

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 555

(ano VIII)

(04/03/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



04/03/2016 Daniel Moreira

» [Empresas cobradas e executadas por débitos fiscais prescritos](#)

ARTIGOS

04/03/2016 Lucas Gabriel Santos Costa

» [O alcance do tipo como critério normativo de não imputação objetiva do resultado nos casos de autocolocação do titular do bem jurídico ao perigo](#)

04/03/2016 Lécio José de Oliveira Moraes Vasques

» [Análise da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Direito Brasileiro](#)

04/03/2016 Marcio Winicius Vieira de Moraes Maranhão

» [O Conhecimento e o Direito: o intento de "pôr ordem no caos"](#)

04/03/2016 Sara Mendes Carcará

» [Supremacia do Poder Judiciário em face do Princípio Democrático](#)

04/03/2016 Déborah de Meira Málaque

» [Ônus da prova: peculiaridades no processo do trabalho](#)

04/03/2016 Gustavo Henrique Formolo

» [Evolução histórica e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro](#)

04/03/2016 Oséas Marques Goes e Silva

» [Cobrança indevida de pequeno valor e o caráter punitivo e compensatório do dano moral](#)

MONOGRAFIA

04/03/2016 Tamiris Gonçalves Almeida

» [Abordagem crítica sobre o Direito Penal do Inimigo e a sua utilização para justificar a "guerra ao terror"](#)

EMPRESAS COBRADAS E EXECUTADAS POR DÉBITOS FISCAIS PRESCRITOS

DANIEL MOREIRA: Nagel & Ryzewski
Advogados.

Não bastassem as inúmeras dificuldades de empreendedorismo no Brasil junto com sua carga tributária complexa e pesada, estão sendo comuns as cobranças e execuções fiscais de débitos tributários já prescritos. Como as empresas vêm cumulando e rolando dívidas há algum tempo, migrando de parcelamentos em parcelamentos, na consolidação e composição desses débitos, torna-se frequente, após análise técnica feita por especialistas, se deparar com inúmeras competências nos relatórios de restrições e dívidas ativas, de impostos e tributos que estão sendo cobrados em duplicidade, com prescrição ou, ainda, com a aplicação de juros e multas a patamares que já foram considerados por nossos Tribunais como inconstitucionais.

Na prática, diante da pressão de uma cobrança ou execução fiscal, sob a ameaça de penhoras, de exclusão do regime tributário e da necessidade de certidão negativa, as empresas confessam e aderem a parcelamentos sem a devida radiografia técnica feita por tributaristas para diagnosticar esses consectários ilegais embutidos dentro do montante da dívida. Itens estes que fazem, na maioria dos casos, a dívida se tornar impagável, devendo ser juridicamente atacados com a revisão de todos os débitos desde sua origem e pleiteando o pagamento justo por apenas o que é legalmente devido.

A complexidade e burocracia tributária, aliadas à deficiência no sistema de informática e tecnologia das Receitas Federais, Estaduais, e Procuradorias, diante de tantas demandas de dívidas ativas na União e Estados, além de Refis e consolidações,

exclusões e novos parcelamentos, resultam em cobranças distorcidas e muitas injustiças.

Por falta de conhecimento e orientação adequados, muitos empresários sofrem com perdas irreparáveis, cumulando dívidas, confessando, parcelando e encerrando atividades sem sequer saber exatamente o que deve e como chegou a tanto e, muito menos, como contestar e reduzir tais valores.

Os que enfrentam e recorrem ao Judiciário para revisar e filtrar a dívida desde sua origem, embora tenham que contar a demora na Justiça, chegam a reduzir seus débitos a quase 50% do valor em alguns casos, a partir do afastamento de competências prescritas, em duplicidades, alíquotas com diferencial cobrado a maior, multas acima de 20% e juros abusivos.

A boa notícia é que nestes casos a demora pode ser favorável, tendo em vista que este tipo de ação na Justiça pode servir como um escudo, gerando fôlego para focar nos negócios, fazendo a gestão desta dívida sob o âmbito jurídico e não ficando a mercê da expropriação de bens e reflexos de uma execução fiscal.

O ALCANCE DO TIPO COMO CRITÉRIO NORMATIVO DE NÃO IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO NOS CASOS DE AUTOCOLOCAÇÃO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO AO PERIGO

LUCAS GABRIEL SANTOS COSTA:

Advogado. Especialista em ciências criminais
- Universidade Federal da Bahia. Mestrando
em Direito Público - Universidade Federal da
Bahia;

RESUMO: O presente estudo tem a finalidade de analisar o alcance do tipo penal como um critério de imputação objetiva do resultado capaz de determinar a atipicidade da conduta do agente que participa de uma autocolocação em perigo. Para alcançar tal finalidade, o estudo parte da análise do funcionalismo penal, como uma construção dogmática de viés valorativo que, através da teoria da imputação objetiva, privilegia a autonomia, sob o rótulo da autorresponsabilidade do titular do bem jurídico, observando o comportamento objetivo deste titular na ação arriscada como um critério de não imputação objetiva do resultado ao agente.

Palavras-chave: Funcionalismo, Imputação Objetiva, Autocolocação em perigo.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento dos métodos inerentes às construções dogmáticas do direito penal, na seara da teoria do delito, vem acompanhado de propostas que sugerem mudanças no conteúdo da estrutura dos substratos que compõem analiticamente o crime.

As mudanças percorreram um curso progressivo desde o sistema clássico até as proposições ecléticas, dentre as quais se destaca o sistema teleológico-funcionalista do delito. Todas as construções sistêmicas buscam dar respostas seguras e justas aos problemas sociais e, em muitas situações práticas, chegariam ao mesmo destino, mas, cumpre ressaltar, possuem caminhos diferentes. É a análise desse caminho que atribui a legitimação de um sistema frente ao outro, isso com a demonstração de uma maior aptidão para resolução de demandas concretas que são postas pela sociedade atual.

Os sistemas teleológico-funcionalistas do crime, em uma descrição generalizante, propõem uma reorientação normativa dos substratos do delito adjetivada pela incorporação da missão do direito penal na sociedade contemporânea. Assim, alvitram a abertura do sistema jurídico-penal, sobretudo a dogmática penal, para inserção do conteúdo da política criminal, pois, se a missão do direito penal está presente na política

criminal, deve ele valorar e funcionalizar as suas estruturas para alcançar o objetivo presente em tal missão.

As correntes funcionalistas possuem um caráter teleológico, isso quer dizer que se dispõem como sistemas abertos e voltados ao conteúdo que lhe empresta a política criminal. É nesse aspecto que se diferenciam dos sistemas dedutivos-axiomáticos, típicos do sistema causal naturalista e finalista da ação, que partem de uma apreensão de ação extraída de uma realidade ontológica, do qual decorrem o desenvolvimento de todos os institutos e conceitos do sistema. Seguem, assim, concepções lógicas pré-determinadas como a causalidade física e a ação natural, que não impede, mas dificulta a valoração do sistema para garantia de uma justa aplicação do direito penal.

É nessa abertura que os sistemas funcionalistas ganham em potencial para se adequar às exigências típicas da função do direito penal: ser um instrumento último de controle social. Através da abertura, que possibilita a normatização dos elementos contidos como substrato do crime, é que se torna capaz de considerar a conduta do titular do bem jurídico como um critério de não imputação objetiva, capaz de tronar atípica, por exemplo, a

ação do condutor envolvido no fenômeno que resultou na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico que foi voluntariamente exposto por seu titular.

2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva busca inserir uma valoração normativa no âmbito do juízo de tipicidade penal, que, para além da determinação de um nexo de causalidade naturalístico vinculando ação e resultado, determina como fundamental a inserção de um juízo de imputação, normativo, com critérios que orientam e atrelam um resultado como obra do agente[1].

A Teoria da Imputação Objetiva pode ser entendida como um sistema normativo dotado de critérios que, com fundamento no princípio do risco material ao bem jurídico-penal, instrumentaliza procedimentos no âmbito do tipo objetivo para determinar, numa perspectiva valorativa e funcional, a (não) imputação, considerando as circunstâncias que compõem um curso causal, de um resultado objetivamente típico.

Contemporaneamente, Claus Roxin[2], Günther Jakobs[3], Bernd Schunemman[4] e Luís Greco[5], sem pretensão exaustiva, são autores que, apoiados numa perspectiva funcionalista do direito penal, desenvolvem os

métodos que integram a Teoria. O pensamento comum é de uma valoração normativa no âmbito do juízo de tipicidade penal que possa superar os defeitos abrigados no procedimento causal-naturalista de determinação do nexo de causalidade que vincula a ação pessoal e um resultado típico.

Os efeitos de uma decisão jurídico-penal, assim, não podem se limitar ao conteúdo de uma significação ontológica obtida com procedimentos avalorados que recaem sobre o fato social numa perspectiva causal, naturalística e classificatória. O pensamento é que o conteúdo da tipicidade não se completa com a ação neutra e natural, de outro modo, é preciso que o direito penal utilize métodos valorativos, típico das ciências da cultura, incorporando o conteúdo dos fins de política criminal ou da identidade social, através da proteção da norma, ao ordenamento jurídico.

É nesse sentido que, para Roxin, o direito penal deve se funcionalizar para alcançar os fins de política-criminal contidos na ordem constitucional de um Estado democrático de Direito. Assim, como a função constitucional do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, todos os seus institutos dogmáticos devem se funcionalizar em prol dessa função.

Considerando esse parâmetro, a teoria da imputação objetiva é um limite à proibição penal, uma vez que só são objetivamente típicas as

condutas que se materializam como uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal[6]. Roxin desenvolve a teoria com a formação de três etapas de imputação: Criação do risco proibido; realização do risco no resultado; e, por fim, alcance do tipo[7].

Na primeira fase de imputação, o autor considera que só devem ser objetivamente típicas as condutas que criem um risco não permitido. Aqui analisa que devem ser atípicas as condutas que, sem criar um novo curso causal, diminuam um risco ao bem jurídico; aquelas que, apesar de formalmente típicas, não criem um perigo ao bem jurídico; ainda que criem um perigo, façam parte de um curso causal hipotético; ou as condutas que criem um risco, mas este seja permitido[8].

Após a criação do risco proibido, Roxin analisa que tal risco deve se realizar como efetiva lesão ao bem jurídico. Assim, orienta que, apesar da criação do perigo, o comportamento deve ser atípico nos casos em que se demonstre a ausência de sua realização no resultado lesivo ao bem jurídico; bem como quando exista a não realização do risco não permitido; ou quando o resultado estiver fora do fim de proteção da norma[9].

Roxin inova ao considerar, numa terceira fase de imputação, o critério do alcance do tipo. É aqui que se inserem os casos de autocolocação em

perigo. Para Roxin, o tipo penal não alcança os resultados decorrentes de uma autocolocação em perigo, pois a norma é estabelecida pelo legislador para proteger bens jurídicos frente à agressão de terceiros, e não obstar o seu livre desenvolvimento através das ações autorresponsáveis do titular do bem jurídico[10].

3 O ALCANCE DO TIPO COMO CRITÉRIO DE NÃO IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

Seguindo os parâmetros de política criminal, inerentes ao estudo da imputação objetiva, com a criação de um risco não permitido que se realize no resultado, verifica-se a tipicidade objetiva. No entanto, a discussão que se impõe é que, por vezes, o resultado que decorre da concretização do risco não permitido não se amolda ao âmbito de proteção estabelecido pela norma penal.

Para que haja imputação objetiva, o resultado decorrente da conduta que cria ou implementa um risco juridicamente proibido deve coincidir com o fim de proteção e evitação da norma penal. Isso requer uma interpretação funcional e restritiva do tipo penal com fundamento numa valoração normativa sobre o seu alcance, seu âmbito de proteção.

Assim, o critério do alcance do tipo se refere a um terceiro grupo de casos que diz respeito às situações nas quais ainda que haja a criação de um risco proibido que se realize no resultado, não haverá imputação objetiva do resultado ao agente, pois esse resultado não se insere no âmbito das condutas que o tipo penal visa proibir, tipo não é destinado a proibir o resultado ocorrido.

Trata-se de demonstrar a perfeita determinação do âmbito de proteção da norma de cuidado constante nos tipos penais. Assim, as normas, em regra, proíbem matar, lesionar, danificar, enfim é preciso aferir se a norma a que se subsume a conduta lesiva se destina à proteção dada à suposta lesão observada no resultado. Por isso, pode não ocorrer a imputação no caso concreto quando o fim de proteção da norma inscrita no tipo não compreender os resultados ocorridos, ou seja, quando o tipo penal for criado para tutelar acontecimentos que divergem da realidade fenomênica[11].

Assim, o alcance do tipo se tornou um critério essencial para discussão da responsabilidade penal nos casos de interação da vítima e autor na produção do resultado decorrente de ações arriscadas. O critério fundamenta bases para aferição do problema ainda na análise do tipo

objetivo, no juízo de tipicidade penal, pretendendo superar as limita es postas   valora o de tais a es no âmbito da justifica o, sob a tutela do consentimento[12].

4 PARTICIPA O EM AUTOCOLOCA O EM PERIGO

Analisando o tratamento jurídico-penal de um grupo de casos nos quais a vítima se expõe a perigo próprio, Roxin denomina como autocoloca o em perigo, situa es em que o alcance do tipo encontra seu limite na autorresponsabilidade da vítima. Como critério de imputa o objetiva, considera que alcance do tipo não abrange as hipóteses em que a vítima, com a completa visão do risco e de forma responsável, deseja se autocolocar em perigo[13].

A determina o da autocoloca o em perigo, assim, tem fundamento na autonomia do titular do bem jurídico. A voluntariedade, a consciência e a responsabilidade são critérios observados para designar a a o arriscada como uma obra da própria do titular do bem. Assim, haverá uma autocoloca o em perigo quando alguém se expõe voluntariamente a uma própria a o arriscada, perigosa, ainda que um terceiro tenha contribuído para a sua produ o.

5 FUNDAMENTO DA NÃO IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO NA PARTICIPAÇÃO EM AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO

O fundamento da impunidade da participação na autocolocação em perigo, inicialmente, decorre de uma análise de ponderação entre a exposição ao perigo e a realização da própria lesão. O argumento parte do pressuposto de que no Direito alemão, a participação em suicídio e em autolesão, em regra, não é punível, logo, a participação em uma auto-exposição em perigo também não deve ser. Assim, se a participação dolosa em autolesão, que representa um fenômeno mais lesivo, não há punição, não deve haver, igualmente, na participação dolosa ou culposa numa autocolocação em perigo, que representa um menos em relação à autolesão. Sendo assim, impunível a participação em uma autocolocação em perigo com base num juízo de equivalência com a participação na autolesão[14].

Se a participação em uma colocação em perigo não pode ser punida por não se punir a participação na autolesão, também não se deve tentar deslocar a imputação objetiva ao tipo de homicídio culposo, uma vez que o âmbito do tipo de homicídio não alcança resultados decorrentes de uma participação em autocolocação em perigo. Para que exista a imputação, o

tipo deve abarcar a espécie de risco criado, bem como o resultado e suas circunstâncias. A imputação do tipo objetivo depende da realização de um risco não permitido, que o risco se materialize num resultado subseqüente, que este resultado esteja compreendido no alcance do tipo.

A impunidade da participação na autocolocação em perigo não se fundamenta unicamente no Direito positivo, que tornaria o instituto limitado quando analisado sob a ótica de outros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro que pune a participação dolosa em homicídio. Importante, então, é destacar o fundamento na liberdade de ação, na autorresponsabilidade, reflexo da autonomia, de quem se coloca em perigo[15]. Assim, a não imputação do resultado decorre, para além dos critérios formais e normativos vinculados à referência da punibilidade da autolesão, também num critério material, ou seja, na liberdade e na análise do âmbito de conhecimento acerca do risco assumido pelo titular do bem jurídico.

Nas atividades sociais arriscadas, tuteladas por norma de cuidado, especialmente o tráfego viário, a ação que viola ou ultrapassa o limite estabelecido pelas normas é capaz de criar um risco não permitido. A realização do resultado em decorrência da violação da norma, da produção

do risco não permitido, em regra, conduz à tipicidade penal do comportamento arriscado.

Quem oferece convida outrem a participar de uma corrida ilegal de motocicletas que resulta na morte de quem concordou, livre e conscientemente a participar da empreitada arriscada, viola um dever objetivo de cuidado. Nesses casos, a violação do dever de cuidado por quem participa de uma corrida ilegal é evidente, mas ela não é o suficiente para fundamentar por si só a imputação e juízo de tipicidade objetiva, uma vez que o alcance do tipo de homicídio não se perfaz apenas com a violação do dever objetivo de cuidado de norma que não tutela a obrigação de não matar.

No caso de um terceiro que entrega uma seringa de drogas a alguém, para consumo deste que, consciente do perigo, utiliza a substância e morre, o terceiro criou um perigo não permitido (a entrega da seringa de drogas) que se realizou no resultado, a morte. Contudo, tal conduta não deve ser punida por homicídio culposo, pois o comportamento do titular do bem, no caso, a sua autocolocação em perigo, torna a conduta do agente atípica em decorrência do respeito à autorresponsabilidade das pessoas envolvidas no fato social.

É o princípio da autorresponsabilidade que fundamenta materialmente o critério de imputação hábil à exclusão da tipicidade penal. A aferição do tipo objetivo desloca-se para o potencial de autodeterminação do titular do bem jurídico, que de forma consciente e voluntária se expõe a um risco.

6 CONCLUSÃO

O funcionalismo penal, através da teoria da imputação objetiva, atribui a maior importância sobre os pressupostos de imputação do resultado, como obra de uma pessoa, que migra do tipo subjetivo ao objetivo e, conseqüentemente, cria um caminho para compreensão objetiva do comportamento do titular do bem jurídico-penal como fenômeno capaz de integrar um critério dogmático no juízo de tipicidade penal.

A Teoria da Imputação Objetiva, seguramente, é um marco teórico fundamental para compreensão do tratamento jurídico dispensado à análise do comportamento da vítima como critério de imputação do resultado ao terceiro interveniente numa ação arriscada da vítima, bem como nos casos nos quais a vítima se expõe a um risco criado por um terceiro.

Nesse sentido, a autocolocação em perigo do titular do bem jurídico passa, em alguns casos, a ter o potencial de fundamentar, através do

princípio da autorresponsabilidade, com base na autonomia, a não imputação objetiva do resultado ao agente que participa de autocolocações em perigo livremente realizadas pelo titular do bem jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo parra a fundamentação de um paradigma dualista.* Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro.* São Paulo: Livraria Paulista, 2002.

GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal.* Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva.* Mendoza: Cuyo, 19--.

_____. *Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva*. P. 91. IN: *Imputación Objetiva e Dogmática Penal*. GONZALES, Mireya Bolaños (compiladora). Mérida-Venezuela: Universidad de los Andes, 2005.

ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. IN: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 38. 2002.

_____. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida*. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. www.indret.com. 2012. Acesso em 06/2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O Princípio de Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. Orgs. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOTAS:

[1] CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002. p. 61-80.

[2] ROXIN, Claus. *A Teoria da Imputação Objetiva*. IN: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 38. 2002.

[3] JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[4] SCHÜNEMANN, Bernd. *O Princípio de Proteção de Bens Jurídicos como Ponto de Fuga dos Limites Constitucionais e da Interpretação dos Tipos*. IN: GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. Orgs. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[5] GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[6] MELIÁ, Manuel Cancio. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Cuyo, 19-- p. 23.

[7] *Idem. Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva*. P. 91. IN: *Imputación Objetiva e Dogmática Penal*. GONZALES, Mireya Bolaños (compiladora). Mérida-Venezuela: Universidad de los Andes, 2005.

[8] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 313 – 327.

[9] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 327 – 352.

[10] *Ibidem*. p. 352.

[11] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[12] “O que aqui está em causa, é identificar uma constelação de casos, relativamente expressiva na sua significatividade ético-social. É susceptível, por isso, de ser erigida em referente paradigmático duma reflexão sobre o objecto do consentimento no domínio da negligência. Para o efeito, nada mais indicado do que lançar mão da categoria da *colocação em perigo de um terceiro aceite por este, bevitatis causa, heterocolocação em perigo consentida* [...] referenciada e cunhada por ROXIN.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo parra a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 171.

[13] ROXIN, Claus. *La Polémica en torno a la Heteropuesta en Peligro Consentida*. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal. www.indret.com. 2012. Acesso em 06/2015. p. 03.

[14] ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 353-354.

[15] TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 372.

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

LÉCIO JOSÉ DE OLIVEIRA MORAES VASQUES: Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-Graduado em Direito Público. Cidade de Domicílio: Vitória/ES.

Resumo: A possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica é, indubitavelmente, um tema assaz envolvente, por evidenciar posições antagônicas tanto na doutrina como na jurisprudência, não obstante haja, como será demonstrado no presente artigo, previsão normativa expressa disciplinando a matéria. Por tratar-se de tema de extrema relevância, o presente artigo tem o desiderato de tecer breves considerações acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, as penas aplicáveis, as teorias existentes e, por fim, como se manifesta a jurisprudência do STJ e do STF sobre a matéria.

Palavras-Chave: Responsabilidade Penal. Pessoa Jurídica. Legitimidade Passiva. Previsão Normativa. Penas Aplicáveis. Teorias. Evolução Jurisprudencial. Aplicação atual na Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Abstract: The possibility of criminal liability of legal entities is undoubtedly a rather engaging theme, show antagonistic positions both in doctrine and in the jurisprudence, nevertheless there, as will be shown in

this article, rules regulating specifically address the matter. Because it is extremely important topic, this article is the desideratum brief considerations about the criminal liability of legal entities, the applicable penalties in the existing theories and, finally, how it manifests the jurisprudence of the Supreme Court and the Supreme Court on the matter.

Keywords: Criminal responsibility. Legal Person. Legitimacy Passive. Normative Forecasting. Applicable Penalties. Theories. Jurisprudence evolution. Current application in the Court of the Superior Courts.

Sumário: 1. Introdução. 2. Previsão Normativa da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3. Teorias Atinentes ao Tema. 4. Evolução da Jurisprudência. 5. Conclusão. 6. Referências.

I – INTRODUÇÃO:

A possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica é, indubitavelmente, um dos temas mais controvertidos do processo penal, pois o modelo clássico da teoria da pena foi todo construído tendo por

base a conduta humana, sem a qual, a princípio, não seria possível haver a ocorrência do crime.

Afirmava-se, tradicionalmente, que o sujeito ativo do crime deveria ser, necessariamente, uma pessoa humana. Isso porque a conduta, seja comissiva ou omissiva, entendida como peça fundamental na teoria do crime, decorria exclusivamente do homem.

Desta feita, a análise da imputabilidade, da culpabilidade e da capacidade de ação decorria da conduta e exigia a presença da vontade, entendida como uma faculdade inerente apenas ao ser humano. Nesse sentido, inclusive, é o entendimento do ilustre professor Júlio Mirabete, senão vejamos:

Para a existência do crime é necessária uma conduta humana positiva (ação em sentido estrito) ou negativa (omissão). É necessário, ainda, que essa conduta seja típica, que esteja descrita na lei como infração penal. Por fim, só haverá crime se o fato for

antijurídico, contrário ao direito por não estar protegido por causa que exclua a sua injuricidade[1].

No mesmo sentido, de forma lapidar, é a doutrina do insigne mestre Cezar Roberto Bitencourt, senão vejamos:

Por ser o crime uma *ação humana*, somente o ser vivo, nascido de mulher, pode ser autor de crime, embora em tempos remotos tenham sido condenados, como autores de crimes, animais, cadáveres e até estátuas. A *conduta* (ação ou omissão), pedra angular da Teoria do Crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade de ação, de culpabilidade, exige a presença de uma *vontade*, entendida como *faculdade psíquica* da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter[2].

Não se pode deixar de evidenciar, entretanto, que existe outra corrente doutrinária diametralmente oposta que sustenta a capacidade

de sujeito ativo para a prática de crime também da pessoa jurídica, como ocorre, por exemplo, nos casos de crimes contra o meio ambiente.

Nesse sentido é a lição doutrinária do renomado autor ambientalista Édis Milaré, o qual sustenta que “o sujeito ativo, nos crimes ambientais, pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica”. [3]

Como se constata, há uma notória controvérsia doutrinária acerca da possibilidade ou não da pessoa jurídica ser responsabilizada, pela justiça penal, por crimes cometidos. Assim, no presente artigo, abordaremos sucintamente as principais questões atinentes ao tema ora estudado.

2 – PREVISÃO NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:

Ab initio, cumpre ressaltar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido, pelo constituinte originário, à condição de direito fundamental, sendo concebido como um bem de uso comum do povo, gozando, portanto, de tutela constitucional. Isso porque o meio ambiente consagra, essencialmente, um direito difuso, já que abarca um número

indeterminados de indivíduos, sendo qualificado pela doutrina como sendo decorrente dos direitos de terceira dimensão.

Nesse sentido, o constituinte estabeleceu, expressamente, a sujeição dos infratores que cometerem atos lesivos ao meio ambiente à responsabilidade penal, seja pessoa física ou jurídica, senão vejamos:

Art. 225, da Constituição: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Parágrafo 3º: **As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.**

A Lei 9605/98, por seu turno, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, também previu expressamente a responsabilização penal da pessoa jurídica, senão vejamos:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e **penalmente** conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu

representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Constata-se, de plano, que não obstante haja uma acirrada controvérsia doutrinária acerca da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, o ordenamento jurídico brasileiro admite, expressamente, tanto por meio da Constituição quanto por meio de lei extravagante, a referida responsabilidade.

3 – TEORIAS ATINENTES AO TEMA:

Há na doutrina, praticamente, duas grandes teorias acerca da responsabilidade da pessoa jurídica, quais sejam, a teoria da ficção e a teoria da realidade. Nesse sentido, inclusive, manifesta-se Rômulo de Andrade Moreira, senão vejamos:

Basicamente duas teorias enfrentaram o tema: a teoria da ficção, de tradição romanística, foi

defendida, dentre outros, por SAVIGNY, VAREILLES-SOMMIÈRES e, de certa forma, pelo próprio IHERING; já a teoria da realidade teve como grande defensor o jurista alemão OTTO GIERKE, sendo seguido por autores como VON TUHR e ZITELMANN^[4].

Com efeito, para a teoria da ficção, como a pessoa jurídica é algo irreal, de pura abstração, destituída de vontade própria, ela não seria capaz de delinquir, já que lhe faltaria vontade própria, de modo a ensejar sua imputabilidade e a análise do elemento subjetivo do tipo, qual seja, culpa ou dolo. Já a teoria da realidade, por seu turno, reconhece a possibilidade da pessoa jurídica praticar crime, já que a concebe como sendo um ente real, dotado de vontade própria.

Nesse sentido, inclusive, manifesta-se com clareza Any Ramos Viana, quando disserta sobre o tema, senão vejamos:

Duas foram as teorias criadas para definir os efeitos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A primeira foi a teoria da ficção, de Savigny, segundo a

qual, as pessoas jurídicas têm existência fictícia, irreal ou de pura abstração – devido a um privilégio da autoridade soberana – sendo, portanto, incapazes de delinquir (carecem de vontade e de ação). Desse modo, para a teoria da ficção, só o homem é capaz de ser sujeito de direitos.

Já a segunda teoria, a da realidade, de Otto Gierke, leciona que a pessoa moral não é um ser artificial criado pelo Estado, mas sim, um ente real (vivo e ativo), independente dos indivíduos que a compõem. Do mesmo modo que uma pessoa física, ‘atua como o indivíduo, ainda que mediante procedimentos diferentes e pode, por conseguinte, atuar mal, delinquir e ser punida’[\[5\]](#).

Nota-se, portanto, que a controvérsia doutrinária sobre a possibilidade ou não da pessoa jurídica ser sujeito ativo de crime decorre, essencialmente, da teoria adotada, já que os fundamentos adotados por elas são completamente distintos.

Sucintamente, portanto, são essas as duas teorias que norteiam o tema da responsabilização penal da pessoa jurídica.

4 – EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA:

Como dito acima, a discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica parece ser mais doutrinária do que normativa, já que a Constituição previu expressamente a referida responsabilidade à pessoa jurídica, na tutela do meio ambiente. De forma semelhante, a Lei 9.605/98 previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica e elencou as penas aplicáveis, senão vejamos:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será

considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Assim, valendo-se dos dispositivos mencionados, a jurisprudência, tanto do STF como do STJ, admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A controvérsia surge, todavia, no tocante a quem deve integrar o polo passivo da ação penal, se apenas a pessoa jurídica isoladamente ou se também a pessoa física que a administra ou atua como sócio-gerente.

Entendia o Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ que a responsabilização da pessoa jurídica não poderia estar dissociada da atuação da pessoa física. Desta feita, adotava o STJ a teoria da dupla imputação, na medida em que a ação criminal movida em face da pessoa jurídica deveria obrigatoriamente imputar a prática do crime também à pessoa física, não podendo a pessoa jurídica figurar sozinha no polo passivo da ação penal. Há vários precedentes do STJ nesse sentido, senão vejamos:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES
CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA REJEITADA

PELO E. TRIBUNAL A QUO. SISTEMA OU TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ e 13/06/2005 (Precedentes). Recurso especial provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 889.528/SC, 5ª Turma, Relator Min. Félix Fischer, D.J. 18/06/2007).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de

Justiça, "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18/6/07). 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para restabelecer a sentença condenatória em relação à empresa Dirceu Demartini ME (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 989.089/SC, 5ª Turma, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, D.J. 28/09/2009).

Ocorre, todavia, que a tese adotada pelo STJ da dupla imputação não foi sufragada pelo STF^[6] quando o Pretório Excelso teve a oportunidade de examinar a questão, entendendo que a Constituição, ao tratar do tema no Artigo 225, parágrafo 3º, em momento algum condicionou a responsabilização da pessoa jurídica à concomitante

responsabilização da pessoa física. Logo, o referido condicionamento esposado pelo STJ violava a Constituição.

Assim, a teoria da dupla imputação não foi sufragada pela 1ª Turma do STF, aumentando ainda mais a controvérsia acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica, fato que indiscutivelmente reverberou na jurisprudência do Tribunal da Cidadania, Egrégio STJ.

Instado a se manifestar novamente sobre a responsabilização da pessoa jurídica, na seara penal, bem como sobre a necessidade da dupla imputação ora mencionada, o Superior Tribunal de Justiça – STJ curvou-se à jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal – STF e passou a admitir a responsabilidade da pessoa jurídica independentemente da concomitante responsabilização da pessoa física, abandonando a tese até então adotada da dupla imputação, conforme restou sacramentado no julgamento do RMS 39.173-BA, realizado em 06/08/2015, de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM
MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE

PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA.

1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.” (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014).

2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização

concomitante da pessoa física que agia em seu nome.
Precedentes desta Corte.

3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

Hodiernamente, percebe-se, portanto, que tanto a jurisprudência do STF como a do STJ admite a responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo despicienda a dupla imputação, a qual já não é mais adotada nem mesmo pelo STJ, que modificou seu entendimento, passando a acompanhar o Pretório Excelso, guardião da Constituição.

5 – CONCLUSÃO:

Longe de ter a pretensão de pôr termo à controvérsia existente acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica, o presente artigo científico procurou demonstrar, sucintamente, que o ordenamento jurídico brasileiro admite a aferição da referida responsabilidade, havendo

previsão constitucional e legal nesse sentido, a qual, inclusive, é sufragada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, não obstante haja uma acirrada divergência doutrinária acerca da possibilidade de responsabilização decorrente das teorias da ficção e da realidade.

Cumprе ressaltar, inclusive, que havia um flagrante desentendimento jurisprudencial no tocante à divergência da aplicação, ou não, da teoria da dupla imputação, a qual, consoante explicado, era admitida pelo STJ, mas não pelo STF, não obstante tenha havido modificação de entendimento no Tribunal da Cidadania, o qual passou a rechaçar a teoria da dupla imputação, em consonância com a jurisprudência do Pretório Excelso.

6 – REFERÊNCIAS:

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, Parte Geral, volume 1. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 93.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 165.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: A Gestão Ambiental em Foco. Doutrina, jurisprudência, glossário. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 925.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 19ª Ed, 2015. Ed. Atlas.

BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 3ª Ed, 2015. Ed. Juspodivm.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 22ª Ed, 2015. Ed. Saraiva.

MOREIRA, Rômulo de Andrade – “O STF e a responsabilidade penal da pessoa jurídica”. Disponível em <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938875/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica> na data de 09/07/2015.

VIANA, Any Ramos – “A responsabilidade penal da pessoa jurídica: uma análise crítica”. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13786&revista_caderno=3 na data de 09/07/2015.

STF. 1ª Turma. RE 548181 PR. Relator Min. Menezes Direito, julgado em 17/04/2009 e publicado em 05/05/2009. Disponível no sítio eletrônico www.stf.jus.br.

STJ. 5ª Turma. RMS 39.173-BA. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível no sítio eletrônico www.stj.jus.br.

NOTAS:

[1] Mirabete, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, volume I**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 93.

[2] Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, vol. I**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 165.

[3] Milaré, Édis. **Direito do ambiente: A Gestão Ambiental em Foco. Doutrina, jurisprudência, glossário**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 925.

[4] MOREIRA, Rômulo de Andrade – “O STF e a responsabilidade penal da pessoa jurídica”. Disponível em <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938875/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica> na data de 09/07/2015.

[5] VIANA, Any Ramos – “A responsabilidade penal da pessoa jurídica: uma análise crítica”. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13786&revista_caderno=3 na data de 09/07/2015.

[6] STF. 1ª Turma. RE 548181 PR. Relator Min. Menezes Direito, julgado em 17/04/2009 e publicado em 05/05/2009.

O CONHECIMENTO E O DIREITO: O INTENTO DE "PÔR ORDEM NO CAOS"

MARCIO WINICIUS VIEIRA DE MORAES MARANHÃO: Bacharel em Direito pela UFPE/ Faculdade de Direito do Recife, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Técnico Judiciário e Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto as semelhanças entre o processo de conhecimento humano e o Direito, a partir de reflexões surgidas com a leitura conto Funes, o Memorioso, de autoria do escritor argentino Jorge Luis Borges. Na primeira parte do trabalho, discorreremos sobre o processo de conhecimento humano e o seu intento de classificar os objetos a fim de possibilitar a nossa apreensão sobre eles, por meio dos sentidos e das ideias. Na segunda parte, discorreremos sobre o Direito e o seu intento de ordenar a vida em sociedade, disciplinando as condutas humanas e harmonizando a convivência. Na terceira parte do desenvolvimento, discorreremos sobre a função lógica do Direito e dos seus termos, constatação que em muito aproxima a lógica jurídica do processo de conhecimento humano e das estruturas da linguagem. Por fim, tecemos as conclusões a que chegamos ao final da pesquisa e das reflexões realizadas.

Palavras-chave: Conhecimento, percepção sensível, memória, razão, linguagem, Direito, norma jurídica, sociedade, redução da complexidade, “ordem no caos”, mecanismo lógico.

Introdução

Ao ler o conto *Funes, o Memorioso*, escrito por Jorge Luis Borges^[1], é possível realizar algumas reflexões interessantes acerca do processo de conhecimento humano.

Não bastasse o próprio conhecimento ser objeto de estudo da filosofia do Direito, dada a sua importância para a teoria jurídica, podemos ainda realizar algumas correspondências entre as estruturas do conhecimento e do Direito.

Procuramos, no presente trabalho, discorrer sobre o conhecimento e o seu caráter de redução de complexidade, com vistas a embasar as evidências que aproximam o Direito e o conhecimento, à medida que ambos intentam em “pôr ordem no caos”.

1. O conhecimento e a tentativa de “pôr ordem no caos”.

O conto *Funes, o Memorioso*, de Jorge Luis Borges, traz um relato acerca da história do jovem Irineo Funes, personagem fictício que, após sofrer um acidente, adquiriu sequelas irreversíveis. Apesar de ter ficado paraplégico, Funes elevou a níveis inimagináveis a sua capacidade de percepção sensível e de memorização dos eventos reais.

A percepção sensível e a memória são duas expressões do conhecimento humano. Podemos definir o conhecimento como o esforço psicológico por meio do qual se procura apreender intelectualmente os objetos (o ato de conhecer), estabelecendo semelhanças, diferenças, contiguidades, sucessões no tempo, causalidades, etc. Em suma, o conhecimento é a relação estabelecida entre o sujeito e o objeto, com o intuito de compreender e se situar no mundo (“pôr ordem no caos”), resultando, assim, na capacidade (do sujeito) de agir sobre ele (o mundo).[\[2\]](#)

Ao buscar apreender os aspectos do objeto, o sujeito o faz através de várias vias, que podem ser classificadas como imediatas e mediatas. Os processos de cognição imediatos são aqueles em que há contato direto com o real, enquanto nos mediatos tem de haver alguma intermediação no processo de conhecimento.

O processo primordial de conhecimento é imediato, qual seja, a intuição sensível, percepção sensorial da realidade (“intuição” vem do latim *intueri*, que significa ver). Por meio dos cinco sentidos, sem nenhum intermediário, é possível apreender os objetos presentes no mundo físico.

A intuição sensível é a base de todo conhecimento empírico, pois é exatamente a “porta de entrada” da experiência na consciência do indivíduo. É por meio dos dados fornecidos pela realidade e captados pelos sentidos que a inteligência irá combiná-los e produzir sínteses de valor universal.[3]

Irineo Funes adquiriu, após o acidente sofrido, uma enorme capacidade de perceber os objetos do mundo físico. Sua intuição sensível podia apreender detalhes que passariam totalmente despercebidos por um ser humano comum.

Já a razão é uma forma de conhecimento mediato ou discursivo, oposta à sensibilidade. A razão encadeia discursos e conceitos, que são produzidos abstratamente pelos seres humanos, dando origem à linguagem verbal, por meio da qual o homem pode exprimir o seu pensamento sobre o mundo.

Toda linguagem   um sistema de signos, que são representa es (substitui es) colocadas no lugar dos objetos. Os signos podem ser representa es de semelhança com o objeto real (como um desenho) e também índices de causa e efeito de algo (a fumaça como  ndicio da presença de fogo).

Na linguagem verbal os signos são arbitrários, ou seja, são símbolos que são podem ser compreendidos mediante o estabelecimento de uma convenço social. Essa   uma das diferenças entre o homem e os outros animais.

Isso não quer dizer que os animais irracionais não se utilizem da linguagem, pelo contrário. Eles podem entender e até se comunicar em linguagens de semelhança ou de causa e efeito ( ndice), mas isso são lhes proporciona uma rela o com os objetos naquele exato momento. A linguagem arbitrária, ou verbal, possibilita que o ser humano realize abstra es e conceitue os objetos, relacionando-se com eles a qualquer momento e comunicando suas ideias por meio da razão. Por isso se diz que o homem   o único animal racional e **a palavra   a senha de entrada no mundo humano**[4]. A razão  , assim, uma forma mediata de conhecimento, pois   intermediada pela linguagem verbal.

Ao final do conto *Funes, o Memorioso*, Jorge Luis Borges relata a suspeita de Irineo Funes não fosse muito capaz de pensar. Essa suspeita baseia-se justamente no fato de Funes se utilizar da sua grande capacidade mnemônica e de sensibilidade dos sentidos para promover a individualização dos todos os objetos. A razão humana, ao contrário, constrói a linguagem por meio de generalizações, formulando ideias que abstraem os aspectos particulares (acidentais) dos objetos, centrando o significado dos símbolos (as palavras) naquilo que eles têm em comum, a sua essência. Retira-se, por exemplo, de uma mesa qualquer, todas as suas características particulares, atribuindo relevância apenas àquelas que irão proporcionar a classificação daquela como uma mesa.

Funes atinha-se justamente ao contrário, percebia os detalhes dos objetos e, dotado de sua memória prodigiosa, denominava as coisas não as classificando em conceitos gerais, mas sim à vista das suas peculiaridades. Quis Funes, certa vez, desenvolver um idioma que designasse um signo para cada objeto único presente no mundo. Tal pretensão, como exposto, é radicalmente antagônica à razão humana. Irineo Funes, personagem fictício que é, poderia até obter sucesso no seu intento de promover uma radical individualização dos objetos, por possuir uma memória ultra desenvolvida.

O ser humano real, ao contrário, tem de se utilizar da inteligência para fazer exatamente o oposto: agrupar os objetos sensíveis, os objetos intelectuais e os eventos reais de acordo com as suas contiguidades, a sua essência, aquilo que eles guardam de semelhança. É dessa forma que o homem, dotado de memória limitada, irá reduzir a complexidade do mundo ao seu redor, colocando “ordem no caos” para melhor se relacionar com o meio-ambiente e com os outros seres humanos.

Uma vez agrupados os objetos e experiências de acordo com suas generalidades, o ser humano pode compreendê-los melhor, pelo fato de que poderá se utilizar da linguagem para relacionar-se com os eventos e as coisas reais a qualquer momento que desejar, mesmo que não esteja mantendo nenhum contato sensível com aquilo que os signos verbais designam. Além de promover a reflexão acerca do mundo, a linguagem possibilita também que os homens compartilhem suas experiências e opiniões e, juntos, possam promover essa redução da complexidade.

Algo semelhante acontece com o Direito.

2. O Direito e a tentativa de “por ordem no caos”.

O Direito é um fenômeno constante em qualquer sociedade e dessa constatação surgiu o brocardo *ubi societas ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito), sendo o contrário também verdadeiro: *ubi jus ibi societas* (onde está o Direito está a sociedade). Assim, não se pode conceber uma convivência social sem o mínimo ordenamento jurídico nem regras jurídicas que não incidam sobre alguma sociedade[5]. Podemos dizer que o Direito é “*um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros*”. [6]

O Direito procura realizar esse intento de regar o convívio social por meio da norma jurídica. A norma é a proposição que exprime o dever-ser da conduta humana, uma prescrição do comportamento ideal, estabelecendo também uma sanção para o caso do seu descumprimento. São as normas os principais critérios para a análise do jurista, pois expressam um conjunto de obrigações, proibições e permissões que irão promover a organização da vida coletiva das sociedades. [7]

Assim, a função do Direito é reduzir a complexidade resultante das possibilidades de condutas a serem tomadas por todos os cidadãos. Para evitar que os indivíduos ajam apenas conforme os seus próprios interesses,

podendo eventualmente prejudicar-se uns aos outros, as normas jurídicas delimitam um campo de atuação ao indivíduo. Uma vez agindo de acordo com esse conjunto de condutas que lhe são permitidas (ou não vedadas) pelas normas, os indivíduos estariam levando uma vida harmoniosa, na qual cada um respeitaria as faculdades de ação dos outros e, por consequência, teria também as suas respeitadas.

Percebe-se, dessa maneira, que a função do Direito, assim como a do processo de conhecimento humano, também seria a de “pôr ordem no caos”. Os processos realizados pela inteligência humana procuram organizar na nossa mente as ideias decorrentes da experiência com o mundo sensível. O Direito, por sua vez, intenta por evitar o “caos social”, a extrema desarmonia em que viveria uma sociedade se cada indivíduo agisse como bem entendesse a fim de realizar as suas finalidades.

Nesse intento, o Direito, principalmente na modernidade, se arvora de alguns meios para manter esse controle das condutas humanas.

Primeiramente, o Estado moderno tenta assumir o monopólio do Direito. Nesse sentido, aproxima a legitimidade da legalidade, ao fundamentar em si próprio a sua validade; diferentemente de Estados

antigos, ou ainda mesmo existentes na atualidade, que se fundamentam em questões transcendentais, principalmente de cunho religioso.

É um aspecto da modernidade a tendência de os Estados dogmatizarem o seu Direito. Sustentado pela teoria juspositivista, o Estado procura dissociar o seu sistema jurídico dos outros sistemas de normatização da conduta humana, procurando a obtenção da autopoiese, a auto-referência operacional, separando o Direito da religião, dos preceitos morais, etc.

A diferenciação e a maior complexidade do Direito de uma sociedade dependem de quanto mais dissociado ele esteja desses outros subsistemas sociais. Isso se fundamenta na teoria juspositivista, que propõe um ordenamento jurídico concebido a partir de uma norma fundamental, para cuja formulação não se faz necessária a adoção de uma concepção axiológica previamente definida. Essa é a **teoria da inegabilidade dos pontos de partida**: como o poder estatal que estabelece essa norma fundamental não está subordinado a qualquer lei (já que está concebendo a lei maior) ou a alguma ideia moral, teoricamente este é um poder que não tem limitações para a formulação do conteúdo dessa lei superior, a qual poderia (teoricamente) assumir qualquer conteúdo.

Ao passo que possa parecer arriscado dissociar o Direito de uma ideia material de justiça, isso faz com que o Direito promova uma maior tolerância para com as diferentes ideologias existentes em uma sociedade. Ao arvorar-se do monopólio do Direito e, conseqüentemente, da violência legítima, se faz necessário que o Estado, para que veja prosperar a eficácia das suas leis, abarque uma maior gama de condutas permitidas quando da formulação das normas jurídicas. Assim, flexibilizando as possibilidades de conduta, o Estado poderá ter maior controle sobre os indivíduos da sociedade, que, inevitavelmente, possuem as mais diversas concepções axiológicas possíveis.[\[8\]](#)

3. O Direito como mecanismo lógico.

Podemos ainda fazer mais um paralelo entre o Direito e o processo de conhecimento humano.

Já relacionamos o Direito com a intuição sensível e a possibilidade de compreender melhor o mundo. Mas, é possível ainda relacionar o Direito com os processos de conhecimento mediato, que, como exposto, são aqueles processos de intelecção que não se realizam diretamente, cujo melhor exemplo de meio a possibilitar essa intelecção “indireta” é a linguagem.

Irineo Funes, no conto de Jorge Luis Borges, projeta idiomas que têm uma finalidade diametralmente diversa das linguagens formuladas pela razão humana. Como exposto, a linguagem procura agrupar os objetos de acordo com as suas semelhanças, contiguidades. Funes, ao contrário, procura formas verbais que salientem as diferenças e peculiaridades de cada coisa, tendendo a uma complexidade infinita e impraticável.

Há, por exemplo, quem enxergue nos conceitos dos direitos subjetivos apenas mecanismos formais para a simplificação da dogmática textual. Sem realizar num juízo de valor sobre tal concepção, podemos, diante dela, notar o aspecto lógico dos termos jurídicos.

Segundo Alf Ross^[9], o único sentido dos termos que designam direitos subjetivos é a sua atuação como mecanismos lógicos-jurídicos.

Um conceito como o de propriedade, por exemplo, simplifica em muito a formulação e aplicação da norma jurídica, pois liga todos fatos que asseguram a sua existência (compra, doação, herança, etc.) com todas as consequências jurídicas dela resultantes, os direitos e obrigações dela provenientes. Se não existisse o direito de propriedade, seriam necessárias normas ligando cada fato condicionante a cada consequência jurídica, o que

tornaria o trabalho dos profissionais do direito quase inexecutável, complicando-se, assim, as atividades sociais de maneira geral.

É justamente esse o papel lógico da linguagem, designar um signo e convencionar-lhe um significado que abarque todo um grupo de coisas. No caso do conceito de propriedade, reúnem-se situações semelhantes que designem “*pertença ou direito legítimo, direito de usar gozar e dispor de bens*”[\[10\]](#) ou “*os próprios bens, sobre os quais se exerce o direito de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*”[\[11\]](#). No exercício da atividade jurídica, um termo como “propriedade” logra a sua função lógica quando, como exposto, está apto a ligar uma série de fatos condicionantes a outra grande quantidade de consequência jurídicas, simplificando o entendimento e a prática do Direito.

Verifica-se, assim, mais uma semelhança entre os processos de conhecimento e o fenômeno jurídico, principalmente na forma como este se encontra revestido na modernidade.

4. Conclusões

Da pesquisa e das reflexões realizadas constatamos as semelhanças do Direito com o processo de conhecimento humano, com a razão e com a linguagem.

Como dito, o Direito é um fenômeno constante em qualquer sociedade, por isso surgiram os brocardos *ubi societas ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito) e *ubi jus ibi societas* (onde está o Direito está a sociedade). Tal se deve à característica dos seres humanos de serem animais **gregários** por natureza e da necessidade das sociedades de um mínimo de regramento para a vida e a sua existência enquanto grupo.

Disso já se denota a **espontaneidade** do fenômeno jurídico, que, materializado nas normas jurídicas, encontra-se presente onde quer que haja um agrupamento humano, independentemente da ocorrência de contato com outras sociedades.

Ao nosso ver, as constatações aqui expendidas reforçam o caráter de espontaneidade do Direito, dadas as suas semelhanças com os próprios processos mentais e intuitivos do homem e com as estruturas da linguagem verbal, nota de diferenciação entre os seres humanos e os outros animais.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

BORGES, Jorge Luis. Funes, o memorioso. *In Prosa Completa*. Barcelona: Ed. Brugera, 1979, vol. 1. p. 477-484. Disponível também em <<http://www.alfredo-braga.pro.br/biblioteca/memoriosos.html>>. Acesso em 26/02/2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 65. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSS, Alf. *Tû-tû*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

NOTAS:

[1] BORGES, Jorge Luis. Funes, o memorioso. *In Prosa Completa*. Barcelona: Ed. Brugera, 1979, vol. 1. p. 477-484. Disponível também em <<http://www.alfredo-braga.pro.br/biblioteca/memoriosos.html>>. Acesso em 26/02/2016.

[2] ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003. p. 53.

[3] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 65. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 131-132.

[4] GUSDORF, George. A fala. Porto. *Despertar*, s.d. p. 7-8. Apud ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003. p. 32.

[5] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2.

[6] REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1.

[7] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 100-101 e 203.

[8] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 173-174.

[9] ROSS, Alf. *Tû-tû*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

[10] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1403.

[11] Idem.

SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

SARA MENDES CARCARÁ: Bacharela em direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) em 2013. Analista de Contas - Especialidade Direito do Ministério Público de Contas do Estado de Mato Grosso.

RESUMO: O presente artigo visa contribuir para elucidação de questões acerca do ativismo judicial e seu efeito na democracia como fator de fortalecimento para a democracia ou do próprio judiciário por meio do confronto com o princípio democrático e sua influência em questões de importância para a sociedade, como por exemplo, o papel das minorias e dos direitos fundamentais em um Estado democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial, Supremacia Constitucional, Democracia, Poder dos juízes.

ABSTRACT: This article aims to contribute to the elucidation of questions about judicial activism and its effect on democracy for the strengthening of democracy or the judiciary itself through confrontation with the democratic principle and its influence on other extremely important to society, such as the role of minorities and fundamental rights in a democratic law state .

KEYWORDS: Judicial activism, Constitutional Supremacy, Democracy, Power of judges.

1. Introdução

É inegável a influência atual do Poder Judiciário em diversos aspectos do cotidiano. Hoje, as questões de grande relevância e de grande repercussão na sociedade passam por apreciação do Judiciário, sendo este o órgão estatal ao qual é atribuída a tarefa de “dar a última palavra”, isto é, de decidir em última instância sobre assuntos relevantes, inclusive no campo político. Por este e por outros motivos, o renomado jurista Luís Roberto Barroso denominou o Supremo Tribunal Federal de “*casa de fazer destino*”.

Por conta desse aumento de competências do Poder Judiciário e da sua interferência em áreas que, a princípio, não seriam de sua alçada, muito se vem discutindo acerca da legitimidade dos juízes e do confronto, muitas vezes inevitável, de sua atividade com os princípios da democracia e da separação de poderes.

Nesse contexto, muito embora a democracia e o princípio da maioria não precisem estar sempre vinculados, usaremos, no presente artigo, o termo democracia no sentido de decisão majoritária, isto é, em que se adota o sistema de decisões tomadas pelo princípio da maioria.

2. Supremacia Constitucional e o Poder dos Juízes

É sabido que o desenvolvimento do *judicial review* nos EUA e do controle político na França colocaram a Constituição no papel de paradigma máximo de uma ordem política. A partir de então, regimes que se pretendem democráticos passaram a adotar, cada um a seu tempo, o modelo de supremacia constitucional que veio a trazer uma nova perspectiva para o mundo ocidental.

Nesse sentido, reportamo-nos ao caso *Marbury VS. Madison*, paradigmático para a consolidação da Constituição como lei maior. A partir deste caso, a Constituição passou a ser o parâmetro das outras leis; estas não valeriam se estivessem em dissonância com aquela. Para ilustrar, vejamos um trecho do referido caso citado pelo renomado autor José Adércio Leite Sampaio em seu livro “A Constituição reinventada pela jurisdição”:

“Há apenas duas alternativas - muito claras a serem discutidas: ou a Constituição controla qualquer lei contrária a ela, ou a legislatura pode alterar a Constituição mediante lei ordinária. Entre tais alternativas não há meio termo: ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis e, portanto, como qualquer uma delas, pode reformar-se ou deixar-se sem efeito sempre que o Congresso [assim] entender. Se é certa a primeira alternativa, então uma lei contrária à Constituição não é lei; mas, se ao contrário, a segunda é verdadeira, então as Constituições escritas são intentos absurdos do povo para limitar um poder ilimitável por natureza. (...) [É] princípio, pressuposto, por ser essencial a todas as Constituições escritas, que uma lei contrária à Constituição é nula; e que as cortes, assim como os outros departamentos, estão vinculados a este instrumento.” [1]

Fora dos Estados Unidos, esse pensamento se difundiu e passou a influenciar diversos países ocidentais, inclusive os europeus e latino-americanos. Nestes países, a Constituição, embora tenha inserido alguns institutos novos de proteção aos direitos, por muito tempo exerceu apenas um papel de diretriz política, não gozando da imperatividade de norma superior; fato que veio a ser superado, sobretudo, na segunda metade do século XX, já que os países foram, cada um de acordo com seu contexto sócio-político, reconhecendo o papel de norma suprema da Constituição à qual as outras leis deveriam se adequar.

Não obstante, a Constituição agora suprema em relação a outras leis, trouxe não só uma superioridade hierárquica formal, mas também um novo *hall* de direitos e princípios que tornaram-se mister para a solução de conflitos, sobretudo aqueles em que a resolução não está na simples subsunção de normas; casos esses que precisam de um sopesamento de valores, debates e reflexões mais aprofundados, os quais são conhecidos, numa linguagem dworkiana, de *hard cases*.

Além desses novos direitos e princípios, a Constituição passou a regulamentar uma série de situações que eram essencialmente atribuições

políticas. Nesse sentido destacamos trecho do renomado Professor Luis Roberto Barroso:

“ (...) A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 88.” [\[2\]](#)

Este aumento de competências disciplinadas pela Constituição e sua crescente influência na política, aliados à singular importância dada aos direitos fundamentais protegidos pela Carta - que passaram a influenciar decisivamente na solução dos casos difíceis supracitados – foram fatores que contribuíram para tornar o Poder Judiciário o verdadeiro centro da tomada de decisões nos países de justiça constitucional atuante, inclusive no Brasil. Este contexto de influência judicial em assuntos políticos teve como momento paradigmático a era *Lochner*, como ficou conhecido nos

Estados Unidos o período em que a Suprema Corte americana era presidida pelo juiz Earl Warren e invalidou várias leis estaduais a fim de preservar o liberalismo econômico.

Para que se entenda o desenvolvimento do agigantamento da atividade judicial é preciso entender qual é, a princípio, uma de suas atribuições regulares. Quando se está analisando um caso concreto, ou seja, uma situação de litígio em que são verificados os fatos e as matérias de direito, a fim de que se saiba quem tem o direito e qual é ele naquele caso, diz-se que o juiz está interpretando a lei e a Constituição e analisando se os valores desta estão sendo obedecidos. Até aí o que se verifica é uma atividade comum ao órgão judicial. A situação se torna polêmica a partir do momento em que o Judiciário passa a ter poderes para declarar que uma lei votada e aprovada em um Congresso eleito democraticamente, está em desacordo com a Constituição, como no chamado *controle de constitucionalidade*.

Neste caso, um Poder interfere diretamente na competência e na autonomia do outro, declarando um ato perfeito, ineficaz. Há quem diga que esta é a falência definitiva da idéia de separação dos poderes e do princípio democrático, uma vez que os juízes não são eleitos da mesma forma que os deputados, senadores, governadores, presidente, etc., ou seja,

por um pleito democrático. Por outro lado, faz-se mister analisar que são as próprias Constituições, promulgadas e obedecidas pelas instituições democráticas e pelo próprio povo, que, por serem dotadas de um alto grau de abstração e por carecerem de interpretação, conferem ao Poder Judiciário essa faculdade de controlar os atos legislativos. Luis Pietro Sanchís, sobre o assunto, explica Waldron. Vejamos:

“La existencia de un catálogo de derechos fundamentales y la decisión de que sean defendidos por in Tribunal Constitucional, viene a decir Waldron, no significa propiamente de que desde La Constitución se impongan limites substanciales a la acción del legislador democrático, sino que más bien significa que em la determinación de los derechos se sustituye um procedimiento por outro, El legislativo por El jurisdiccional; em lugar de ser La mayoría del Parlamento quien acuerda qué derechos tenemos, es la mayoría del Tribunal quien lo hace.” [3]

Aqui, portanto, se formam duas questões de extrema relevância para o entendimento do contexto em que estão os Estados democráticos de Direito: i) qual a legitimidade democrática dos juízes e ii) em que medida e de que forma um Poder pode, sem pôr em xeque os pilares de um Estado democrático, interferir em outro.

Embora sejam pontos bastante discutidos, são fundamentais para analisarmos questões delicadas como a questão das minorias, o princípio democrático, a Judicialização da política no Brasil e em outros países.

3. Democracia, minorias e a atividade judicial

Um Estado de Direito não é necessariamente democrático. É possível que haja um Estado cujas instituições devam obediência à lei, mesmo que essa lei seja elaborada por uma única pessoa ou por um grupo de pessoas que não represente ninguém. No entanto, é inegável que o princípio democrático foi consolidado nas Constituições dos Estados ocidentais, difundindo o ideal de Estado Democrático de Direito como legitimador do poder estatal.

Não obstante, as mesmas Constituições que por um lado enaltecem o princípio democrático no sentido mais simples da expressão, isto é, a

decisão pela maioria; por outro, estabelecem limites os quais é vedado à maioria ultrapassar. Direitos estes, conferidos a cada cidadão e protegidos constitucionalmente, a fim de que a maioria que decide não oprima, de alguma forma, um único cidadão ou uma minoria destes.

Importante lembrar que quando essa preocupação com os direitos das minorias surgiu, tinha como escopo proteger os privilégios de uma minoria abastada contra uma maioria formada de classes pobres e menos instruídos. Hoje, no entanto, a questão mudou de perspectiva, como bem observa o Prof. Nelson Juliano Cardoso Matos:

“ (...) a minoria para Tocqueville, para Madison, para Stuart Mill e para Aristóteles não era a minoria de hoje- portadores de necessidades especiais, minorias religiosas etc. Para os quatro pensadores, integravam a minoria os ricos, os instruídos, os socialmente abastados, todos integrantes de um mesmo grupo.

Em grande parte, o temor da tirania da maioria era o temor da massa subverter os

direitos da minoria, especialmente os direitos de propriedade.

A heterogeneidade da sociedade contemporânea produz em muitos casos a pluralidade de minorias sem que um grupo constitua a maioria hegemônica, mas apenas a maior das minorias. Também a complexidade da convivência na sociedade moderna molda o indivíduo sob vários aspectos distintos (...)" [4]

Para que estes direitos sejam protegidos no caso concreto é necessário um órgão que os efetive: o Judiciário. A constituição confere a este Poder, mais uma vez, a atribuição de fazer valer um direito de uma pessoa sobre uma lei, por exemplo, que emana da soberania popular. Nesse aspecto, poderia se argumentar que, mais uma vez, o Judiciário funciona como um órgão antidemocrático. Ora, se os juízes podem não só declarar abstratamente uma lei inconstitucional, como também fazer um direito individual valer mais do que uma lei geral, eles estariam caminhando na contramão da decisão majoritária e, portanto, da democracia. Nesta esteira destacamos o magistério de Luis Pietro Sanchís: “ *em la tensión entre los*

derechos y la democracia, quienes se inclinan decididamente em favor de esta última han de rechazar como es lógico cualquier forma de control judicial, máxime si se abrazacon entusiasmo la tesis de la discreción judicial” [5].

Ainda sim, é precipitado pensar no controle judicial como algo ruim ou completamente arbitrário apenas por às vezes discordar e impor sua discordância sobre a decisão majoritária. O filósofo Ronald Dworkin[6] defende a ideia de que a atividade intensa do juiz se legitima porque este age na proteção de direitos fundamentais quando a maioria os esquece ou os oprime. E diz mais: quando o assunto são políticas públicas, o Judiciário tem o escopo de interferir porque ali se discutem não só questões políticas, mas assuntos com fundamentos principiológicos.

É possível pensar que, antes de ser um contraponto ao princípio democrático, a atividade judicial como se percebe hoje, possa ser um “freio” à atividade legislativa e a uma decisão majoritária que pode ser facilmente viciada.

4. Supremacia do Judiciário x Princípio democrático

Seja pela perspectiva abordada, isto é, a de que o Judiciário protege os direitos individuais e para tanto invalida decisões da maioria, seja pelo aspecto de que o Judiciário não é formado por membros eleitos em pleito democrático pelo povo, resta difícil refutar a ideia de que este órgão tem uma essência antidemocrática. Em assim sendo, surgem aqui novos questionamentos: i) a democracia deve prescindir do controle judicial?, ii) é possível a convivência entre democracia e Jurisdição Constitucional?

Sob a ótica contratualista, a legitimidade da decisão democrática tem seu fundamento na ideia de que, já que não é possível que exista um consenso, isto é, que todos os cidadãos analisem e votem igualmente em todos os casos de maneira a se chegar a uma resposta que agrade a todos, que pelo menos a maioria decida para que o impasse não impere e que a sociedade se desenvolva.

Com o tempo, novos conceitos foram adicionados ao princípio da maioria, de modo a conciliá-lo com ideais tão importantes para a sociedade moderna quanto ele próprio, tais como o respeito aos direitos fundamentais e aos princípios de igualdade e liberdade.

Se, no entanto, a maioria deixa em algumas situações de honrar seu compromisso com o todo, passando a decidir em contradição com alguns

direitos básicos dos cidadãos, inclusive conferindo tratamento flagrantemente prejudicial às minorias (sejam elas quais forem), ela deixa de ser revestir da legitimidade a qual lhe foi conferida. Assim, para que não haja opressão ou ditadura, para que a democracia não vire uma “tirania da maioria” será preciso que se imponham limites à atuação daquela maioria.

Em países sem um histórico de cultura democrática, essa questão se torna particularmente delicada porque até o próprio procedimento pode perder sua legitimidade. É que, em países como o Brasil, em que a democracia é jovem e frágil, nem sempre o voto é consciente e há legitimidade do procedimento democrático, que muitas vezes cede lugar ao poder econômico.

Isto posto, fica mais fácil constatar que a decisão majoritária, assim como qualquer outro tipo de procedimento, precisa de limites. Como exposto, em nosso contexto o limite tem sido o Poder Judiciário, o qual, sob o escopo de proteger direitos, tem tido ampla atuação, inclusive política.

Esta ampliação das atribuições e aumento de poder dos juízes tem, sim, essa vertente limitadora do Legislativo e, por via de consequência, da decisão majoritária. Por outro lado, o agigantamento deste Poder, sem a

imposição de balizas, pode transmutar discricionariedade em arbitrariedade.

Ora, se os juízes podem limitar o poder do legislador mas não há quem possa limitar o seu próprio poder, o excesso pode trazer prejuízos para qualquer sociedade, principalmente por não serem os juízes escolhidos por indicação por voto popular. Nesse sentido conclui em artigo sobre o assunto, com uma brilhante metáfora, o Professor Luis Roberto Barroso:

“o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.”^[7]

5. Conclusão

Conferir demasiada concentração de poder a qualquer órgão estatal, seja ele qual for, é situação temerária, que poderá gerar problemas de abuso

de autoridade. Quando se agiganta o Poder Executivo, a tendência é a formação de uma “ditadura personalizada”, a concentração de poder nas mãos de uma única figura, geralmente carismática e de ampla aceitação popular, como aconteceu na Era Vargas. No caso de excesso de poderes nas mãos do Legislativo, o problema entra em uma das questões aqui tratadas: o perigo da prevalência sem limites da decisão majoritária ou, ainda, a falta de compromisso dos representantes populares com o povo. Em se tratando de atribuir muitas funções ao Judiciário, permitindo que este seja o órgão a influir em decisões políticas relevantes no país, pode deslanchar para uma “tirania de toga”.

Nenhum deles tem como fundamento de legitimidade um conceito ou ideia imaculada e impassível de falhas. Mas, talvez, a discussão entre eles, o debate, o controle mútuo funcione de maneira mais satisfatória, não para um grupo ou outro, mas para o todo, maioria e minorias, governantes e governados, sobretudo para estes, que não participam da tomada de decisões diárias, que elegem representantes para fazê-lo e que, assim fazendo, esperam ter um mínimo de necessidades atendidas.

O aparente confronto entre democracia e ativismo judicial talvez seja necessário e benéfico para a discussão real de questões relevantes,

afastando um problema maior: a falta de controle social. Este sim é o verdadeiro óbice para o funcionamento adequado das instituições do Estado.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto, [http : // www.oab.org.br / oabeditora / users / revista / 1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf). p. 3-4, acessado em 03 de novembro de 2010.

_____, [http : // www.oab.org.br / oabeditora / users / revista / 1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf). p. 3-4, acessado em 03 de novembro de 2010.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución. In: **CARBONELL**, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2003.

ESTADOS UNIDOS. Marbury v. Madisson, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) *Apud* **SAMPAIO**, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins fontes, 2005.

MATOS, Nelson J Cardoso. Teoria do Estado: Uma introdu o crítica ao estado democrático liberal. Porto Alegre, 2002.

SANCH S, Luís Pietro. Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho d ctil: Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2003.

NOTAS:

[1] **ESTADOS UNIDOS**. Marbury v. Madisson, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) *Apud* **SAMPAIO**, José Adércio Leite. A Constitui o reinventada pela jurisdi o. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 31/32.

[2] **BARROSO**, Luis Roberto, [http : // www.oab.org.br / oabeditora / users / revista / 1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf). p. 3-4, acessado em 03 de novembro de 2010.

[3] **SANCH S**, Luís Pietro. Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 157 e 158.

[4] **MATOS**, Nelson J Cardoso. Teoria do Estado: Uma introdu o crítica ao estado democrático liberal. Porto Alegre, 2002. P. 81.

[5] **SANCH S**, Luís Pietro. Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 157 e 158.

[6] DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins fontes, 2005, p. 101.

[7] BARROSO, Luis Roberto, [http : // www.oab.org.br / oabeditora / users / revista / 1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf). p. 19, acessado em 03 de novembro de 2010.

ÔNUS DA PROVA: PECULIARIDADES NO PROCESSO DO TRABALHO

DÉBORAH DE MEIRA MÁLAQUE: advogada inscrita na OAB do Paraná, atuante desde 2008; Pós graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Arthur Thomas em Londrina-Pr.

RESUMO: A prova tem o condão de formar a convicção do magistrado acerca de fatos alegados. O direito processual do trabalho possui um dinamismo próprio e, por conseguinte, terá a aplicação de princípios inerentes a ele quanto à distribuição do ônus probante entre as partes. Este artigo fará verificações acerca do ônus da prova, especialmente no processo do trabalho.

Palavras-chave: ônus da prova; processo do trabalho.

INTRODUÇÃO

As provas esclarecem e apresentam informações ao magistrado, no intuito de convencer o juiz da ocorrência de determinados fatos, e o orientá-lo para proferir sua sentença.

Sejam por meio de provas testemunhais, periciais, documentais ou qualquer outra admitida, os litigantes procurarão formar o entendimento do magistrado para exarar uma sentença que melhor lhe favoreça.

Dentro deste panorama, é fator culminante que os sujeitos processuais tenham em vista como estará dividido o encargo probatório de cada um, afim de que não percam a oportunidade de demonstrar da melhor maneira possível os fatos que alegaram.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz orientações acerca do ônus da prova, mas por ser simplório em suas disposições, tem-se admitido, a utilização subsidiária da disciplina processual civilista. Entretanto, não se apresenta de maneira uniforme esta interpretação, cabendo várias interpretações sobre o tema.

1. DO ÔNUS DA PROVA – ASPECTOS GERAIS

A expressão do latim *onus* significa carga, fardo, peso, gravame. Já o vocábulo prova, que tem origem no latim “proba”, de “probare”, quer dizer demonstrar. Portanto, o ônus da prova é atribuição conferida à parte de demonstrar ao Juiz, os fatos que alega ter acontecido, ou seja, é uma responsabilidade de se produzir uma prova a fim de formar a convicção do magistrado acerca dos fatos trazidos aos autos.

Alexandre Freitas Câmara (citado por ROCHA, 2007) ensina que ônus da prova é “todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato”.

O  nus da prova trata da necessidade de que a parte produza prova dos fatos trazidos aos autos, que tenham relevância e que sejam controvertidos. Seu intuito será que o magistrado sentencie a seu favor.

O sucesso das alega es da parte está diretamente relacionado   sua atividade probatória, no seu interesse em demonstrar os atos que satisfarão o direito invocado.

Cabe lembrar neste momento que não há obriga o legal da parte produzir suas provas, a realiza o destas   dependente da vontade da parte e de igual forma, não há uma san o pelo seu não cumprimento. Tem-se que o  nus a prova   uma espécie de vantagem conferida   parte para formar a certeza do juízo sobre os fatos que narrou, o que demonstra uma total influência sobre o julgado.

Esclarece Emília Simeão Albino Sako (2008, p. 28) que:  nus subjetivo da prova refere-se   defini o do que deve ser provado, enquanto ônus objetivo diz respeito   regra jurídica que define a quem cabe produzir a prova (CPC, art. 333; CLT, art. 818; CDC, art. 6  e 38).

Sobre um aspecto geral, diante de fatos alegados sem a devida prova, o Estado-Juiz decidirá em desfavor da parte a quem incumbia

a produção da referida prova, vez que o fato exposto será tido como inexistente. Assim, a parte arcará com a responsabilidade da sua falta de ação, ou melhor, da sua falta de provas, trazendo por consequência lógica, o indeferimento de suas exposições fáticas.

Pontes de Miranda (1996, 6:270), faz as seguintes considerações sobre ônus da prova:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto às negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre consequências da falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar a quem carga a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado; ao que afirmou a existência do fato jurídico

(e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra-afirmou (negou ou afirmou algo que exclui a validade ou eficácia do fato jurídico afirmado), seja o outro interessado, ou, na demanda, o réu.

Por outro ângulo, caso a prova não tenha sido apresentada pela parte que lhe incumbia, o seu pedido poderá ser considerado procedente em virtude da apresentação da prova pela parte adversa que lhe seja favorável.

Destarte, independente de qual litigante tenha produzido a prova, o magistrado levará em conta os fatos conforme demonstrados.

Neste momento cabe lembrar que em ocorrência de revelia haverá presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor, não sendo necessária produção de outra prova, exceto em casos de matéria de direito que somente poderá ser comprovada por meio de perícia ou documentos.

Assim, caso o autor, mesmo com a declaração de revelia, não produza as provas a que tinha o dever, o magistrado poderá rejeitar seu

pleito, já que a confissão ficta produz presunção apenas sobre a matéria de fato e não de direito.

2. DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O ÔNUS DA PROVA

Em linhas gerais, o ônus da prova advém de três princípios primordiais, que são: o princípio da indeclinabilidade da jurisdição; do dispositivo e da persuasão racional.

Quanto ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, o magistrado não pode se eximir de proferir um julgamento quando não a compreender ou achá-la muito complexa. É a Carta Magna que confere acesso ao Poder Judiciário a todos aqueles que tiverem seu direito violado, e nem mesmo a lei e o aplicador desta poderão impedir ou abster-se de efetuar uma apreciação. Mesmo havendo lacuna ou obscuridade na lei, deverá proferir decisão, nos termos do art. 126, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Vicente Grego Filho (1996) nos ensina que "nula é a sentença citra petita, qual seja a que deixa de apreciar pedido expressamente formulado. Esta última viola o princípio da indeclinabilidade da jurisdição".

No segundo, somente as partes t em o encargo de produzir as provas, onde o juiz poderá apenas determinar complemento para elucida o, sendo vedado a este uma posi o ativa na produ o de provas. Cabe lembrar ainda que as partes somente poderão dispor daqueles direitos disponíveis, e não daqueles denominados de indisponíveis, tais como a vida, e a saúde.

PROCESSUAL: JULGAMENTO FORA DO
PEDIDO: ALTERA O DO CONTORNO
JURÍDICO-FÁTICO DELINEADO PELAS
PARTES: INEXISTÊNCIA DE QUESTÃO DE
ORDEM PÚBLICA: VEDA O LEGAL:
SENTENÇA NULA.

O Poder Judiciário não pode substituir a vontade das partes e modificar o objeto da a o e os contornos jurídico-f ticos delineados pelas partes, sob pena de afronta ao princípio dispositivo. Desse modo, a sentença extra petita   nula, pois contraria a disposi o do art. 128 do CPC, eis que ausente questão de ordem pública que pudesse ser declarada de ofício. Recurso obreiro conhecido e provido: sentença anulada com

retorno dos autos ao Juízo de origem para outra seja proferida, observados os expressos limites da lide e os pedidos deduzidos pela parte Autora. TRT-10 - RECURSO ORDINARIO: RO 397200602110000 DF 00397-2006-021-10-00-0. Julgamento: 06/12/2006. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: 09/02/2007

Por fim, no princípio da persuasão racional, o juiz quando apreciar as provas deverá julgar com fundamento nestas e não com base em suas convicções. Mesmo que tenha liberdade para apreciar os fatos e as provas, deverá demonstrar assim que seu julgamento foi feito a partir de um raciocínio lógico e coerente.

NULIDADE DA SENTENÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. A sentença pode até ser considerada injusta ou equivocada na apreciação das provas carreadas aos autos; contudo, se estiver devidamente fundamentada, tais defeitos não lhe dão a pecha de nula por negativa de prestação jurisdicional. In casu, o julgado consignou, pormenorizadamente, as razões da

não consideração das declarações prestadas pela testemunha do obreiro, não havendo que se falar, portanto, em nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, pois devidamente fundamentada, ainda que contrária aos interesses da parte. Restam afastadas, por corolário, as alegações de ofensa aos artigos 93, inciso IX, da Constituição da República, 165 do Código de Processo Civil e 832 da CLT. Recurso a que se nega provimento, no particular. TRT-RO-00553.2001.000.23.00-6 – Ac. TP. n. 500/2002. Fonte: DJ/MT nº 6.379. Data de Publicação: 16/04/2002. Data de Circulação: 17/04/2002-4ª f. Pág. 29

Feitas estas considerações, é de se analisar que a Consolidação das Leis trabalhistas, tem algumas particularidades, principalmente no tocante aos sujeitos de sua lide. Assim, no tratamento da questão do ônus da prova, alguns outros princípios devem ser observados.

Um princípio de suma importância é o princípio da prova pré-constituída. Neste, o encargo probatório pertence àquele que possui a obrigação de cumprir alguma formalidade estabelecida em lei.

A aplicação deste princípio é facilmente observada na Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho:

338. Jornada. Registro. Ônus da prova – Nova redação – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

Verifica-se no teor desta súmula que a não observância pelo empregador quanto à apresentação dos registros de horário gera uma presunção relativa do horário que é alegado pelo empregado em sua inicial.

Cabe ponderar que através desta súmula, o TST presume a fraude nos documentos apresentados pela empresa, e assim inverte o ônus

da prova, tendo em vista que em primeiro plano, o autor seria o detentor do ônus da prova por se tratar de fato constitutivo do seu direito.

Veja-se a seguinte decisão:

TRT-PR-22-01-2008 TERCEIRIZAÇÃO.
PRAZOPARA JUNTADA DE DOCUMENTOS EM
PODER DA REAL EMPREGADORA E NOVO
PEDIDO DE INTIMAÇÃO.

Situação fática: na audiência dita inicial foi concedido prazo para o tomador de serviços complementar sua documentação, exatamente para poder ir buscá-la junto à real empregadora. Este não falou nos autos na data aprazada e, quando falou, nada trouxe, tendo apenas solicitado a intimação da empresa que já não tinha comparecido na primeira audiência. Rejeitado este novo pedido, argüiu-se cerceamento de defesa, a qual se rejeita. Em verdade, citado para comparecer à audiência una, os documentos indispensáveis à sua defesa, já deveriam ter sido juntados no primeiro momento, sem que a

Exma. Juíza estivesse obrigada a conceder novel prazo a tal fim. O princípio da concentração dos atos processuais exige a apresentação da prova documental pré-constituída junto com a contestação (art. 845 da CLT c/c arts. 297 e 396 do CPC). Logo, o indeferimento posterior de intimação (e, ainda assim, por meio de manifestação extemporânea, repise-se) está de acordo com o estabelecido no ordenamento processual, porque os documentos não seriam novos e também porque não foram razoáveis os fundamentos para o requerimento. Como tomadora de serviços, em face da obrigação de vigilância, a parte ré já deveria ter os documentos respeitantes aos empregados da prestadora que realizou serviços a seu favor. Não há cerceamento de defesa, pois teve oportunidade até maior que a legal para apresentar os documentos. Se não exerceu o direito no momento oportuno, deverá arcar com o ônus da sua inércia. O princípio da ampla defesa encontra limite nas matérias já cobertas pela preclusão. Do contrário, infundáveis

seriam os prazos, perenes seriam as lides, impossibilitando-se a consecução dos ideais de segurança jurídica, de pacificação social através do poder estatal de dizer o direito, bem assim de igualdade das partes. Preliminar rejeitada, porque não configurado o cerceamento de defesa, inexistindo, de conseqüência, violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. TRT-PR-00151-2007-017-09-00-5-ACO-01824-2008 - 1A. TURMA Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES Publicado no DJPR em 22-01-2008

Outro exemplo em que se pode constatar este princípio é nos casos em que o empregador tem em seu poder alguns documentos que se refiram ao contrato de trabalho, tais como recolhimentos previdenciários e de FGTS.

Além disso, quando tratamos dos princípios processuais civis, a equivalência entre as partes pode ser considerada como uma regra. Em contrapartida, o princípio inerente ao direito material do trabalho, que também se alastra e dependendo do caso concreto pode ser aplicado ao

direito processual trabalhista, é o princípio da Proteção, que busca amparar o empregado hipossuficiente.

Essa particularidade do Processo do Trabalho que traz a proteção dos interesses do trabalhador se revela como meio de efetivação prática das leis trabalhistas.

O professor Amauri Mascaro Nascimento in Curso de Direito Processual do Trabalho (2001) nos traz seu ensinamento que “em processo trabalhista deve reger o princípio da igualdade das partes em matéria de ônus da prova. Entretanto, a lei cria numerosas presunções legais em favor dos trabalhadores, dispensando-os, assim, parcialmente, dos ônus probatórios”.

Quanto ao tema, outro ensinamento nos é trazido pelo professor Wagner D. Giglio (2005, p.84):

“Essas características do Direito Material do Trabalho imprimem suas marcas no direito instrumental, particularmente quanto à proteção do contratante mais fraco, cuja inferioridade não desaparece, mas persiste no processo. Basta lembrar, para corroborar esta última afirmativa, que a

superioridade patronal se revela, em juízo, pelo melhor assessoramento jurídico que pode obter, pela facilidade na produção da prova, especialmente a testemunhal, colhida entre seus subordinados, e pela maior idoneidade econômica para suportar as delongas e as despesas processuais. Embora muitas outras fossem necessárias, algumas normais processuais de proteção ao trabalhador já existem, a comprovar o princípio protecionista. Assim, a gratuidade do processo, com isenção de pagamento de custas e despesas, aproveita aos trabalhadores, mas não aos patrões; a assistência judiciária gratuita é fornecida ao empregado, mas não ao empregador; a inversão do ônus da prova através de presunções favorece o trabalhador, nunca ou raramente o empregador; o impulso processual ex officio beneficia o empregado, já que o empregador, salvo raras exceções, é o réu, demandado, e não auferir proveito da decisão; na melhor das hipóteses, deixa de perder”.

Ora, um dos objetivos primordiais do princípio da proteção ao hipossuficiente trabalhador é abrandar o encargo conferido à este, cujas dificuldades de prova são maiores que o empregador.

Cabe ressaltar aqui, que a hipossuficiência é analisada sob o âmbito probatório, isto é, se uma das partes, geralmente o empregado, não tem condições de produzir determinada prova que somente o empregador tenha meios de fazê-las, este se encarregará de trazer aos autos as devidas provas.

3. DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.

Para o magistrado o ônus da prova é irrelevante, tendo em vista que este apenas aprecia as provas em sua totalidade, sem identificar quem as produziu, utilizando-se da teoria objetiva.

No âmbito do Direito Processual Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 333, I e II, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Já o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) assevera que:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Entretanto, o legislador trabalhista apresentou uma regra diferente quanto ao ônus da prova: aquele que alega deve provar a alegação, independentemente de se tratar de fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, ou da posição das partes do processo, regra ditada pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Nota-se que o CPC é mais amplo e completo em seu dispositivo, mas é importante lembrar que sua aplicação é apenas subsidiária no direito processual do trabalho, nos termos do artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas (BRASIL, 1943). Ademais, não existe omissão de normas nesta última.

Não obstante, a jurisprudência e a doutrina fazem constantes aplicações subsidiárias do artigo 333 do CPC (BRASIL, 1973), pelo que o dispositivo laboral é superficial, utilizando-o assim como um complemento.

REGRAS DO ÔNUS DA PROVA. PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS, EXTINTIVOS, MODIFICATIVOS E IMPEDITIVOS DO DIREITO. Inteligência do artigo 333, do CPC e artigo 818 da CLT. O processo do trabalho contém norma precisa sobre o ônus da prova e o distribui de modo uniforme e equilibrado entre as partes. Via de regra, sejam quais forem as respectivas alegações, positivas ou negativas, de fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos, a prova incumbe a qualquer

das partes que as formule. Compete à parte trazer aos autos elementos convincentes de suas assertivas, para fins de formação do convencimento do Juízo a seu favor. (TRT/SP - 03010200820202000 - RO - Ac. 8ªT 20090936366 - Rel. LILIAN LYGIA ORTEGA MAZZEU - DOE 10/11/2009)

A título ilustrativo, lembramos que o ilustre jurista e professor César Pereira da Silva Machado Júnior (2001), apresenta um roteiro acerca do ônus da prova, quais sejam: 1º) se há princípios de direito do trabalho em favor do empregado; 2º) se pode ser aplicado o princípio da aptidão para a prova; 3º) se há regras de pré-constituição da prova; 4º) se há máximas de experiência comum; 5º) para somente depois se analisar o teor do art. 333 do CPC.

É imperioso ressaltar outrossim, que o juiz se valerá da regra do ônus da prova no momento em que se deparar com a inexistência de provas nos autos ou para desempatar em casos de prova dividida.

Vale mencionar que a chamada prova dividida ou prova empatada ocorre em ocasiões que as partes litigantes provam os fatos que aduzem e assim o magistrado não define a quem pertence o direito.

Um caso bem claro de ocorrência de prova dividida é quando duas testemunhas apresentam seu testemunho em sentido contrário, de forma que uma desmente a outra. Neste caso, a prova não seria cabal, sem elementos que dessem preferência a qualquer um. Conseqüentemente, observa-se que a parte a quem pertencia o ônus de prová-la, não se desvencilhou assim do seu encargo.

Ainda no campo da prova dividida, compactuamos com o posicionamento de que o magistrado deverá valer-se do princípio da persuasão racional, julgando por meio da prova que mais lhe convenceu, vez que não pode se eximir de proferir uma decisão. Aqui poderá, por exemplo, verificar se as testemunhas presenciaram a ocorrências dos fatos ou ainda se possuíam segurança nas respostas, dentre outras.

Neste aspecto, tem-se algumas ementas que acareiam a matéria:

PROVA DIVIDIDA- VALORAÇÃO- Diante da prova dividida, cabe ao juiz aquilatar o valor probante que está a merecer cada depoimento, consoante o princípio da livre convicção motivada inscrito no artigo 131 do Código de Processo Civil,

sendo imperioso que se prestigie a valoração dessa realizada por quem presidiu a instrução processual e manteve contato direto com as testemunhas. Recurso ordinário conhecido e desprovido. (TRT da 9.^a Região, RO 03214.2004.021.09.00-1, 3.^a Turma, Relator Juiz Altino Pedrozo dos Santos, DJPR de 28/07/2006)

Prova dividida. Apresentando-se a prova dividida, a decisão deverá pautar-se pela distribuição do ônus da prova, segundo critérios legais ditados pelos artigos 818 da CLT e 333, I e II, do CPC. (TRT – 9^a R – 4^a T – Ac. nº 2261/98 – Rel^a. Juíza Rosemarie Pimpão – DJPR 30.01.98 – pág. 165).

Ônus da prova – Artigo 818 da CLT e artigo 333 do CPC – Violação. 1. As normas legais concernentes à distribuição do ônus da prova são "regras de julgamento", cuja finalidade é dotar o juiz de um critério para decidir a lide nos casos em que não se produziu a prova, ou a prova revelou-se insuficiente para formar-lhe o convencimento. Destinam-se,

enfim, a permitir ao juiz sair de um impasse, já que também não lhe é dado abster-se de compor o conflito de interesses. 2. Daí se segue, a contrario sensu, que é logicamente inconcebível a vulneração do artigo 818 da CLT e do artigo 333 do CPC sempre que o órgão jurisdicional soluciona o litígio com base nas provas efetivamente produzidas. A violação a esses preceitos legais somente se pode divisar quando, por inexistente ou insuficiente a prova, o juiz, invertendo inadvertidamente a distribuição do ônus da prova, julga a causa em desfavor da parte a quem, segundo a lei, não tocava o ônus de produzir a prova não produzida. 3. Agravo de instrumento não provido. (TST – 1ª T – AIRR nº 51.165/2002.900.03.00-7 – Rel. João Oreste Dalazen – DJ 20.05.05 – p. 883) (RDT nº 06 de Junho de 2005).

Entretanto, para os litigantes é condição inerente à sua qualidade de parte, de forma que estará em condição mais vantajosa aquele que cumprir com o seu encargo de provar determinado acontecimento.

Tendo em vista que o dispositivo contido na CLT (BRASIL, 1943) é por demais simplista, utilizam-se as regras processuais civilistas (CPC, art. 333) nas quais, cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do seu direito.

Assim, quando a parte pleiteia determinado direito, tem que produzir fatos que revelem esse direito, isto é, fatos que tem a força de demonstrar a razão do direito alegado, ou ainda aquela situação que deu origem à relação aduzida na exordial. O autor deverá evidenciar o direito e sua ligação com os fatos ocorridos.

Nos ensina assim José Frederico Marques (1979, p. 188):

“Mas que são fatos constitutivos? São aqueles que, se provados, levam à conseqüência jurídica pretendida pelo autor. A relevância ou não de determinado fato para a produção de certo efeito jurídico é dada pelo direito material, porque nele estão definidas as relações jurídicas e os respectivos fatos geradores de direitos subjetivos. [...] Ao réu incumbe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou

extintivo do direito do autor, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor”

Alguns exemplos de fatos constitutivos: a ofensa que o reclamante alega que o reclamado tenha feito ao pleitear danos morais, período de trabalho sem registro, diferenças de depósito de FGTS, existência de salário por fora, não pagamento de 13º, horas extras, equiparação salarial, dentre outros.

Quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, estes devem ser provados pelo demandado dentro do sistema de demonstração dos argumentos levados aos autos.

É importante mencionar que existe grande dificuldade para ser feita a diferenciação dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, conforme nos ensina Rui Manuel de Freitas Rangel (2000, p.158), que afirma ainda que a melhor solução é caracterizá-los no caso concreto, de forma relativa:

“(...) Esta classificação dos factos jurídicos em constitutivos, impeditivos e extintivos não tem uma

significação absoluta e abstracta, mas antes, relativa e concreta porque depende, em cada caso concreto, da função que o facto desempenha na acção de acordo com a posição das partes e o efeito jurídico que cada uma pretende obter por via do processo.”

A escritora Heloisa Pinto Marques (1999, p. 532) faz as seguintes considerações:

“Quando o réu admite o facto alegado pelo autor, mas lhe opõe outro que lhe impeça os efeitos, estamos diante de facto impeditivo. Na hipótese do trabalho aos domingos, por exemplo, a reclamada, admitindo o trabalho aos domingos, alega que era compensado nas segundas-feiras. Neste caso cabe à reclamada demonstrar que havia folga naquele dia. Os factos extintivos são aqueles opostos o direito alegado, com condições de torna-lo inexigível. Acontece, por exemplo, quando reclamada admite que o reclamante trabalhava aos domingos, sem compensação, mas aduz ter pago os valores devidos a este título.

Competirá, pois à reclamada demonstrar o pagamento. Por fim, fatos modificativos são aqueles que, sem negar os fatos alegados pelo autor, inserem modificação capaz de obstar que o reclamante trabalhava aos domingos no estabelecimento empresário, mas que nesses dias o trabalho era voluntário, com fins de benemerência, já que a empresa cedia os equipamentos e material para produzir alimentos para serem distribuídos para a comunidade e que não havia obrigatoriedade de comparecimento. Compete à reclamada sua demonstração.”

Nestes termos, fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito é o fato que leva a não procedência do direito alegado pelo autor.

Segue abaixo uma ementa que trata do assunto:

VÍNCULO DE EMPREGO. FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO. Alegando a reclamada fato impeditivo, modificativo ou extintivo ao direito postulado, atrai para si o ônus

da prova. As provas oral e documental comprovam as alegações da reclamada, pois demonstram trabalho autônomo. Ausentes os requisitos do artigo 3o da CLT, não há como se declarar o vínculo de emprego. Recurso provido. (TRT/SP - 01122200801802006 - RO - Ac. 8aT 20090747032 - Rel. Silvia Almeida Prado - DOE 15/09/2009)

Em se tratando matérias probatórias, vejamos o que diz a súmula nº 6, item VIII, do TST:

TST Enunciado nº 6 - RA 28/1969, DO-GB 21.08.1969 - Incorporação das Súmulas nºs 22, 68, 111, 120, 135 e 274 e das Orientações Jurisprudenciais nºs 252, 298 e 328 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Quadro de Carreira - Homologação - Equiparação Salarial

VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação

salarial. (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977)

Sob este aspecto, o Colendo TST procurou definir expressamente que em se tratando de equiparação, o empregador deverá trazer aos autos, todas as provas de fatos impeditivos, modificativo ou extintivos da equiparação salarial.

Neste sentido, segue a ementa a seguir:

EMENTA: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ENCARGO PROBATÓRIO. A teor da Súmula nº 6, item VIII, do Colendo TST, "é do empregador o encargo da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial", ônus do qual a demandada não se desincumbiu a contento, porquanto o conjunto probatório constante nos fôlios evidencia a existência dos requisitos autorizadores da equiparação salarial previstos no artigo 461, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, razão pela qual, é de ser mantida a sentença que deferiu a diferença salarial pretendida e suas repercussões. TRIBUNAL REGIONAL DO

TRABALHO DA SEXTA REGIÃO. 1ª Turma - Proc.
TRT RO- 00764-2008-009-06-00-5. Relator -
Desembargador Valdir Carvalho.

Outro caso típico do encargo do empregador em provar suas alegações ocorre quando há argumentação de que determinado acidente de trabalho não teria ocorrido caso o empregado não tivesse descumprido as normas de segurança e as orientações dos especialistas em segurança no trabalho repassados pela empresa. Assim, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito à indenização ou ainda uma culpa exclusiva do empregado pelo acidente do trabalho devem ser demonstrados pela empresa.

Vale ressaltar que as regras de distribuição do ônus probatório produzem um sistema técnico, onde a circunstância do autor ter que provar seus fatos constitutivos não anula o encargo do réu de ter que provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Destarte, cada parte deverá apresentar a comprovação dos fatos aduzidos.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil se mostra com um meio hábil de orientar até mesmo as relações trabalhistas quando se trata de ônus da prova. Tal fato se justifica pelas disposições simplistas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho, que carecem assim de um maior complemento. Caberia nestes termos ao autor a prova de seus fatos constitutivos e a réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

É sabido ainda que o detentor do ônus de produzir as provas deverá cumprir o encargo que lhe é conferido para ter os fatos trazidos em juízo avaliados e decididos a seu favor, não havendo assim consequências diversas. Tem-se assim uma faculdade de produzir as provas e não uma obrigação.

A correta distribuição do encargo de produzir estas provas deve ser analisada pontualmente para o encontro da verdade real, que se mostra com o intuito mais importante na entrega da prestação jurisdicional.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

GUSTAVO HENRIQUE FORMOLO: Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade Processus. Aprovado nos concursos de Analista Judiciário do TJDF (2015) e de Técnico Judiciário do TJDF (2015).

RESUMO: Para uma melhor compreensão de nosso sistema de controle de constitucionalidade, é indispensável a realização de uma análise histórica acerca das Constituições anteriores. Assim, o presente trabalho se destina ao estudo dos principais sistemas de controle existentes, sua influência em cada uma das Constituições vigentes no país, precipuamente sobre o atual modelo de controle adotado no Brasil.

Palavras-Chave: Controle de Constitucionalidade. Sistemas. Evolução Histórica. Influências.

1. INTRODUÇÃO:

Diante do princípio da supremacia constitucional, que dispõe acerca da superioridade hierárquica das normas constitucionais, nenhuma norma infraconstitucional poderá estar em desconformidade com o que prevê a Constituição, sob pena de ser declarada a sua nulidade. O instrumento

destinado a fazer essa verificação de compatibilidade entre a norma e a Constituição é o que se denomina de controle de constitucionalidade.

Existe no ordenamento jurídico brasileiro dois modelos de controle de constitucionalidade das normas, sendo o primeiro denominado controle concentrado e o segundo controle difuso. O controle difuso é aquele realizado por todo e qualquer órgão integrante do Poder Judiciário quando, por meio de um incidente processual, seja arguida a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo que tenha pertinência com o caso concreto deduzido em juízo.

Nesse sentido, toda e qualquer pessoa que tenha a pendência de um processo judicial em que incida uma norma inconstitucional poderá provocar este controle de constitucionalidade. O que se busca aqui é a defesa dos interesses subjetivos discutidos em juízo, sendo que a aferição da inconstitucionalidade da norma servirá apenas como substrato ao alcance desse direito afirmado.

No controle concentrado, diferentemente, somente o órgão guardião da Constituição, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, é que realizará tal

controle, sendo que nesta modalidade o próprio objeto da demanda é a averiguação da eventual inconstitucionalidade da lei, não existindo, portanto, direito subjetivamente afirmado em juízo. Assim, o real objetivo desta espécie de controle é a defesa do ordenamento constitucional vigente, em outras palavras, da própria supremacia constitucional.

Os referidos modelos têm origem nos sistemas norte-americano e austríaco de controle de constitucionalidade, que servem de base ao adotado no Brasil. A influência desses pode ser observada quando da realização de um estudo mais detido acerca de cada uma das constituições até então vigentes e de como se desenvolvia, à época, o controle de constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, o presente trabalho se destina a expor a evolução histórica do controle de constitucionalidade em nosso país, destacando-se, em cada momento constitucional, as principais influências sofridas e suas principais características.

2. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

Como origem do modelo de controle de constitucionalidade das normas presente hoje no Brasil e em muitos outros países apresentam-se o sistema norte-americano, trazendo a teoria da nulidade, e o sistema austríaco (ou europeu) com a teoria da anulabilidade.

2.1. Sistema norte-americano

Em 1803 nos Estados Unidos da América, surge o controle jurisdicional de constitucionalidade tal qual conhecemos hoje, o qual teve suas bases definidas pelo então *Chief Justice* da *Supreme Court* John Marshall, no famoso caso “Marbury vs. Madison”.

Uadi Lammêgo Bulos traz, de forma sucinta, breve resumo do caso^[1]:

(...) Eis a resenha deste caso: Em 1801, William Marbury foi nomeado para o cargo de juiz de paz do Distrito de Columbia. O Presidente John Adams, do Partido Federalista, foi quem o nomeou, nos precisos termos de lei. Como o Presidente Adams estava terminando seu mandato, não houve tempo hábil para empossar Marbury no cargo. Então o republicano Thomas Jefferson, ao

assumir a Presidência dos Estados Unidos, mandou que o seu Secretário de Estado, James Madison, negasse posse a Marbury. Este, inconformado com tal arbitrariedade, recorreu à Suprema Corte a fim de que o Secretário Madison fosse obrigado a lhe dar posse.

Em suma, John Marshall, então *Chief Justice* da Corte Suprema americana, teve que decidir se a *Supreme Court* tinha ou não competência para apreciar o *writ* impetrado por Marbury, visto que a Constituição não previa de forma expressa sua competência originária para a apreciação de causas envolvendo o Secretário de Estado, existindo tão somente uma lei nesse sentido (seção 13 da Lei Orgânica da Magistratura (Judiciary Act)^[2].

Em reflexão acerca do caso, Marshall raciocinou que se o Poder Legislativo é definido e limitado por uma Constituição escrita, não poderá este ir além do que fora fixado no ordenamento constitucional. “Ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição”^[3].

Coadunando seus argumentos, conclui que são nulas todas as lei que forem incompatíveis com o ordenamento constitucional desde a sua edição (teoria da nulidade), tendo em vista a supremacia conferida às constituições escritas, cabendo ao Judiciário a realização deste controle.

Dessa forma, qualquer órgão do Poder Judiciário estará incumbido de afastar a incidência de norma inconstitucional ao caso analisado (controle difuso), devendo-se, contudo, observar os precedentes firmados pela *Supreme Court* por força do princípio do *Stare Decisis*.

Acerca deste princípio, que vincula todos os demais órgãos do Judiciário aos precedentes firmados pela Suprema Corte Americana, Mauro Cappelletti explica que^[4]:

(...) o princípio do stare decisis opera de tal modo que o julgamento de inconstitucionalidade acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito de não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos essa lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não

aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo 'on the books', é tornada 'a dead law', uma lei morta conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, de resto excepcionalíssimos, de revivescimento de uma tal lei por causa de uma 'mudança de rota' daquela Corte.

2.2. Sistema austríaco (ou europeu)

Em contraponto ao sistema norte-americano, no qual todo e qualquer órgão do Poder Judiciário teria competência para a apreciação de eventual incompatibilidade de lei com a Constituição (controle difuso), surge o sistema austríaco como obra de Hans Kelsen que definiu na Constituição da Áustria de 1920 a criação de uma Corte Constitucional, órgão com competência exclusiva para a apreciação das demandas de controle de constitucionalidade.

De forma sucinta, Uadi Lammêgo Bulos traz os principais pontos legados pelo sistema austríaco^[5]:

(...) o sistema austríaco mostrou que: (i) os atos legislativos e os administrativos podem ser objeto de controle abstrato de normas; (ii) apenas as normas vigentes podem ter a constitucionalidade fiscalizada na via abstrata; (iii) o Tribunal Constitucional pode utilizar a interpretação conforme à constituição, evitando que as leis dotadas de significados reputados inconstitucionais deixem de ser aplicadas; e (vi) quando o Tribunal pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei (via concentrada), os efeitos da cassação começam a contar da data em que o julgamento foi publicado (eficácia ex nunc). Nessa hipótese, inexistirá retroatividade. Porém, a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, via de exceção, é retroativa, voltando no tempo e desfazendo os efeitos dos atos contrários à Constituição.

Portanto, verifica-se que, como regra, adotou-se a teoria da anulabilidade, em que a decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada lei só produzirá efeitos a partir da cassação da norma objeto

de controle (*eficácia ex nunc*), salvo quando realizado pela via incidental, caso em que produzirá efeitos retroativos (*eficácia ex tunc*).

2.3. Sistema brasileiro

Embora existam alguns doutrinadores que classificam o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade como um sistema misto, tendo em vista a possibilidade de sua realização tanto pelo Poder Judiciário quanto pelos demais Poderes Estatais, tal classificação não está em consonância com o que apresenta Hans Kelsen em seu livro “Jurisdição Constitucional”^[6].

Primeiramente, não há que se falar na existência de um controle político de constitucionalidade no Brasil, tendo em vista que não existe uma “Corte Constitucional” propriamente dita, que seria uma espécie de “quarto poder” destinado tão somente à realização de controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal é órgão integrante do Poder Judiciário nacional, o qual, além do papel de guardião da Constituição, possui

competência recursal, o que não ocorre nos países que adotam o sistema político de controle.

Por sua vez, o denominado sistema misto de controle de constitucionalidade é aquele em que mescla o modelo jurisdicional com o político, ou seja, há a existência concomitante de um órgão de natureza política que realiza o controle de algumas leis, enquanto outras ficam a cargo do Poder Judiciário. É o que ocorre por exemplo na Suíça, em que o controle das Leis Nacionais é de atribuição do Parlamento, enquanto aquele destinado às leis locais é de competência do Judiciário. Evidentemente, não é o que ocorre em nosso país.

Dessa forma, diante da classificação trazida por Kelsen, verifica-se que o sistema brasileiro se amolda melhor ao modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade, tendo em vista a predominância de sua realização no próprio Poder Judiciário^[7].

3. EVOLUÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO:

Para uma melhor compreensão de nosso sistema de controle de constitucionalidade, é indispensável a realização de uma análise histórica acerca Constituições anteriores.

3.1. Constituição de 1824

A Constituição Imperial adotava o entendimento de que somente o Poder Legislativo, como criador das leis, teria autoridade para aferir a sua eventual incompatibilidade com o ordenamento constitucional^[8].

Dessa forma, não havia qualquer espaço para a realização de tal controle pelo Judiciário, até porque o entendimento adotado à época era o de que isso significaria uma invasão dos poderes do Legislativo, “destruindo o equilíbrio e a harmonia que deveria existir entre eles a fim de se evitar os abusos resultantes da concentração de poderes”^[9].

3.2. Constituição de 1891

Fortemente influenciada pela doutrina norte-americana do *judicial review*, a Carta Magna de 1891 conferiu ao Poder Judiciário a competência para a realização do controle de constitucionalidade pela via incidental.

Surge, assim, o controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, “atribuindo-se a todos os órgãos do Poder Judiciário, federais ou estaduais, a competência para aferir a compatibilidade das leis com a Constituição, desde que houvesse provocação nesse sentido”^[10].

Acerca do tema, Gilmar Ferreira Mendes leciona que^[11]:

Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1926 procedeu a algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância.

Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*. “Os tribunais – dizia Rui – não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos para o legislador, nem para a administração (...)”. E sintetizava, ressaltando que a

judicial review “é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”.

3.3. Constituição de 1934

A Constituição de 1934, por sua vez, trouxe diversas inovações no campo do controle de constitucionalidade, principalmente no que tange à implementação da chamada “reserva de plenário” ou cláusula “*full bench*”, exigindo-se maioria absoluta dos membros de tribunais para a declaração de inconstitucionalidade^[12].

Ademais, conferiu a competência do Senado Federal para suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, “emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”^[13].

Foi criada, também, a chamada representação interventiva com o fim de aferir a regularidade da intervenção da União nas demais unidades da federação. Sobre o tema, Gilmar Mendes explica que^[14]:

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se referia à

“declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, *a* e *h*, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, §3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, §2º).

Por fim, a Carta de 1934 trouxe vedação expressa proibindo ao Poder Judiciário apreciar questões eminentemente políticas (art. 68 da Constituição de 1934), bem como “instituiu o mandado de segurança, remédio judicial de proteção a direito líquido e certo do indivíduo contra ato de autoridade praticado com ilegalidade ou abuso de poder”^[15].

3.4. Constituição de 1937

Representando inequívoco retrocesso ao que fora conquistado até então em matéria de controle de constitucionalidade das normas, a Constituição de 1937, embora tenha mantido as disposições referentes ao modelo difuso de controle, trouxe novos instrumentos que evidenciam um verdadeiro enfraquecimento do papel do Judiciário^[16].

Em seu artigo 96, parágrafo único, conferiu nova atribuição ao Presidente da República que, quando considerar a lei declarada inconstitucional como imprescindível ao bem estar da sociedade, poderia submeter ao Legislativo a decisão proferida pelo Poder Judiciário. Caso o Parlamento entendesse pela validade da norma, pelo voto de 2/3, em cada casa legislativa, tornar-se-ia sem efeito a decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei.

Como se não bastasse, o Mandado de Segurança perdeu o seu status constitucional, passando a ser regulamentado por lei ordinária, que “excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados”^[17] (art. 319 do Código de Processo Civil de 1939).

3.5. Constituição de 1946

A Constituição de 1946 veio a reestabelecer o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, pondo fim à possibilidade dos demais Poderes estatais tornarem sem efeito as decisões proferidas pelo Judiciário, trazendo de volta, também, a possibilidade de o Senado Federal suspender os efeitos das leis declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte^[18].

Preservou a chamada “cláusula de reserva de plenário” que, como visto, impõe aos tribunais que as decisões tidas em sede de controle de constitucionalidade sejam realizadas pela maioria absoluta dos membros do Tribunal.

No que tange à representação interventiva, houve modificação condicionando à apreciação prévia pelo Supremo Tribunal Federal, atribuindo ao Procurador-Geral da República a legitimidade de representar a inconstitucionalidade^[19].

Cumprido destacar que, até então, inexistia a forma abstrata de controle de constitucionalidade no país, que veio a ser introduzida pela

Emenda Constitucional n  16/1965, durante a vigência da Carta Magna de 1946.

Acerca desta inova o trazida pelo constituinte derivado, Gilmar Mendes leciona que^[20]:

A Emenda n. 16, de 26-11-1965, instituiu, ao lado da representa o interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. (...)

A implanta o do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo prec uo de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvivalentes”, veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.

Finalmente, não se deve olvidar que, no tocante ao controle de constitucionalidade da lei municipal, a Emenda n. 16 consagrou, no art. 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça,

para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição Estadual”.

3.6. Constituição de 1967/1969

Mantendo o que previa até então acerca do controle difuso e abstrato de constitucionalidade, a Constituição de 1967 não trouxe modificações tão significativas no que tange ao tema.

Entretanto, cumpre destacar as sucintas inovações trazidas, como a ampliação da representação interventiva confiada ao Procurador-Geral da República, com o objetivo de preservar a observância dos chamados princípios sensíveis e a execução de lei federal.

Ademais, como afirma Gilmar Mendes, a Carta de 1967 “não incorporou a disposição da Emenda n. 16/65, que permitia a criação de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições Estaduais”^[21].

Contudo, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 trouxe modificação incluindo ao texto constitucional disposição expressa acerca do “controle

de constitucionalidade de lei municipal, em face da constituição do Estado, para fins de intervenção no Município”^[22].

3.7. Constituição de 1988

Ordenamento constitucional vigente até hoje, a Carta Política de 1988 trouxe fortes inovações no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, principalmente no que se refere aos legitimados à provocação da Suprema Corte por meio de tais ações.

Atribuição que antes se concentrava nas mãos de uma única pessoa, o Procurador-Geral da República, passou a ser desempenhada por uma série de pessoas determinadas taxativamente na Constituição, como o Presidente da República, Governadores de Estado, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Partido Político com representação no Congresso Nacional, dentre outros legitimados (art. 103, da Constituição Federal de 1988).

Ademais, trouxe novos instrumentos de controle de constitucionalidade. Cumpre destacar, em primeiro lugar, a possibilidade de controle das omissões legislativas, tratando-se de uma

inconstitucionalidade gerada por uma falta de regulamentação dos dispositivos constitucionais que não possuem eficácia plena, que se dá por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), em se tratando de controle abstrato, e pelo Mandado de Injunção, em se tratando de controle difuso (art. 103, §2º e 5º, LXXI, respectivamente, da Constituição Federal).

Com o advento da Emenda Constitucional 3 de 1993, houve a inserção da chamada Ação Declaratória de Constitucionalidade, destinada especificamente a sanar as controvérsias judiciais acerca constitucionalidade, ou não, de lei ou ato normativo federal.

Por fim, cumpre destacar as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que implementou “*três importantes inovações ao controle de constitucionalidade das leis, a saber*”^[23]:

- a) ampliação da legitimação para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade (nova redação ao art. 103);

b) criação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A);

c) exigência do requisito “repercussão geral das questões constitucionais discutidas” para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, §3.º).

4. CONCLUSÃO:

Ante todo exposto, é possível se verificar que em todas as constituições vigentes no país houve alguma influência dos sistemas de controle austríaco e norte-americano.

Diversos são os institutos que foram importados e adaptados ao cenário social, político e econômico do Brasil. Isso se dá em razão da impossibilidade de aplicação pura dos institutos vigentes estudados, diante das particularidades próprias do sistema político administrativo aqui implementado.

Portanto, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade das leis é realizado tanto pelo Poder Judiciário, quanto pelos demais Poderes da

República (Legislativo e Executivo), cada um em dado momento oportuno e com a profundidade própria compatível com as suas atribuições.

5. REFERÊNCIAS:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2ª Ed. Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Editor, 1999.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Efeito Vinculante e a concentração da jurisdição constitucional no Brasil**. 1ª Ed. Brasília: Consulex, 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7^a Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NOTAS:

[1] BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional**. 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237.

[2] CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Efeito Vinculante e a concentra o da jurisdi o constitucional no Brasil**. 1^a Ed. Brasília: Consulex, 2012, p. 69/70.

[3] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69/70.

[4] CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2^a Ed. Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Editor, 1999, p. 80/82.

[5] BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional**. 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237

[6] KELSEN, Hans. **Jurisdi o Constitucional**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, 239/298.

[7] PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7^a Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 779

[8] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982/983.

[9] PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7^a Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 783.

[10] PAULO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 784.

[11] MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 985.

[12] PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 784.

[13] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 985.

[14] MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 986.

[15] PAULO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 784.

[16] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 987.

[17] MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 989.

[18] BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 206.

[19] PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 785/786

[20] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 991/993.

[21] MENDES, Gilmar Ferreira **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 994.

[22] BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

[23] PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 789.

COBRANÇA INDEVIDA DE PEQUENO VALOR E O CARÁTER PUNITIVO E COMPENSATÓRIO DO DANO MORAL

OSÉAS MARQUES GOES E SILVA: Advogado, pós-graduando em processo civil - DAMASIO DE JESUS

RESUMO: Este artigo tem por ideal expor situações corriqueiras no dia a dia do consumidor, no entanto, vista com pouca importância, inclusive a nós operadores do direito. A chamada cobrança indevida de pequeno valor. Diante de tal situação, venho por esse meio de comunicação tentar mostrar o grau de importância que esse tema possui, em defesa da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana; direito do consumidor; cobranças indevidas de pequeno valor; dano moral e seu caráter punitivo e compensatório;

I. INTRODUÇÃO.

O objetivo do presente artigo é expor situações onde o consumidor é lesado financeiramente, acima de tudo, subjetivamente.

São situações corriqueiras existentes no Brasil por empresas de prestação de serviço, especificamente, consumeristas. De modo que tal

lesão é maquiada pelo baixo valor monetário da cobrança e, no momento que visualizamos o tamanho da sua extensão é que temos uma dimensão da mesma.

Uma lesão coletiva ocorre sobe os olhos dos consumidores brasileiros no momento em que as grandes e “sanguessugas” empresas impõe a cobrança de pequenos valores, indevidamente.

Em primeiro momento imagina-se um lucro pequeno e insignificante, no entanto, deve-se imaginar o mesmo lucro pequeno e insignificante em grande escala.

Em prol do consumidor hipossuficiente, vulnerável e com base na dignidade da pessoa humana, no caráter punitivo e compensatório do dano moral, escrevo o presente artigo.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FUNÇÃO SOCIAL

Nota-se certa dificuldade para definir o conceito de dignidade da pessoa humana devida a sua subjetividade, no entanto, sabe-se que se trata de uma clausula geral e dela é derivada diversas prerrogativas e garantias fundamentais.

É necessário fazer um filtro das prerrogativas e garantias fundamentais em prol do objetivo desse artigo.

Assim, “O homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas, principalmente, em sua essência”, bem como: “a previsão legal dos direitos da personalidade dignifica o homem”. (GAGLIANO; FILHO, 2009, p.135).

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009) o direito da personalidade tem como ideal a verdadeira essência humana podendo ser abrangido às projeções físicas, psíquicas e morais do homem.

Os direitos da personalidade são nada mais do que uma tentativa efetiva da concretização da cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

Filtrando, chegamos ao Direito à integridade moral, composto por direito à honra, à imagem e à identidade, fundamentado e justificado pela CRFB/88 em seu artigo 5, inciso X, abaixo transcrito.

Art. 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Direito à honra, acompanha o cidadão mesmo até após a morte, característica essa que demonstra a sua inerência à pessoa humana.

Para (Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho, 2009, p.174):
“A imagem, em definição simples, constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica”.

O Direito da imagem ainda pode ser dividido em duas vertentes, a imagem propriamente dita e a imagem reflexa perante a sociedade.

Já o direito à identidade traduz a ideia de proteção jurídica aos elementos distintivos da pessoa, natural ou jurídica, no seio da sociedade (GAGLIANO; FILHO, 2009, p.175).

O Direito à integridade moral deve ser respeitado, concretizado e efetivo em todos os âmbitos da vida social dentro de uma sociedade. É ainda, o mínimo da essência da dignidade da pessoa humana.

No âmbito consumerista não é diferente, aliás, deve ser majorada a necessidade de efetivar tais prerrogativas uma vez que se trata de uma relação de vulnerabilidade e hipossuficiência.

Visando proteger e preservar tais direitos nas relações humanas, surgem então, os princípios da função social e da boa fé objetiva, regendo toda e qualquer relação.

Diante do direito moderno, é inadmissível que em um contrato seja ele de consumo ou não, não se respeite a boa fé objetiva e a função social. Trata-se na verdade de requisitos intrínsecos. Não se pode estabelecer um vínculo entre pessoas e um determinado objeto visando unicamente o lucro.

Afirmam, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Trata-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa.

Aliás, de nada adianta concebermos um contrato com acentuado potencial econômico ou financeiro, se, em contra partida, nos depararmos com um impacto negativo ou desvalioso no campo social.

(GAGLIANO; FILHO. 2009.p.79)

Além dos princípios mencionados acima temos também o artigo 421 do Código Civil que traz a seguinte redação: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Assim, fica claro que a liberdade de contratar é plena, mas não é absoluta, devendo respeitar a função social do contrato.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ensina:

Essa liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores de dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente atacável. Nesse ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social.

O banimento das cláusulas leoninas não deve se dar apenas no âmbito trabalhista ou do consumidor, mas sim em todo e qualquer contrato, civil ou empresarial, entre partes economicamente iguais ou não. (GAGLIANO; FILHO, 2009, P.90)

Ao estabelecer um vínculo na relação negocial, a função social, boa fé objetiva, a honra, a imagem e a identidade devem ser respeitadas e conservadas em todo momento, inclusive de forma preventiva, pois,

todos esses mecanismos existem para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A necessidade de aplicar os referidos princípios também é assegurada pelo novo código de processo civil de 2015, onde no seu artigo 8º, traz a seguinte redação:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Nesse mesmo sentido, Fred Didier Junior nos ensina:

A argumentação jurídica em torno da dignidade da pessoa humana pode, com o perdão pelo truísmo, ajudar na humanização do processo civil, ou seja, na construção de um processo civil atento a problema reais que afetem a dignidade do indivíduo. (JUNIOR, 2015, P. 77).

Evidenciando que o direito moderno deve sempre promover a dignidade da pessoa humana, independente do seu ramo.

2.1 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

A atual Constituição chamada carinhosamente de cidadã, busca o amparo a todos, independentemente da classe socioeconômica de modo igualitário e isonômico.

Quando se trata de busca da tutela jurisdicional não é diferente. Todo cidadão que estiver em litígio poderá buscar o Poder Judiciário.

O que é positivado na atual CRFB, em seu artigo 5º inciso XXXV que informa: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O mestre Alexandre de Moraes nos ensina:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que

toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue. (MORAES, 2009, P.83).

O acesso à justiça exterioriza-se por meio do princípio da inafastabilidade da jurisdição que por sua vez é positivado no inciso XXV do artigo 5º da CRFB 88, enquadrando-se como um direito fundamental.

Assim, o acesso à justiça é também um requisito mínimo da vida em sociedade.

Nesse sentido, Fernando Pagani Mattos alega:

Esse entendimento suscita que o acesso à justiça abrange todas as áreas do poder, de maneira que os cidadãos possam exercer seus direitos inclusive frente a atividades estatais. Desse modo, garantem-se os fundamentos da democracia e da estrutura de um Estado fundado sobre suas bases. Eis o novo argumento que determina a compreensão do acesso à justiça como direito fundamental, uma vez que – ao proporcionar o mínimo existencial ao cidadão-

efetiva-se também a dignidade da pessoa humana.

(MATTOS, 2011, p.72)

Deve-se sempre respeitar o direito ao acesso à justiça, independente, de qual seja o valor monetário da causa ou do grau de importância para o julgador, sendo observados somente os requisitos do direito de ação.

3. COBANÇA INDEVIDA DE PEQUENO VALOR.

Resta claro a importância da dignidade da pessoa humana e suas definições nas relações negociais, bem como: a honra, a imagem, a identidade, função social do contrato, boa fé objetiva e a inafastabilidade jurisdicional.

Entretanto, deve-se levar em consideração, especificamente nas relações de consumo, que tais prerrogativas e garantias devem ser respeitadas independentemente do valor da lesão sofrida.

Nota-se um grande número de cobrança indevida de pequenos valores por meio de cartas ou até mesmo de descontos efetuados na conta bancária do consumidor.

Segundo o PROCON a cobrança indevida é a principal reclamação dos consumidores.

Focando exclusivamente na cobrança indevida de pequeno valor, a mesma não possui amparo jurisprudencial adequado. Leva-se em conta também o valor da cobrança.

A problemática deve ser enxergada na sua amplitude, ou seja, a quantidade de pessoas lesadas e a quantidade de lucro indevido que empresa terá ou teria. De modo que deve ser questionada a capacidade que a empresa poderia arrecadar com a quantidade de cobranças.

Importante também salientar que muitos dos consumidores preferem efetuar o pagamento a ingressar com ação judicial, haja vista o valor da cobrança, ou seja, dependendo do numero de pessoas que realizam o pagamento, já há o lucro independentemente das possíveis ações judiciais.

No momento em que a empresa efetua tais cobranças, a mesma fere o princípio da dignidade da pessoa humana e todas as suas definições e facetas, em busca do lucro.

4. DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO/SEM CAUSA

É necessário conceituar:

O enriquecimento ilícito é a transferência de bens, valores ou direitos, de uma pessoa para outra, quando não é caracterizada uma causa jurídica adequada.

Exemplo: cobrança de tarifas, por instituição financeira ou por empresa de telefonia, não previstas na legislação ou que não atendam a serviços efetivos.

(NORMAS LEGAIS, WEB).

O código civil de 2002 traz amparo legal em seu artigo 884 com a seguinte afirmação: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à causa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

O termo enriquecer deve ser entendido de forma sistemática de acordo com o caso concreto. Ao efetuar cobranças indevidas de pequeno valor, inicialmente o acréscimo patrimonial não aparenta ser acentuado, assim como a perda também. Entretanto, deve-se

analisar colocando o potencial de arrecadar em grande escala e o grande número de arrecadação. Da mesma forma, deve se levar em consideração também a perda da sociedade civil como um todo, afrontando a dignidade da pessoa humana.

5. DANO MORAL

O Dano moral é toda lesão que atinge o subjetivo íntimo do ser e insensível aos olhos, ferindo diretamente ou indiretamente à dignidade da pessoa humana.

Devidamente fundamentado no artigo 5º, inciso V, com a seguinte afirmação: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

Completando, "Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização" (STJ - REsp 8.768-0/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 18/02/1992).

Grande parte da doutrina afirma que tal lesão tem que ser profunda para gerar indenização, fundamentando-se no mero aborrecimento do dia-dia em sociedade.

É o que manda a jurisprudência abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.
CONTRATO DE TELEFONIA. VELOX. SERVIÇO DE DADOS. INTERNET. TESTE DE INSTALAÇÃO PREVISTO EM CONTRATO, SEM QUALQUER ÔNUS PARA O CONSUMIDOR. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE QUE NÃO ULTRAPASSA A ESFERA DO MERO ABORRECIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 1. É tranquila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mero aborrecimento, mágoa ou excesso de sensibilidade por parte de quem afirma dano moral, por serem inerentes à vida em sociedade, são insuficientes à caracterização do abalo, visto que tal depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio, da real

lesão à personalidade daquele que se diz ofendido.
(STJ - AREsp: 434901 RJ 2013/0385223-3, Relator:
Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento:
01/04/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de
Publicação: DJe 07/04/2014).

Por outro lado, temos também a ideia do caráter dúplice do dano moral, onde deve ser observado no caso concreto o caráter compensatório e punitivo da indenização.

Compensatório no sentido de compensar o quanto sofrido ao cidadão/consumidor e punitivo no sentido de impor uma “pena” para o ato ilícito da outra parte. Uma tentativa de “punição” e prevenção, no sentido de coibir que a empresa venha repetir tal lesão.

É o que informa jurisprudência abaixo:

Os danos morais são fixados pelo juiz de acordo com sua livre convicção e bom senso, levando-se em consideração que a indenização deve possuir um caráter punitivo e compensatório, sem que signifique

o enriquecimento do ofendido em detrimento do ofensor e deve ter como critérios a intensidade e a gravidade do dano causado, a repercussão da ofensa e a posição social e econômica das partes. (RE 534345, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 09/05/2008, publicado em DJE-094 publicado em 27/05/2008).

De um lado temos a ideia do mero aborrecimento que afasta totalmente a análise do *quantum debeat* da indenização, indeferindo o pedido. De outro lado temos ideia de analisar caso a caso, aplicando o caráter punitivo e compensatório conforme o caso concreto, respeitando os seus limites.

Certo que ocorreu uma proliferação dos pedidos de indenização do dano moral. Certo também que existe o mero aborrecimento do convívio societário.

Todavia os nobres julgadores devem observar o caso concreto, não é porque que a cobrança indevida possui um valor pequeno, que não cabe indenização. O caráter compensatório e punitivo entra nesse exato

momento, uma vez que é necessária uma visão sistemática das cobranças, observando-a em grande escala.

É inadmissível que tais condutas realizadas pelas grandes empresas ocorram com tanta frequência, afastando assim, por completo o fundamento de um erro justificável.

Em verdade, o caráter punitivo do dano moral é importado dos Estados Unidos da América, onde se considera uma punição penal dentro do âmbito civil. Caracterizado pela tese do desestímulo, gerando indenizações de valor altíssimo aos cidadãos.

No caso em tela, a BMW North America Inc. foi condenada ao pagamento de US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares) a título de danos punitivos a um consumidor, que se sentiu lesado diante da falta de prévia comunicação, por parte da distribuidora americana dos veículos BMW, acerca da nova pintura realizada em seu veículo, ocorrida em função de pequenas avarias resultantes da importação do veículo da fábrica alemã. (CONJUR,2002,WEB).

De fato, os sistemas dos ordenamentos jurídicos entre Brasil e EUA são incompatíveis, daí a impossibilidade de aplicar o caráter punitivo puro e propriamente dito.

Nesse sentido, tendo em vista a própria natureza jurídica dos danos punitivos acima exposta, verifica-se que os mesmos jamais poderão ser aplicados em território brasileiro, uma vez que não guardam qualquer relação com o instituto da responsabilidade civil. (CONJUR, 2002,WEB)

Enquanto isso, o Brasil é "campeão" em numero de reclamações no quesito prestação de serviço.

Ao mencionar qualquer espécie de direito, é necessário falar também em adequação do direito à realidade, com base na isonomia efetiva, ou seja, é possível copiar a ideia do dano moral punitivo e adequar à realidade fática do Brasil, fazendo uma mistura harmônica entre o caráter punitivo, compensatório e os limites da indenização. O que denominamos de dano moral híbrido.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO POR
DANO MORAL - INAPLICABILIDADE DA

SÚMULA 7/STJ - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - TORTURA COMETIDA POR POLICIAIS CIVIS.

(...)

2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.

(STJ - REsp: 487749 RS 2002/0165390-2, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 03/04/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.05.2003 p. 298)

Complementando a jurisprudência citada acima, André Gustavo Corrêa de Andrade, alega:

Assim, no que diz respeito especificamente ao dano moral, a afirmação de que a indenização, quando fixada em montante que busca tão-somente compensar ou satisfazer a vítima, já traz em si a finalidade punitiva deve ser recebida com reservas. Apenas abstratamente, de forma secundária, tal indenização estaria a desempenhar o papel de punição. O que imprimiria, concretamente, de forma primária, caráter de sanção penal à indenização seria justamente a inexistência de equivalência entre o dano e a indenização, com maior peso para esta última. Assim, apenas quando o agente fosse condenado ao pagamento de uma quantia cujo valor ultrapassasse o montante considerado necessário para a compensação do dano – e somente então – seria possível falar, legitimamente, em uma indenização punitiva ou que tivesse o propósito concreto e primário de punir o ofensor. (ANDRADE, 2003,WEB).

A problemática do presente artigo gera também uma descrença no Poder judiciário, que não alcança somente ao autor da ação que busca a tutela jurisdicional, mas também ao réu.

Devido à falta de “punição”, as empresas, que de fato, efetuam as pequenas cobranças, pois, as acreditam que não haverá uma “punição” severa.

Nesse sentido, Fernando Pagani Mattos:

Com base na noção de que judiciário e Estado estão intimamente relacionados com as formas de poder, Vê-se que os problemas enfrentados pelo sistema jurídico são resultados da crise da relação de autoridade e poder. Por isso, é necessário parar de afirmar que a simples mudança da lei ou do texto constitucional seria suficiente para que os problemas sociais e de descumprimento do direito fossem de uma vez por todos solucionados. A descrença decorre da falta de compromisso político para com questões sociais. (MATTOS, 2011, p. 111).

Tratando-se de valores pequenos, com fundamento no mero aborrecimento, o dano moral acaba sendo afastado ou analisado

inadequadamente. Desse modo a empresa continuará a efetuar as cobranças em situações análogas bem como continuará enriquecendo ilicitamente, tendo em vista um Poder Judiciário que não impõe uma “punição” adequada.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, fica evidente a importância de aplicação e respeito à dignidade da pessoa humana em todas as situações da vida civil. Para tanto, faz-se necessário providenciar mecanismo para efetivar esta cláusula geral.

Notórios abusos à dignidade da pessoa humana ocorrem corriqueiramente na vida dos consumidores brasileiros, onde, de modo sutil, as grandes empresas efetuam cobranças e descontos diretamente na conta bancária do consumidor. Tais cobranças são consideradas sutis por conta do valor pequeno que individualmente a mesma representa.

O direito está a serviço do homem, de modo que o Poder Judiciário deve sempre que possível e legal, atuar de forma preventiva. Assim, o remédio para tal lesão chama-se dano moral.

Atualmente, a grande parte da jurisprudência declara o mero aborrecimento como fundamento, afastando e indeferindo a indenização.

O dano moral, principalmente, nos casos de cobrança indevida de pequeno valor, deve ser sim, aplicado com base no duplo caráter do mesmo, compensatório e punitivo.

O caráter compensatório e punitivo possui efeito preventivo, impedindo que as mesmas cobranças se repitam em situações análogas.

Agindo de tal forma, a população quiçá consiga acreditar no Poder Judiciário, pelo menos em situações semelhantes, bem como, as prestações de serviços passem atuar no mínimo de forma digna e leal à dignidade da pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA. **Dano moral e indenização punitiva**. 2003. Fls 112. Dissertação (mestrado em direito).

Disponível em:

<http://portal.estacio.br/media/2476068/nilson%20de%20castro%20di%C3%A3o%202003.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

Conceito de enriquecimento ilícito, **Revista eletrônica**, Disponível

em: [http://www.normaslegais.com.br/juridico/enriquecimento-](http://www.normaslegais.com.br/juridico/enriquecimento-ilicito.html)

[ilicito.html](http://www.normaslegais.com.br/juridico/enriquecimento-ilicito.html)>. Acesso em: 18 de Setembro de 2015.

Cobranças indevidas são principal motivo de reclamação. **Gl.Globo**, 03 novembro 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/11/cobrancas-indevidas-sao-principal-motivo-de-reclamacao-no-procon.html>. Acessado em: 18 de setembro de 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil** contratos: teoria geral, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil-** parte geral. 11.ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

Indenizações milionárias. O caráter punitivo da indenização do dano moral. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. 06, Jul, 2002, 12h16, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-jul-06/carater_punitivo_indenizacao_dano_moral>. Acesso em: 20 de setembro 2015

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 17.ed. Salvador: Jus Poivm, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

Novo código de processo civil/ obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – São Paulo: Saraiva 2015.

Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel/ Anne Joyce Angher, organização. – 19.ed.- São Paulo: Rideel, 2014.



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - FUPAC
FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBERLÂNDIA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

TAMIRIS GONÇALVES ALMEIDA

**ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA
UTILIZAÇÃO PARA JUSTIFICAR A “GUERRA AO TERROR”**

UBERLÂNDIA

2015

TAMIRIS GONÇALVES ALMEIDA

**ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SUA
UTILIZAÇÃO PARA JUSTIFICAR A “GUERRA AO TERROR”**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Uberlândia – FUPAC, como requisito para a conclusão do curso.

Orientador: Luís Eduardo Fonseca Soares

UBERLÂNDIA

2015

Tamiris Gonçalves Almeida

**Abordagem crítica sobre o Direito Penal do Inimigo e a sua utilização para justificar a
“guerra ao terror”**

Dissertação apresentada à Universidade Presidente
Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 10/12/2015

BANCA EXAMINADORA

Luciana Aparecida de Freitas
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Luís Eduardo Fonseca Soares
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Thayz Nunes
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este trabalho à minha mãe, Amariles, pois sem ela esta conquista não seria possível;
Ao meu pai, Hernani, que mesmo distante nunca deixou de me apoiar e incentivar;
E ao meu grande irmão, Thalles, que com seu jeito único e alegre não me deixou fraquejar em momento algum.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente à minha mãe, mulher incrível que sempre lutou com muita garra para me oferecer uma educação de qualidade, e uma criação exemplar. Pessoa que, com sua braveza, sempre me inspirou a ser alguém melhor. É a fonte da minha força e a confiança que eu preciso para enfrentar o mundo.

Agradeço ao meu pai, que mesmo distante conseguiu estar presente em minha vida. Obrigada por ouvir todos os meus desabafos e crises existenciais. Você sempre me ajudou a escolher o caminho certo a trilhar.

Agradeço também meu irmão, que não deixou que a seriedade que esta graduação impõe se contaminasse no meu dia-a-dia, sempre me alegrando. Deixo aqui a minha gratulação a todos os meus demais familiares, que sempre se fizeram presentes nesta caminhada.

Quanto aos meus avós, Antônia e José, e ao meu outro pai, Paulo, sei que de onde estiverem estarão olhando por mim e me protegendo. Sempre estarão presentes em meu coração. Saudades eternas, e obrigada por tudo.

Aos meus professores Wander Pereira e Luís Eduardo Fonseca Soares, por todo o auxílio na escrita desta monografia.

Agradeço ainda aos meus amigos (as), colegas de classe e professores, obrigada pela paciência, incentivo, força e principalmente pelo carinho.

“No manicômio global, entre um senhor que julga ser Maomé e outro que acredita ser Buffalo Bill, entre o terrorismo dos atentados e o terrorismo da guerra, a violência está nos arruinando.”

Eduardo Galeano

RESUMO

Análise da controversa teoria formulada por Günther Jakobs – o Direito Penal do Inimigo – e da utilização da referida corrente doutrinária para justificar repressões desmedidas ao terrorismo – como, por exemplo, a chamada “Guerra ao Terror”. A princípio, serão abordados por esta, temas gerais de Direito Penal, com o intuito de fornecer noções basilares para que o tema proposto possa ser desenvolvido em sua plenitude. Para tanto, realizar-se-á a conceituação do ramo do Direito retro mencionado, bem como um breve apanhado histórico de sua evolução. Por conseguinte, há de tratar das teorias da conduta humana no delito, por meio de uma sucinta apresentação com o escopo de rever suas especificidades e falhas apresentadas. A análise destas se perpassará desde as clássicas teorias – teoria causalista, teoria neokantista, teoria finalista –, até as teorias modernas – funcionalista teleológica e sistêmica – que buscaram sistematizar o conceito de delito perante as mudanças sociais constantes. Outra tese examinada será a do penalista Jesús-María Silva Sánchez, que trata das Velocidades do Direito Penal. O presente trabalho ainda se encarrega de uma breve avaliação da teoria desenvolvida por Ulrich Beck, a chamada teoria da sociedade de risco, na qual o autor se ocupa de delinear as características marcantes do mundo pós-revolução industrial, e das consequências sociais do desenvolvimento tecnológico global. Após a dissecação das teorias supracitadas, é que se torna possível vislumbrar a origem do Direito Penal do Inimigo. Desta forma, inicia-se, então, o estudo específico da corrente doutrinária tema desta tese. A apreciação da teoria exposta por Günther Jakobs será iniciada pela determinação de seus antecedentes históricos, para que seja possível delinear as bases teóricas utilizadas pelo autor para formular este polêmico postulado. Em seguida, o Direito Penal do Inimigo será destrinchado em uma análise minuciosa do tema. Isto posto, será realizado um estudo conjuntural do terrorismo, de como tem se dado suas ações, e quais as reações dos Estados quando atacados por uma “ameaça terrorista constante”. Sendo assim, se faz cabível uma análise contextual dos atentados aos Estados Unidos, no famoso 11 de setembro de 2001, e as consequências da reação extremada colocada em prática pelo governo americano, quando o mesmo resolve adotar práticas comuns às colocadas na teoria de Jakobs. Por fim, será exposta a crítica realizada a adoção desta teoria. O Direito Penal do Inimigo é uma teoria baseada em aspectos antiquados, pois se trata de um direito penal de máxima repressão cuja intenção é punir

o inimigo e afastá-lo da sociedade para que assim se evite a incidência de novos crimes. Tais punições severas afastam certas garantias fundamentais do indivíduo, como o direito ao devido processo legal. Em uma sociedade em que Estados Democráticos de Direito imperam, seria absurdo defender uma teoria cuja essência gira em torno da derrogação de direitos humanos.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Günther Jakobs. Terrorismo. Direito de Máxima Repressão.

ABSTRACT

Analysis of the controversial theory formulated by Günther Jakobs - the Criminal Law of the Enemy - and the use of this doctrine to justify unreasonable repression of terrorism - as, for example, the "War on Terror". At first, will be addressed general issues of criminal law, in order to provide basic notions so the theme can be developed entirely. Thereunto will be held the concept of the retro mentioned branch of law, and a brief historical overview of its evolution. Consequently, will be discussed the theories of human behavior in the crime, through a brief presentation with the scope to review their specificities and presented failures. Analysis of these is thread through from the classical theories - causalist theory, neokantista theory, finalist theory - up to modern theories - teleological and systemic functionalist - that sought to systematize the concept of crime in the face of constant social changes. Another thesis will be examined the punitive Jesús María Silva-Sanchez, dealing with speeds of criminal law. This work also takes care of a brief review of the theory developed by Ulrich Beck, the so-called theory of risk society, in which the author deals with outline the salient features of the post-industrial revolution world, and the social consequences of technological development global. After dissection of the above mentioned theories, is that it is possible to discern the origin of the Criminal Law of the Enemy. Thus, begins then the specific study of the doctrinal theme of this thesis current. The assessment of the theory expounded by Günter Jakobs starts by determining its historical background, so you can outline the theoretical bases used by the author to make this controversial postulate. Then the Criminal Law of the Enemy will destrinchado on a thorough analysis of the subject. That said, one cyclical terrorist study will be conducted, how has given his actions, and what the reactions of the State when attacked by a "constant terrorist threat." Therefore, it is appropriate contextual analysis of the attacks on the United States, the famous September 11, 2001, and the consequences of extreme reaction acted by the US government, when it decides to adopt common practices to put in Jakobs theory. Finally, the criticism made the adoption of this theory will be exposed. The Criminal Law of the Enemy is a theory based on antiquated aspects, because it is a criminal law of maximum repression whose intention is to punish the enemy and remove him from society so that to avoid the incidence of new crimes. Such severe punishments away certain fundamental guarantees of the individual, such as the right to due process. In a society where law

of Democratic States prevail, it would be unreasonable to assert a theory whose essence revolves around the derogation of human rights.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Günther Jakobs. Terrorism. Law Enforcement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – CONCEITO, BASES HISTÓRICAS E CONTEXTO DO DIREITO PENAL	15
1 DIREITO PENAL	15
1.1 BREVE HISTÓRICO.....	17
1.2 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS JURÍDICO-PENAIIS DO DELITO.....	20
1.2.1 Teoria Causalista	20
1.2.2 Teoria Neokantista	20
1.2.3 Teoria Finalista	21
1.2.4 Teoria Funcionalista	22
1.2.4.1 Funcionalismo Teleológico	23
1.2.4.2 Funcionalismo Sistêmico.....	24
2 A SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL	25
3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL	29
3.1 PRIMEIRA VELOCIDADE	30
3.2 SEGUNDA VELOCIDADE	30
3.3. TERCEIRA VELOCIDADE.....	31
CAPÍTULO II – O CONSAGRADO DIREITO PENAL DO INIMIGO	33
1 ANÁLISE INICIAL	33
2 A CRONOLOGIA DE UMA TEORIA	34
3 FUNDAMENTO TEÓRICO	38
4 O INIMIGO	44
5 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	46
6 DIREITO PENAL DO INIMIGO VERSUS DIREITO PENAL DO CIDADÃO	49
CAPÍTULO III – O TERRORISMO ANALISADO SOB OS PRESSUPOSTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	51
1 O TERRORISMO	51
2 O CONCEITO DE TERRORISMO	52

3 ANÁLISE SOBRE O FENÔMENO TERRORISMO	55
4 O ATENTADO DE 11 DE SETEMBRO DE 2001	56
5 A GUERRA AO TERROR.....	58
6 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	62
7 A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PARA EXPLICAR A GUERRA AO TERROR.....	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo geral a realização de uma abordagem – crítica – da Teoria do Direito Penal do Inimigo elaborada pelo jurista alemão Günther Jakobs, e de como este arcabouço argumentativo vem sendo utilizado para fundamentar a chamada “Guerra ao Terror”.

O estudo e a realização de uma análise crítica sobre o Direito Penal do Inimigo é de suma importância, devido às implicações que a adoção de tal teoria – tão extremista e retrograda – em pleno século XXI, traz. A polarização que esta doutrina impõe, entre cidadãos e inimigos, como se houvesse um estado de guerra, traz reminiscência de um passado amargo.

A adoção de um Direito Penal do Inimigo, com punições radicais, onde grande parte dos Direitos Fundamentais – aqueles inerentes ao homem – são restritos, seria um retrocesso inexplicável, que implicaria em simplesmente ignorar grandiosas conquistas – como, por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos – que não foram fáceis de alcançar.

Sendo assim, é necessário que os discentes do curso de Direito tenham conhecimento do arcabouço teórico aqui proposto. Pois, conforme o escritor uruguaio Eduardo Galeano, “a primeira condição para modificar a realidade é conhecê-la”.

Segundo Bervian e Cervo (2007), “o homem de cada período histórico assimila resultados científicos das gerações anteriores, desenvolvendo e ampliando alguns aspectos novos”. Sendo assim, o método utilizado para a realização desta monografia foi o de pesquisa bibliográfica. Tal método consiste na análise de diversas referências teóricas encontradas em livros, artigos científicos, web sites e afins.

Por meio deste levantamento de material sobre o tema proposto, foram elaboradas situações problemas e hipóteses de solução para as mesmas. O intuito da escolha deste método foi analisar as principais contribuições teóricas existentes sobre o Direito Penal do Inimigo, para que com isso possamos ampliar o conhecimento sobre o tema proposto, e utilizá-lo como ferramenta para a criação de soluções para as situações colocadas.

Deste modo, a partir do estudo da teoria proposta por Günther Jakobs - o Direito Penal do Inimigo – e o dado o contexto mundial, surgem determinados questionamentos. Qual seria o fundamento da adoção de medidas no sentido desta teoria por um Estado? Por que ela está sendo aplicada para justificar a “Guerra ao Terror”? E por quais motivos a utilização desta não seria a melhor forma de tratar o terrorismo?

Para que seja possível responder tais questões supramencionadas, é necessário que se estabeleça as ferramentas que serão utilizadas para tanto. Portanto, os objetivos específicos infra determinados nada mais são que o instrumental utilizado para que se possa replicar as situações retro problematizadas, e estão delimitados da seguinte forma:

- Explanação sobre os conceitos de Direito Penal, e sobre o que trata este ramo do direito. Além disso, será realizado um breve apanhado histórico da evolução do Direito Penal. Através da análise destes pontos formar-se-á parte da composição base geral para a compreensão do tema proposto.
- Compêndio sobre as teorias jurídico-penais da ação e sobre as velocidades do Direito Penal, com o fim de delineamento das origens teóricas do Direito Penal do Inimigo.
- Explicação minuciosa do Direito Penal do Inimigo, tratando especificamente sobre suas origens, sua conceituação, características, e outros.
- Panorama geral sobre o terrorismo, o contexto internacional hodierno, e como a teoria supracitada é utilizada na conjuntura em questão.
- Finalmente, devido ao acúmulo realizado com a feitura dos pontos acima, as críticas sobre o Direito Penal do Inimigo, e sobre a utilização do mesmo para justificar a “Guerra ao terror” serão realizadas.

Sendo assim, o primeiro capítulo deste tratará de realizar um breve apanhado – tanto histórico quanto moderno – das teorias que marcam o Direito Penal. Quais sejam as teorias jurídico-penais da ação, a sociedade de risco, e o Direito Penal das velocidades.

No segundo capítulo incumbirá de destrinchar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs. Para tanto, será esboçada uma breve cronologia da criação da tese em voga, o estudo dos fundamentos teóricos que serviram de apoio para que ela surgisse, as principais características que ela possui, a caracterização de um inimigo, e outros.

O terceiro capítulo será responsável pela delimitação do grande tema chamado terrorismo, onde se realizará o recorte focado nos atentados de 11 de setembro, e na guerra ao terror. No término do capítulo, há de se abordar, de maneira crítica, a Teoria do Direito Penal do Inimigo. E finalmente, serão expostas as considerações finais diante de tudo que foi exposto.

CAPÍTULO I – CONCEITO, BASES HISTÓRICAS E CONTEXTO DO DIREITO PENAL

1 DIREITO PENAL

O termo Direito Penal está intimamente conectado a alguma forma de violência. Basta um breve olhar sobre a sociedade hodierna para observar que as relações humanas são – e sempre foram – contaminadas pela violência. O sociólogo alemão Durkheim, no fim do século XIX, já lecionava que, em todas as sociedades constituídas pelo ser humano, ocorre a incidência da criminalidade. Sendo assim, para o teórico, a criminalidade é um fenômeno social normal, e conseqüentemente, para a contenção da mesma, é necessária a criação de normas que regulem tais relações sociais. (BITENCOURT, 2012)

Com efeito, o Direito Penal surge como uma forma de controle social formal, que busca solucionar a ruptura social gerada por meio de comportamentos ilícitos. Dessarte, o Direito Penal atuará quando os outros mecanismos de controle social existentes no direito forem insuficientes para a resolução dos conflitos supramencionados, ou seja, como *ultima ratio*¹. (BITENCOURT, 2012)

O procurador da justiça, e professor, Fernando Capez dá, em sua obra “Curso de Direito Penal – Parte Geral” (2012), uma definição para o Direito Penal:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação. (CAPEZ, 2012, pg. 18)

No trecho acima, Capez conceitua o Direito Penal como o ramo do Direito que possui a função de determinar quais comportamentos merecem relevância penal, além de descrever a respectiva punição para o indivíduo que o pratica.

Para Estefam e Gonçalves (2012), o Direito Penal pode ser definido como:

¹ Expressão latina que pode ser traduzida como a última razão. (SANTOS, 2001)

Ramo do Direito Público, que se ocupa de estudar os valores fundamentais sobre os quais se assentam as bases da convivência e da paz social, os fatos que os violam e o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) destinadas a proteger tais valores, mediante a imposição de penas e medidas de segurança. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 33)

Os autores do livro “Direito Penal Esquemático – Parte Geral” conceituam o Direito Penal como uma subdivisão do Direito Público que trata de estudar os bens jurídicos fundamentais os quais se assentam uma sociedade, e por consequência, tipifica condutas que prejudicam tais bens. Uma vez que o escopo maior desta seara do Direito é prover a proteção destes valores, impondo penas e afins.

O doutrinador César Roberto Bitencourt, no livro “Tratado de Direito Penal – Parte Geral”, apresenta a duplicidade conceitual do Direito Penal. Por um lado, é entendido como “como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança”. Por outro lado, o Direito Penal, “apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais”. (BITENCOURT, 2012)

São inúmeras as definições de Direito Penal, que se sucedem, conservando de modo geral, a mesma essência. Rogério Greco, jurista brasileiro, afirma que “A finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade.” Para que esta proteção seja de fato concretizada, o Estado utiliza-se do seu monopólio da força para cominar, aplicar e executar penas. Desta forma, observa-se que a pena não é a finalidade do Direito Penal, apenas um instrumento de coerção para proteção dos bens significativos da sociedade. (GRECO, 2015)

Para Miguel Polaino-Orts, professor da Universidad de Sevilla, a principal função deste ramo do Direito é “assegurar a confiança geral nas normas penais e manter o respeito geral a ditas normas”. Para o autor, se os cidadãos não puderem confiar no ordenamento jurídico que os rege, quebra-se o principal pressuposto básico de uma sociedade: a confiabilidade que os indivíduos possuem na norma. (POLAINO-ORTS, 2014)

Ante o exposto, depreende-se, portanto, que o Direito Penal, atua como meio de controle social formalizado, moderando o trato dos indivíduos em sociedade. É concretizado por meio do

monopólio do *jus puniendi*², que o Estado mantém sob o poder coercitivo. Para tanto, se faz necessária a criação de um aparato legal que regule a *persecutio criminis*³, que ocorrerá conforme as normas preestabelecidas. (BITENCOURT, 2012)

Por fim, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, somente haverá intervenção penal quando os demais ramos do Direito se mostrarem inaptos a tutelar devidamente os bens jurídicos relevantes na vida em sociedade, sendo, portanto o último recurso do Direito a ser utilizado. (BITENCOURT, 2012)

Conforme o sistema político instituído pela Carta Magna brasileira de 1988, o Direito Penal deverá ser estruturado a partir da concepção democrática do Estado de Direito. Isto significa dizer que deverão ser respeitados os princípios e garantias reconhecidos na Constituição Federal. Ou seja, o Direito Penal deve estar a serviço da sociedade, objetivando a proteção dos bens jurídicos fundamentais, para que, assim, se alcance uma justiça equitativa. (BITENCOURT, 2012)

Nesta direção, ao se levar em consideração os dizeres constitucionais, é compreensível a constante luta por um Direito Penal humano, que se legitime por meio do acato aos direitos e garantias individuais trazidas pela Carta Magna. (BITENCOURT, 2012)

1.1 BREVE HISTÓRICO

O agrupamento de seres humanos pelas várias regiões do planeta fomentou a criação de blocos de indivíduos com características (sociais, culturais; religiosas, políticas etc.) em quase tudo comuns. Desse agrupamento humano nasce uma comunidade ligada por um laço espontâneo e subjetivo de identidade, e para sobrevivência da mesma fez-se necessária a criação de um conjunto mínimo de regras, inclusive penais. (MAZZUOLI, 2013)

O Direito, em sua origem, consuetudinário, era transmitido oralmente, sendo que cada agrupamento social possuía suas próprias regras. Em seus primórdios, o Direito era impregnado de valores morais religiosos. O instrumento legal mais célebre deste período é o Código de Hamurabi, que possui vários preceitos com disposições criminais, o tornando, em certo ponto, uma das primeiras leis penais que se tem ciência. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

² Expressão latina que pode ser traduzida como o direito de punir. (SANTOS, 2001)

³ Brocardo latim que significa perseguição do crime. (SANTOS, 2001)

Por muitos anos o Direito permaneceu atrelado à religião, e desta forma, as penas eram entendidas como vingança divina, mística. Eventos naturais (chuvas, secas, longos invernos, estiagens) eram entendidos como prêmio ou castigo, relativos à ação do homem. Ou seja, a violação das regras sociais era punida severamente, pois, acreditava-se que se a desobediência ficasse impune poderia despertar a ira das divindades. Portanto, as aplicações de castigos tinham o objetivo de apaziguar, evitando uma possível revolta dos deuses. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Com a evolução das sociedades e o surgimento da propriedade privada, o homem passa a tomar o direito para si, e fazer justiça pelas próprias mãos. A desobediência ao direito cominava em castigos, muitas vezes exagerados e desproporcionais. Mas, a ausência de equilíbrio entre a ação transgressora e a sanção imposta, foi causando, ao longo do tempo um enfraquecimento gradativo do grupo social. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

As frequentes penas de morte, banimento, bem como as mortes decorrentes das batalhas com clãs rivais, acabavam por debilitar a célula social. Surge, neste contexto, o Talião, um processo de justiça cujo objetivo era estabelecer penas proporcionais ao mal causado, de maneira individual – origem da conhecida expressão: olho por olho, dente por dente. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

No Império Romano, em seu período clássico, o Direito passa a ser escrito predominantemente por juristas, se tornando uma ciência coerente e racional. E é neste contexto que surge a divisão do Direito em dois grandes ramos, o público e o privado. Os romanos contribuíram para a evolução do direito penal fazendo a distinção do crime, do propósito, do ímpeto, do acaso, do erro, da culpa leve, do simples dolo e dolo mau (*dolus malus*), além do fim de correção da pena. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Com a formação de reinos e afins, cria-se um aparato estatal primitivo e este passa a intervir no Direito. Os reinos, então passam a deter o monopólio do poder de coerção, sendo o único legitimado a impor penas criminais. A pena se torna uma garantia da existência do próprio Estado, já que este último possuía a responsabilidade de assegurar a integridade territorial, política e social de seus súditos. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

O fim do século XVII é marcado pelo início do período humanitário do direito penal. Este movimento lutou pela reforma das leis e humanização das penas. Obras como o “Contrato Social” (Rousseau) e “O Espírito das Leis” (Montesquieu) inspiraram o Marquês de Beccaria a

escrever o livro “*Dei Delitti*”. Esta obra se tornou um símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente. E surge neste contexto a Escola Clássica do Direito Penal. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Beccaria, precursor da Escola Clássica, entendia que através do contrato social, os homens se reuniam em grupos para evitar possíveis sofrimentos, abrindo mão de parte de sua liberdade para constituir uma sociedade. Sendo assim, acreditava que a pena tinha a finalidade de dar exemplos, para que desta forma, outros indivíduos não cairiam na tentação de praticar um delito. Carrara, outro autor da Escola, entendia que o delito não se configurava como uma ação, e sim como uma infração, que provinha de um ato moralmente imputável. No dado contexto, a pena, para o autor, seria a retribuição pelo mal praticado, sendo esta de natureza repressiva, aflitiva e pessoal. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Com o avanço das ciências sociais, no fim do século XIX, a Escola Clássica torna-se ultrapassada, visto que a sociedade já havia passado por grandes transformações e as colocações feitas por esta corrente teórica deixava a desejar quando aplicada na realidade da época. A criminalidade aumentava, e as pessoas buscavam soluções jurídicas para resolver esta questão. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

O criminoso passa a ser estudado com afinco, através da utilização de novos métodos, buscando entender as causas do delito. O crime era entendido como um fato social e humano. Os positivistas entendiam que alguns seres humanos nasciam predominados a serem criminosos. Para tais teóricos a pena possuía caráter preventivo e serviria como instrumento de defesa social. As sanções eram aplicadas pela periculosidade do agente, e não pela gravidade do ato ilícito. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

A Terceira Escola também chamada de Escola Eclética, Crítica, Sociológica ou do Naturalismo Crítico, a qual procurava fundir as demais e, a partir daí, criar uma terceira concepção. É marcada pela adoção do método positivista nas ciências penais auxiliares, mas utilizaram o método lógico-abstrato na dogmática penal. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

O crime era entendido como um fenômeno natural e também como um ente jurídico. Além disso, estavam presentes no pensamento desta Escola a culpa moral e a periculosidade - sendo que esta era o fundamento para a pena do imputável. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

1.2 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS JURÍDICO-PENAIIS DO DELITO

1.2.1 Teoria Causalista

Representada por Von Liszt e Beling, a teoria causalista foi dominante no início do século XX, e foi responsável pela elaboração do conceito clássico de delito, produto do pensamento jurídico característico do positivismo jurídico. Consequentemente, adotou conceitos avalorativos, imparciais, próprios das ciências naturais, tal como a física ou a psicologia. Uma das características mais marcantes desta corrente doutrinária foi a restrição do objeto de estudo para apenas o direito já positivado. (BITENCOURT, 2012)

Para esta corrente, o delito é uma ação – um movimento corporal humano –, que produza uma modificação no mundo exterior, ou seja, um resultado. A teoria utiliza-se de uma didática simples, que conecta a conduta ao resultado por meio do nexo de causalidade. Pela primeira vez se distingue o aspecto objetivo do crime, representado pela tipicidade e antijuridicidade, do critério subjetivo, correspondente a culpabilidade. Outra característica marcante é que a ação, concebida de forma puramente naturalística, embora tenha origem na vontade, no conceito clássico, não havia preocupação alguma com tal exórdio, apenas com a produção do resultado externo. (BITENCOURT, 2012)

Composto de elementos meramente descritivos, o tipo penal ostentava um resultado, proveniente de uma conduta. A antijuridicidade, para esta corrente, é a contradição existente entre a norma, que requer obediência, e a conduta do agente, quando inexistia ausência de causas de justificações. A culpabilidade, entendida como o elemento subjetivo do delito, era vista como o elemento psicológico que unia a conduta e o autor. (BUSATO, 2012)

1.2.2 Teoria Neokantista

Devido a origem de uma nova corrente filosófica, passa-se a questionar o paradigma causalista do Direito Penal. Influenciados pela Teoria dos Valores, formulada por Immanuel Kant, diversos teóricos adaptaram esta teoria à seara do Direito Penal. Conforme os ensinamentos de Edmund Mezger, propulsor da teoria neokantista, a coerência formalista e classificatória do

pensamento clássico passa a ser substituída por um conceito teleológico de delito, ou seja, voltado para os objetivos pretendidos pelo Direito Penal. (BUSATO, 2012)

Neste sentido, Cleber Masson afirma que:

O neokantismo substitui o método puramente jurídico-formal do positivismo, acolhendo como objetivo fundamental a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal. A Ciência do Direito, ao contrário da ciência natural, preocupa-se com os “fins” e não com as “causas”, por isso há uma independência entre elas. Assim, ao lado das ciências naturais, mas separadamente delas, o Direito deve promover e construir uma ciência de fins humanos. (MASSON, 2014, pg. 150)

O fragmento acima retrata a mudança de paradigmas que resulta da decadência do método puramente positivista e da ascensão do método neokantista.

A consequência da influência do caráter valorativo desta corrente é observado por meio da transformação que esta realiza nos elementos do crime. O conceito de ação deixa de ser puramente naturalístico, e passa a ter um significado social, deixando de ser caracterizada como simples movimento corporal. O reconhecimento da existência de elementos normativos e de elementos subjetivos do tipo transformaram o conceito de tipicidade. Desta forma, o injusto passa a ser analisado pelo dano que causou a sociedade. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012; MASSON, 2014)

A antijuridicidade, que era compreendida como a contradição existente entre uma norma e um comportamento ilícito, passa a ser concebida sob um aspecto material, exigindo-se a existência de danosidade social. Isto permitiu a graduação do injusto conforme a gravidade da lesão produzida. Por fim, a culpabilidade passa a ser valorada, como juízo de reprovabilidade, composta pela exigibilidade de conduta diversa e pela associação da vontade a consciência da ilicitude do fato. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012; MASSON, 2014)

1.2.3 Teoria Finalista

A teoria finalista tem como maior expositor o jurista Welzel, que buscou colocar a ação humana como o conceito central da teoria do delito. O autor buscou corrigir falhas presentes nas teorias anteriores e preencher as lacunas nelas existentes. Em seu modelo, Welzel negava haver uma separação entre o mundo ontológico e o axiológico, além de rechaçar a separação dos aspectos subjetivos e objetivos do crime. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012)

A principal contribuição feita por esta teoria foi a retirada dos elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, dando origem a uma concepção puramente normativa. Além disso, o dolo e a culpa, que antes faziam parte da culpabilidade, passam a ser integrados ao injusto. Para o autor, toda ação humana é dirigida a uma finalidade, sendo assim, o dolo, representa a vontade direcionada ao propósito delitivo. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012)

Por sua vez, o tipo penal corresponde a mera descrição da ação proibida. Neste sentido, a antijuridicidade pode ser entendida como a ausência de causas que justifiquem a ação criminosa. Por fim, a culpabilidade, que pode ser traduzida como o juízo de reprovação pessoal, estrutura-se na possibilidade que o agente tem de escolher uma finalidade ilícita para uma conduta. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012)

A adoção desta nova estrutura, sustentada pela teoria finalista, gerou diversas consequências, tais como: a possibilidade de distinção entre tipos dolosos e culposos, entre outras. O modelo teórico finalista foi amplamente aceito doutrinariamente, e fizeram dele o modelo padrão da teoria do crime, afastando, por um longo tempo, a discussão doutrinária no âmbito político-criminal. (BITENCOURT, 2012; BUSATO, 2012)

1.2.4 Teoria Funcionalista

A teoria funcionalista surge na Alemanha, a partir de 1970, com o intuito de resgatar fundamentos do finalismo, por isso, também é conhecida como teoria pós-finalista. O intuito desta corrente teórica é ressaltar o caráter funcional do Direito Penal. Para tanto, seria necessário que se abandonasse o tecnicismo jurídico da adequação típica, para que o tipo penal seja capaz de cumprir sua função de fato, a de manter a paz social e aplicar as políticas criminais. (MASSON, 2014)

O funcionalismo penal entende o Direito como regulador da sociedade, sendo assim, por meio da utilização da teoria da imputação objetiva, o âmbito das expectativas normativas de conduta é reduzido. Conseqüentemente, questiona-se a validade do conceito de conduta desenvolvido pelos modelos criados pelas teorias predecessoras. (MASSON, 2014)

O real escopo do Direito Penal deve ser a busca da realização de seu encargo precípua: viabilizar o devido funcionamento da sociedade. Conclui-se que para esta corrente doutrinária, mais ponderoso seria atingir sua função retro mencionada do que simplesmente seguir os ditames literais da lei. Desta forma, aquele que interpreta as normas deverá buscar a real vontade da lei, e

emprega-la, para que se desempenhe o papel que esta foi projetada para cumprir. Neste ponto, a teoria funcionalista se divide em duas correntes distintas: o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico. (MASSON, 2014)

1.2.4.1 Funcionalismo teleológico

Tal corrente, capitaneada por Claus Roxin, foi responsável pelo desenvolvimento e sistematização da teoria do domínio do fato, além disso, criou novas posições sobre a teoria da pena e sua concepção preventiva geral positiva. Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma:

Roxin pretende evidenciar que o Direito Penal não deve ser estruturado deixando de lado a análise dos efeitos que produz na sociedade sobre a qual opera, isto é, alheio à realização dos fins que o legitimam. Por isso, sustenta que quando as soluções alcançadas no caso concreto, por aplicação dos conceitos abstratos deduzidos da sistematização dogmática, sejam insatisfatórias, elas podem ser corrigidas de acordo com os princípios garantistas e as finalidades político-criminais do sistema penal. Em outras palavras, a configuração do sistema de Direito Penal passa a ser estruturada teleologicamente, atendendo a finalidades valorativas. (BITENCOURT, 2012, pg. 251)

Roxin parte do pressuposto de que o Direito Penal possui caráter subsidiário, ou seja, somente deverá ser utilizado como ultimo recurso de Direito. Acrescenta-se ainda que os bens jurídicos objetos de proteção deste ramo do Direito são aqueles considerados fundamentais ao desenvolvimento social do indivíduo. (BUSATO, 2012)

A principal contribuição desta corrente doutrinária se encontra nos apontamentos realizados pelo autor sobre a latente necessidade de que a construção teórica esteja em função da resolução de dilemas que surgem na realidade social. Sua teoria foi elaborada baseando-se na política criminal, e vincula os elementos do delito a diversos valores predominantes. (MASSON, 2014)

Para a teoria funcional teleológica, a tipicidade não pode ser vista como mera adequação do fato ao tipo penal. O tipo deve cumprir sua função político-criminal, além de descrever os elementos que excluem o dolo, caso o autor não os conheça. A antijuridicidade por sua vez, tem a função de resolver conflitos ocorridos entre os interesses sociais e individuais. É uma espécie de elemento negativo do tipo. (BUSATO, 2012; MASSON, 2014)

A culpabilidade passa a ser substituída pela teoria da responsabilização penal, ou seja, avalia-se o merecimento, ou não, da pena. Dessarte, o autor se utiliza de um conceito bipartido de

delito, cujos elementos são: o injusto penal (fato típico e ilícito) e a responsabilidade, que inclui a culpabilidade do autor. (BUSATO, 2012; MASSON, 2014)

1.2.4.2 Funcionalismo sistêmico

A Escola de Bonn, que tem como principal expoente o jurista Günther Jakobs, criou a corrente doutrinária denominada funcionalismo sistêmico. Segundo o autor, o Direito Penal deve ser considerado como um subsistema⁴ no universo jurídico, isso implica que ele possui suas próprias regras, e que a elas se submete. (MASSON, 2014)

O maior escopo do Direito Penal é a estabilização normativa, que deve ser alcançada. Neste sentido, Bitencourt (2012) afirma que: “Jakobs sustenta que o Direito Penal deve ser entendido e sistematizado em função dessa finalidade, ou seja, em função da reafirmação da vigência da norma”. (BITENCOURT, 2012)

Neste aspecto, esta compreensão – de que o Direito Penal deve se preocupar unicamente com a reafirmação da vigência da norma – se torna tão extrema que o conceito de bem jurídico se enfraquece, uma vez que o verdadeiro bem jurídico tutelado pelo ramo deve ser a validade fática das normas. Logo, exemplifica Bitencourt:

Quando, por exemplo, faz alusão ao objeto de proteção do Direito Penal no crime de homicídio, Jakobs argumenta que a provocação da morte não constitui propriamente a lesão do bem jurídico-penal, mas tão só a lesão de um bem. Em sua ótica, a conduta de matar adquire sentido para o Direito Penal, não porque lesa o bem vida, mas na medida em que representa uma oposição à norma subjacente do delito de homicídio, isto é, na medida em que o autor da conduta dá causa ao resultado morte com conhecimento (dolo) ou com a cognoscibilidade (culpa) de que escolhe realizar um comportamento que pode provocar consequências, em lugar de escolher realizar uma conduta inócua. (BITENCOURT, 2012, pg. 256)

No trecho acima, Bitencourt esclarece o cerne da teoria funcionalista sistêmica de Jakobs. Ao praticar um delito, o autor fere o Direito Penal não porque lesa um bem tutelado por este ramo do Direito, mas sim porque escolhe agir em oposição à norma penal vigente.

Com efeito, a preocupação excessiva com o normativismo impossibilita a limitação do poder punitivo estatal para que este possa de fato atender as reais pretensões da sociedade. A

⁴ O nome funcionalismo sistêmico vem do entendimento de que o Direito Penal é um subsistema sistema autônomo, autorreferente e autopoiético, dentro do sistema mais amplo da sociedade. (MASSON, 2014)

Teoria do Direito Penal do Inimigo, também elaborada por Günther Jakobs, surge como um desdobramento de seu funcionalismo sistêmico. (BITENCOURT, 2012)

2 A SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL

Ante o exposto, pode-se afirmar que o Direito Penal é por excelência o reflexo da moral de uma sociedade, uma vez que retrata o eterno embate entre a segurança pública e a liberdade individual. Como retrata Tobias Barreto *apud* Alexandre R. A. de Moraes:

O direito penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço da humanidade. (MORAES, 2011, pg. 23)

O Promotor de Justiça Alexandre R. A. de Moraes, em seu livro “Direito Penal do Inimigo: a Terceira Velocidade do Direito Penal” afirma que a moral de um povo e o Direito estão intimamente ligados. A partir dessa premissa, seria possível avaliar quão elevada se encontra a virtude dos homens de determinada sociedade, uma vez que esta seria inversamente proporcional a menor necessidade de utilização do Direito. Ou seja, quanto maior a necessidade do uso do Direito, maior seria o indício de que o povo se encontra afundado em uma crise moral. (MORAES, 2011)

Neste contexto, a sociedade rotulada de “pós-industrial”, não poderia deixar de influenciar fortemente os teóricos de Direito. E. Raúl Zaffaroni, em seu livro “O Inimigo no Direito Penal” (2007), elenca diversos sinais alarmantes que ocorrem na situação fática atual, são eles: a planetarização do poder, e a possibilidade de uma ditadura global; a intimidade se vê ameaçada pelo potencial tecnológico ilimitado; as condições de vida, que se encontram em cheque, vez que as condições do planeta se deterioram rapidamente; e etc. (ZAFFARONI, 2007)

Sobre a sociedade pós-industrial, Zaffaroni ainda assevera que:

Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *völkisch* e vingativa sem precedentes; a capacidade técnica de destruição pode arrastar a vida; guerras são declaradas de modo

unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigo e emergências – com os consequentes Estados de Exceção – em série e em alta velocidade. (ZAFFARONI, 2007, pg. 15)

Esta conjuntura, descrita tão claramente no fragmento acima, não poderia deixar de influenciar o Direito. A dita sociedade globalizada, marcada pelo enfraquecimento do Estado e pela busca pelo lucro imensurável, avoluma a crise em que se encontra a humanidade. A velocidade em que as mídias sensacionalistas divulgam as barbaridades ocorridas ao redor do mundo faz com que estas questões, cruciais, se tornem banalidades, que se esvaem para o mundo do esquecimento em dois segundos. (MORAES, 2011)

Sobre a crueldade da mídia globalizada, Zaffaroni leciona:

Com frequência instrumentalizam-se vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabeçam campanhas de *lei e ordem*, nas quais a vingança é o principal objetivo. [...] Por todos estes meios pouco éticos ou diretamente criminosos, vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem protesta o discurso publicitário. (ZAFFARONI, 2007, pg. 75)

No fragmento supracitado, Zaffaroni aponta a existência do fenômeno de instrumentalização das vítimas de violência para que estas despertem na população o desejo pela ordem e por mais leis. A criação indiscriminada de normas tem o condão de, apenas, conferir a população uma ilusão de segurança.

Este novo paradigma global provoca a efervescência de diversas teorias, como a teoria do risco social, o expansionismo do Direito Penal, e até o, famigerado, Direito Penal do Inimigo.

O sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986, cria a teoria da sociedade de risco, com o objetivo de esclarecer questões da pós-modernidade. Segundo ele, a produção social de grande parte da riqueza vem acompanhada por igual produção de riscos, solicitando a interferência penal em novas searas, como a economia. (GUZELLA, 2008)

O avanço desmedido das novas tecnologias, combinadas com o desenvolvimento científico acadêmico, resultou na criação de novos quadros que exigem maior proteção e segurança aos indivíduos – como, por exemplo, o desenvolvimento de armas nucleares, que trás aos cidadãos novos riscos, antes desconhecidos. (GUZELLA, 2008)

A consequência do surgimento destes novos riscos é a insegurança sentida pela sociedade, que passa a clamar por maior rigidez penal, no intuito de reduzir as margens dos riscos por meio de decisões punitivas. Desta forma, ocorre uma expansão no Direito Penal que passa a tutelar bens jurídicos supra individuais. (GUZELLA, 2008)

Sobre a sociedade do risco, Polaino-Orts (2014) declara:

Contudo, o fenômeno mais característico das sociedades modernas é o incremento do risco que se traduz em um Direito Penal da segurança – ou mais precisamente – em um Direito Penal do Inimigo: uma espécie de Direito de polícia (*Polizeirecht*), contraposto, mas complementar do Direito Penal de cidadãos, que combate sujeitos especialmente perigosos que revelam, com seu comportamento delitivo, um devastador potencial de desestabilização social. (POLAINO-ORTS, 2014)

O professor espanhol, no trecho acima, explicita que o resultado da existência de sociedades de risco é a consequente expansão penal que ela provoca. Ou seja, o Direito Penal passa a se dividir em duas vertentes, uma para tutelar os cidadãos, e outra para tutelar aqueles que possuem comportamento delitivo frequente, que representam uma potencial desestabilização social.

Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, entende que o conceito de risco criado por Beck não seria suficiente para explanar a real novidade que a globalização introduz na vida humana. Segundo o teórico, a ideia do risco partiria da premissa de que há uma regularidade essencial, que torna possível o cálculo dos riscos. Ou seja, o conceito de Beck só faria sentido se o mundo fosse marcado pela repetição dos fatos. Diante de tal inverdade, uma vez que esta não corresponde a realidade fática do mundo globalizado, Bauman propõe a substituição da expressão “sociedade de risco” pela expressão “sociedade da incerteza”. (WERMUTH, 2010)

Bauman afirma que diariamente novos perigos são descobertos, e que a vida hodierna se transformou em uma constante luta contra o medo, que passa a ser visto como um acompanhante inseparável do indivíduo. A principal consequência destes sentimentos de insegurança e medo que vive a sociedade moderna é a crescente preocupação com as “novas” formas de criminalidade – crime organizado, terrorismo, e afins. (BAUMAN, 2008)

Neste sentido, por meio da massificação dos meios de comunicação sensacionalistas, dá-se demasiado destaque aos perigos e riscos da criminalidade contemporânea, provocando, conseqüentemente uma constante sensação de insegurança e impunidade. Com efeito, a população, indignada com a falta de segurança cognitiva por parte das normas existentes,

reclama, clamando por maior eficácia das instâncias de controle social – ou seja, um Direito Penal mais firme. (WERMUTH, 2010)

Esta conjuntura resulta em uma hiperinflação legislativa, uma vez que devido ao clamor social, o poder legislativo cria um maior número de leis, pouco técnicas. Tais normas, criadas para acalantar a população – sempre em estado de insegurança –, empregando a velha política do “pão e circo”, que acabam por agravar, assim, a crise moral em que se encontra a sociedade contemporânea. (MORAES, 2011)

Sobre o contexto de expansionismo do Direito Penal, Zaffaroni comenta:

Nesta conjuntura, os políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar atos preparatórios, desarticular os códigos penais, sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo a pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam a mostrar a eficácia, introduzir instituições inquisitoriais, regular a prisão preventiva como pena e, definitivamente constringer os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool*, [...] (ZAFFARONI, 2007, pg. 78)

Zaffaroni comenta na passagem acima o claro posicionamento dos legisladores atuais frente a uma sociedade que clama por normatização penal. Estes optam pela criação de leis autistas, sem sentido penal e processual, com o intuito de aquietar os ânimos da população clamorosa por segurança.

O doutrinador espanhol Silva-Sánchez, entende que a população enxerga o punitivismo uma resposta para as demandas sociais por maior proteção. Desta forma, a constante busca pela sanção de novas leis penais se converte em quase que uma obsessão popular. (WERMUTH, 2010)

Para Zaffaroni:

Nestas sociedades⁵, a polarização de riqueza acentuada pela economia globalizada deteriorou gravemente as classes médias, tornando-as anômicas. Isso as leva a exigir normas, embora sem saber quais. São anômicos patéticos, que clamam por normas e, desconcertados, acabam entrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-americano, que aparece com o prestígio de uma sociedade invejada e admirada. [...]

Na medida em que a riqueza se polariza, a anomia avança no sentido originário de Durkheim e o discurso popularesco, grosseiro e primitivo tem mais aceitação porque

⁵ Zaffaroni se refere as sociedades mais desfavorecidas pela globalização, como, por exemplo as latino-americanas.

parece compensar a segurança perdida por causa da globalização: a sociedade perde a coesão e está ávida por um discurso que lhe devolva essa perspectiva, por primitivo, vingativo e popularesco que seja; a coesão é alcançada através de um discurso simplista que clama pela vingança pura e simples. (ZAFFARONI, 2007, pg. 72)

Neste excerto Zaffaroni descreve, de forma brilhante, o fenômeno que ocorre nas sociedades amplamente prejudicadas pela globalização – como exemplo, as sociedades latino-americanas. O autor explana o fenômeno da anomia que ocorre com as classes médias, e como o discurso autoritário primitivo tem ganhado espaço nestas sociedades.

Nesta busca irracional da população – que se sente constantemente ameaçada pelas incertezas sociais – por uma proteção normativa penal, é ocorre a infiltração de teorias radicais – como o Direito Penal do Inimigo – nos ordenamentos jurídicos democráticos. Ou seja, são incorporados ao Direito Penal elementos característicos de um Direito Penal de Terceira Velocidade, como por exemplo, a utilização de normas penais em branco, o aumento da implementação de tipificações de perigo concreto e abstrato.

3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Jesús-María Silva Sánchez, professor de renomadas universidades espanholas, desenvolveu a chamada teoria das velocidades do Direito Penal. Neste estudo, o docente demonstra sua clara apreensão com a consolidação das teorias modernas de Direito Penal, uma vez que elas se caracterizam pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais. (MASSON, 2014)

A teoria elaborada pelo doutrinador espanhol parte do pressuposto de que de que o Direito Penal pode ser dividido em dois grandes blocos de ilícitos: o direito penal nuclear e o periférico. O primeiro trata dos ilícitos cuja infração cominem em pena de prisão. O segundo trata daqueles que se vinculam a gêneros diversos de sanções penais. Nesse sentido, Masson explana que:

Seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas das sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão. (MASSON, 2014, pg. 160)

O fragmento acima demonstra a clara distinção que se pode fazer entre um Direito Penal amplo e flexível e um Direito Penal mínimo e rígido. Não obstante, entende-se ainda que, como todos os ilícitos possuem natureza penal, logo, eles devem ser processados pelo Poder Judiciário. Consequentemente, a pena privativa de liberdade não poderia, jamais, ser aplicada por um Poder Administrativo Sancionador, vez que trata-se de Estado Democrático de Direito. (MASSON, 2014)

Dada a existência de duas modalidades de Direito Penal, molda-se a base para o entendimento das velocidades nele existentes.

3.1 PRIMEIRA VELOCIDADE

O Direito Penal de primeira velocidade é marcado por duas características essenciais, quais sejam: da prática de infração penal comina-se penas de prisão; e a manutenção das garantias processuais existentes. (MASSON, 2014)

Sobre o assunto, ilustra Rogério Greco:

A primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais. (GRECO, 2005)

Nesta velocidade o Direito Penal é utilizado como a *ultima ratio*, desta forma, diante da prática criminosa, deverá ser aplicada a pena privativa de liberdade, combinada com todas as garantias processuais limitadoras da prisão e mantenedoras dos direitos fundamentais – como o devido processo legal, a ampla defesa, o princípio de presunção da inocência, e etc. Ou seja, aplica-se o cárcere, mas mantem-se rigidamente os princípios processuais e político-criminais resguardados pela constituição. Sendo assim, esta fase é marcada pela forte presença do Garantismo, de Luigi Ferrajoli. (MASSON, 2014)

3.2 SEGUNDA VELOCIDADE

Na segunda velocidade do Direito Penal, por sua vez, também podem ser evidenciadas duas características primordiais: poderá ser utilizada a aplicação de penas não privativas de liberdade; e ocorre a flexibilização de certas garantias. (GRECO, 2005)

Desta forma, ocorrerá a aplicação de penas menos rígidas, ou seja, que não importem na privação da liberdade do indivíduo. Mas com o objetivo de agilizar a aplicação da lei penal, algumas garantias poderão ser afastadas. Tal cenário é facilmente ilustrável quando se pensa na lei 9.099/95, que regula o procedimento nos Juizados Especiais, por tratar de infrações de menor potencial lesivo, não se aplica penas de privação da liberdade, vez que seria desproporcional. São aplicadas sanções como multas pecuniárias e penas restritivas de direito, mas muitas vezes, para a resolução célere do conflito suprime-se atos instrutórios, flexibilizando garantias como a ampla defesa, o contraditório e etc. (GRECO, 2005)

3.3. TERCEIRA VELOCIDADE

O fragmento do livro “La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, escrito por Silva Sánchez demonstra a clara existência das duas velocidades do Direito Penal:

En lo anterior han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las «dos velocidades» del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel », en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos em que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción.⁶ (SÁNCHEZ, 2001)

Ante o exposto pelo fragmento acima, a terceira velocidade, para Silva Sánchez, seria marcada pela mescla das duas velocidades anteriores. Sendo assim, a terceira velocidade absorveu as características mais autoritárias de cada uma das fases precessoras, quais sejam: a prisão como pena por excelência; e a flexibilização de determinadas garantias legais.

O autor identifica ainda que a terceira velocidade abarcaria diversas tendências teóricas do Direito Penal moderno como: o direito penal do risco, o direito penal máximo, e ainda o Direito Penal do Inimigo.

⁶ Tradução do fragmento feita pela autora: “Anteriormente foram caracterizados o que, na minha opinião, seria “as duas velocidades” do Direito Penal. Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “prisão”, na qual deveriam permanecer, rigidamente, os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e princípios processuais; e uma segunda velocidade para os casos em, que não se tratam de prisão, mas privação de direitos ou

Silva Sánchez entende que as exigências da sociedade de risco acabam por resultar em uma expansão do Direito Penal, que passa a adotar postura flexibilizadora quanto aos seus princípios processuais e penais, e se torna cada vez mais rígido, vez que consagra a pena privativa de liberdade como principal forma de punição. A postura de relaxamento das garantias formais pode ser observada na crescente criminalização de delitos de perigo abstrato, de normas penais em branco, e etc. (GERLACK NETO, 2015)

pecuniária, esses princípios e regras podem experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.”

CAPÍTULO II – O CONSAGRADO DIREITO PENAL DO INIMIGO

1 ANÁLISE INICIAL

Miguel Polaino-Orts, renomado mestre espanhol da Universidad de Sevilla, em seu livro “Lições de Direito Penal do Inimigo”, utiliza uma passagem do famoso livro de Miguel de Cervantes, “Dom Quixote”, para apresentar aos leitores, de maneira extremamente didática, a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

O excerto escolhido por Polaino-Orts é extremamente sugestivo, e narra o encontro de Dom Quixote e Sancho Pança com um grupo de delinquentes, galeotes, que estavam sendo conduzidos para cumprir a pena de galés – pena que obrigava os apenados ao trabalho forçado na construção de embarcações reais – que haviam sido condenados. (POLAINO-ORTS, 2014)

Curioso para saber os delitos cometidos pelos galeotes ali presente, Dom Quixote inicia um diálogo com os guardas e alguns dos presos, sendo que um deles lhe chama a atenção. Um homem – nomeado Ginés de Passamonte –, de aproximadamente 30 anos, que estava preso com ferros, correntes, algemas e grandes cadeados, de maneira que mal podia se mexer. (POLAINO-ORTS, 2014)

Intrigado pelo tratamento tão diferenciado dado a este preso, Dom Quixote pergunta aos guardas o porquê de tamanha discrepância ante ao tratamento conferido aos demais delinquentes. Estes lhe explicam que aquele homem possuía mais delitos que todos os outros juntos, e que mesmo preso daquela maneira, temiam que ele fugisse. O guarda diz ainda que sua pena – 10 anos de galés – é como a morte civil. (POLAINO-ORTS, 2014)

Polaino-Orts constata que a passagem supra narrada trata-se de um dos primeiros exemplos de Direito Penal do Inimigo na literatura espanhola. Além disso, afirma que o trecho é capaz de resumir a essência, o ponto central, da moderna Teoria do Direito Penal do Inimigo. (POLAINO-ORTS, 2014)

A primeira observação a ser feita sobre o fragmento é a existência de dois tipos de delinquentes. Os primeiros, são aqueles que cometem um erro em forma de delito, mas voltam a seguir as regras, respeitando as normas jurídicas como instrumento de proteção e orientação aos cidadãos. Conforme Polaino-Orts: “aqueles que, em geral, respeitam a norma, e que – em um dado momento – ‘se equivocam’, ‘confundem-se’.”. O segundo grupo são aqueles indivíduos que

representam um perigo para sociedade, depois de cometer um delito. O autor diz que “são sujeitos que não oferecem garantia de respeito a norma”. Estes indivíduos não são confiáveis, uma vez que representam foco de perigo, pois incitam insegurança. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 23)

O trecho de Ginés de Passamonte ainda revela outro aspecto importante, por meio de seu comportamento constantemente delitivo o criminoso cria insegurança cognitiva ⁷da norma, ou seja, afeta sua função primordial, a norma como mecanismo de proteção dos cidadãos. Ao cometer inúmeras práticas delitivas, Ginés não apenas confronta a norma, como também a nega. Sendo assim, o pícaro delinquente, afeta claramente a função da lei, que é oferecer segurança aos cidadãos, e se torna um foco desestabilizador, um foco de perigo constante. (POLAINO-ORTS, 2014)

O tratamento radical oferecido a Ginés é uma forma de recuperar a vigência da norma, dar uma proteção mínima aos cidadãos, e é resultado da insegurança gerada por seu comportamento. (POLAINO-ORTS, 2014)

Outro aspecto que pode ser abordado no trecho de Dom Quixote é a reincidência. Passamonte era tratado de maneira diferente, pois já havia cometido diversos crimes, tratando-se, portanto, de um delinquente habitual. O que permite inferir que, no contexto proposto por Cervantes, a reiteração delitiva resulta em um agravamento da pena e do tratamento penal concedido ao agente. (POLAINO-ORTS, 2014)

Esta abordagem lúdica de Polaino-Orts ilustra superficialmente o teor da tese formulada pelo alemão Günther Jakobs.

2 A CRONOLOGIA DE UMA TEORIA

A primeira vez em que se deu notícia da utilização dos termos “Direito Penal do Cidadão” e, o seu oposto, “Direito Penal do Inimigo” foi em 1985, durante a Jornada de Professores de Direito Penal de Frankfurt, numa conferência sobre a “Criminalização no estado prévio da lesão de um bem jurídico”. Jakobs apresentou o Direito Penal do Inimigo como a antítese do Direito

⁷ Polaino-Orts define como segurança cognitiva a confiança que os cidadãos possuem de que cumprindo as normas estarão protegidos de lesões massivas. É a segurança cognitiva na vigência da norma. (POLAINO-ORTS, 2014)

Penal do Cidadão, diante da problemática da antecipação das barreiras de punibilidade em casos de especial periculosidade. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste momento, o autor trata de conflitos conhecidos doutrinariamente, problemas reais que marcavam os ordenamentos penais. Com efeito, Jakobs aponta a existência de tipos mais severos no ordenamento jurídico alemão, que por isso se destacavam dentre outros tantos preceitos. Desta forma, o autor nomeia o primeiro grupo de *Feindstrafrecht* (Direito penal do inimigo) e o segundo de *Bürgerstrafrecht* (Direito penal do cidadão).

Sobre o estudo de 1985, Miguel Polaino-Orts se coloca:

Em seu primeiro estudo de 1985, Jakobs explicava a técnica do adiantamento das barreiras de proteção penal própria do Direito penal do inimigo como uma tensão entre liberdade e segurança. Na sua opinião, o Direito penal do inimigo otimizava a proteção de bens jurídicos (a “paz pública” ou a “ordem social”) por cima da otimização de esferas de liberdade, que seria mais própria do Direito penal do cidadão. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 30)

No fragmento acima, Polaino-Orts explica que o principal escopo deste primeiro trabalho do autor alemão era de explicar sobre a utilização da técnica do adiantamento das barreiras de proteção penal. Jakobs demonstra que tal técnica seria própria do Direito Penal do Inimigo, e que esta buscava melhorar a proteção dos bens jurídicos, mas tal melhoria ocorria em detrimento da otimização das esferas de liberdade. Desta forma, o autor entende que se reduz o âmbito da liberdade individual para que se possa proteger um bem jurídico sem que o mesmo seja efetivamente lesionado. Ou seja, adianta-se a barreira de proteção penal para neutralizar o perigo de lesão ao bem.

O autor descreve a técnica legislativa da consumação antecipada, sua adoção é justificada pela existência de condutas cuja periculosidade é maior, uma vez que coloca em risco bens jurídicos essenciais, protegidos por normas de contenção⁸. Com efeito, Jakobs defendia o uso racional desta técnica, uma vez que o uso indiscriminado do adiantamento das barreiras de proteção penal são amplamente prejudiciais ao âmbito de privacidade do cidadão. Diante disso, Jakobs *apud* Polaino-Orts afirma ainda: “quando o Estado se imiscui no âmbito privado, termina a privacidade, e com ela, a posição do cidadão como sujeito; sem seu âmbito privado o cidadão não existe.” (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 32)

Ante o exposto, Jakobs diz:

“Como arremate final de minhas ideias — que quiçá soam como velho liberalismo — em relação ao objetivo de determinar os limites da efetividade do Estado, me permito fazer uma observação sobre o oposto do Direito Penal do Cidadão, isto é, o Direito Penal do Inimigo. Com isso não pretendo relativizar todas as afirmações anteriores por meio da recomendação de que o Estado não se atenha aos vínculos referidos quando lhe pareça oportuno. **Os vínculos são constitutivos para o Estado de liberdades, quem os quebra, o abandona. A existência do Direito Penal do Inimigo não é, portanto, uma mostra da força do Estado de liberdades, mas um sinal de que este não existe.** Desde então resultam situações imagináveis, que quiçá ocorram atualmente, nas quais as normas que são irrenunciáveis para um Estado de liberdades perdem sua vigência se se espera para aplicar a repressão até que o autor saia de seu âmbito privado. Mas também nestes casos o Direito Penal do Inimigo somente resulta legitimado como um Direito Penal em estado de necessidade, que seria válido na medida em que fosse excepcional. Por isso, os preceitos penais que pertencem ao mesmo não de delimitar-se estritamente em relação ao Direito Penal do Cidadão; melhor seria que a delimitação fosse externa. Do mesmo modo que a regulação da incomunicabilidade não se encontra reconhecida, acertadamente, na StPO (...), **o Direito Penal do Inimigo deve ser separado de maneira tão clara que não exista nenhum perigo de que, por meio da interpretação sistemática ou da analogia ou de qualquer outro modo, se infiltre no Direito Penal do Cidadão.** Não são poucos os pontos em que o Código Penal, em sua forma atual, encobre a incursão para além dos limites de um Estado de liberdades”. (JAKOBS *apud* ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 137. Grifo do autor)

Conforme o fragmento é possível observar que a punição somente deverá ser adiantada em casos de lesão às normas de contenção, uma vez que estas envolvem a estrutura da própria sociedade.

Desta forma, é possível inferir que a primeira contribuição do autor alemão consiste em postulados que são a favor da liberdade do cidadão, esta visão inicial dada pelo autor é conhecida, hoje, como fase crítica. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012 ;POLAINO-ORTS, 2014)

De 1985 até o novo século, a teoria de Jakobs alcança notável visibilidade, e passa a ser amplamente difundida no campo científico. Com a evolução tecnológica, e com o avanço da integração global, seu discurso ganha novas perspectivas. As novas ameaças e perigos, advindos da sociedade de risco, passam a causar medo, e constante insegurança cognitiva. Esta insegurança cognitiva resulta na desconfiança, por parte do cidadão, no Direito Penal, por acreditar que este não é capaz de fazer frente a criminalidade de elevada lesividade, como o tráfico de drogas, o terrorismo, tráfico de armas e tantos outros. (POLAINO-ORTS, 2014; VALENTE, 2010)

⁸ “Normas de contenção são aquelas que sustentam a constituição da Sociedade, cuja missão é garantir as condições de vigência das normas principais.” (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 31)

Desta forma, adentra-se em uma nova fase da cronologia da Teoria do Direito Penal do Inimigo, a fase descritiva, momento em que o autor passa a descrever as características que delimitam esta teoria. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

Sobre esta fase, Estefam e Gonçalves (2012) indicam:

O autor, então, apresentou quatro critérios para definir o Direito Penal do Inimigo: (i) a ampla antecipação da punibilidade; (ii) a falta de redução da pena proporcional a esta antecipação; (iii) a transposição de legislação própria de Direito Penal para uma legislação combativa; (iv) a supressão de garantias processuais penais. Pela primeira vez, Jakobs se referiu ao inimigo como “não pessoa”. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 137)

Por meio da análise da passagem mencionada acima é possível verificar o caráter descritivo que ganha a teoria de Jakobs, uma vez que ele passa a caracterizar o Direito Penal do Inimigo.

Em 2003 o autor escreve o artigo que foi traduzido com o seguinte título: “Direito penal do inimigo e Direito penal do cidadão”. O autor contrapõe um conceito ao outro, uma vez que são realidades de direito completamente opostas, e reconhece não existir puramente nenhum dos dois modelos, caracterizando-os por fim como polos ideais. O Direito penal do inimigo e o Direito penal do cidadão, embora sejam opostos no campo teórico, na realidade eles se sobrepõem mutuamente, uma vez que eles não existem como figuras puras na realidade. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste artigo, Jakobs ainda diferencia os conceitos pela função da pena em cada um deles. No Direito penal do cidadão, a pena possui função simbólica, e serve para comunicar ao autor que o fato por ele praticado não é legitimado pelo ordenamento jurídico, portanto não possui vigência, e a norma continua exercendo seu papel de integrante da constituição social. Em outro ritmo, o Direito penal do Inimigo, por sua vez, a pena exerce função de asseguramento futuro, uma vez que ela é direcionada para evitar perigos futuros, visto que se o sujeito se encontra encarcerado, evita-se que o mesmo cometa delitos as soltas nas ruas. (POLAINO-ORTS, 2014)

Nesse sentido, Polaino-Orts (2014, pg. 36) estabelece: “Definitivamente, diz Jakobs que, enquanto no Direito penal do inimigo luta-se essencialmente contra um perigo, no Direito penal do cidadão atua-se de maneira eminentemente simbólica ou comunicativa.”. Isto significa dizer que a pena no direito penal do cidadão tem o intuito de punir unicamente o fato praticado que fere o ordenamento jurídico, enquanto que para o direito penal do inimigo a pena possui a

serventia de encarcerar indivíduos que representam um perigo para a sociedade. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste artigo, Jakobs coloca:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrario, o inimigo é excluído. (JAKOBS, MELIÁ, 2012, pg. 47)

Ante o exposto no trecho acima, é possível observar a clara discrepância existente no posicionamento do autor quando se compara com aquele dado em seu primeiro artigo, de 1985. E com esta drástica mudança de pensamento inicia-se a fase legitimadora.

Estefam e Gonçalves definem claramente a evolução da teoria da seguinte forma: “inicialmente crítico, posteriormente descritivo e, finalmente, legitimador. Schulz chegou a descrever a mudança de postura de Jakobs como de um inicial “assim, não!” para “assim, talvez sim” ou “assim, se não há outro remédio, sim!”. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 137)

3 FUNDAMENTO TEÓRICO

Com a repercussão que a Teoria do Direito Penal do Inimigo tem causado atualmente, frequentemente comete-se o erro de pensar que esta é fruto de uma invenção moderna, ou seja, um produto da política criminal do pós 11 de setembro e outros fenômenos ocorridos após a ocorrência do atentado. Ocorre que por trás desta teoria existe um debate político-filosófico rico, e muito antigo.

Luiz Flávio Gomes sintetiza com clareza o acervo teórico utilizado por Günther Jakobs para a criação do Direito Penal do Inimigo:

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, esta em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o ‘estado comunitário-legal’, deve ser tratado como inimigo (Kant). (GOMES *apud* MORAES, 2011)

Pelo fragmento supra pode-se entender que apesar de ter sido o responsável pela cunhagem do termo Direito Penal do Inimigo, Jakobs, se apoia em um grande suporte histórico-filosófico.

Thomas Hobbes (1588 – 1679), filósofo inglês, elaborou formulações sobre o Estado Absolutista em sua obra mais famosa conhecida mundialmente por “Leviatã”⁹, de 1651. Para o autor os homens possuem a mesma natureza, mas, nenhuma sociedade pode se fundar nesta igualdade natural existente entre todos os homens, uma vez que esta gera concorrência, e desconfiança. E a desconfiança, por sua vez, sempre, resultará guerra. (POLAINO-ORTS, 2014)

Hobbes afirma que:

Se dois homens desejam uma mesma coisa que não pode ser desfrutada por ambos, convertem-se em inimigos; e para lograr seu fim, que é, principalmente, sua própria conservação e, algumas vezes, apenas seu deleite, empenham-se em se destruir e se subjugar mutuamente. (HOBBS *apud* POLAINO-ORTS, 2014, pg. 42)

O extrato acima revela a clara ideia pessimista que o filósofo inglês possuía sobre a natureza do homem: egoísta, solitário, brutal. A guerra ocorrerá sempre uma vez que o homem, egocêntrico que é, buscará seus próprios interesses, sem pensar nas consequências que isso gera para a coletividade.

Hobbes elenca três razões que fundamentam os conflitos entre os homens, quais sejam: a concorrência, se dá quando o indivíduo age buscando algum tipo de ganho; a segurança, ocorre quando o homem age com o intuito de se proteger, defender-se de algo; e por fim, a glória, quando o indivíduo atua com o fim de adquirir reputação. Estas três causas são paixões inatas dos homens, ou seja, são inerentes aos indivíduos. Sendo assim, a guerra, nada mais é que reunião destas três paixões, e se trata de algo natural ao homem, está em seu instinto agressivo. (POLAINO-ORTS, 2014)

O autor define como estado de natureza este momento em que o homem é livre e governado por suas paixões, portanto, existe unicamente a guerra de todos contra todos. O estado de natureza gera no homem um sentimento constante de desconfiança, que gera, conseqüentemente, a incerteza do futuro, uma vez que há o constante medo, e perigo, de uma morte violenta. Não existem direitos, e tampouco propriedade. Hobbes diz: “Em uma situação

⁹ O título completo desta obra é: “Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.”

assim não há domínio, nem um meu distinto de um teu, mas tudo é do primeiro que possa agarrá-lo, e durante o tempo que consiga conservá-lo.” (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 43)

Neste sentido, a permanência do estado de natureza é insustentável, uma vez que o homem pode dispor de tudo, inclusive, do corpo do próximo. Sendo assim, tal estado deverá ser superado, e na transição do estado de natureza (guerra) ao estado civil (paz), mediante um contrato social, os indivíduos renunciam seus direitos, e os cedem ao soberano (Leviatã), em busca de paz e segurança. (POLAINO-ORTS, 2014)

Ocorre que neste estado civil podem existir “maus cidadãos” a fim de transgredir as leis estatais colocadas pelo Leviatã, e que deverão responder com as medidas legais correspondentes. Mas Hobbes também prevê a existência de outro tipo de delinquentes, aqueles mais nocivos, que agem com rebeldia, atuando contra a estrutura civil, contra o próprio Leviatã. A estes, qualificados pelo autor como “inimigos do Estado”, não caberá punição conforme as leis civis, e sim conforme as leis naturais, conforme o estado de Natureza, de guerra. (POLAINO-ORTS, 2014)

Sobre os indivíduos que cometem o delito de alta traição ou rebelião, Hobbes assevera:

A natureza desta ofensa consiste em renunciar à sujeição, o que constitui um regresso à condição de guerra comumente chamada de rebelião; e quem comete uma ofensa assim não sofre como súdito, mas como inimigo. Pois rebelião não é outra coisa que uma renovação do estado de guerra. (HOBBS *apud* POLAINO-ORTS, 2014, pg. 43)

Desta forma, é possível compreender que ao cometer um ato de rebelião, ou seja, de alta traição, o indivíduo não pode ser punido pelas leis da sociedade civil, devido à natureza do crime cometido. Que nada mais é que a quebra do dever de submissão, causando a imediata rescisão do contrato social em voga, e conseqüentemente recai no estado de natureza, da guerra de todos contra todos.

O francês Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), também faz parte do acervo teórico que suporta a tese do Direito Penal do Inimigo. O autor também parte do pressuposto em que o ser humano parte do estado natural, e realiza a transição ao estado civil por meio de um contrato social. Em busca de segurança, o homem abre mão de sua liberdade natural e seu direito ilimitado, e recebe em troca o direito a propriedade daquilo que possui e a liberdade civil. (POLAINO-ORTS, 2014)

Desta forma, Polaino-Orts retrata:

As condições do contrato social de Rousseau “reduzem-se a uma só, a saber: a alienação total de cada associado com todos seus direitos à comunidade inteira.” Há de tratar-se, em sua concepção, de uma “alienação sem reservas”, mediante a qual cada cidadão cede total e incondicionalmente sua pessoa e seus direitos à comunidade para a conservação e reforço de todos os direitos. Definitivamente, a essência do contrato social seria a direção da vontade geral, e cada membro é considerado parte indivisível do todo. Nisso, observa-se uma transição do estado natural ao estado civil, no qual a justiça substitui o instinto. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 46)

O fragmento trazido acima explana as características do contrato social idealizado por Rousseau. O indivíduo abre mão de sua mais pura liberdade presente no estado de natureza que é substituído pelo estado civil, com o único objetivo, a busca pela segurança.

Para o francês, o contrato social tinha como finalidade a conservação da vida dos seus contratantes. Então, se o indivíduo deseja que sua vida seja protegida à custa da vida de outros, o mesmo deverá dispor sua vida se necessário for para a manutenção do pacto. Sobre este pensamento, Rousseau *apud* Polaino-Orts (2014, pg. 46) expõe: “Quando um soberano lhe disser: ‘É conveniente para o Estado que tu morras’, deve morrer, posto que sob esta condição tem vivido em segurança até então e sua vida já não é apenas um beneficiário da natureza, mas um dom condicional do Estado.” Neste rumo, Rousseau justifica e reconhece a licitude da pena de morte, pois aquele que comete um assassinato se arrisca a ter sua vida ceifada por alguém, logo, deverá “ceder a sua vida”. (POLAINO-ORTS, 2014)

Rousseau também previa no contrato social uma espécie de direito de exceção contra aquele indivíduo que trai o pacto. Nestes casos, substitui-se a relação jurídica – existente devido ao pacto social – por uma declaração de guerra, feita pelo Estado em virtude da traição. Portanto, o indivíduo que trai o contrato deverá ser encarado como inimigo do Estado. (POLAINO-ORTS, 2014)

O teórico aponta que o “tratamento de guerra” conferido ao rebelde ocorrerá de duas formas: aplicando-lhe a pena de morte, ou a pena de desterro¹⁰. Desta forma, Rousseau fundamenta a utilização de tratamento mais severo para aqueles que cometem esta espécie de crime, pois: “a conservação do Estado é então incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e ao aplicar a pena de morte ao criminoso, é mais como a um inimigo que como a um cidadão.” (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 47)

¹⁰ Pena de desterro é a expulsão do indivíduo do local que vive para um local longínquo e incomunicável.

Sobre as penas utilizadas para punir o indivíduo considerado como inimigo, afirma Valente:

Se for infractor do pacto, no mínimo tem de ser desertado da sociedade em que se encontra – v.g., os exílios e os desgredos para ilhas quase incomunicáveis e países longínquos da família –, se for considerado inimigo público, que não tem estatuto de pessoa moral, a morte será a pena admissível, porque aos inimigos declara-se guerra e mata-se o vencido. (VALENTE, 2010, pg. 32)

Portanto, para Rousseau, aquele que infringe os direitos que estruturam a sociedade, rompe o liame do pacto social, e deixa de ser membro do Estado. Por sua vez, devido ao crime praticado, o Estado declara guerra ao primeiro, aplicando a pena de morte ou desterro contra o malfeitor. Sendo assim, é passível a afirmação de que o culpado teve sua vida ceifada por ser inimigo do Estado. Diante disso, contata-se que o conceito de inimigo, para o francês é dado utilizando como base preceitos morais, e não um conceito normativo, como ocorre na teoria de Jakobs. (MORAES, 2011; POLAINO-ORTS, 2014)

Neste sentido, se coloca Polaino-Orts:

Rousseau afirma *expressis verbis* que “todo malfeitor” que “atacando o Direito social” converte-se de maneira automática por seus delitos em “rebelde e traidor da pátria”, cessando sua condição de membro dela; e segundo porque um sujeito torna-se inimigo por faltar com um compromisso moral (como é o trair o contrato social com o qual havia se comprometido) e é claro que tanto se falta com o compromisso inicial cometendo uma infração muito grave (delito de lesa-majestade), uma grave (assassinato) ou uma menos grave (furto): pois em todos esses casos se trai a comunidade como modo de garantia da liberdade civil dos cidadãos associados. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 47)

O fragmento acima deixa clara a existência de um direito penal do inimigo na teoria elaborada por Rousseau. Uma vez que se pune de forma mais severa aquele que pratica delito contra a estrutura do Direito social.

O alemão Johann Gottlieb Fichte (1762 – 1814), autor da obra “Fundamentos do Direito natural segundo princípios da teoria da Ciência” (1796), é outro teórico contratualista. Sua tese, na mesma linha que a de Rousseau, também afirma que o indivíduo ao firmar o pacto cidadão dá seu compromisso de fidelidade para com o mesmo. Desta forma, aquele que fere o contrato deverá ser sancionado com a sua exclusão do âmbito social. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste sentido, conforme sua tese, Fichte afirma:

Quem lesa o contrato cidadão em um ponto em que, no contrato, contava-se com a sua prudência, seja voluntariamente ou por imprevisão, perde estritamente, desse modo, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e fica completamente privado de direitos. (FICHTE *apud* POLAINO-ORTS, 2014, pg. 51)

Ante o exposto pelo fragmento acima, observa-se que aquele que trai o pacto social, perde o status de cidadão, o que acarreta a privação integral de seus direitos. Ou seja, se o que define o cidadão é o seu rol de direitos, ao perdê-los o indivíduo deixa de ser parte da sociedade, o que equivale a morte civil. Tal indivíduo se encontra em estado de ausência completa de direitos.

Fichte equipara ainda o autor de homicídio premeditado e intencional a inimigo, ou seja, deixa de ter o status de cidadão para converter-se em um inimigo, uma coisa. E como tal, deve ser tratado como uma “cabeça de gado”, pois perdeu todos os seus direitos como ser humano e cidadão. Valente (2010, pg. 33) diz, sobre a teoria de Fichte: “os direitos positivos só se conservam na medida em que o cidadão respeita e assegura os direitos dos demais cidadãos”.

O alemão entende ainda que o conceito de delito é contraditório ao de Estado, e contrário ainda a ideia de lei. Sendo assim, deve-se dividir os crimes em categorias, aqueles que afetam a vida – que deverão ser penalizados com rigor –, e os que não afetam a vida – crimes mais leves, que não justificariam a perda de todos os direitos civis. Desta forma, o Estado é legitimado para punir da forma que desejar os que praticam crimes contra a vida, por perderem todos os seus direitos pela natureza do crime praticado, justificando qualquer tortura ou morte arbitrária que possa ocorrer com o criminoso. (VALENTE, 2010)

Também fundamenta a teoria elaborada por Jakobs os estudos realizados por Immanuel Kant (1724 – 1804), célebre filósofo alemão. O autor aponta a existência de um estado de natureza que se contrapõe ao estado de paz, existentes entre os seres humanos que vivem juntos. O primeiro é marcado por ser um estado de guerra, próprio de seres irracionais. Desta forma, a paz seria um êxito da sociedade civil, da civilidade do homem. (POLAINO-ORTS, 2014)

Neste sentido, assevera Kant:

O ser humano (ou o povo) que se encontre em um estado natural me subtrai essa segurança (segurança necessária para a manutenção do estado de Direito) e me lesa apenas pelo fato de se encontrar, junto a mim, nesse estado, embora não de forma ativa (*facto*), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (*stato iniusto*), mediante a qual resultado constantemente ameaçado, de maneira que posso instar-lhe que se incorpore comigo a um estado comunitário-legal, ou que abandone minha vizinhança. (KANT *apud* POLAINO-ORTS, 2014, pg. 53)

Para Kant, o homem deve ser entendido como um ser racional, e não como um ser em estado natural, visto que este é um perigo latente, e representa uma ameaça para a coletividade. Então, se o sujeito desrespeita as regras da vida comunitária, ele representa, portanto, um perigo para os demais. (POLAINO-ORTS, 2014)

De acordo com os postulados kantianos, toda pessoa possui legitimidade para reagir, de forma privada, frente a atos de hostilidade que colocam em risco a estabilidade do Estado. Ou seja, qualquer um pode obrigar terceiro a entrar na constituição cidadã, uma vez que Kant define liberdade como a liberdade de agir segundo as leis. (MORAES, 2011)

Deste modo, Jakobs destaca que se baseia na teoria de Kant a sustentação da distinção entre um direito penal do inimigo e do cidadão.

4 O INIMIGO

O conceito de inimigo é extremamente importante para caracterização do Direito Penal do Inimigo, visto que para que o mesmo se configure é necessário a existência de um indivíduo que preencha tais características.

Segundo o autor, o inimigo pode ser conceituado como um indivíduo que apresenta, de forma presumidamente duradoura, comportamentos habituais, relacionados com crimes sexuais, delinquência econômica, delinquência organizada, tráfico de drogas, terrorismo, entre outros. Revelando, portanto, indícios de que abandonou o direito, de que não entende o ordenamento jurídico que o rege como válido, logo não fornecendo garantias cognitivas mínimas de segurança para seu comportamento pessoal. Para Jakobs o inimigo deveria ser alijado das garantias do Direito Penal do Cidadão. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

O trecho a seguir do doutrinador Luiz Flávio Gomes, contempla perfeitamente a questão de identificação de inimigo, trazidas pela abordagem de Jakobs. Desta forma, os inimigos são:

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (Jakobs, ob. cit., p. 39). Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo. (GOMES, 2004)

Ou seja, inimigo é o indivíduo reincidente constante na prática de delitos, ou aquele que comete crimes que negue a existência do Estado, se negando a aceitar a validade do ordenamento

jurídico vigente. Para Jakobs, o inimigo é um risco permanente ao Estado, e não deve usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa.

Por não possuir status de pessoa, de cidadão, conseqüentemente o inimigo não dispõe dos benefícios inerentes aos mesmos. Por conseguinte, o inimigo não é um sujeito processual, logo, não possui os direitos processuais comuns. O Estado deve manter o inimigo em custódia, para evitar que este pratique futuros crimes que alterem a harmonia da sociedade, ou seja, a privação da liberdade do inimigo é destinada a eliminar um perigo potencial para a sociedade.

Polaino-Orts, com base nos estudos da teoria de Jakobs, define inimigo como:

Inimigo é quem, inclusive mantendo intactas suas capacidades intelectual e volitiva, e dispondo de todas as possibilidades de adequar seu comportamento à norma, decide *motu proprio* se autoexcluir do sistema, rejeitando as normas dirigidas a pessoas razoáveis e competentes, e se despersonalizando ou, por melhor dizer, despersonalizando-se a si mesmo mediante a manifestação exterior de uma ameaça em forma de insegurança cognitiva, que precisamente por colocar em perigo os pilares da estrutura social e o desenvolvimento integral do resto dos cidadãos (pessoas em Direito) – há de ser combatido pelo ordenamento jurídico de forma especialmente drástica, com uma reação assegurativa mais eficaz. Esta reação se circunscreve a garantir e restabelecer o mínimo de respeito para a convivência social e os direitos fundamentais dos cidadãos: o comportamento como pessoa em Direito, o respeito das demais pessoas e – em consequência – a garantia da segurança cognitiva dos cidadãos na norma. (POLAINO-ORTS, 2014, pg. 63)

O conceito dado acima explicita que o cerne da caracterização, ou não, de um indivíduo como inimigo está na garantia de segurança cognitiva. Caso ele proporcione esta segurança, a sua caracterização como tal seria descabida, visto que esta se faz elemento fundamental da conceituação do mesmo.

Neste esteio, Jakobs aclara:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS *apud* MORAES, 2011, pg. 163)

Em outros termos, por afetar diretamente a segurança dos demais cidadãos, aquele que não oferece segurança cognitiva suficiente não poderá ser tratado pelo Estado como pessoa. Para o autor, os inimigos não são pessoas (*Feinde sind aktuell Unpersonen*). (MORAES, 2011)

O jurista alemão opõe o conceito de inimigo (*Feind*) ao de cidadão (*Bürger*). Este último se sente motivado pela norma, embora possa cometer delitos – por descuido. Enquanto que o primeiro, sujeito que não presta a garantia mínima socialmente exigível para que possa ser tratado como pessoa em Direito, resultando na insegurança cognitiva de seu comportamento. (POLAINO-ORTS, 2014)

Na concepção de Jakobs:

O não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminosa e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminosa), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta. (JAKOBS *apud* MORAES, 2011, pg. 166)

O fragmento acima evidencia o conceito de inimigo como aquele sujeito que não aceita as normas jurídicas do ordenamento vigente, desrespeitando-as com constância. Ou seja, é aquele que, devido a sua ocupação profissional (que possui vínculo com organização criminosa ou afim) deixa claro que não garante a segurança cognitiva necessária para a vida em sociedade.

O que resta evidente é que a teoria de Jakobs se utiliza de um Direito Penal do autor, no qual a punição é justificada pela periculosidade do agente, deixando de lado o Direito Penal do fato. (MASSON, 2014)

5 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Conforme leciona Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por elementos básicos e técnicas próprias que o distingue do Direito penal do cidadão.

Polaino-Orts destaca as seguintes características: i) antecipação das barreiras de punição penal; ii) mudança do paradigma (prospectivo para retrospectivo) o que acarreta a introdução de uma perspectiva de futuro em vez de uma visão de passado; iii) não redução da pena proporcional a dita antecipação; iv) passagem de uma legislação de tutela para uma de combate em certos âmbitos; v) redução de determinadas garantias. (POLAINO-ORTS, 2014)

No livro “Direito Penal Esquematizado – Parte Geral”, os autores André Estefam e Victor E. R. Gonçalves enumeram algumas características que julgam possuir a teoria em voga, são elas:

- Tem como finalidade a eliminação de perigos;
 - Baseia-se na periculosidade do agente, considerado inimigo e, portanto, como alguém que não pode ser tratado como sujeito de direitos (“não pessoa”);
 - Efetua uma ampla antecipação da punibilidade, visando coibir ações perigosas antes que estas se concretizem (punição de atos preparatórios);
 - As penas são severas, ainda quando aplicadas em casos de antecipação da tutela penal;
 - Aplica-se uma legislação diferenciada, com enfoque combativo (“combate ao inimigo”);
 - Utiliza-se principalmente de medidas de segurança;
 - Garantias processuais penais são suprimidas.
- (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 138)

O doutrinador Luiz Flávio Gomes em seu artigo sobre o tema também elenca uma série de características presentes no Direito Penal do Inimigo, sejam:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (GOMES, 2004)

O promotor Alexandre R. A. de Moraes elenca as seguintes características:

a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato; b) desproporcionalidade das penas; c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de ‘leis de luta ou de combate’; d) restrição de garantias penais e processuais e e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil. (MORAES, 2011, pg. 168)

O próprio Jakobs descreve as principais características desse modelo de política criminal como:

a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas; b) falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa) e c) mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica. (JAKOBS *apud* MORAES, 2011, pg. 169)

Por sua vez, Cancio Meliá sintetiza três elementos básicos do Direito Penal do Inimigo:

a) ordenamento jurídico-penal prospectivo (adiantamento da punibilidade); b) penas desproporcionalmente altas, o que, equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada e c) relativização ou supressão de determinadas garantias processuais. (JAKOBS *apud* MORAES, 2011, pg. 169)

A antecipação da punibilidade é uma característica do Direito Penal do Inimigo, que consiste na otimização dos bens jurídicos, adiantando a barreira de proteção para um estágio anterior, objetivando neutralizar o perigo antes que o bem jurídico seja lesionado de fato. Tal adiantamento é possível por meio da punição dos atos preparatórios do delito, da tipificação dos crimes de mera conduta, da criação de tipos de perigo abstrato. (MORAES, 2011)

Neste rumo, Cleber Masson afirma:

Ora, se o inimigo é um ser manifestamente voltado para os crimes e se a sua condição pessoal revela a ilicitude de sua atuação, não se pode esperar que ele pratique infrações penais para, posteriormente, cobrar-se repressão pelo Estado, como se dá com cidadãos comuns. Ao contrário, para a manutenção da ordem deve ser combatida a sua periculosidade, impondo-se uma medida de segurança com a mera demonstração da futura e eventual prática de um crime. (MASSON, 2014, pg. 163)

A tipificação dos crimes de mera conduta é obviamente um modo de prevenção, ou seja, o legislador passa a punir a conduta, não importando-se esta produz ou não qualquer resultado. A punição de atos preparatórios, também com o objetivo de prevenção, adianta a barreira punitiva para que se possa abarcar também os atos que ocorrem antes do delito. Sendo assim, mesmo que não se tenha cometido o crime de fato, seria possível a punição do autor por meros atos pré-executórios. A consequência da punição de atos preparatórios é que nestes casos, não se reduz a pena aplicada pela prática dos atos pré-executórios em relação ao delito consumado, gerando uma pena desproporcional ao ato praticado. (MORAES, 2011)

Diante dos riscos criados pela sociedade pós-moderna, e com um crescente aumento da sensação de insegurança, ficam cada vez mais frequentes o aparecimento de tipos penais de perigo abstrato. Que são aqueles que exigem apenas que o bem jurídico seja exposto a um risco real e concreto, não exigindo sua efetiva lesão. (MORAES, 2011)

A relativização de garantias processuais é, também, uma característica marcante uma vez que o inimigo não pode usufruir de direitos processuais – como o da ampla defesa, o de constituir um defensor – pois que ele representa uma ameaça à ordem pública. Sendo assim, privilegia-se sua periculosidade, e lhe são impostas medidas de segurança, por tempo indeterminado, o que possibilita a duração prolongada, até que se cesse o perigo oferecido pelo agente. (MASSON, 2014)

Trata-se, portanto, de um Direito penal prospectivo, uma vez que se foca no futuro. Pois, não se pune somente o fato cometido pelo agente no passado, mas sim o perigo real que o indivíduo representa. Ou seja, pune-se o sujeito pelo crime cometido e pelo que pode vir a cometer, devido a insegurança cognitiva que este oferece. (MASSON, 2014)

Com o afastamento de certas garantias processuais, como a do devido processo legal, lança-se mão de um procedimento de guerra, de um Direito de exceção. Logo, se faz cabível a utilização da tortura como meio de prova. Aquele que, considerado inimigo, caso se arrependa, deverá ser premiado se auxiliar o Estado no combate de seus antigos colegas, e passa a fazer jus benefícios – como a diminuição de pena, e afins. (MASSON, 2014)

6 DIREITO PENAL DO INIMIGO *VERSUS* DIREITO PENAL DO CIDADÃO

Segundo a teoria criada por Jakobs, o inimigo, pela sua periculosidade potencial, não deveria ser tratado da mesma maneira que os cidadãos comuns. Desta forma, surge uma secção no Direito Penal prelecionado pelo doutrinador – o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes expõe:

De acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o

Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia. (GOMES, 2004)

O autor cria, assim, a dicotomia Direito Penal do Inimigo *versus* Direito Penal do Cidadão, com o intuito de demonstrar que o primeiro é a antítese do segundo. Segundo Jakobs, o Direito Penal do Cidadão se incumbiria do cidadão que comete um crime, mas ao fazê-lo e quando por ele responder, não nega a validade da norma. Para estes são asseguradas todas as garantias processuais penais e os direitos fundamentais.

Ao cidadão ainda é garantida a reintegração social, além de outras formas brandas de penalidade, como a restrição de direitos. Neste episódio, o Estado não observa o sujeito como inimigo, mas sim apenas como autor de um delito eventual, que mesmo cometendo um ato ilícito perante a sociedade sustenta seu papel de cidadão dentro do Direito. (MASSON, 2014; POLAINO-ORTS, 2014)

Já o Direito Penal do Inimigo se responsabilizaria pelos indivíduos que demonstram vontade constante de romper com o ordenamento jurídico vigente. Desta forma, têm seu vínculo cessado como cidadão, ou seja, dele é retirado o status de pessoa – não é sujeito de direitos –, e passa a se subordinar a um Direito Penal de Máxima Repressão. (MASSON, 2014; POLAINO-ORTS, 2014)

Neste sistema as sanções são caracterizadas pelo aspecto físico da custódia de segurança, com o escopo de eliminar um perigo, ou seja, evitar que o agente pratique futuros crimes que atinjam a harmonia da sociedade. O infrator não é tratado como sujeito de direitos, mas como inimigo a ser eliminado e privado do convívio social. (MASSON, 2014; POLAINO-ORTS, 2014)

O Estado, sem ceder o direito do contraditório e da ampla defesa, aplica a lei ao inimigo, objetivando combatê-lo, desta forma, pode-se afirmar que a penalização no Direito Penal do Inimigo se remete a fatos futuros.

CAPÍTULO III – O TERRORISMO ANALISADO SOB OS PRESSUPOSTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

1 O TERRORISMO

A utilização de atos terroristas para descoroçar o rival é tão antiga quanto à guerra. O terrorismo não é um problema atual, algumas procedências destes atos poderem ser localizadas no início da era cristã. Estados, exércitos, indivíduos isolados, vêm realizando ações neste sentido com o intuito de diminuir a resistência dos inimigos, facilitando a vitória. (SAINT-PIERRE, 2015)

Atualmente, o tema terrorismo tem sido alvo de grandes discussões, pois se observa que este vem assumindo uma nova dimensão. O marco deste redimensionamento foram os atentados de 11 de setembro, nos Estados Unidos, em 2001. O velho problema do terrorismo passa a ser couraçado pela novidade de sua internacionalização. (SAINT-PIERRE, 2015)

Sobre a internacionalização do terrorismo, o professor pós-doutor da Universidade Estadual de São Paulo, afirma:

A tétrica característica que recobre com um manto de novidade esse velho flagelo é sua atual e crescente internacionalização. A característica internacional do terrorismo pode ser nova, mas não surpreende. Com efeito, num mundo cuja novidade consiste na hegemonia incontestada de uma superpotência com interesses globais, onde a realização desses interesses dificilmente se completa sem ferir outros, a colheita de ódio torna-se inevitável. Quando nenhuma ação diplomática é eficiente para defender interesses postergados, quando nenhum organismo internacional é suficientemente forte e independente como para distribuir justiça entre interesses afetados, quando nenhuma forma convencional de violência é eficaz para defendê-los, fica aberta a porta para que o ódio se manifeste de maneira incontrolável e muitas vezes irracionalmente com relação aos seus objetivos. [...] (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 11)

O fragmento acima demonstra que embora a internacionalização seja uma nova característica que assume o terrorismo, o autor acredita que o aparecimento dela era esperado, uma vez que qualquer exército convencional se torna impotente diante do exército americano. (SAINT-PIERRE, 2015)

Frente à verificação do poderio militar da superpotência mundial que é os Estados Unidos, restam apenas duas opções àqueles que desejam obter algum tipo de sucesso contra este Estado:

desenvolver armas nucleares, ou compra-las, hipótese que se mostra impossível para países sem recursos financeiros; ou utilizar-se da guerra assimétrica, em outras palavras, lança-se mão de ações terroristas, devido ao baixo custo, sua relativa simplicidade operacional, e o efeito devastador que elas geram. (SAINT-PIERRE, 2015)

Ante o exposto, Saint-Pierre afirma:

Com respeito à internacionalização do terror: ante uma hegemonia planetária com interesses globais o terreno de operações da guerra assimétrica torna-se também global. E assim, “afastamo-nos das guerras convencionais, limitadas aos especialistas, que podiam constituir uma forma de continuação da política por outros médios; estamos na era da guerra de todos contra todos” (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 12)

2 O CONCEITO DE TERRORISMO

O professor Héctor Luís Saint-Pierre constata em seu artigo “11 de Setembro: do terror à injustificada arbitrariedade e o terrorismo de Estado” a dificuldade que existe na conceituação de terrorismo, uma vez que o mesmo depende da noção de terror, que é extremamente subjetiva. Desta forma, o mesmo descreve que: “o terrorismo é uma forma de violência cuja realização se objetiva no âmbito psicológico do indivíduo”. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 14)

O objetivo o terrorismo, conforme leciona Michael Walzer, é a destruição moral de uma classe, ou de uma nação. E seu efeito – o terror – disposição íntima e psicológica, e, portanto, de natureza subjetiva, acaba por dificultar na conceituação deste fenômeno. Fernando Reinares ensina que o escopo do terrorismo é causar reações emocionais, como a ansiedade, a incerteza ou mesmo o medo, entre determinados membros de uma sociedade. Ou seja, este fenômeno prima pela provocação de tais sentimentos em detrimento do dano efetivo. (SAINT-PIERRE, 2015)

Mais uma das dificuldades apontada por Saint-Pierre para a definição clara do termo, é que durante a história o termo foi utilizado com sentido pejorativo por inúmeras vezes. Isto significa que muitas das vezes, a aplicação desta expressão vinha acompanhada de um juízo de valor, ou seja, o grupo que para alguns eram considerados como terrorista, para outros era formado por guerreiros libertários. Trotsky dizia que, em geral, o terrorista é sempre o outro. Tal fato quase que impossibilita a adoção de uma definição que seja aceita por todos, e que autorize o desenvolvimento de uma teoria sobre o assunto. (SAINT-PIERRE, 2015)

O termo terrorismo é empregado com frequência para desacreditar adversários políticos ou oposições ao regime estabelecido, provocando uma conseqüente desumanização dos mesmos. Saint-Pierre afirma:

O apelativo de “terrorista”, por um lado, parece justificar o emprego de todos e quaisquer meios na sua eliminação – inclusive a tortura – e, por outro, procura abrir uma brecha entre o grupo assim considerado e a população em geral evitando a simpatia dessa com a causa daquele e um eventual apoio. Por outro lado, parece haver uma certa dificuldade generalizada para considerar como “terroristas” alguns dos atos de violência e comportamentos regulares, oficiais, aqueles praticados pelos governos e, na maioria dos casos, em nome da *ultima ratio* do Estado. Todavia, essa dificuldade desaparece quando se trata de caracterizar o comportamento de indivíduos que manifestem sua inconformidade contra o regime ou o governo, ou de algum grupo que se insurja contra o monopólio da violência do Estado, mesmo que seja contra aqueles Estados que não duvidariam em empregar táticas terroristas contra a sociedade. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 14)

O fragmento acima demonstra que a imposição sistemática do terror sobre determinada população é estratégia duplamente utilizada, tanto pelo Estado, quando pelos ditos terroristas. É técnica empregada tanto por governos estabelecidos quanto por movimentos radicais.

Outro empecilho para a conceituação objetiva de terrorismo é a distinção existente entre a pretensa racionalidade da força dos governos, e a irracionalidade da violência individual daqueles que o contrariam. (SAINT-PIERRE, 2015)

Hannah Arendt, filósofa alemã, diferencia poder de violência pelo número. Para ela, poder é um fenômeno quantitativo, uma vez que representa a capacidade de agir em uníssono, em comum acordo. Em outro rumo, a violência, seria revestida de caráter instrumental, e seria o antônimo do poder: “A forma extrema do poder resume-se em ‘Todos contra Um’, e a extrema forma de violência é ‘Um contra Todos’”. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 15)

Neste giro, Georges Sorel determina que a força teria o objetivo de impor uma organização de uma determinada ordem social que seja comandada por uma minoria, enquanto que violência busca a destruição de tal ordem. (SAINT-PIERRE, 2015)

Sobre as teorias mencionadas, Saint-Pierre se coloca da seguinte maneira:

Embora a violência vise à destruição da ordem, ela não é intrinsecamente desordenada. Em outras palavras, não devemos, baseados na formulação de Arendt, supor que, porque a força é institucional e racional, a violência só possa ser irracional. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 15)

A dificuldade de conceituação do terrorismo perpassa pela dita racionalidade do uso da força por parte do governo, e da consequente irracionalidade da violência individual exercida por sujeitos contrários a ele.

Neste sentido, Wardlaw coloca que os governos se utilizam de recursos e títulos que fazem com que legitima a utilização de tais meios. O mesmo não ocorre com os indivíduos, vez que não possuem tal legitimidade, além de possuir poucos recursos. (SAINT-PIERRE, 2015)

Assim, expõe Saint-Pierre:

Ante a divulgação das imagens dos atentados de Nova York, refletindo plasticamente sobre o ponto a que pode chegar a ira “irracional” dos terroristas “islâmicos”, passou quase inadvertida a atitude terrorista do presidente da maior superpotência que o mundo já conhecera ameaçando “a todos aqueles países que não estivessem do lado dos Estados Unidos”. Para o olhar eletrônico do mundo, a redução a escombros da milenar cultura iraquiana e do miserável Afeganistão pareceu uma resposta “racional”, adequada e “justa” pelo que os norte-americanos sofreram. Encontrar-se-á sempre algum jurista que consiga argumentar a favor da “racionalidade” dos tribunais excepcionais e da suspensão dos direitos individuais nos Estados Unidos para preservar a “ordem democrática”. Não faltarão sofismas para justificar a “racionalidade” do emprego de quaisquer meios, até os mais repulsivos para qualquer critério humanitário, para defender a civilização ocidental e a democracia, dificultando ainda mais o acesso acadêmico, sem preconceitos nem juízos valorativos, ao fenômeno do terrorismo. Depois de tudo, como diz Wardlaw (idem, p. 44), “a coisificação e legitimação do terrorismo oficial permite condenar o terrorismo individual como moralmente repugnante e não reconhecer em absoluto o terrorismo oficial ou aceitá-lo como duro, mas necessário”. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 16)

O excerto supra demonstra a realidade da dificuldade de conceituar o termo em questão, uma vez que o terrorismo oficial, legitimado pelo estado é aceito pelo mundo, com a desculpa de sua necessidade para combater o terrorismo individual. Assim, os Estados Unidos puderam aniquilar duas nações, e reduzi-las ao pó (praticamente), acobertado por um juízo de valor de que suas ações corresponderam a nada mais que a realização da “justiça”.

A conclusão que arremata, é a existência de uma evidente intencionalidade política para que o termo terrorismo não seja claramente definido. Para que desta forma o mesmo possa continuar sendo utilizado para abarcar qualquer tipo de movimento que cause incomodo a que dispõe da força para aplicar a conceituação de terrorismo, de acordo com suas claras necessidades. (SAINT-PIERRE, 2015)

Conforme o mestre da Universidade Estadual de São Paulo coloca:

Essa é a forma mais covarde de deslegitimar movimentos e de abrir a Caixa de Pandora da repressão sem qualquer contenção ética ou moral. O manto de preconceito que ainda encobre e impede uma teoria acadêmica sobre o terrorismo, a gravidade da situação internacional, impelida a uma “guerra global” contra um inimigo invisível, a necessidade de combater consciente e eficazmente o flagelo do terrorismo, as exigências éticas e políticas que devem orientar os métodos empregados nesse combate e a urgência de discutir critérios claros para definir esse fenômeno justificam um pequeno exercício teórico em torno do conceito de “terrorismo” tentando tornar mais nítidos os seus contornos e firme o núcleo duro da sua definição. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 17)

Uma vez configurado como terrorista, legitima o estado a utilizar quaisquer meio de controle para aniquilar tal grupo, como: a infiltração e espionagem, a prisão ilegal, os julgamentos extra legais, o sequestro, a tortura e o assassinato. Com a aplicação do termo a grupos ou movimentos sociais, religiosos ou étnicos, pretende-se amedrontar os mesmos e inibir seu acionar. (SAINT-PIERRE, 2015)

3 ANÁLISE SOBRE O FENÔMENO TERRORISMO

O atentado ocorrido nos Estados Unidos em setembro de 2001, provocou o ressurgimento do debate sobre o fenômeno do terrorismo, e diante da falta de um conceito objetivo para o mesmo, Saint-Pierre buscou sintetizá-lo da seguinte forma:

O terrorismo é uma forma de violência cujo efeito realiza-se no âmbito psicológico do indivíduo (Wardlaw 1984; Reinares 1998). Seu objetivo é produzir uma íntima reação no indivíduo: o terror, um pavor incontável. O terrorismo é um ato de violência que provoca uma ação social, isso é, constitui uma relação de força. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 17)

Uma vez caracterizado como uma relação de força, o autor determina que o terrorismo geralmente se manifesta em três níveis: o tático; o estratégico; e o político.

O primeiro nível, o tático, seria o mais visível de qualquer relação de força, uma vez que consiste na aplicação direta dela. Desta forma, o objetivo do terrorismo neste nível seria maximizar o dano, provocando mortes, mutilações, utilizando meios cruéis e que proporcionem grande visibilidade. (SAINT-PIERRE, 2015)

O nível estratégico, por sua vez, possui como escopo provocar terror, por meio da criação de um medo incontável que gere na população o sentimento de vulnerabilidade. Ou seja, fazer com que se sintam expostos a violência que o próprio terrorismo representa, busca espalhar o terror. (SAINT-PIERRE, 2015)

Por fim, no nível político o terrorismo busca a desestabilização do Estado. Nem sempre o terrorismo possui uma finalidade política. (SAINT-PIERRE, 2015)

Devido a tripartição do fenômeno em voga, é possível definir vítimas de três naturezas, correspondentes a cada nível de atuação terrorista. A vítima tática seria a vítima direta da ação terrorista (os mortos e feridos provocados pela conduta do grupo). Por sua vez, as vítimas estratégicas são todas aquelas que, embora não tenham sido atingidas diretamente pelo atentado se sentem vulneráveis, e sujeitos a possibilidade de serem vítimas táticas caso os terroristas resolvam atuar novamente. Ou seja, se tornam reféns do terror e do medo de uma nova atuação. Por fim, a vítima política seria o Estado, a instituição que supostamente deveria garantir a vida e o bem estar de seus cidadãos. (SAINT-PIERRE, 2015)

Neste sentido, Saint-Pierre coloca:

Note-se que a vítima preferencial do terrorismo, a vítima estratégica, não é o morto, que aqui denominamos “vítima tática”. Inegavelmente o terrorista procurará provocar o maior dano possível e por tanto tentará executar a maior quantidade possível de vítimas no nível operacional tático. Porém, se o objetivo estratégico é provocar um pânico incontrolável, obviamente a vítima estratégica não pode ser nunca a vítima tática, aquela que perde a sua vida no atentado, por uma questão eminentemente ontológica: os mortos não temem. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 18)

Com efeito, a passagem mostra que o objetivo de uma ação terrorista é almejar o maior número de vítimas estratégicas possíveis. Ou seja, o morto que o atentado deixa não é a prioridade, mas sim os vivos que dele restam. A razão do terror não é a morte, mas sim a insegurança cognitiva provocada, a sensação constante de vulnerabilidade. “O fundamento do terror é o sentimento inequívoco de desamparo ante a vontade do terrorista.” (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 19)

4 O ATENTADO DE 11 DE SETEMBRO DE 2001

A superioridade militar americana é clara, desta forma, aqueles que se veem prejudicados por ações do *hegemon*, estrategicamente falando, possuem apenas duas possibilidades para combatê-lo: o desenvolvimento de armas nucleares, tecnologia demasiadamente cara e de difícil acesso; ou a utilização da guerra assimétrica (uso de táticas de guerrilha e ações terroristas), cujo custo é baixo e seus efeitos devastadores. Desta forma, os atos terroristas passam a ser uma

possibilidade tentadora de manifestação de ódio, utilizada por geralmente por minorias radicais. (SAINT-PIERRE, 2015)

Benjamim R. Barber em seu livro “O Império do Medo”, aponta:

A hegemonia americana não se discute. Afinal, “o poderio militar econômico e político dos Estados Unidos faz o resto do mundo parecer liliputiano.” Segundo nos relembra Michael Ignatieff, os Estados Unidos são “o único país que vigia o mundo através de cinco postos de comando militar; mantém mais de um milhão de homens e mulheres em armas em quatro continentes; posiciona navios de guerra em todos os oceanos; garante a sobrevivência de países como Israel e Coréia do Sul; faz girar a roda do comércio global; e alimenta os corações e as mentes do planeta inteiro com seus sonhos e desejos. (BARBER, 2005, pg. 34)

Na manhã de 11 de setembro de 2001, 19 terroristas da al-Qaeda, sequestraram quatro aviões comerciais, dois deles foram jogados contra os andares superiores das Torres Gêmeas do Complexo World Trade Center. Devido ao impacto e aos extensos danos sofridos, as torres entraram em colapso. O fogo enfraqueceu a estrutura metálica do prédio fazendo com que ambos desmoronassem.

O terceiro avião foi jogado contra o Pentágono, sede do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, localizado em Arlington, Virgínia. O quarto avião (voo 93) caiu em um campo aberto próximo de Shanksville, na Pensilvânia. Os ataques mataram cerca de 3.000 pessoas de 93 países. 2.753 pessoas foram mortas em Nova York, 184 pessoas foram mortas no Pentágono e 40 pessoas foram mortas no voo 93. (MEMORIAL 9/11, 2015)

A mídia realizou a cobertura de todo o atentado, e o maior ataque terrorista no hodierno ficou marcado na história. O ataque foi exitoso, pois, além das mais de 3.000 vítimas que foram a óbito, também morreu o mito da invulnerabilidade americana. Os estadunidenses foram atacados em sua própria casa, e o sentimento de pânico se espalhou pela população, além do seguinte questionamento: de que adianta ter o maior exercito do mundo e também mais poderoso, a mais perfeita máquina bélica, se esta não era capaz de garantir a segurança de seus cidadãos dentro do território nacional? (SAINT-PIERRE, 2015)

Tais acontecimentos marcaram profundamente a população americana, deixando-a sem reação, e passam a sentir – pela primeira vez em muito tempo – a árdua sensação de vulnerabilidade. Enfim cai a ficha dos cidadãos americanos, que se sentem desprotegidos, uma vez que nem o Estado mais poderoso do mundo era capaz de protegê-los da ameaça que

representa o terrorismo: “esse terrível flagelo global e difuso, sem rosto, sem bandeira, sem frente de combate, sem ostentação e sem clemência.” (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 21)

O ataque alcançou o seu objetivo maior, de sucumbir uma população no mais profundo desamparo e constante medo. O atentado em questão buscou o maior número de vítimas táticas possíveis, para que conseqüentemente, se multiplicasse o número de vítimas estratégicas, visto que todo o povo estadunidense se sentiu incluso no “grupo de risco”, aterrorizados e vivos. (SAINT-PIERRE, 2015)

O atentado provocou insegurança cognitiva em toda a população, e desestabilizando o Estado norte-americano. A reação imediata deste é a declaração da “guerra contra o terrorismo”. George W. Bush, em seu primeiro discurso pós atentado convoca os demais países a lutar contra o mal que o terrorismo representa, e afirma que “aquele país que não se comprometa com essa guerra será considerado inimigo e combatido até a morte”. (SAINT-PIERRE, 2015)

O discurso de Bush possuiu dois intuitos: manifestar que, embora abalado pelo atentado, os Estados Unidos agiria, independente das conseqüências, para proteger seus cidadãos; e aumentar a confiança do cidadão no Estado, como sua única fonte de proteção. Tal mensagem faz com que o povo norte-americano volte a confiar no Estado, e com que se recuperem da crise moral e da tensão social que vinha enfrentando devido ao atentado. (SAINT-PIERRE, 2015)

Por outro lado, com a chamada Doutrina Bush, os Estados Unidos foram responsáveis: pela desmoralização das decisões da Organização das Nações Unidas; pelo desrespeito aos pilares do direito internacional; estimulou intervenções armadas e unilaterais em vários pontos do mundo. Além de provocar a vulgarização do conceito de terrorista, que passa a ser utilizado para rotular qualquer grupo que represente uma posição adversa ao governo, não somente dos Estados Unidos, mas de diversos países, que se aproveitaram do momento para extirpar ameaças sem qualquer contenção moral. (SAINT-PIERRE, 2015)

5 A GUERRA AO TERROR

Diante do ocorrido em 2001, as discussões sobre a Segurança Internacional voltam a permear a agenda dos estudos das Relações Internacionais e do Direito. Em sua primeira aparição oficial após o atentado, o então presidente estadunidense George W. Bush declarou uma guerra global contra o “terrorismo”, provocando uma divisão – maniqueísta – do mundo entre o bem e o mal. (SAINT-PIERRE, 2015)

Desta forma, o terrorismo passa a justificar uma nova projeção estratégica global do esforço bélico americano, provocando o rearranjo das forças, no sentido de definir amigos e inimigos. Além do emprego desproporcional de punições contra países enquadrados pelos americanos como ameaça, como parte do “eixo do mal”. Segundo o professor Héctor Luis Saint-Pierre uma “repressão indiscriminada e o atropelo aos direitos humanos e o Estado de Direito por uma guerra não definida e mal formulada”. (SAINT-PIERRE, 2015)

O resultado de tal discurso surtiu efeitos imediatos, inclusive naqueles menos simpáticos aos *yankees* – reações estas provocadas pelo medo, diante da possibilidade de retaliação que Bush possuía. Um exemplo de resposta inesperada foi a oferta realizada por Yasser Arafat, líder da Organização para Libertação da Palestina (OLP) na época, que ofereceu sangue palestino para socorrer os feridos pelo atentado. Até Fidel Castro se dispôs a enviar uma brigada de médicos para auxiliar o resgate das vítimas. (SAINT-PIERRE, 2015)

A doutrina Bush causou rupturas na ordem internacional, a ONU foi completamente desmoralizada e desrespeitada pela política de Guerra Preventiva aplicada pelos americanos. Na década seguinte ao atentado, admitiu-se a tortura como forma de combate ao terrorismo (que é considerada internacionalmente como um crime imprescritível). Além disso a ONU admitiu ainda um “ataque preventivo” contra pequenos e indefesos Estados. (SAINT-PIERRE, 2015)

Sanit-Pierre aponta:

Com essa atitude prepotente e insensível às regras de convivência internacional, atuando por cima e contra pareceres da ONU, o governo do único país condenado por “terrorismo” pelo Tribunal da Haya¹¹ massacró povos, rapinou culturas milenares, desestabilizou regiões e semeou o ódio, aumentando a insegurança no mundo. (SAINT-PIERRE, 2015, pg. 10)

Como retaliação, aos ataques realizados pelo Al Qaeda em 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos iniciaram uma Operação chamada *Enduring Freedom*. A Operação “Liberdade Duradoura” começou no dia 7 de outubro de 2001, quando os norte-americanos, lideraram uma série de ataques aéreos que duraram por aproximadamente cinco dias sobre o Afeganistão. Tais ataques tinham o objetivo de desestabilizar o Talibã, grupo fundamentalista que governava o

¹¹ Os Estados Unidos foram condenados pelo Tribunal Internacional de Justiça da Haya por ato de terrorismo ao fechar com minas o porto de Managua impedindo a entrada de alimentos e medicamentos. Isso foi durante o governo de Donald Reagan, considerado um dos melhores pelos norte-americanos, conforme recente pesquisa.

Afeganistão, e que segundo o governo americano fornecia refúgio seguro para o Al Qaeda. (CNN, 2015; PEREIRA, 2011)

Neste dia, as forças armadas americanas, com o apoio das forças armadas britânicas, realizaram os primeiros bombardeios à capital do Afeganistão, Cabul, atingindo o aeroporto e outros pontos estratégicos da cidade. Em seguida, também foram bombardeadas as cidades de Kandahar (Sul) e Jalalabad (Leste), com o intuito de impedir que o Afeganistão fosse utilizado como base de operações para as atividades terroristas do grupo Al Qaeda. (CNN, 2015; PEREIRA, 2011)

O ataque americano ao Afeganistão possuía três grandes intuítos: desmanchar a rede da Al Qaeda; impedir que Bin Laden e seus comparsas continuassem utilizando o país como base de operações; e por fim, derrubar o regime do Talibã, garantindo um futuro democrático para a Nação Afegã. (PEREIRA, 2011)

No dia 14 de outubro de 2001, o Talibã se mostra aberto a negociações, e oferece entregar Osama Bin Laden a um terceiro país para julgamento caso os americanos fornecessem evidências que comprovassem o seu envolvimento com os atentados 9-11¹². A Casa Branca rejeita a oferta. (CNN, 2015)

Em 26 de outubro de 2001, foi aprovado pelo Congresso norte-americano e assinado pelo então presidente, George W. Bush, o *Patriot Act*, um conjunto de leis cujo escopo é o aumento da regulação, fiscalização e controle das atividades dos cidadãos estadunidenses. Além de suspender diversas garantias governamentais em relação aos direitos civis, o *Patriot Act* também permite a manutenção de presos estrangeiros suspeitos de atividades que colocassem em risco a segurança nacional. Porém obriga que tais prisioneiros sejam deportados ou acusados de algum delito, em um prazo de sete dias, contados após sua prisão. (GÓMEZ, 2008)

Em 13 de novembro de 2001, o presidente Bush assina a ordem executiva sobre “Detenção, tratamento e julgamento de certos estrangeiros na guerra contra o terrorismo”. A partir daí o Pentágono fica autorizado a manter cidadãos estrangeiros sob custódia, por tempo indefinido e sem nenhum encargo. Tal ordem proíbe ainda que seja interposto pelo detento qualquer recurso perante os tribunais americanos, estrangeiros ou internacionais. E que, em casos de julgamento, este se realizaria no âmbito de comissões militares, nomeadas pelo poder

¹² O atentado de 11/09/2001 é conhecido nos Estados Unidos como 9/11 (*nine eleven*), uma vez que na língua inglesa inverte-se a ordem do dia e mês, sendo que este último viria antes do primeiro, quando comparada com o português.

Executivo, e não por tribunais independentes e imparciais. Tais julgamentos não eram utilizados desde a Segunda Guerra Mundial. (GÓMEZ, 2008)

No fim de dezembro do mesmo ano, o Departamento de Justiça enviou um memorando para o Pentágono, recomendando que os tribunais federais americanos não sejam autorizados a examinar e julgar as petições de *habeas corpus* apresentadas por estrangeiros detidos na base militar da Baía de Guantánamo, uma vez que esta não se situa em território soberano estadunidense. (GÓMEZ, 2008)

No início de 2002, em fevereiro, o presidente Bush assina um novo memorando cujo conteúdo autoriza o tratamento de membros do Talibã ou do Al Qaeda como prisioneiros de guerra. Desta forma, as garantias existentes no art. 3º da Constituição Norte-Americana que confere aos indivíduos garantias processuais mínimas – o direito devido processo legal, proibição da tortura, dos maus-tratos, e proteção à honra e a dignidade do acusado – deixam de ser aplicadas aos integrantes dos grupos citados. O que se pode notar com tal decisão é o evidente combate ao “inimigo terrorista”. (GÓMEZ, 2008)

Já no fim de 2002, o então secretário de defesa dos Estados Unidos, Donald Rumsfeld, aprovou o uso discricionário de diversas técnicas de interrogatório. Dentre elas, incluíam-se atos de desnudar e encapuzar presos, isolamento prolongado, privação sensorial, permanência em posturas dolorosas, simulação de afogamento, utilização de cães para induzir o estresse, além de sistemáticas humilhações discriminatórias de caráter sexual e religioso. Deste modo, autoriza-se, assim, a utilização de técnicas de interrogatório “contra terroristas” cruéis e desrespeitadoras dos Direitos Humanos. (GÓMEZ, 2008)

Enquanto isso, a ofensiva contra o Afeganistão seguia. A Força Armada Britânica enviou uma força de 4.200 militares para o Afeganistão, ainda em outubro. Em novembro, a Turquia e o Canadá também concordam em enviar tropas. Ainda em novembro, Donald Rumsfeld duplica o número de homens em bases americanas no território afegão. Itália, Alemanha e Países Baixos também se disponibilizam para enviar tropas. E em dezembro de 2001 o Talibã cai. (CNN, 2015)

Ainda em dezembro de 2001 o Conselho de Segurança da ONU cria a Força Internacional de Assistência à Segurança (ISAF) para supervisionar as operações militares no país. Na Conferência de Bonn, Alemanha, Hamid Karzai é escolhido para governar o país e em 2004 é eleito presidente. (CNN, 2015)

As forças da ONU, da OTAN e dos Estados Unidos permanecem no território afegão por mais que uma década. Em 2013 os Estados Unidos, já sob a liderança de Obama, retira as tropas do Afeganistão. Estimativas de baixas da guerra variam. Conforme o relatório *Body Count* realizado pela organização *Physicians for Social Responsibility* (PSR) dá uma estimativa das casualidades da guerra no Afeganistão. Segundo este relatório, de outubro de 2001 a dezembro de 2013, foram mortos aproximadamente: de 106.000 a 170.000 civis (incluindo os afegãos), 22 jornalistas, 280 trabalhadores de organizações não-governamentais; 15.000 membros das Forças Armadas do Afeganistão; 3.000 soldados americanos; 3.409 soldados da ISAF e da Operação Enduring Freedom; 1.700 trabalhadores civis do governo americano; 55.000 Talibãs; resultando num total aproximado de duzentos mil mortos. (CNN, 2015; PSR, 2015)

6 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O jurista e professor Luiz Flávio Gomes desenvolveu em 2004 um artigo, cujo tema é a teoria do Direito Penal do Inimigo. Neste trabalho, o autor aponta traços importantes desta corrente, enumera características, chegando a realizar a crítica sobre a mesma. Segundo o autor, a teoria criada por Jakobs seria um claro exemplo de Direito Penal do Autor, visto que ela pune o agente pelo que ele é, e não pelo que ele fez (Direito Penal do Fato). (GOMES, 2004)

Gomes ainda alerta que o momento em que a teoria do direito penal do autor obteve mais ênfase foi durante o nazismo, e que a nova teoria alemã traria reminiscência deste passado não tão distante. Para ele a criação de inimigos seria a “demonização” de alguns tipos de delinquentes. (GOMES, 2004)

Outra crítica colocada pelo autor é que o Direito Penal está sempre amarrado a Carta Magna de cada Estado. Desta forma, através de um simples silogismo percebe-se um pleonismo quando o teórico se refere a um Direito Penal do Cidadão. Logo, o Direito Penal do Inimigo seria uma contradição, já que é um “não Direito”. (GOMES, 2004)

Outra incoerência notada por Luiz Flávio Gomes é que segundo o Direito Penal do Inimigo a desaprovação não ocorreria quanto a culpabilidade do agente, mas sim a sua periculosidade. Desta forma, a pena e a medida de segurança passam a ser tratadas com congruência, deixando de possuir realidade diferente. (GOMES, 2004)

Neste caso, ao trazer a teoria para a realidade brasileira instaurar-se-ia um conflito, visto que, conforme as leis vigentes, medida de segurança somente é destinada a agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo. (GOMES, 2004)

Para o jurista, o Direito Penal do Inimigo, se tratando de um Direito Penal Prospectivo (ou seja, que entende o cabimento de medida de segurança com o intuito de afastar o inimigo da sociedade para que este não venha a cometer crimes no futuro) encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, que chegaram a postular sobre o fim de penas e a imposição massiva das medidas de segurança. (GOMES, 2004)

Gomes ressalta que a teoria não segue o processo democrático (utilização do devido processo legal, e afins), e sim um procedimento de guerra, intolerante, que não condiz com o Estado Democrático de Direito (em que se encontram a maior parte das nações atualmente). As garantias penais e processuais são afastadas, e dá lugar a um Direito Penal de Terceira Velocidade, caracterizado pela imposição de penas de prisão severas. (GOMES, 2004)

Luiz Flávio Gomes alerta que a expansão que o Direito Penal vem sofrendo ocasiona a transformação do mesmo para um direito abertamente punitivista, que se utiliza da antecipação de tutela penal, de leis que protegem bens jurídicos indeterminados, penas desproporcionais e outros. E muitas vezes, a promulgação de leis penais ocorre justamente para acalmar a ira da população, que se sente em constante estado de insegurança. (GOMES, 2004)

A soma destes acontecimentos acaba por gerar como produto medidas de Direito Penal do Inimigo. Embora a teoria seja claramente inconstitucional no Brasil, visto que medidas excepcionais somente podem ser adotadas em tempos anormais – Estado de Defesa e de Sítio. (GOMES, 2004)

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes preleciona que:

Não podemos concordar com a tese de que o Direito Penal do Inimigo seja inevitável, sob pena de assumirmos postura idêntica àqueles que acobertaram ou apoiaram o Direito Penal Nazista, que procurou eliminar todos os ‘estranhos à comunidade’, mandando-os para os campos de concentração ou para o forno. (GOMES, 2004)

Gomes conclui afirmando que a criminalidade nomeada como inimiga não coloca em risco o Estado vigente, muito menos suas instituições essenciais. E a estes, cabe o Direito Penal do Cidadão, ou seja, o direito penal do Estado de Direito. O fato de se tratar o criminoso como

inimigo apenas dá legitimidade para que o mesmo questione, com razão, o sistema. (GOMES, 2004)

No livro “Direito Penal Esquematizado – Parte Geral”, os autores, além de dar um panorama global sobre o Direito Penal do Inimigo, expõem também suas respectivas críticas sob a teoria do alemão Günther Jakobs. A teoria em voga é colocada como uma legislação de exceção, um estado de guerra, baseado em regras específicas para o combate dos perigos gerados pelo inimigo. Sendo assim, Estefam e Gonçalves questionam:

Quais devem ser os pressupostos jurídicos para que essa legislação excepcional possa ter incidência? Que órgãos estatais devem ser consultados e quais deliberarão acerca dos seus limites? A quem caberá dizer quando se aplica o Direito Penal do Inimigo ou o Direito Penal do Cidadão? Essas dúvidas não são sanadas por Jakobs. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 139)

Outra colocação feita pelos autores é como seria possível a adoção de um Direito Penal do Inimigo, se a maioria das constituições garante fundamentalmente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e outros tantos. Desta forma, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo jamais seria compatível a um Estado Democrático de Direito. Afirmam ainda que a teoria resgata o Direito Penal do Autor, que já foi superado em meados do século XX. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012)

No artigo Direito Penal do Inimigo, escrito em 2005 pelo jurista Rogério Greco, o autor expõe seu posicionamento sobre a teoria em questão. O autor critica com firmeza a polaridade proposta de divisão da sociedade em cidadãos e inimigos. Para ele, fornecer tratamento diferenciado a uma classe de indivíduos, como se houvesse um estado de guerra, é relembrar épocas catastróficas que a humanidade busca olvidar. (GRECO, 2005)

Greco afirma que tratar o delinquente habitual, criminosos pertencentes à facções organizadas e traficantes de drogas como irrecuperáveis, e a eles propor medidas de privação de liberdade por tempo indeterminado é “o máximo da insensatez a que pode chegar o Direito Penal”. Para o autor, o Direito Penal do Inimigo deve ser repudiado pela sociedade, pois, no seu entendimento, a teoria desiste do homem, afirmando erroneamente o fato de ser ele incorrigível, de possuir um defeito de caráter que o impede de agir conforme os demais cidadãos. (GRECO, 2005)

Segundo o jurista, a lista de pessoas que podem se encaixar no perfil de inimigos nunca será findada, pois amparado pelo raciocínio desta teoria qualquer um pode ser considerado inimigo. Para ele, seria praticamente impossível elaborar um conceito de inimigo que tenha o condão de despersonalizar um indivíduo, para que assim ele possa ser afastado da sociedade, e se ver desprotegido de quaisquer garantias conquistadas ao passar dos tempos. (GRECO, 2005)

Rogério Greco conclui seu texto afirmando:

Não podemos afastar todas as nossas conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento do cidadão versus inimigo, pois que, não sendo possível conhecer o dia de amanhã, quem sabe algum louco chegue ao poder e diga que inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo, e lá estarei eu sendo preso, sem qualquer direito ou garantia, em troca de um argumento vazio e desumano. (GRECO, 2005)

O fragmento acima revela a clara oposição do doutrinador brasileiro Rogério Greco quanto a utilização do Direito Penal do Inimigo, uma vez que este representa tamanho retrocesso diante das conquistas já realizadas, com muito ardor, durante toda a história.

Eugenio Raul Zaffaroni, ex-ministro da Suprema Corte Argentina, professor da Universidade de Buenos Aires e vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal, em uma conferência na sede do IELF, em 2004, emitiu seu posicionamento sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, que foi sintetizado em um artigo por Luiz Flávio Gomes. No artigo supramencionado Luiz Flávio Gomes relata algumas das colocações do famoso jurista a respeito desta teoria:

1) para dominar o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; (2) quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito); (3) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); (4) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); (5) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.; (6) em nome de cristo começaram a queimar os inimigos; (7) para inventar uma "cruzada" penal ou uma "guerra" deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Sadam Hussein); (8) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã; (9) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo); (10) o criminoso é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; (11) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classes: riqueza e miséria continuam tendo que se conviver necessariamente; (12) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de Polícia) desde essa época é o marginalizado; (13) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto; (14) no princípio

do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; (15) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.); (16) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo); (17) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos E.U.A., sobretudo a partir da queda do muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional; (18) até 1980 os E.U.A. contava com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; (19) com Reagan começa a indústria da prisionização; (20) hoje os E.U.A. contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem às custas desse sistema; com isso o índice de desemprego foi reduzido. E como os E.U.A. podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a "máquina de rodar dólares"; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os E.U.A.: não possuem a máquina de fazer dólares; (21) o Direito penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV); (22) das TVs é preciso "sair sangue" (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.); (23) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo; (24) a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (25) o Direito penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (26) o político apresenta o Direito penal como o primeiro remédio para isso; (27) o Direito penal tornou-se um produto de mercado; (28) o Direito penal na atualidade não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda; é a mídia que domina o Estado, não o Estado que se sobrepõe a ela; (29) os juízes estão apavorados; juiz garantista tem que enfrentar a mídia. (ZAFFARONI *apud* GOMES, 2004)

A partir da resenha feita por Gomes (2004) sobre as colocações de Zaffaroni pode-se chegar a algumas conclusões. Primeiramente, nos Estados Unidos, foi difundido o fenômeno de privatização dos presídios, isso significa que a construção e administração de presídios deixaram de ser área de competência pública. Ou seja, cabe à iniciativa privada investir em novas estruturas penitenciárias. Sendo assim, para que se assegure a remuneração aos investimentos feitos, portanto, precisa-se de criminosos, para que estes presídios sejam ocupados. Considerando a dificuldade de encarcerar indivíduos de grande poder aquisitivo, ocorre aumento da incidência do sistema penal sobre os excluídos. (GOMES, 2004)

A presença massiva de marginalizados presos gera demanda de mais presídios, que são construídos pela iniciativa privada. Ou seja, aquela grande parcela da população que não é consumidora, não é empregadora, não gera impostos, agora passam a gerar lucros, movimentando a economia para os exploradores deste negócio. (GOMES, 2004)

No seu livro "O inimigo no Direito Penal", Zaffaroni aponta ainda que em toda história – de fato e do direito – o poder punitivo sempre discriminou um grupo de seres humanos, aos quais conferia o tratamento de inimigo, de não pessoas, uma vez que estes – supostamente – eram vistos como entes daninhos ou perigosos. Consequentemente, é negado a tais sujeitos o direito de

ser punido perante o sistema global de garantias, ou seja, dentro dos limites e garantias do Direito penal liberal. (ZAFFARONI, 2007)

O autor ainda diz que esta modalidade de tratamento – punição diferenciada para aquele grupo considerado como inimigo da sociedade – é típico do Estado absoluto, e completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o argentino assevera:

É intolerável a categoria jurídica de *inimigo* ou *estranho* no direito ordinário (penal ou de qualquer outro ramo) de um Estado constitucional de direito, que só pode admiti-lo nas previsões de seu direito de guerra e com as limitações que lhe são impostas pelo direito internacional dos direitos humanos em seu ramo de direito humanitário (legislação de Genebra), levando-se em conta que nem sequer este priva o *inimigo bélico* da condição de pessoa. (ZAFFARONI, 2007, pg. 12)

O autor acredita que a categorização de indivíduos como inimigos sociais, devido a sua periculosidade, sem que seja conferido aos mesmos o caráter de pessoa é incompatível com a teoria política do Estado de Direitos. Zaffaroni propõe ainda ser direito do Estado privar o indivíduo de sua cidadania, mas isto não implica que o mesmo esteja autorizado a privar o sujeito de sua condição de pessoa. Quer dizer, o Estado não possui o poder de retirar direitos de um indivíduo que são inerentes à sua condição de ser humano. (ZAFFARONI, 2007)

O que se observa ao analisar as contribuições teóricas diversas dos mais respeitados juristas, é que a aplicação do Direito Penal do Inimigo ainda é controversa. Quando defendida pela doutrina, se justifica como uma medida necessária frente a crimes advindos da sociedade de risco, a sociedade pós-industrial. Uma vez que não se deve punir o criminoso comum com o mesmo rigor que se pune o inimigo, aquele que não oferece garantia cognitiva de respeito à norma.

Em suma, a adoção – ou não – desta teoria em questão no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito gera um grande debate doutrinário, e polariza opiniões em todo o universo jurídico.

7 A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PARA EXPLICAR A GUERRA AO TERROR

Benjamin R. Barber, doutor pela Universidade de Harvard, em seu livro “O Império do Medo”, descreve o cenário do que ele nomeia de “*Pax Americana*”. Para o autor, os Estados

Unidos possui ávido desejo de sempre reiterar sua hegemonia. Além de levar a “independência” e a “democracia” para os demais países, os americanos convocam-nos para com ele se associar. Isto importa em nada mais que uma mera coação realizada pelos *yankees*, pois, caso um Estado não pretenda aderir ao seu plano, a ele é atribuído o caráter de inimigo. (BARBER, 2005)

Desta forma, o escopo mor da chamada “*Pax Americana*” trata-se da imposição da paz universal, por meio de armas americanas. Ou seja, a criação de um império arrogante, temperado pelo medo. Neste sentido, Barber ilustra: “Não importa que nos odeiem, desde que nos temam”. (BARBER, 2005, pg. 51)

Sobre o ponto em questão, o autor coloca:

O poderio sem precedentes dos americanos não exclui certa vulnerabilidade, também sem precedentes, uma vez que para preservar o que já ganharam precisam constantemente expandir o seu raio de ação, construindo assim uma esfera de influência exageradamente ampla. “Para garantir meu território, tenho de me apoderar do terreno adjacente ao meu”, proclama o poderoso latifundiário. Os Estados Unidos consideram amigos todos aqueles que não se dizem seus inimigos e, por conseguinte, acabam tendo como aliados, em vez de amigos autênticos, inimigos de seus inimigos. Que se opuser é tido, se não como um participante do “eixo do mal”, pelo menos como um membro da gangue dos vilões. (BARBER, 2005, pg. 36)

O excerto acima mostra a visão dos Estados Unidos quanto ao posicionamento tomado pelos demais países no contexto pós-9/11. Ou seja, apoiar os americanos significa ser “do bem”, independente das condições retrogradadas em que seu país se encontre. Um exemplo disso é o Egito, que na época era controlado por uma ditadura tirânica, e devido ao seu apoio aos estadunidenses não sofreu nenhuma represália. Enquanto isso, obsessivamente, os americanos voltavam sua ira para “Estados párias”, de pouca importância, como Cuba, Iraque, Somália, Líbia e outros, cujo potencial de ameaça para o imensurável exército americano era mínimo. (BARBER, 2005)

Outrossim, diante do gigante que os americanos se mostram ser, resta como arma efetiva aos que não concordem com seus ideais, conforme exposto anteriormente, apenas o terrorismo. Barber afirma: “O medo é a única arma do terrorismo, mas o medo é uma arma muito mais potente contra os que vivem num clima de esperança e prosperidade do que contra os que vivem num mundo de desespero, sem nada a perder.” (BARBER, 2005, pg. 37)

Neste sentido Barber assevera:

Os Estados Unidos podem espalhar para além das fronteiras uma civilização cultural pop de filmes, música, *software*, *fast food*, e tecnologia de informação de modo a transformar

o mundo num McMundo. Mas não conseguem controlar a Jihad. Isso porque a independência dá à Jihad meios de confrontar o McMundo (terrorismo global!), meios que não são menos impressionantes do que aqueles que o McMundo tem para confrontar a Jihad (mercado global!). Na verdade, em certo sentido, trata-se de meios idênticos, já que ambos se alicerçam na anarquia global que ambos ajudaram a criar. (BARBER, 2005, pg. 38)

O fragmento mostra as consequências da interdependência criada pelos americanos no pós-guerra fria. Pois, por mais que eles aumentem sua esfera de influencia, fazendo do mundo cada vez mais um reflexo de sua própria imagem, os estadunidenses não conseguem conter as ações do fundamentalismo religioso.

As conquistas efetuadas pelas ações terroristas forçaram os Estados Unidos a traçar uma estratégia de combate às mesmas. Nesse sentido o autor coloca:

Depois de seu país ter sido atacado pela Al Qaeda, uma organização terrorista não governamental, o que fez o presidente Bush? Procurou vingar-se dos “Estados que abrigam terroristas”. Para isso, adotou uma estratégia que tomou como alvos o Afeganistão, mais tarde o Iraque (e quem sabe, no futuro, a Coréia do Norte, a Síria e o Irã), quando, na realidade, os terroristas continuavam a se movimentar livremente do Afeganistão para o Iêmen e o Sudão, desde as províncias tumultuadas e ingovernáveis do Afeganistão até as províncias tumultuadas e ingovernáveis do Paquistão; desde o Oriente Médio até a África e Sudeste da Ásia, Indonésia e Filipinas. (BARBER, 2005, pg. 39)

A passagem acima retrata a capacidade de se tornar invisíveis que possuem os terroristas, uma vez que não são Estados, eles podem migrar, desaparecer e reaparecer sobre outra forma. Nações inteiras podem ser destruídas pelo poderio americano – como foram o Afeganistão e o Iraque – mas os grupos terroristas continuam firmes – mesmo que por vezes se enfraqueçam.

Neste sentido, o ex-secretário de defesa estadunidense Donald Rumsfeld afirma: “Os indivíduos que fazem isso não têm o que perder, não possuem alvos de valor. Só tem redes e fanatismo. (BARBER, 2005, pg. 37)

Segundo Barber, a estratégia adotada pelos americanos no pós 11 de setembro “prevê uma guerra sem fim: quando a intimidação falhar (primeira opção do medo), serão levadas a cabo intervenções armadas em país após país [...]”. Zaffaroni leciona que os Estados Unidos encontraram nos atentados de 11 de setembro de 2001 a oportunidade de criar um inimigo de substância no chamado terrorismo, que possa preencher o vazio deixado pela ameaça soviética com o fim da guerra fria. (BARBER, 2005, pg. 55; ZAFFARONI, 2007)

Os americanos buscaram incansavelmente por alguém que pudesse ocupar tal vaga, embora houvessem muitos candidatos, nenhum era forte suficiente, explica Zaffaroni. A insuficiente da guerra as drogas, a abstração do crime organizado, ambos não tiveram robustez para tanto. Nesse sentido, Zaffaroni coloca: “A carência de juízos prévios a partir dos quais seria possível fabricar um novo inimigo só pode ser compensada com um fato aterrador e, para este efeito, o atentado de setembro de 2001 foi funcional para individualizar um inimigo crível.” (ZAFFARONI, 2007, pg. 65)

Dessarte, a partir do contexto fático do atentado, das mortes que este resultou, se tornou possível a construção de uma obscura noção de terrorismo, que não possui definição internacional, e abarca diversas modalidades de conduta. E o mais importante, fundamenta a utilização de medidas repressivas nos moldes da estrutura inquisitorial.

Neste rumo, sustenta Zaffaroni:

A nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo. A necessidade de defender-se, *por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados*, mas sim do nebuloso *terrorismo*, legitima não apenas as *guerras preventivas* de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais, que incluem a privação de liberdade indeterminada de pessoas que não se acham em condição de prisioneiros de guerra nem de réus processados, seja sob o pretexto de que não são cidadãos dos Estados Unidos ou de que não se encontram privados de liberdade em seu território. (ZAFFARONI, 2007, pg. 66)

Desta forma, por meio da legitimação que o atentado promoveu para a criação do inimigo terrorista é que adota-se cada vez mais, em todo mundo, técnicas e características típicas de um Direito Penal do Inimigo.

No livro “Direito Penal Esquemático – Parte Geral”, Estefam e Gonçalves reconhecem como exemplo típico de legislação do Direito Penal do Inimigo o *Patriot Act*, veja:

Pode ser citado como exemplo de legislação típica desse setor do Direito Penal o *Patriot Act* dos EUA (Lei Patriótica), em que se autorizou, entre outras disposições, a detenção de pessoas por tempo indeterminado, se suspeitas de envolvimento em atentados terroristas e de violação a outros direitos individuais. Também se podem apontar como medidas jurídicas características do direito penal do inimigo as prisões norte-americanas de Guantánamo (Cuba) e de Abu Ghraib (Iraque), em que se empregou a detenção por tempo indeterminado e a tortura como meios legítimos de interrogatório. Veja-se, ainda, o controvertido episódio que resultou no falecimento de Osama Bin Laden, morto como verdadeiro inimigo de guerra. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2012, pg. 137)

Ante o exposto supra é possível observar a rigidez que o *Patriot Act* impõe, provando ser tal lei uma verdadeira “carta de restrições fundamentais”, uma vez que permite ao FBI, CIA e demais agências do governo norte americano a invadir a privacidade e intimidade dos cidadãos, ignorando direitos civis fundamentais, relativizando garantias, e chega ao absurdo de autorizar a manutenção de presos que não foram acusados de crime algum privado de sua liberdade em instituições prisionais como Guantánamo e Abu Ghraib.

O livro “O Diário de Guantánamo” foi redigido por Mohamedou Ould Slahi, em sua cela na prisão de Guantánamo durante o verão e o outono de 2005. No livro o autor retrata suas experiências com interrogatórios e as técnicas utilizadas nestes, a rotina da prisão e afins. O governo dos Estados Unidos editou o manuscrito, e inseriu nele mais de 2.500 tarjas pretas, censurando o texto original do autor. E somente em janeiro de 2015 é que o livro foi publicado, e se tornou um *best-seller* internacional.

Dentre os diversos fatos narrados por Mohamedou, destaca-se o seguinte:

Os detentos não tinham permissão para falar uns com os outros, mas gostávamos de olhar uns para os outros. A punição para quem falasse era pendurar o detento pelas mãos, os pés mal tocando o chão. Vi um prisioneiro afegão que tinha desfalecido algumas vezes quando estava pendurado pelas mãos. Os médicos “o consertavam” e o penduravam novamente. [...] Havia um camarada afegão muito idoso que, segundo se dizia, fora preso para entregar seu filho. O sujeito era doente mental; não conseguia parar de falar porque não sabia onde estava, nem por quê. Não creio que ele estivesse compreendendo em que ambiente se encontrava, mas os guardas continuavam obedientemente a pendurá-lo. (SLAHI, 2015, pg. 77)

Outras técnicas de tortura eram utilizadas nos interrogatórios e como punição dos detentos como: o *waterboarding*¹³, alimentação e reidratação retal, confinamento em uma caixa¹⁴, utilização de água gelada¹⁵, espancamentos, ameaças, longas privações sensoriais e de sono, sobrecarga auditiva ou visual, nudez forçada, estupro, imobilização do sujeito em posições causadoras de stress corporal, e outras tantas. (THE GUARDIAN, 2014)

¹³ Trata-se de um processo de asfixia utilizando água, que simula um afogamento. Coloca-se um pano sobre o rosto do detento que é deitado e amarrado em uma plataforma inclinada, cobrindo seu nariz e boca. Em seguida, joga-se água sobre o pano, o que impede a respiração, causando a sensação de afogamento, e induzindo o pânico. O processo dura aproximadamente 40 segundos e é repetido por inúmeras vezes durante o interrogatório.

¹⁴ Coloca-se o sujeito dentro de uma caixa que, além de restringir seus movimentos, dificulta a respiração.

¹⁵ O detento é deixado em uma cela fria com as roupas encharcadas de água e coberta por plástico, para impedir que a mesma seque, podendo causar até hipotermia.

No fragmento abaixo Slahi narra um interrogatório no qual foi submetido a diversos assédios, tanto morais quanto sexuais, diversos trechos da narrativa foram censurados pelo governo americano, os quais foram tarjados de preto:

O novo [REDACTED]¹⁶ puxou a cadeira, jogando-me no chão. “Agora fale de [REDACTED] [REDACTED]!”¹⁷ “Não, isso já ficou para trás”, disse eu. “Certo, você tem razão. Se ficou para trás, pode falar, não vai fazer mal” disse o novo [REDACTED]. “Não.” “Então hoje vamos ensinar a você sobre o grande sexo americano. Levante-se!”, disse [REDACTED]. Fiquei de pé na mesma posição dolorosa¹⁸ em que estive durante cerca de setenta dias. Eu preferia obedecer às ordens e reduzir a dor que seria causada se os carcereiros entrassem no jogo. Eles usavam toda oportunidade para bater no detento até cansar. “O detento tentou resistir”, era a ladainha com que se saíam, e adivinhe em quem acreditavam? “Você é bem esperto, porque se não ficar de pé vai ser pior”, [REDACTED]. Assim me levantei, duas [REDACTED] tiraram a blusa e começaram a dizer toda sorte de obscenidade que se possa imaginar, o que menos me importava. O que me atingia era ser forçado a participar de uma tríade sexual da maneira mais degradante. O que muita [REDACTED] não entende é que um homem sofre tanto quanto as mulheres quando é obrigado a fazer sexo, talvez ainda mais, devido à posição masculina tradicional. [...] Fiquei rezando o tempo todo. “Pare de rezar, porra! Você está fazendo sexo com duas americanas e fica rezando? Como você é hipócrita!” [...] Neguei-me a deixar de rezar, e depois disso fui impedido de fazer minhas orações, rituais, durante cerca de um ano. (SLAHI, 2015, pg. 304-305)

Outra técnica utilizada em interrogatórios, narrada por Slahi, era a utilização de quartos extremamente gelados, causando até hipotermia nos detentos:

[REDACTED] ligou o ar-condicionado a toda para me fazer congelar. Esse método vinha sendo utilizado desde agosto de 2002. Vi pessoas submetidas à sala gelada dia após dia; nessa época, a lista era longa. As consequências do frio são devastadoras, mas só se manifestam em idade avançada porque leva tempo para que atinjam os ossos. O esquadrão da tortura era tão bem treinado que cometia crimes quase perfeitos, evitando deixar provas óbvias. Nada se fazia ao acaso. Eles golpeavam pontos definidos. Praticavam métodos horríveis cujas consequências só se manifestariam mais tarde. Os interrogadores ligavam o ar no máximo, tentando chegar a zero grau, mas obviamente os aparelhos não foram feitos para matar. Então, numa sala bem isolada, a temperatura chegava a 9,4 graus Celsius – em outras palavras, frio, muito frio, sobretudo para alguém proveniente de um país quente submetido a ele durante mais de doze horas, sem roupa de baixo e vestido apenas com um uniforme fino. (SLAHI, 2015, pg. 317)

A sobrecarga auditiva também era utilizada frequentemente para causar stress nos interrogados. Eles eram submetidos a longos períodos expostos a músicas altas, que se repetiam, inúmeras vezes, conforme demonstra Mohamedou Slahi no trecho abaixo:

¹⁶ Dá a entender de Slahi se refere ao novo interrogador que ia continuar o procedimento. (SLAHI, 2015)

¹⁷ Tarja colocada cuja inferência não pode ser realizada. (SLAHI, 2015)

¹⁸ Esta posição provavelmente é uma curvatura forçada pelo fato de seus pulsos estarem acorrentados ao piso.

Durante a noite inteira tive de ouvir o hino nacional dos Estados Unidos. Odeio hinos. Só consigo me lembrar do começo, “*Oh say can you see...*” uma e outra vez. Fiquei feliz por não terem me jogado na água gelada. No início tentei rezar dissimuladamente, mas [REDACTED] estava me vigiando de perto. “Pare com a porra da oração, você está insultando o meu país!” Eu estava cansado e acabado, e queria qualquer coisa menos arranjar problema, então decidi rezar em silêncio. Tremi durante a noite toda. (SLAHI, 2015, pg. 321)

Em outra passagem do livro escrito por Mohamedou Ould Slahi, o autor narra ainda a utilização de um método que consistia em preencher o espaço existente entre o corpo do mesmo e suas vestes com cubos de gelo. Quando estes derretiam, novos cubos eram colocados, do pescoço até os tornozelos. O intuito do uso desta técnica é que além de servir para apagar os hematomas provocados, o gelo ainda causava uma dor imensurável. Além disso, os olhos do torturado eram vendados, e os interrogadores lhe disferiam diversos golpes, em intervalos irregulares. Sobre a técnica, Slahi afirma: “Não há nada mais aterrorizante do que fazer alguém esperar um golpe a cada batida do coração.” (SLAHI, 2015, pg. 335)

Além das absurdas táticas utilizadas – todas de conhecimento da alta cúpula do governo estadunidense – o governo americano autorizou ainda a detenção de sujeitos estrangeiros, por tempo indeterminado, além de proibir que estes possam interpor recursos perante qualquer tribunal, seja ele americano ou até internacional. Outrossim, caso o indivíduo tivesse que ir a julgamento, este seria realizado por comissões militares nomeadas pelo Executivo. Restou proibido também que cortes americanas examinassem petições de *Habeas Corpus* dos sujeitos presos em Guantánamo. (GÓMEZ, 2008)

Diante do exposto, as legislações restringiam, quando não tolhiam por completo, os direitos e garantias fundamentais daqueles considerados como “inimigo terrorista”. As crueldades e atrocidades que ocorriam nas prisões de Guantánamo (Cuba), Abu Ghraib (Iraque), Bagram (Afeganistão) e tantas outras, eram justificadas na tentativa de encontrar e desmantelar possíveis ações e redes terroristas, justificadas na teoria do Direito Penal do Inimigo.

Neste sentido Fábio Roberto D’Avila afirma:

[...] ao buscar (re) estabelecer um já conhecido modelo de direito penal do agente, direcionado à punição de atos meramente preparatórios, no qual o objetivo da pena é tão só inocuizar uma ‘inaceitável’ fonte de perigo, e no qual o processo se assume como instrumento de facilitação na obtenção de fins político-criminais acentuadamente

demagógicos, como é o caso, v.g., da denominada ‘guerra contra o terrorismo’, deveria, de imediato, ser jogada no espaço crítico da indiferença e do absurdo, no espaço das ideias surreais às quais não é concedida qualquer pretensão de concretude. (D’AVILA, 2006, pg. 97)

Diante do contexto narrado, e dos ensinamentos apresentados sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, conclui-se que todas as represálias realizadas pelo governo americano – sejam em forma de leis, decretos, discursos ou mesmo de ações – foram pautadas em um discurso neopunitivista confluyente com a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Os terroristas, devido ao seu caráter de inimigo, tinham seus direitos fundamentais flexibilizados, e muitas vezes recebiam tratamento considerado desumano. Uma vez que estes não eram considerados seres com personalidade, e sim coisas, mero objeto de tutela penal.

Os detentos acusados – normalmente por acusações genéricas, sem precisão de fatos cometidos, provas e afins – de terrorismo, muitas vezes não eram processados, e quando sim, ocorria a aplicação de medidas de segurança, com o intuito de isolá-lo da sociedade – em razão da alta periculosidade do agente. Resta cristalino o entendimento de que abre-se mão de um Direito Penal do Fato em prol de um Direito Penal do Autor, uma vez que os acusados eram privados de sua liberdade simplesmente pela existência de indícios de envolvimento com determinado grupo terrorista.

Faz se claro também a ocorrência de supressão de garantias materiais e processuais penais, uma vez que os terroristas seriam responsáveis por colocar em cheque a estrutura de um Estado. E, portanto seriam meros entes despersonalizados, sem direitos e garantias, e que deveriam ser punidos pela mera periculosidade que ele representa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do que foi apresentado, conclui-se que perante as novas ameaças e riscos que foram criados com o avanço das tecnologias, da evolução do conhecimento científico, nas sociedades pós-industriais, faz com que a população exija a promulgação de uma lei penal mais rígida. E nota-se que a cada dia mais o povo clama por um Direito penal de terceira velocidade.

Estas tendências neopunitivistas ganharam forças com os atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001, em Nova York. Este momento simboliza o fim de um período feliz e próspero para os Estados Unidos, que havia superado o fim da Guerra Fria e se encontrava em fase de crescimento, ao longo dos dez anteriores anos de *boom* econômico. Neste período os *yankees* consolidaram-se como *hegemon*, e ocupavam lugar de destaque no rol das potências mundiais, possuindo superioridade incontestável nos campos econômico, tecnológico e militar, traduzível na expressão “hiperpotência”.

Os ataques a Nova York e Washington causaram mudanças radicais na agenda internacional, que passou a ter como prioridade temas de segurança e combate ao terrorismo, em detrimento de outras preocupações, como desenvolvimento. As relações internacionais passaram a polarizar-se entre “aliados e inimigos”, formando o conhecido “Eixo do Mal”.

O rearranjo de forças no cenário transnacional marca a inauguração de uma nova estratégia internacional de segurança, conduzida pelos Estados Unidos e posteriormente batizada de “guerra ao terror”. Esta expressão foi cunhada pelo presidente George W. Bush em um discurso ao Congresso Estadunidense, no qual pedia apoio aos demais Estados para combaterem o terrorismo internacional.

Percebe-se, a partir das ações tomadas pelo governo norte-americano no pós 11 de setembro, a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, elaborada por Günther Jakobs. Que se dá por meio da criação de um Direito Penal Prospectivo, que pune o indivíduo num momento anterior a conduta.

O ser envolvido em delitos graves, como o terrorismo, seria punido de maneira diferenciada, uma vez que os direitos e garantias fundamentais previstos nos Tratados e Convenções Internacionais e Constituições poderiam ter a sua aplicação restringida.

As pessoas participantes desse tipo de ação, não mais seriam consideradas cidadãos e sim inimigos, sendo proposto contra eles um “procedimento de guerra”, sem observância à garantia do devido processo legal.

Para o penalista germânico Günter Jakobs, o inimigo é uma “não-pessoa”, o que justifica a antecipação de sua punição, a desproporcionalidade das penas aplicadas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais. Além da criação de leis severas, direcionadas aos chamados “inimigos”, que seriam os terroristas, líderes de facções criminosas, traficantes, homens-bomba, entre outros.

Após a recente onda de terrorismo, certos comportamentos questionáveis chamaram atenção, como por exemplo, a reação extremista americana em resposta ao 11 de setembro. Ações como, a tortura impiedosa de suspeitos com suposta ligação ao terrorismo – que muitas vezes não compreendiam quais eram as acusações que estavam sofrendo e a qual ordenamento jurídico recorrer – na prisão americana localizada em Guantánamo; a ocupação do Afeganistão; a Guerra do Iraque; e outros tantos desrespeitos aos Direitos humanos, chamam a atenção da sociedade civil.

O contexto de incessante “insegurança”, causado pelas ameaças do inimigo invisível, leva os Estados a se utilizarem do poder de império para conter o terrorismo. Entende-se que para a retomada da segurança jurídica seria indispensável à utilização da supressão do poder de aplicação de direitos como forma de punição.

A derrogação de certos direitos – como o direito à vida, à liberdade de pensamento, e à dignidade, e outros tantos – deve ser intransigente. Não é admissível que a Teoria do Direito Penal do Inimigo seja aplicada, quando esta trás grandes prejuízos às conquistas realizadas pela humanidade. Ninguém pode ser privado de seus direitos e ser culpado por um crime sem que antes lhe seja fornecido um julgamento, diante de um tribunal, imparcial, com o devido processo legal.

Não seria necessária a adoção de posição tão radical como a adotada pelos americanos no processo de retaliação ao massacre das Torres Gêmeas, uma vez se cria um círculo vicioso de respostas violentas sem fim. Utilizando um sábio dizer de Zaffaroni (2007, pg. 17): “nunca um conflito foi solucionado definitivamente pela violência, salvo se a solução definitiva seja confundida com a final (genocídio)”. Neste giro, basta analisar a história para observar que os

conflitos que não se findaram com um genocídio, foram solucionados pela negociação das partes envolvidas.

Seria tolo afirmar que o mundo caminha neste sentido, de desenvolver a arte da negociação internacional e dos Direitos humanos, uma vez que o poder global toma rumo contrário a este, andando no sentido do aniquilamento total daqueles considerados como inimigos.

Outrossim, a adoção de um Direito penal do autor, cuja responsabilização penal não se vincula ao fato praticado, mas sim no agente, nos tempos hodiernos, representa um sério retrocesso.

Com efeito, o Direito Penal não possui as ferramentas para solucionar as questões que assolam as sociedades pós-industriais, visto que estas levam a uma expansão do mesmo, gerando uma verdadeira guerra – onde se instituem inimigos e busca-se seu, conseqüente, aniquilamento. Faz mister dizer ainda que, o Direito Penal do Inimigo resulta na legitimação de um constante Estado de Exceção, em prejuízo do Estado de Direitos.

Neste sentido, com fulcro no entendimento de Zaffaroni, itera-se que a utilização do Direito Penal como forma de combate ao terrorismo se trata, na verdade, de uma falsa solução para o conflito em questão. Uma vez que este ramo do Direito não se faz suficiente para resolver o problema que é o terrorismo.

Conseqüentemente, o Direito Penal apenas deverá ser utilizado para punir condutas individualizadas, como o porte de explosivos, o sequestro, a utilização de falsos documentos, entre outros delitos que podem ser praticados por tais indivíduos. Por fim, os terroristas deverão ser individualizados, detidos, processados, julgados, condenados e levados a cumprir a pena.

É costumeiro que diante de uma emergência o Estado adote reformas legislativas, afim da adoção de um Direito Penal cada vez mais autoritário, de caráter inquisitorial. Pois, tais medidas acalmam a população, e satisfazem a mídia. Mas, cada novo ataque terrorista que ocorre em todo mundo só deixa mais claro que tais decisões não são eficazes para o combate do mesmo, elas apenas legitimam a repressão desmedida dos Estados, como ocorreu no pós 11 de setembro de 2001.

É lamentável observar que tais intervenções resultam na aproximação de um Estado Autoritário, em contramão ao Estado Democrático de Direitos, que resta debilitado diante deste

contexto. A constante aprovação de tipos penais abstratos – como o crime de terrorismo – em diversos Estados democráticos demonstra este avanço do autoritarismo.

Tipos penais abstratos não possuem efeito prático algum, uma vez que não contém requisitos suficientemente objetivos de tipicidade. E acabam por gerar um resultado colateral oposto ao pretendido – a impunidade. Já que, nem no âmbito acadêmico existe uma conceituação certa sobre quem é o terrorista em si.

Por fim, deve-se evitar a adoção de um conservadorismo exacerbado diante das emergências criadas pela sociedade de riscos. E, em suma, reitera-se que a maior garantia de eficácia que se pode ter do direito penal é o respeito aos direitos fundamentais, aos direitos humanos. Conclui-se que o Direito Penal do Inimigo nada mais é que uma ameaça ao Estado de Direitos, e sua adoção pelos ordenamentos jurídicos das nações deve ser rechaçada.

REFERÊNCIAS

BARBER, Benjamim R. **O Império do Medo**. Tradução de Renato Bittencourt. Rio de Janeiro: Record, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal : Parte Geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo Cesar. **A evolução dos fundamentos da teoria do delito**. 2012. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/156/a-evolucao-dos-fundamentos-da-teoria-do-delito>>. Acesso em: 03 out. 2015.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; SILVA, Roberto da. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CNN. **Operation Enduring Freedom Fast Facts**. 2015. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2013/10/28/world/operation-enduring-freedom-fast-facts/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

COSTA, Frederico Carlos de SÁ; WUNDER, Rodrigo Setubal. **GUERRA AO TERROR: Aspectos ideológicos do contraterrorismo**. 2011. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Aurora/3costawunder20a33.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O inimigo no Direito Penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um Direito Penal de base onto-antropológica. GAUER, Ruth Maria Chittó (Coor.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GERLACK NETO, Martinho Otto. **O Direito Penal das velocidades**. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/9QA16cjr4CBnEH_2014-12-15-19-0-56.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. 2004. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>. Acesso em: 03 out. 2015.

GÓMEZ, José María. **Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo. Desterritorialização e Confinamento na “Guerra contra o Terror”**. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v30n2/v30n2a02.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. 2005. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 03 out. 2015.

GUARDIAN, The. How the CIA tortured its detainees. 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/us-news/2014/dec/09/cia-torture-methods-waterboarding-sleep-deprivation>>. Acesso em: 03 out. 2015.

GUZELLA, Tathiana Laiz. **A expansão do direito penal e a sociedade de risco**. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/13_357.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEMORIAL, 911. **FAQ about 9/11**. Disponível em: <<http://www.911memorial.org/faq-about-911>>. Acesso em: 03 out. 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a Terceira Velocidade do Direito Penal**. 1ª ed. (2008) 2ª reimpr. – Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Carlos Santos. **Dez Anos de Guerra no Afeganistão**. 2011. Disponível em: <http://comum.rcaap.pt/bitstream/123456789/7647/1/NeD130_CarlosSantosPereira.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: LiberaArs, 2014.

PSR, Physicians for Social Responsibility. **Body Count: Casualty Figures after 10 Years of the “War on Terror” – Iraq, Afghanistan, Pakistan**. 2015. Disponível em: <http://www.ipnw.de/commonFiles/pdfs/Frieden/Body_Count_first_international_edition_2015_final.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

SAINT-PIERRE, Héctor Luis. **11 de Setembro: do terror à injustificada arbitrariedade e o terrorismo de Estado.** 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782015000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2015.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 2ª ed. rev. E ampl. – Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAHI, Mohamedou Ould. **O Diário de Guantánamo.** Organização Larry Siems; tradução Donaldson M. Garschagen, Paulo Geiger. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso.** São Paulo: Almedina, 2010.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A dimensão (des) humana do processo de expansão do Direito Penal.** 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp135152.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2007.