguridade cognitiva de um comportamento pessoal, método através da qual se averiguaria se alguém pode ser considerado normativamente como pessoa, também tem o potencial de levar, senão ao próprio genocídio, no mínimo a desastres de semelhante proporção.

Não deixa de ser questionável também se é possível a convivência, dentro de um mesmo estado, de concepções de direito penal diametralmente antagônicas, sem que uma contamine a outra, levando posteriormente à própria derrocada do Estado de Direito<sup>78</sup>. Penso que, uma vez introduzido o conceito de inimigo, incompatível com a dignidade da pessoa humana e avesso aos princípios liberais informadores do direito penal tradicional, implica inocular, dentro da estrutura de um estado de direito, um de matiz policial, cujas características, de tão opostas às do outro, permite concluir que essa convivência redundará, como tem redundado, numa

---

<sup>75</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **De nuevo sobre el derecho penal de enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 58.

<sup>76</sup> Loc. cit.

<sup>77</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. 63.

<sup>78</sup> Concordo quando se diz que essa convivência sequer precisa ser dentro de um estado totalitário, dado essa forma de manifestação de poder estatal já nascer elegendo seus inimigos, sendo a existências destes um dos pressupostos da sua própria existência. V. MARTIN, Luis Gracia. Op. cit. p. 79.

troca de papéis, a ponto de causar uma assimilação às avessas: em vez do primeiro, em cujas estruturas dormita o segundo, conseguir contê-lo dentro dos seus limites, assimilando-o, acontece justamente o contrário, e este passa a conter aquele até dilapidá-lo por completo. Mal comparando, chega-se a imaginar que essa convivência dar-se-ia como a que ocorre, alegoricamente, entre o embrião da Vespa e a joaninha. Esta, na qual foi introduzido aquele, gesta sem saber um monstrengo, no caso uma nova Vespa, que certo dia, uma vez constituído enquanto ser, lhe rasga o ventre, matando-a. Assim, pensa-se que da mesma forma dar-se-ia a coexistência de um estado policial e um de direito, mesmo que aquele ocupe uma esfera a princípio diminuta neste. Isso porque, mais cedo ou mais tarde, este cederia inteiramente seu espaço àquele, até por ser tal substituição mais cômoda e aprazível aos interesses de estado, haja vista a tendência histórica e irrefreável deste pretender se converter num modelo totalitário, cuja existência demanda a ocupação de espaços, e isso só é possível com a retirada dos obstáculos que o impedem de invadir a esfera privada dos particulares, aos quais seu aparato deveria, em princípio, servir.

O próprio Muñoz Conde lembra de novo que:

Los derechos e garantías fundamentales propias del Estado de Derecho [...] son presupuestos irrenunciables de la propa esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea em casos puntuales extremos e muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, si ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. **El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Derecho es entonces simplemente lo que em cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor dano posible a sus enemigos.**<sup>79</sup> (grifo nosso)

Nesse sentido, como o direito se converte num direito de estado, ao qual cabe definir convenientemente o significado das normas jurídicas, inclusive o conteúdo material de inimigo, este atributo tende a se expandir, até o ponto de abarcar quem à primeira vista não era considerado como um hostil. Afinal, consoante lembrado por Zaffaroni, com quem tantas vezes já se concordou aqui:

---

<sup>79</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit. p. 63.

admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda população, como único modo de identificá-los e, ademais, impor a toda população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas a inocentes.<sup>80</sup>

A própria história recente tem demonstrado isso, aliás: na Grã-Bretanha, durante a década de 70, quando uma série de atentados terroristas do IRA (*Irish Republican Army*) amedrontava a população da ilha, em especial a londrina, foi elaborada a Prevention of Terrorism Act, uma medida de exceção que, a bem da verdade, quase nada de prático conseguiu, salvo enclausurar quatro inocentes cujas confissões foram obtidas mediante emprego de tortura, no episódio mais conhecido por The Guilford Four, drama trazido às telas de cinema pelas mãos do cineasta Jim Sheridan<sup>81</sup>.

São essas, em linhas gerais, as inconsistências mais visíveis no chamado direito penal do inimigo. Tudo indica que a doutrina de Jakobs, embora parta de uma constatação do que tem acontecido no mundo atual, peca em muitos os sentidos. Ao desconsiderar o homem enquanto pessoa por razões de política criminal, mais do que fazer pouco caso de conquistas históricas do indivíduo, esboroa-se numa concepção de direito penal não mais como ultima *ratio*, subvertendo a ordem, a ponto de o estado de direito dar lugar a um verdadeiro direito de estado. Com efeito, os estados nacionais, cuja esfera de atuação, em face de avanços liberais, diminuiu muito nas últimas décadas, dando lugar a sociedade civil organizada, de uns tempos para cá, tem a aumentado consideravelmente, com o surgimento de uma forte tendência repressiva. Porém, apesar desse recrudescimento em matéria penal, essa concepção dita eficiente do direito penal, levada adiante por razões de estado, embora estas também não devessem mais ter, num cenário ideal, lugar num estado de direito, em nada tem se mostrado eficiente. Muito pelo contrário, o que se nota é um considerável aumento dos injustos. Inclusive, por mais que Jakobs insista que a categorização de inimigo não é pejorativa, é indiscutível que ela tende a reforçar nas pessoas preconceitos os mais desprezíveis em relação a outras, as chamadas *hostis*, aumentando a insatisfação destas últimas, que, ao se sentirem desprezadas e achincalhadas, passam a enxergar no delito uma via de escape para manifestar

---

<sup>80</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit. p. 118

<sup>81</sup> SHERIDAM, Jim. **Em Nome do Pai**. Irlanda/Grã-Bretanha/Estados Unidos da América: Universal Home Vídeo, 1993.



seu repúdio em face não só do estado como do próprio *modus vivendi* social. De qualquer maneira, como o direito penal do inimigo em boa medida se trata de uma análise de um conjunto de práticas persecutórias contemporâneas, não basta a simples discussão de seus aspectos teóricos. Para se poder rechaçá-lo, é preciso mergulhar afundo nas suas repercussões legislativas, persecutórias e, por que não, retóricas, sobretudo nas ocorridas no Brasil, onde a idéia de inimigo está mais presente do que se imagina, conforme adiante se procurará esclarecer.

## **5. RELEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL POR SEUS ANTIGOS DETRATORES: O INIMIGO DA VEZ VESTE COLARINHO BRANCO**

Primeiro, cumpre relembrar que, quanto ao tema em debate, filio-me àqueles que consideram a noção de inimigo uma categoria nunca de todo abandonada pelo modelo persecutório latino-americano. Sobretudo quando se tem em mira que três quartos do sistema carcerário desse continente são hoje ocupados por indivíduos cuja prisão foi deferida em caráter cautelar; portanto, antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, conforme levantado por Zaffaroni<sup>82</sup>. Isso, independente do resultado que venha a derivar do respectivo processo, se condenatório ou não, representa uma desnaturaçãõ da prisão cautelar, que deixa de ser um instituto processual, assegurador da aplicação da justiça, para se transformar num verdadeiro cumprimento antecipado de pena, em prejuízo às garantias fundamentais e mais ainda ao princípio da presunção da inocência, da qual muitas delas se originam, na medida em que, ao lado do princípio da legalidade, é o anteparo acerca do qual todo o sistema penal gravita ou, em tese, deveria gravitar.

O fato é que, na América Latina, cujos países carregam consigo um longo histórico escravocrata, caudillesco e patrimonialista, causador de desigualdades abissais, a forma de atuar do estado sempre foi pautada pela linha dura. Em uma palavra, pela repressão pura e simples, alicerçada num aparato estatal burocrático, autoritário e até mesmo auto-subserviente, porque incapaz de dar cabo das

---

<sup>82</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit. p. 109

disparidades latentes, a ponto de passar a sensação de que existe apenas para si mesmo. A máquina estatal brasileira, por exemplo, apesar de hoje viver-se um estado de direito, enfim reconhecido pela Constituição de 1988, e salvos alguns raros e espasmódicos avanços, em boa medida se mostra ainda como um fim em si mesmo, porque parece não conseguir se desvencilhar das estruturas patrimonialistas e totalitárias outrora constituídas. Daí conviver, em pleno estado de direito, com entulhos autoritários como a própria Lei de Imprensa, estando longe, muito longe mesmo, de dar cabo de tantas e tamanhas desigualdades sociais ainda remanescentes.

No Brasil, como até hoje ainda não foram cicatrizes as feridas que o autoritarismo nele deixou, falar em estado policial nem de longe é uma novidade. O estado brasileiro sempre foi policial, senão pela própria via legal, ao menos na prática e mesmo na retórica. Apenas havia a peculiaridade de que antes suas baterias repressoras se voltavam, em regra, quase que exclusivamente contra aqueles que estavam na parte menos favorecida da pirâmide social. País elitista como poucos, onde poucos têm muito, enquanto muitos têm quase nada, a ponto de já terem chamado-o de Belíndia, porque alguns têm padrões de vida e consumo próximos aos da Bélgica, ao passo que outros os têm próximos aos da Índia (obviamente, anterior ao crescimento econômico por qual passa essa nação), o Brasil sempre reservou aos menos afortunados uma repressão maior. Basta lembrar que (embora aos poucos isto esteja mudando) não raro, quando estampado na imprensa notícia acerca de algum crime - ressalvadas, é claro, as características deste - se foi ele praticado por um adolescente de classe média, o tratamento dispensado ao seu autor costuma ser bem mais benevolente do que se fosse realizado por um jovem humilde da periferia.

Já é lugar comum dizer que se costuma reservar um tratamento penal mais severo aos delitos em regra praticados pelos mais pobres do que os praticados pelos mais ricos. Sem falar também que, em um quadro comparativo muito interessante, presente em estudo do professor Gevan de Almeida e publicado em 1994 do Jornal do Brasil, se nota que a seletividade é um traço marcante do sistema penal brasileiro. Nesse levantamento, fruto de censo penitenciário realizado à época, restou demonstrado que o maior número de condenações se dá nas modalidades criminosas de roubo simples (21,97%), furto simples (15,69%), homicídio simples (15,19%), roubo com morte (10,64%) e tráfico ilícito de entorpecentes (10,28%),

normalmente praticadas pelos menos afortunados, enquanto que esses números caem assustadoramente nas hipóteses de estelionato (2,15%), porte indevido de drogas (2,08 %) e delito de trânsito com morte (0,02%), mais suscetíveis de serem cometidas pelos mais ricos<sup>83</sup>. Demais, quanto à escolaridade dos presidiários, a maioria absoluta, quando não analfabeta (12,30 %), no melhor dos cenários possui primeiro grau incompleto, formando um percentual desalentador de 54, 63%<sup>84</sup>, o que só demonstra que a punição dos marginalizados sempre contrastou com a impunidade dos bem afortunados.

Malgrado essa diferença de tratamento já tivesse começado a dar sinais de mudança desde o renascer democrático, quando enfim o regime de exceção foi substituído pela Nova República, ela só tem dramaticamente se alterado mais recentemente, a partir da chegada ao poder da esquerda forjada na luta armada contra a Ditadura Militar. A essa vertente política Maria Lúcia Karam chamou de esquerda punitiva. Para ela, em artigo publicado, os membros dessa nova esquerda seriam aqueles que:

percebendo apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar inatingidas condutas socialmente negativas das classes dominantes, não se preocuparam em entender a clara razão desta atuação desigual, ingenuamente pretendendo que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem ao enfrentamento da chamada criminalidade dourada.<sup>85</sup>

Portanto, o que se vê no Brasil na atualidade é o mesmo fenômeno que tomou de assalto a esquerda mundial, que, incapaz de oferecer respostas concretas aos problemas hodiernos, também resolveu embarcar nessa onda punitivista, travando uma disputa estéril com a direita em torno de quem edita a maior quantidade de diplomas legais destinados, em princípio, ao combate da criminalidade.

A sensação que se tem é exatamente essa. Depois da queda do muro de Berlim, com a derrocada do Império Soviético, parece que a esquerda, um pouco mais do que a direita, perdeu definitivamente o rumo. Enquanto alguns dos setores que a compõem preferiram, numa postura até certo ponto autista, se fazerem de

---

<sup>83</sup> ALMEIDA, Gevan. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 11 – 12.

<sup>84</sup> Ibid. p. 12.

<sup>85</sup> KARAM, Maria Lucia. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, Relume Dumara, v. 1, p. 78 – 92, 1996, p. 79 - 80

surdos, ao continuarem a se intitular de revolucionários com a finalidade de negar o sistema capitalista, agora aperfeiçoado numa economia de mercado; outros, apesar de se arvorarem de reformistas, não só abandonaram muitas de suas teses emancipatórias originais como capitularam de uma maneira espantosa, ao aderirem com certo entusiasmo às teses de mercado, sem apresentar qualquer modelo alternativo ao que está aí. E esse dilema pelo qual a esquerda mundial atravessa tem servido cada vez mais para legitimar os instrumentos de manifestação de poder estatal, dentre eles o próprio sistema penal. Afinal, aos olhos dos eleitores, cujo raciocínio eleitoral se mostra cada vez mais individualista devido ao consumismo desenfreado ao qual o capitalismo reduz a vida humana, direita ou esquerda tem feito pouca diferença. Para se ter uma idéia de como essa percepção não é de modo algum equivocada, basta analisar as eleições para o governo do estado de São Paulo de 2002, na qual os candidatos de direita, centro e esquerda apresentaram-se todos, sem exceção, a favor de pôr de novo a ROTA (Rondas Ostensivas Tobias Aguiar) na rua, como forma de combate à criminalidade, embora seja a segurança pública, notoriamente, uma bandeira tipicamente direitista. Aliás, no próprio Rio de Janeiro, onde há uma crescente idolatria a certo grupo de operações especiais fluminense, cujas incursões nas favelas cariocas quase sempre estampam as manchetes dos jornais do dia seguinte, também transparece que a esquerda tem sido incapaz de oferecer uma política criminal substancialmente diversa da direita.

Salta aos olhos que a esquerda atual, ao menos a que se coloca na perspectiva do poder, tem deixado de ser refratária ao direito penal, passando a fazer de seu aumento quase que uma profissão de fé. Com efeito, de acordo com essa vertente política, até certo tempo atrás, o problema do direito penal não era outro senão o próprio direito penal. Mas agora pouco importa a forma como se manifesta, tampouco os estigmas deixados naquele sobre o qual recai. O mais relevante mesmo é que sua esfera de atuação se limitava a bens jurídicos caros aos setores mais enriquecidos da população, esquecendo-se daqueles que, uma vez danificados, prejudicavam a toda a comunidade, em especial ao segmento mais empobrecido dela. Daí o aparecimento de uma série de legislações que identificam determinado setor da sociedade como desprotegido para depois, mediante uma repressão mais severa, confeccionar tipos penais, embora às vezes já presentes no Código Penal, de maior especificidade, dirigidos a certo tipo de autor e vítima.

Os exemplos maiores desse fetichismo legalista esquerdista talvez sejam o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, entre outros diplomas legais que, mais do que se referirem a tipos específicos de autor, lidam com o injusto de uma maneira extremamente superficial. Todas essas leis, de alguma forma ou de outra, almejam disciplinar a população apenas pela via da repressão. Com elas, tem-se a pretensão de transformar características que, por serem culturais, demandarão tempo e investimento de base para solucionar. Mas isso, além de ser praticamente irrealizável do dia para noite, não rende votos a ninguém, razão pela qual se mostra muito mais atraente o caminho de consertar injustiças sociais da forma um tanto comodista acima descrita, isto é, pelo direito penal, mais lúdica do que propriamente eficiente. A todos agrada, desde ao político responsável pela edição do respectivo diploma legal, já que assim ele consegue se perpetuar no poder, sendo reeleito para sucessivos mandatos, até ao próprio eleitor, cuja sensação de insegurança no mínimo é mitigada mediante essa produção legislativa incessante.

O pior é que esse movimento da esquerda não tem se limitado à edição de diplomas legais. De uns tempos para cá, a moda passou a ser um incremento de operações policiais destinadas a desbaratar quadrilhas envolvidas em grandes esquemas financeiros. Conforme a propaganda oficial, poucas vezes se viu uma Policial Federal tão atuante como a da atualidade. Tanto que o aumento do efetivo e das prisões levadas a efeito por essa instituição policial foi tema onipresente nas últimas eleições presidenciais: ora o candidato da situação, ora o da oposição, sacudiam números e mais números para demonstrar quem combateu mais a criminalidade, quem prendeu mais, se foi o governo atual, se foi o passado, revelando a total ausência de propostas para melhoria da vida da população e, mais grave, a forma distanciada e demagógica através da qual o debate acerca desse tema tem se desenvolvido. Afinal, ao reduzir o debate político ao malabarismo numérico, acaba-se por deixar de lado o fato de que muitas dessas operações significaram, assim como continuam a significar, temeridades poucas vezes vista, dado que, a pretexto de combater a chamada criminalidade de colarinho branco, muitos escritórios de advocacia foram invadidos, num fenômeno que não encontra precedentes na história brasileira, nem sequer nos seus anos de chumbo.

Provavelmente, imagina a esquerda que, com essa redescoberta do direito penal no sentido de socializar o crime, conseguirá resguardar os setores menos

favorecidos da sociedade, haja vista a repercussão negativa que não raro tais delitos causam ao erário. Isso porque, para o cometimento de muitos deles, se mostra necessário a elaboração de grandes esquemas criminosos, quase sempre envoltos em atos de corrupção de funcionários públicos e membros de poderes estatais, o que provoca, além de prejuízos financeiros, enorme consternação em toda a coletividade, sobretudo quando seus autores saem impunes. Nestes casos, independente do material probatório aventado no respectivo processo judicial, mesmo se inapto para conduzir à prolação de um decreto condenatório, fica uma sensação amarga no grosso da população, para quem, apesar de todos serem iguais perante as leis, alguns parecem mais iguais do que os outros, o que aumenta sua insatisfação. Desse modo, as prisões levadas a efeito nessas operações de vulto, embora muita vez sejam pura pirotecnia do aparato policial, aplacam esse sentimento, ao transparecer que pelo menos a promessa liberal de igualdade formal começa a ser cumprida, inclusive pela força simbólica demasiado grande por trás do encarceramento de um “poderoso”, independente deste ato derivar de uma decisão de natureza cautelar, cuja diferença para uma de contornos definitivos os do povo costumam desconhecer.

O reforço de tal simbolismo, embora a princípio reconfortante, porque diminui a impressão de injustiça, pode significar a posteriori um efeito de todo pernicioso. Na medida em que o direito penal passe a ser utilizado dentro de uma dimensão simbólica, tudo indica que seus aspectos deletérios restarão obscurecidos. Ora, como se poderá argumentar, daí em diante, qualquer seletividade na forma de se manifestar do direito penal, entendido por grande parte da criminologia crítica enquanto uma ferramenta de manutenção de interesses das classes dominantes, se os elementos materiais que o concretizam no plano real já não mais recaem apenas sobre as camadas menos favorecidas da sociedade, mas em cima de todas, indistintamente. Logo, se de um lado seria positivo a ausência de tal seletividade nas manifestações legislativas e no agir do aparato repressivo, de outro a tarefa em busca de um modelo de justiça mais humanista e alheio a penas celulares se tornaria ainda mais árdua, porque tais características do direito penal sempre ajudaram a fornecer o substrato crítico apto a deslegitimá-lo. De fato, ao se desconsiderá-las, o direito penal, ainda que e inclusive dilatado, ganha em racionalização, passando a impressão de que as normas penais são mesmo gerais e imparciais, sem quaisquer conteúdos ideológicos.

Destaque-se também que o raciocínio da esquerda se revela um tanto ingênuo, para não dizer que parte de uma perspectiva demasiado ilusória. É que, ao pretender fazer justiça social pela via penal, esquece-se de que os mais abastados, mesmo quando condenados em definitivo, possuem instrumentos que lhes permitem escapar da pena cominada. Num país de desigualdades históricas como o Brasil, onde o aparato estatal continua corroído por uma corrupção endêmica, herdada de uma concepção de estado patrimonialista, na qual a esfera pública sempre foi confundida com a privada, quem tem poderio financeiro, e, por conseguinte, não tem problemas para se adaptar à dinâmica do lucro imposta pela lógica do capital, reúne muito mais condições de fugir de sanções que lhes venha a ser impostas, mesmo quando se tratar de uma de natureza penal. Isso, é claro, quando chega a ser condenado, o que é raro de acontecer. Pois aos mais afortunados, se às vezes lhes faltam alguma das garantias fundamentais, ao serem, por exemplo, enclausurados em momento processual imaturo, com base num decreto de prisão cautelar genérico, em cujos fundamentos não foram evidenciados os motivos pelos quais sua liberdade obstruiria a aplicação da justiça, de modo algum lhes falta garantias estruturais, como a de ser assistido por uma defesa técnica laboriosa.

O problema é que essa última nem sempre, quando não quase nunca, é observada quando se trata dos mais empobrecidos. Daí mais uma vez lembrar Maria Lucia Karam que, “quando chega a haver alguma punição relacionada com fatos desta natureza, esta acaba recaindo sobre personagens subalternos.”<sup>86</sup> Isso porque, muito além desses esquemas criminosos implicarem a participação de pessoas humildes, que pouco sabem sobre o que estão fazendo, quanto mais do caráter delituoso disso, muitas delas, via de regra, são defendidas pela Defensoria Pública, que, ao contrário dos grandes escritórios de advocacia, nem de longe possui o aparato adequado a um bom acompanhamento do respectivo processo criminal. Dessa maneira, apesar do grande efeito simbólico contido nessas grandes operações policiais, na prática a seletividade do poder punitivo permanece, e agora, muito pior, com o agravante de que se mostra legítimo aos olhos dos jurisdicionados, porque sinaliza que recairá, sem quaisquer distinções, em cima daquele que cometer uma conduta tipificada como crime, dando mostras de ser imparcial no agir.

---

<sup>86</sup> KARAM, Maria Lucia. Op. cit. p. 81.

Veja-se que aqui não se está a defender que os criminosos de colarinho branco deixem de receber quaisquer punições. Não mesmo. O que se discute, a bem da verdade, é mais uma vez o antídoto ministrado. Parece ser o caminho de eleger empresários e afins como os inimigos da vez, quem sabe por causa da enorme dívida social que o Brasil possui com seus nacionais, sobretudo com os mais empobrecidos, um erro gravíssimo. O raciocínio de que, se os pobres não têm garantias fundamentais nem estruturais, se deve suprimi-las dos ricos, além de dividir, em vez de agregar, se mostra um tanto oblíquo e derrotista. Por mais que muitos desses crimes agridam em abstrato à consciência coletiva da população e em concreto às vezes o próprio erário, reduzir o seu combate à esfera penal é atacar apenas a consequência. Mal comparando, é reproduzir a conduta do marido que, ao saber da traição de sua consorte, no lugar de tomar uma medida drástica, resolve apenas tirar o sofá da sala, onde supostamente acontecera o ato de adultério.

A melhor forma de combate é sempre a preventiva e sem a necessidade de invocar qualquer instrumento concernente ao sistema penal, salvo quando este se mostrar irremediável, em conformidade com o princípio da intervenção mínima. Aliás, quem sabe uma delas seria a efetiva reforma do estado e do sistema eleitoral, destinada a impedir que essa modalidade criminosa continue a se infiltrar nas estruturas do estado, o que quase sempre acontece, haja vista que a prática de grande parte desses crimes depende de um estado leniente com a corrupção. Além disso, quanto ao fato dos mais pobres se verem constantemente privados de garantias fundamentais, se isso realmente acontece - e acontece -; de qualquer modo, o caminho para contornar tal problema não passa pela supressão de garantias aos mais enriquecidos, mas pela conferência àqueles que no plano concreto não as desfrutam. Em vez de socializar a pena, como se tem feito até então, o ideal perseguido, sobretudo por forças políticas que se arvoram de mais humanistas, solidárias e emancipatórias, deveria ser o de socializar direitos.

O grande esforço da criminologia crítica deve continuar a ser empreendido no sentido de desqualificar o direito penal, na busca de pensar um modelo a ele alternativo. Por isso dedicou-se o próximo e último capítulo deste ensaio à análise da 7.492/1986, cujos dispositivos desrespeitam uma série de princípios e garantias fundamentais do direito penal. Por mais que possua uma série de características a meu ver negativas, semelhante diploma legal tem sido utilizado como nunca no Brasil, exatamente sob o governo dessa nova esquerda que declarou guerra contra



a criminalidade dourada, elegendo-a como o principal inimigo de um estado que, embora de direito no papel, com a ajuda dela tem se tornado a cada dia mais e mais policial, salvo a diferença de que agora assim o é para todos, não apenas a alguns, conforme fora até então. Daí a importância de mergulhar e discutir muitas das suas disposições, mais propriamente algumas daquelas que versam acerca de normas incriminadoras.

## 6. VESTÍGIOS DO INIMIGO NA LEI 7.942/1986

Usualmente, quando se pensa em direito penal do inimigo, a primeira imagem surgida na mente é a do terrorismo. Afinal, embora nós brasileiros não vivamos propriamente um contexto como esse, dado o crime organizado no Brasil não possuir qualquer traço capaz de induzir a crer que haja qualquer conotação política nele, num mundo globalizado, onde a tecnologia encurta a distância entre as nações, mesmo de longe, nos atemorizamos com essa forma de criminalidade, até pelos contornos que ela possui. Entretanto, como o próprio Jakobs acentua, no que é seguido por outros penalistas, inclusive por aqueles considerados críticos da sua tese, vestígios do direito penal do inimigo, enquanto teoria construída pela prática, têm sido encontrados em muitas das disposições legais destinadas a combater formas típicas da criminalidade contemporânea. Uma delas é a dos delitos de índole econômica<sup>87</sup>, dado o potencial de abalo acarretado pela prática deles ao sistema financeiro de muitos países, deixando estes atônitos em face de gigantes esquemas criminosos a cujo combate os usuais instrumentos do direito penal liberal têm se mostrado, segundo alguns, dentre eles, conforme já citado, Silva Sanchez, ineficazes.

A Lei do Colarinho Branco, assim batizada em virtude de ser destinada à repressão dos crimes típicos da parcela mais abastada da população, possui muitos dispositivos em cuja redação se percebe uma série de características do chamado direito penal do inimigo. Semelhante diploma legal está permeado de tipos penais que de mera atividade, quando não de perigo abstrato, num desrespeito a princípios basilares como os da legalidade, da lesividade, da intervenção mínima, da culpabilidade e da própria humanidade, por sua vez os mais relevantes em matéria

---

<sup>87</sup> GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 39.

penal. No entanto, embora a Lei 7.492/1986 tenha o potencial de suscitar muitas discussões, dado se mostrar um estatuto que não otimiza esferas de liberdade, a ponto de enxergar no imputado um sujeito de direito, mas identifica possíveis focos de perigo, no caso à higidez do sistema financeiro nacional, se privilegiará aqui a análise dela em seu conjunto e de algumas das normas incriminadoras nas quais tais violações sejam mais gritantes e preocupantes, para não dizer polêmicas.

Para começar, percebe-se, pela leitura do texto dessa lei, que houve uma predileção pela cominação de penas privativas de liberdade, em especial pela mais gravosa delas de acordo com o Código Penal brasileiro: a reclusão, que estabelece o regime fechado como marco inicial para o cumprimento da pena, caso sobrevenha uma condenação, foi a pena escolhida ali na maior parte dos casos. Com efeito, dos tipos penais que nela se encontram, o único que comina pena de detenção, bem menos gravosa do que a outra, é o previsto no artigo 21<sup>88</sup> do diploma legal sob análise. Em todos os outros optou o legislador pela de reclusão, em prejuízo do princípio da humanidade, que, de acordo com o professor Nilo Batista, “intervêm na cominação, na aplicação e execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à posição dominante da pena privativa de liberdade, um campo de intervenção especialmente importante”<sup>89</sup>. Por mais que tal princípio se volte com maior intensidade contra penas mais notoriamente desumanas, como as de morte e a perpétua, banidas do nosso ordenamento jurídico, mesmo assim se pode cogitar de sua violação caso se cuide de um diploma legal que privilegie penas privativas de liberdade de considerável potencial punitivo, exclusivamente retributivas e reforçadoras de sentimentos primitivos como os de vingança, que a esta altura já deveriam ter sido superados, em face de um marco epistemológico mais racional e humanista.

No que respeita propriamente aos tipos penais ali descritos, aquele que de imediato mais chama a atenção é o do artigo 3º, cuja redação incrimina a divulgação de informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira. Leia-se sua redação:

---

<sup>88</sup> Art. 21. Atribuir-se ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio:

Pena – **Detenção** de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (grifo acrescentado)

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>89</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira:  
Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.<sup>90</sup>

Bem se nota que, além da pena nele prevista ser demasiado elevada, variando de dois a seis anos de reclusão, trata-se de delito de perigo abstrato, cuja consumação independe da ocorrência de qualquer resultado lesivo. O mero conhecimento por terceiro da informação falsa ou prejudicialmente incompleta, mesmo sem qualquer resultado ofensivo ao bem jurídico tutelado por tal dispositivo, no caso, a própria instituição financeira e o sistema financeiro, já se mostra por si só capaz de incriminar quem a divulgou<sup>91</sup>. Dessa forma, tal capitulação não só se mostra insegura em termos de comprovação fática, já que depende apenas do conhecimento por parte de terceiros para ser consumado, como afeta o princípio da lesividade, segundo o qual não se incrimina condutas exclusivamente por serem imorais, mas por ocasionarem danos perceptíveis a bens jurídicos caros à tutela penal<sup>92</sup>.

Lembra com muita propriedade Ferrajoli que:

se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.<sup>93</sup>

Nesse sentido, quando se incriminam apenas condutas, sem o correspondente resultado lesivo, o direito penal deixa de tutelar o mínimo necessário, passando a maximizar sua esfera de atuação para abarcar condutas isoladamente incapazes de afetar substancialmente qualquer bem jurídico, o que também o afasta da perspectiva de subsidiariedade sob a qual em princípio deveria atuar. Logo, como demonstrado, a incriminação do delito sob análise fere o princípio da lesividade, assim como também conduz o julgador por vias valorativas. Isso porque, na medida em que o resultado lesivo foi deixado de lado para efeito de adequação típica, impende, para aplicação de semelhante dispositivo, emitir juízos

---

<sup>90</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>91</sup> TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**: uma contribuição ao estudo da lei 7.492/86. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2ª ed., 2002, p. 26 – 27.

<sup>92</sup> BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 91 – 101.

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 427.

valorativos acerca da conduta do réu, num retorno à antiga concepção que confundia o delito com pecado, prática hoje repudiada, ao menos quando se tem em mente um modelo que se pretenda garantista de persecução penal, mais racional, além de apartado de conteúdos indeterminados e/ou imateriais.

Se o sobredito dispositivo já se mostrava falho no que diz respeito a um paradigma penal alheio a conteúdos valorativos, mais ainda se mostra o subsequente. O artigo 4º, cuja redação é das mais infelizes, incrimina tanto a gestão fraudulenta quanto a temerária - aquela no respectivo caput, enquanto esta em seu parágrafo único -, nos seguintes termos:

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:  
 Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos e multa.  
 Parágrafo único. Se a gestão é temerária:  
 Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.<sup>94</sup>

Embora haja quem pense o contrário, considerando-o de perigo abstrato, quando não de dano, se está aqui de novo defronte de um crime de perigo concreto<sup>95</sup>, o que na prática significa quase o mesmo, porque também independe de um resultado lesivo correspondente, motivo pelo qual restou mais uma vez vulnerado o princípio da lesividade. De todo modo, repisa esse dispositivo os termos do artigo 3º, inciso IX, da lei 1.521/1951<sup>96</sup>, mais popularmente conhecida como Lei de Economia Popular<sup>97</sup>. Porém, enquanto neste diploma ao menos a gestão fraudulenta era determinada, ao ser nele circunscrita aos casos de falência ou insolvência da instituição financeira, no atual não há qualquer remissão legal quanto

<sup>94</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>95</sup> TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit. p. 37 – 38.

<sup>96</sup> Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular, Esta Lei regulará o seu julgamento.

[...]

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

[...]

IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

[...]

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

<sup>97</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1521.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit. p. 29.

à hipótese na qual esta se sucederá. Isso, como se sabe, fere o princípio da legalidade, que, entre outros efeitos, impõe a taxatividade das descrições típicas.

O próprio Ferrajoli, ao dispor sobre a “verificabilidade jurídica” e a correspondente “denotação legal”, cuidou de acentuar que:

**Uma tese judicial é verificável e falseável se (e apenas se) os termos nela empregados forem providos de extensão determinada, quer dizer, já que a extensão está determinada pela intensão (sic), se e apenas se suas intensões (sic) estiverem definidas de maneira clara e precisa.** Estas condições semânticas são, ademais, diversas, segundo a tese de se que trate seja jurídica ou fática: no primeiro caso, a tese emprega termos de qualificação jurídica cujas conotações foram estabelecidas convencionalmente pelas leis penais; no segundo caso, utiliza da linguagem comum, cujas conotações são imediatamente as do léxico ordinário. Diremos por isso que **a verificabilidade jurídica está condicionada pela semântica legal** e que a *verificabilidade fática* está condicionada pela linguagem comum, não técnica, da qual também fazem uso os discursos judiciais.<sup>98</sup> (grifos acrescentados)

Mais adiante, conclui:

**o pressuposto necessário da verificabilidade e da falseabilidade é que as definições legais** que estabelecem as conotações das figuras abstratas de delito e, mais em geral, dos conceitos penais **sejam suficientemente precisas como para permitir, no âmbito da aplicação da lei, a denotação jurídica** (ou qualificação, classificação ou subsunção judicial) **de fatos empíricos exatamente determinados. A técnica normativa, que nos ordenamentos modernos assegura este pressuposto, é a expressa pelo princípio da legalidade estrita ou de taxatividade penal, (...).**<sup>99</sup> (grifos acrescentados)

Nessa ordem de idéias, quando a semântica legal estiver imperfeita, em virtude, por exemplo, de alguma deficiência na técnica legislativa adotada, como a do referido artigo, que se trata de uma norma penal em branco cuja complementaridade não é fornecida por outra norma, senão, e quando muito, pelo costume, o legislador delega ao próprio juiz a função de determinar o conteúdo material desse conceito, isto é, na hipótese vertente, a de investigar quando a tal da gestão fraudulenta ocorrerá. Isso decerto implica, muito além de insegurança jurídica, esvaziamento de garantias, inclusive das de natureza processual. Afinal, o trabalho da defesa técnica, em face de uma imputação indeterminada, ou, melhor, determinada a critério dos órgãos julgadores, quando não dos próprios acusadores,

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 116.

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. 117.

tende a ser dificultado, num desprestígio aos princípios processuais da ampla defesa e da paridade de armas.

O pior ali nem é o próprio *caput*, mas o parágrafo único. Se já é árduo o trabalho de definir o significado de gestão fraudulenta, vocábulo derivado de fraude, com o qual ao menos a ciência penal está acostumada a trabalhar, imagina quando se trata de determinar qual o sentido de gestão temerária. Nesse último caso, como nem sequer a lei antiga dispunha de tal definição, alguns doutrinadores cuidaram de especular em torno do que possa ser entendido por temeridade no âmbito da administração de uma instituição financeira. Dentre eles, o professor José Carlos Tórtima, para quem o significado dessa expressão residiria na “atuação potencialmente ruinosa dos gestores da instituição financeira, com plena assunção dos riscos de tal maneira de agir”<sup>100</sup>. Demais, acrescenta, enquanto exemplos da caracterização da hipótese prevista no parágrafo único, as seguintes condutas:

(...) a realização de operações especulativas de desmedido risco, deixarem os responsáveis pela instituição financeira de alertar os investidores quanto aos riscos de suas respectivas carteiras de aplicação não conservadoras, a violação de normas regulamentares ou usuais para diversificação das aplicações de risco, autorização para operações de empréstimo ou financiamento sem as correspondentes garantias, oferecimento de juros notoriamente superiores aos praticados no mercado para obter recursos e cobrir posição devedora, a dispersão de recursos em despesas não operacionais, inclusive com a prática de *atos de liberalidade à custa da companhia* (art. 154 § 2º, a, da Lei 6.404/76) etc.<sup>101</sup>

Segundo o ilustrado mestre, todas essas condutas perfariam a hipótese prevista no parágrafo único do artigo 4º da lei analisada. No entanto, em que pese os esforços envidados, penso que, na medida em que estes já se mostram necessários, mais do que nunca se revela a inexistência de um conceito preciso acerca de em quais cenários se dá a tal temeridade na gestão de certa instituição financeira. Por isso mais uma vez o princípio da legalidade, em especial na dimensão que impõe a taxatividade dos conteúdos normativos, foi de novo desrespeitado, inclusive com maior intensidade do que no *caput*, no seu respectivo parágrafo único.

Averbe-se que a redação do tipo penal do artigo 5º da mesma lei também não poderia ser mais confusa. Tal dispositivo foi redigido com estas palavras:

---

<sup>100</sup> TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit. 34.

<sup>101</sup> Loc. cit.

Art. 5º Apropriar-se, qualquer das pessoas mencionadas no artigo 25<sup>102</sup> desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem imóvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (anos)

Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no artigo 25 desta Lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito.<sup>103</sup>

Transcrito referido artigo, percebe-se que, como modalidade especial de apropriação indébita, além de mais um dos tantos exemplos de tipos de autor<sup>104</sup> presentes nessa lei, cria ele o problema de saber quando deverá ser aplicada essa ou aquela prevista no artigo 168 do Código Penal<sup>105</sup>. Sobretudo quando se tem em mira que a descrição típica silencia quanto às circunstâncias nas quais ocorrerá a hipótese nele prevista: embora o núcleo do tipo diga “apropriar-se qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio”, esquece-se de apontar que qualquer um desses bens deve necessariamente estar depositado ou custodiado na instituição financeira para que a conduta possa ser incriminada dentro da hipótese nele narrada<sup>106</sup>. Isso faz com que se tenha a impressão de que, se a apropriação indébita for praticada por uma das pessoas

<sup>102</sup> Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (vetado).

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (vetado), o interventor, o liquidante ou o síndico.

[...]

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>103</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>104</sup> Segundo Ferrajoli, tipo de autor seria aquele que “não identifica a desviação punível com as figuras normativas dos delitos (o homicídio, o furto, o ato de subversão), mas por meio de figuras normativas dos réus (o tipo subjetivo de homicida, do ladrão ou do subversivo), dando relevância aos delitos somente enquanto ‘sintomas’ de personalidades anti-sociais, desleais ou criminosas a interpretar ou ‘intuir’ [...]” (cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. 346)

<sup>105</sup> **Apropriação indébita**

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

**Aumento de pena**

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I - em depósito necessário;

II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>106</sup> TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit. p. 44.

referidas no artigo 25, pouco importando se o bem cuja posse fora arbitrariamente invertida era ou não da instituição financeira a que pertencia o agente, em qualquer caso, o delito deve ser tipificado pelo artigo em comento, em vez de pelo tradicional, isto é, o do artigo 168 do Código Penal. Daí também ter sido afrontada a taxatividade imposta pelo princípio da legalidade, que, não custa lembrar, proíbe incriminações vagas e indeterminadas, segundo a fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, porque, insista-se, desta vez com o auxílio de Nilo Batista:

a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos<sup>107</sup>.

Passadas essas modalidades criminosas, embora sejam notadas imperfeições noutros tipos penais ali presentes, como, por exemplo, nos dos artigos 6º<sup>108</sup>, modalidade de estelionato que prescinde da obtenção da vantagem ilícita, sendo mais um crime cuja consumação independe de qualquer resultado lesivo, além de ser de difícil comprovação fática, e o 15<sup>109</sup>, também crime de mera conduta, cuja caracterização igualmente desnecessita da real ofensa ao bem jurídico tutelado, como o presente estudo, conforme já se aduziu, não tem por escopo analisar minuciosamente a chamada Lei do Colarinho Branco, senão seus dispositivos mais visivelmente contrários a um modelo garantista, chega-se ao tipo do artigo 17, alvo de não menores polêmicas. Semelhante tipo penal, também considerado crime de perigo presumido ou abstrato pela unanimidade da doutrina<sup>110</sup>, incrimina o chamado empréstimo vedado. Leia-se sua descrição típica:

<sup>107</sup> BATISTA, Nilo. Op. cit. 78.

<sup>108</sup> Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonogando-lhe informação ou prestando-a falsamente:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>109</sup> Art. 15. Manifestar-se falsamente o interventor, o liquidante ou o síndico, (Vetado) à respeito de assunto relativo a intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>110</sup> BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na lei 7.492/86. In: PODVAL, Roberto. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 326.



Art. 17 Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no artigo 25 desta Lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consangüíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:  
Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (anos)

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I - em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo;

II – de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira.

É de se notar que a hipótese prevista no *caput* é mais um dos muitos dispositivos destinados a incriminar o descumprimento do dever de fidelidade<sup>111</sup>, haja vista ter como maior objetivo o de impedir, no âmbito administrativo de uma instituição financeira, não só o nepotismo como a malversação dos ativos pertencentes aos consorciados. Contudo deve ser salientado que, ao menos dentro de uma perspectiva garantista, a infidelidade por si só jamais pode autorizar a configuração desse nem de qualquer outro delito, sob pena de convertê-la “no eixo material do injusto, [...] menosprezando a sempre indispensável ofensa ao bem jurídico tutelado”<sup>112</sup>, o que fere mais uma vez o princípio da lesividade, além de também conduzir o intérprete por caminhos valorativos.

O maior problema é que, apesar da palavra empréstimo constar expressamente no núcleo do tipo, se tem visto, quando da aplicação de sua disposição, um alargamento do conceito circunscrito a esse gênero de contrato, por sua vez fornecido pelo direito civil, que o divide em duas espécies, no caso a de comodato e a de mútuo, sendo aquela descartada pela doutrina brasileira, dado não ser modalidade onerosa, como a outra o é<sup>113</sup>, para abarcar qualquer transferência de ativos ocorrida entre empresas coligadas, afetando a proibição de analogia *in malam*

---

<sup>111</sup> Ibid. p. 319.

<sup>112</sup> Ibid. p. 324.

<sup>113</sup> Ibid. p. 335.

*partem*<sup>114</sup>, uma das dimensões do princípio da reserva legal. Isso sem contar que o próprio tipo penal, diante da imperfeição de sua redação, nem sequer chega a incriminar taxativamente o empréstimo ocorrido entre empresas consorciadas, mas apenas o concedido pelas pessoas discriminadas no artigo 25 àquelas descritas no verbo do artigo 17.

Não se pode incriminá-lo exclusivamente em virtude da celeuma instaurada por um pronome pessoal do caso reto<sup>115</sup>: ao descrever aqueles a quem o empréstimo seria vedado, sob as penas da lei, o dispositivo em estudo refere-se, entre outros, à “sociedade cujo controle seja por *ela* exercida”. Ora, em casos tais, vale especular que semelhante pronome remeteria a alguma palavra feminina eventualmente presente no texto. No entanto, quando se lê com atenção o texto do *caput*, nenhuma delas é a expressão instituição financeira, simplesmente ausente dali. Portanto, embora se presuma pela finalidade da lei ser exatamente essa a palavra à qual se reporta aquele pronome, é um rotundo despautério considerá-lo como tal, a menos que se pretenda vulnerar o princípio da legalidade, mais precisamente na esfera representada pela taxatividade penal<sup>116</sup>, tantas vezes já mencionada no presente trabalho.

Tão problemático quanto o *caput* é o parágrafo segundo do mesmo dispositivo. Nele se fez uma curiosa opção por incriminar o recebimento ou a distribuição disfarçada de lucros provenientes da instituição financeira. Curiosa, porque o vocábulo lucro, de acordo com elementar lição de economia, lembrada por Tórtima, é o “resultado positivo de uma empresa num determinado exercício, após deduzidos de sua receita todos os custos e despesas vinculados à sua atividade, aí incluído o pagamento de tributos.”<sup>117</sup> Logo, lucro só pode ser auferido pela própria instituição financeira. Os associados, por sua vez, recebem apenas dividendos. Assim, mesmo se fosse aquela expressão substituída por essa, seria quase impraticável a ocorrência da aludida distribuição disfarçada de lucros. Quem comprova mais uma vez isso é o referido professor, quando demarca as duas seguintes hipóteses:

**1ª hipótese: A empresa obteve lucro ao final do exercício.** Nesse caso, serão distribuídos dividendos proporcionais a esse lucro na

---

<sup>114</sup> Ibid. p. 337.

<sup>115</sup> Ibid. p. 331.

<sup>116</sup> Ibid. p. 332.

<sup>117</sup> TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit. p. 112.

forma estipulada em lei, e, **por óbvio**, não existirá nenhuma razão para que tal participação nos resultados da companhia ocorra **disfarçadamente**. Vantagens outras, sub-repticiamente distribuídas, além do permitido pela apuração dos lucros, **não são dividendos** (e muito menos lucros) não podendo assim ser denominados pela lei.

**2ª hipótese: A empresa apresentou prejuízo.** Não há lucros a serem repartidos em dividendos. Não há o que distribuir, logo soa absurdo falar-se em distribuição, disfarçada ou não, de algo que não existe.<sup>118</sup>

Nesse sentido, pensar diferente (e reconhecer a viabilidade de incriminação pela hipótese enunciada no parágrafo II), significa ir mais uma vez de encontro à taxatividade penal imposta pelo princípio da legalidade. Sobretudo num caso como esse, no qual, insista-se com Tórtima, “se descreve conduta apenas vaga ou indefinida, mas empiricamente inidentificável (não constatável pela experiência) e ontologicamente absurda.”<sup>119</sup>

Apesar de já se ter aqui discriminados dispositivos suficientes à demonstração de que Lei 7.492/86 desrespeita muitos dos princípios do direito penal, ainda se separou mais um. Aliás, um que simplesmente não poderia passar despercebido. Mais precisamente, o artigo 22, cuja redação assim versa:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país:

Pena- reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.<sup>120</sup>

O *caput* desse dispositivo, que não possui qualquer precedente normativo anterior, haja vista que até então se cuidava de fato atípico<sup>121</sup>, incrimina a chamada operação de cambio, caracterizada pela permuta de moedas estrangeiras, sem autorização legal, para promover evasão de divisas do país, um crime cuja lesividade também é muito discutível. Afinal, no que exatamente fere o Sistema Financeiro Nacional constituir poupança em moeda estrangeira, uma das formas de cometimento do crime sob exame? Será que apenas por não ser tal operação autorizada seria essa conduta por si só lesiva?

<sup>118</sup> Ibid. p. 112.

<sup>119</sup> Ibid. p. 115.

<sup>120</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>121</sup> TÓRTIMA, José Carlos. Op. cit. p.135.

Bem se nota que é bastante difícil saber qual o bem jurídico efetivamente afetado pela prática desse delito<sup>122</sup>, cujo principal objetivo, num país como o Brasil, por muito tempo castigado por um processo inflacionário gigantesco, a tal ponto de se ter elaborado inúmeros planos econômicos para superá-lo, foi o de fornecer uma poderosa ferramenta a fim de garantir a solidez da economia, tantas vezes combatida pela especulação financeira, que nada mais é do que efetuação de operações constantes de câmbio em busca de ganhos especulativos imediatos. Aliás, não pode ser mera coincidência que a catalogação dele enquanto delito só veio a ser feita na década de 80, quando a inflação foi eleita o inimigo número um do governo federal. Como é elementar, a especulação financeira diminui as reservas cambiais do país, isto é, a quantidade de moeda estrangeira (no caso, de dólares) na economia, levando o governo a emitir mais e mais cédulas de dinheiro para serem alocadas no sistema econômico, o que naturalmente não só mantém como aumenta a inflação.

A própria identificação da prática dessa modalidade criminosa possibilita descobrir o cometimento de inúmeras fraudes<sup>123</sup>, inclusive de eventual crime de sonegação fiscal, previsto no art. 1º da Lei. 4.729/1965<sup>124</sup>. Assim, além impedir

<sup>122</sup>Idem; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **Evasão de divisas**: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 29.

<sup>123</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**: anotações à lei federal 7.942/1986. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>124</sup> Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. ([Incluído pela Lei nº 5.569, de 1969](#))

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

§ 1º Quando se tratar de criminoso primário, a pena será reduzida à multa de 10 (dez) vezes o valor do tributo.

§ 2º Se o agente cometer o crime prevalecendo-se do cargo público que exerce, a pena será aumentada da sexta parte.

possíveis abalos à indenidade da política econômica, protege o fisco de eventuais lesões, ao propiciar a ele um instrumento capaz de descobrir eventuais burlas de impostos. De todo modo, mesmo consideradas essas ponderações, o fato é que o referido crime definitivamente fere o princípio da lesividade. A conduta isoladamente considerada não tem propriamente o condão de lesar bem jurídico algum. Tanto que a hipótese do caput também é mais um dos tantos crimes de perigo ali presentes. De fato, apenas se intenta com ele impedir lesões ao ente estatal e num estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico tutelado, instrumentalizando indivíduos para tanto, o que fere a dignidade da pessoa humana, que considera, segundo a já aludida consideração kantiniana, o homem como um fim em si mesmo.

O mesmo ocorre, quem sabe até com maior intensidade, nas hipóteses previstas no parágrafo único. Sobretudo na segunda, crime de mera conduta, permanente e habitual<sup>125</sup>, além de ser mais uma norma penal em branco cuja configuração depende de uma circular editada praticamente todo ano pelo Banco Central, na qual dispõe sobre o valor limite que tornaria desnecessária a declaração de titularidade de contas no exterior. Por exemplo, entre os anos de 2001 e 2006, editaram-se ao todo quatro delas: na primeira, de número 2.911 e editada em 29/11/2001, dispunha que o valor máximo seria o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); na segunda, de número 3.181 e editada em 06/03/2003, tal valor foi elevado para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais); e, enfim, na terceira, de número 3.225 e editada em 12/02/2004, rebaixou-se esse último valor para o de 100.000 (cem mil reais), mantido pela de número 3.313, editada em 02.02.2006<sup>126</sup>. Portanto, uma pessoa que durante esse período possuiu cento e cinquenta mil reais depositados numa conta estrangeira, mas não os declarou, embora considerada criminosa em 2001, deixou de sê-lo em 2003, só retornando a ser em 2004. Seja como for, ainda que tal situação por si só seja no mínimo curiosa, porque obriga a quem possui divisas no exterior prestar o tempo todo atenção ao que dispõe o

---

§ 3º O funcionário público com atribuições de verificação, lançamento ou fiscalização de tributos, que concorrer para a prática do crime de sonegação fiscal, será punido com a pena dêste artigo aumentada da terça parte, com a abertura obrigatória do competente processo administrativo.

Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L4729.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4729.htm) > Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>125</sup> Ibid. p. 135.

<sup>126</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 183 – 184.

Banco Central, mais uma vez se mostra árdua a missão de definir o que se propriamente lesou com a conduta ali incriminada. Antes o que se percebe é mais uma ingerência indevida na esfera individual do cidadão, pouco importando se a conduta dele tem qualquer repercussão danosa. Nesse sentido, de novo se presencia mais uma lesão ao princípio da lesividade.

Feitas essas considerações acerca de algumas normas incriminadoras da Lei 7.492/1986, de fato se nota muitos vestígios do direito penal do inimigo nela. A abundância de tipos autor, de crimes cuja consumação se dá antes da efetiva lesão ao bem jurídico caro à tutela penal e as constantes violações ao princípio da legalidade, sobretudo em virtude de uma técnica legislativa pouco apurada, demonstram claramente que semelhante diploma legal não otimiza esferas de liberdade, buscando apenas combater focos de perigo. Há nela uma tendência clara de reforçar a confiança na norma, mais ainda no caráter geral dos dispositivos penais, mediante a instrumentalização de indivíduos (na verdade, inimigos) pertencentes a setores mais abastados da sociedade, deixando-se de lado a noção kantiniana do homem como um fim em si mesmo. No mais, são sintomáticas as presenças dos institutos da delação premiada no parágrafo 2º do citado artigo 25<sup>127</sup> e da prisão processual do artigo 30<sup>128</sup>, que a autoriza quando a lesão gerada pela prática do crime for de vulto, esse último em boa hora vetado. Ambas revelam se tratar o diploma legal sob estudo de uma legislação de combate, desconhecadora do homem enquanto sujeito de direitos, o que poderia encontrar acolhida num ordenamento jurídico autoritário, nunca em um estado de direito.

## 6. Conclusão

---

<sup>127</sup> [...]

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que **através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços**. (grifo acrescido)  
Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

<sup>128</sup> Art. 30. Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo [Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941](#), a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada **em razão da magnitude da lesão causada** (VETADO). (grifo acrescido)  
Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm)> Acesso em 11 de junho de 2008.

Quase todos os substratos teóricos do qual se vale Jakobs para descrever o direito penal do inimigo se revelam inconsistentes quando se aprofunda nas obras filosóficas utilizadas por ele. Apesar de Jakobs frisar que Kant lhe fornece o subsídio apto a sustentar a perda do status de pessoa humana, dado ser este um atributo, segundo ele, eminentemente normativo, na verdade o pensamento kantiniano está na contramão de qualquer entendimento nesse sentido. Com efeito, para Kant o homem é um fim em si mesmo, o que o direito penal do inimigo simplesmente desconhece, quando restringe o atributo de pessoa humana à mencionada dimensão.

A categoria de Inimigo, dado representar um grave retrocesso em matéria penal, rememorando práticas totalitárias adotadas em períodos não tão distantes e negros da história da humanidade, deve ser não só abandonada como combatida pela ciência penal. O estado de direito, conquistado depois de longas e sofridas experiências históricas, não pode conviver com dois modelos antagônicos de direito penal (no caso, um que reconheça o imputado enquanto sujeito de direitos; e outro que o reconheça enquanto foco de perigo), sob pena de transmudar-se num estado totalitário. Ainda mais num país como o Brasil, onde a democracia nem sequer amadureceu, haja vista a permanência em suas estruturas de vestígios de uma concepção policial de manifestação poder, atualmente reforçados por uma esquerda não mais avessa ao direito penal.

Propriamente no campo das escolhas, a dessa nova esquerda pelo direito penal não poderia se mais equivocada. Em face de uma ideologia dominante que reduziu, numa perspectiva conservadora de governança, e até por conta da sensação de insegurança reinante no mundo atual, a esfera administrativa pública à mera contenção de riscos, nota-se que os setores tidos por mais progressistas têm sido incapazes de se diferenciar substancialmente da direita no campo das políticas públicas. Por isso, hoje, não raro se vê a esquerda empunhar bandeiras outrora de direita, dentre elas a da segurança pública, defendendo um aumento do direito penal, a pretexto de guarnecer bens jurídicos em princípio caros aos menos favorecidos. Entretanto, apesar disso por si só já se mostrar reprovável, a socialização da pena, longe de contornar os problemas, pode muito bem agravá-los. Isso porque, na medida em que se reforça traços simbólicos do direito penal, aparentando a todos que a forma de manifestação dele se mostra de fato geral, a seletividade, que na prática permanece, acabar por ser escondida, assim como se

deixa de lado questões mais importantes, como a total ausência de garantias estruturais aos segmentos pertencentes à base da pirâmide social.

Os tipos penais presentes na Lei. 7.942/86 revelam traços do chamado direito penal do inimigo: uma série de princípios reitores do direito penal liberal foram ali de todo ignorados. Os artigos aqui discriminados são tipos penais de mera atividade ou de perigo, por isso verdadeiros exemplos de incriminações anteriores à efetiva lesão do bem jurídico tutelado e alguns deles não dispõem de certeza denotativa quanto aos seus respectivos conteúdos, ferindo, respectivamente, os princípios da lesividade e da legalidade. Além disso, há neles uma reprovável preferência por penas privativas de liberdade. Porém, ainda que não tivessem, como se sabe, uma condenação penal por si só já tem o condão de ferir o status dignitatis. Daí não se concordar com a solução pensada por Silva Sanchez no sentido de edificar um direito, embora penal na essência, alheio a cominação de penas privativas de liberdade, por ele chamado de direito penal de segunda velocidade.

Seja direito penal de segunda velocidade, seja de terceira, nenhum nem outro deve ser legitimado. Pouco importa o nome que se dê, os traços estigmatizante e seletivo do direito penal permanecem. Em todo caso, por que não se pensar num retorno à política como forma de solução de nossos problemas? Afinal, o diálogo e a mediação de conflitos parecem mesmo ser o melhor dos caminhos, conforme demonstram práticas restaurativas adotadas pela legislação penal de muitos países. Uma perspectiva mais moderna de justiça penal impõe outras maneiras de lidar com a prática de injustos. Assim, quando se recoloca a política no epicentro das relações sociais, provavelmente se acabará por fugir de um modelo penal retributivo, exclusivamente fundado na idéia de vingança, substituindo-o por um que se preocupe mais com os reflexos deletérios causados não só nos protagonistas dos injustos, vítima e acusado, como na própria comunidade que os cerca.

Penso que esse reforço da via diplomática, ou melhor, da política, como maneira de combater os desvios puníveis deve continuar a ser empreendido pela criminologia crítica, inclusive pelos setores que a representam dentro da esfera política (no caso, a esquerda). Seria no mínimo temerário deixar de lado essa discussão, ainda mais se tal postura partir do campo dito progressista. Daí também modelos como o sugerido pelo professor Jakobs demolirem qualquer tentativa de construção de um paradigma persecutório mais humanista, reforçando preconceitos



e sentimentos primitivos nas pessoas, a ponto de impossibilitar cada vez mais a convivência harmônica dentro do tecido social.

Em suma, quer pelo seu substrato teórico, quer pelos seus efeitos práticos, ou até mesmo por ser incapaz de alcançar qualquer dos seus fins colimados, sob qualquer ângulo que seja analisado, salvo quando muito como categoria analítica - da qual de certa forma se valeu no último capítulo deste trabalho -, o direito penal do inimigo deve ser escanteado.

ALMEIDA, Gevan. **Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BATISTA, Nilo et al . **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.

BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na lei 7.492/86. In: PODVAL, Roberto. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 319 - 358.

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. **De nuevo sobre el derecho penal de enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, ano VI, n. 7, p. 211 – 247, Dez. 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1., t. 1.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à lei federal 7.942/1986**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARTIN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 69, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, Relume Dumara, v. 1, p. 78 – 92, 1996.

RI JUNIOR, Arno Dal. **O Estado e Seus Inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da lei 7.492/86**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

\_\_\_\_\_; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **Evasão de divisas: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.