

**ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE
O DIREITO PENAL MÁXIMO**

Louise Trigo da Silva*

Resumo: O objetivo do presente trabalho é contextualizar o surgimento do direito penal máximo e demonstrar os fundamentos dessa política criminal e as justificativas de seus adeptos para, ao final, verificar se este é compatível com o Estado Democrático de Direito. Ademais, analisam-se o direito penal máximo e todas as suas vertentes, partindo-se do movimento da lei e da ordem, da política de tolerância zero e da teoria das janelas quebradas, demonstrando, ainda, o papel dos meios de comunicação na formação da opinião pública e do sentimento de insegurança que assola a sociedade, que, por essa razão, reivindica a existência de penas mais severas e de medidas mais drásticas.

Palavras-chave: globalização; direito penal máximo; Estado Democrático de Direito.

1 Introdução

O presente estudo tem como objetivo analisar a política criminal ora intitulada de direito penal máximo, mas também conhecida como movimento da lei e da ordem ou, ainda, como direito penal do inimigo. Para tanto, é imprescindível compreender o nascimento desse tipo de política criminal. Assim, o trabalho foi dividido em duas partes.

Primeiramente, apresentam-se os reflexos da globalização no direito penal, tendo em vista que esse fenômeno desencadeou a superioridade, cada vez maior, do econômico sobre o político, a redução considerável da soberania do Estado-nação, o surgimento de novos atores internacionais e a exclusão da camada mais desfavorecida da sociedade, ou seja, os não consumidores.

* Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e graduada em Direito pela mesma instituição. Assessora de Gabinete do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Em seguida, analisam-se o direito penal máximo e todas as suas vertentes, partindo-se do movimento da lei e da ordem, da política de tolerância zero e da teoria das janelas quebradas, demonstrando, ainda, o papel dos meios de comunicação na formação da opinião pública e do sentimento de insegurança que assola a sociedade, que, por essa razão, reivindica a existência de penas mais severas e de medidas mais drásticas.

Dessa forma, buscando encontrar soluções para a contenção dos deserdados, esquecidos pelo modelo neoliberal, e acalmar a população exaltada, surge o direito penal máximo – política criminal extremamente repressiva –, em contraposição ao modelo garantista, de intervenção penal mínima, no qual se baseia a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Registre-se que, apesar de o sistema penal brasileiro possuir como fundamento um modelo garantista, ou seja, um direito penal mínimo (*ultima ratio*), há uma proeminência, no atual contexto social, do direito penal máximo, que, ao contrário do primeiro, suprime diversos direitos e garantias fundamentais do indivíduo considerado “inimigo” do Estado.

2 Reflexos da globalização no direito penal

A globalização impõe uma superioridade do direito econômico sobre o político. Assim, torna-se necessária uma mudança do direito, a fim de que este atenda aos anseios do mercado. No âmbito do direito penal, a ideologia neoliberal entra em choque com o direito penal minimalista, pois este é formado por uma série de garantias que protegem o sujeito contra o *ius puniendi* estatal, impedindo que o direito penal seja utilizado como forma de manipulação, abuso ou arbitrariedade. Por isso, o direito penal mínimo e garantista é o que menos se encaixa no tipo de controle social que reivindica a globalização.

A influência do processo globalizador sobre o direito penal comporta uma dupla perspectiva. Por um lado, não se pode deixar de reconhecer a existência de tipos penais transnacionais resultantes do modelo de globalização e para os quais a resposta penal, no âmbito do Estado-nação, é inofensiva. Por outro lado, mostra-se clara a necessidade estatal, ligada ao próprio processo globalizador, de reprimir as reações dos excluídos, cujo número aumenta rapidamente e cujas ações podem atrapalhar o equilíbrio do próprio mercado (FRANCO, 2000).

O que se verifica é que, efetivamente, a globalização provocou o surgimento de novas formas de criminalidade¹ que ultrapassam as fronteiras dos Estados. Assim, diante da inexistência de organismos internacionais suficientemente fortes capazes de exercitar o *ius puniendi* em relação aos crimes transnacionais, os controles penais

¹ “Os crimes transnacionais abrangem um amplo espectro de comportamentos lesivos que incluem, além dos crimes econômicos e financeiros que crescem de forma preocupante, os crimes ligados à tecnologia informática, os crimes contra o ambiente, os crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, de prostituição de menores, o terrorismo, o contrabando e comércio de pessoas ou de partes do corpo, as contrafações, a espionagem industrial, a evasão fiscal etc.” (FRANCO, 2000, p. 487).

dos Estados-nação mostram-se fracos para fazer frente à nova criminalidade que se dissipa pelas mais diversas áreas. Nesse contexto, não se revela estranho, em face da incapacidade das legislações penais estatais de atingir a criminalidade transnacional, que reine na ordem internacional uma situação de total anarquia (FRANCO, 2000).

Já no âmbito interno, a redução do poder estatal não produziu grandes efeitos em relação ao direito penal que, diferentemente de outros ramos do direito, em que se navega no mar da desregulamentação, da deslegalização e da desconstitucionalização, tomou caminho inverso, com a criação de novos tipos penais, relativização dos princípios e das garantias constitucionais, ampliação da área de interferência da polícia, em síntese, facilitação excessiva da condenação do acusado (FRANCO, 2000).

No mesmo sentido, é o prognóstico feito por Silva Sánchez (2002) acerca do direito penal das sociedades multiculturais. Para ele,

[...] o direito penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, em que se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 75-76).

Mas por que razão, em um Estado tão fragilizado em seu operar, o direito penal tornou-se mais abrangente e severo e o direito processual penal mais lasso e menos garantístico? Para Alberto Silva Franco (2000, p. 490-491), a explicação é uma só:

Busca-se ao mesmo tempo, a eficácia preventiva do poder punitivo e a preservação do processo de globalização. As normas penais mais extensas e as penas mais exasperantes têm, por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do processo globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por outro, o significado simbólico de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema de mercado e, desse modo, buscar sua preservação, antepondo-o os valores, direitos e garantias do indivíduo. O sensível aumento da taxa de exclusão social, produzido pela globalização, recomenda, portanto, o emprego indiscriminado do Direito Penal [...]. Trata-se, portanto, de um recurso que produz excelentes benefícios políticos a um custo extremamente baixo. Cuida-se, em verdade, de um Direito Penal puramente simbólico, ameaçador e sem eficácia, para inglês ver, mas suficientemente para inerciar os excluídos.

Os enunciadores dessa demanda criminalizadora agigantada são os poderes econômico e financeiro, político, midiático, punitivo estatal, jurídico e social. Nessa nova ordem, unem-se, ambigualmente, mercado, Estado e comunidade. No prisma do poder oficial, a demanda é pela segurança da ordem, e, no prisma dos sujeitos sociais, a demanda é pela segurança de seus bens e de seus corpos. Assim, a ordem, os bens e os corpos encontram-se contemplados nesse caminho único neoliberal, em que o Estado soberano, social e politicamente ausente é substituído pelo mercado e pelo Estado penal onipresentes, mediados por uma comunidade individualista e subjetivamente amedrontada (ANDRADE, 2009).

O capital e as finanças são os protagonistas dessa sociedade globalizada, social e ecologicamente predatória, que produz desemprego e exclusão social. Assim, para neutralizar os marginalizados, recorre-se à culpabilização individual neoliberal, colocando-os em prisões aniquiladoras ou de segurança máxima e, ainda, com extraordinária capacidade lucrativa: “Ao lado da *mão-invisível* do mercado no âmbito econômico, há que se utilizar a *mão-de-ferro* do Estado no campo penal, para a contenção dos deserdados, excluídos, indesejados, não consumidores” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2011, p. 26).

Zaffaroni (1997, p. 19, tradução nossa) ilustra bem as características do poder punitivo na globalização latino-americana:

O Estado torna-se um espetáculo, diante do escasso exercício de poder efetivo de seus operadores: não importa que se faça, mas sim dar a impressão de que se faz. Não se atua sabendo que alguém observa, mas se atua para ser observado: trata-se de um quadro de dramaturgia estatal. [...] As leis penais são um dos meios preferidos do Estado-espetáculo e de seus operadores *showmen*, pois são baratas, de propaganda fácil, e a opinião pública se engana com suficiente frequência sobre sua eficácia. Trata-se de um recurso que outorga alto crédito político com baixo custo. Por isso, a reprodução, a irracionalidade legislativa e, sobretudo, a condenação de todo aquele que duvide de sua eficácia².

Para Zaffaroni (1997, p. 19-20, tradução nossa), o Estado-espetáculo é uma empresa condenada ao fracasso desde o começo:

Não existe autor capaz de manter seu papel durante todo o dia e todos os dias de sua vida. Sua artificialidade, seu fingimento ou exagero e sua falta de naturalidade são óbvios. O público percebe isso e desacredita no Estado, na política e na justiça: reclama-se pela autenticidade perdida³.

Em síntese, conclui-se que o Estado-nação já não consegue mais dar respostas aos crimes transnacionais que surgem com a globalização, fazendo com que reine, no âmbito internacional, uma situação de total anarquia. Além disso, verifica-se que, no processo globalizador, o mercado mundial é voltado para os efetivos consumidores, de modo que o Estado mínimo de bem-estar social deve corresponder ao Estado máximo no âmbito do direito penal, para responder às desordens provocadas pelo liberalismo econômico, pelo desemprego e pelo gritante aumento da pobreza. Tal cenário é decorrente do enfraquecimento do Estado-nação, no

² “El estado deviene un espectáculo ante el escaso ejercicio de poder efectivo de sus operadores: no importa que se haga, sino dar la impresión de que se hace. No se actúa sabiendo que alguien observa, sino que se actúa para ser observado: se trata de un cuadro de dramaturgia estatal. [...] Las leyes penales son uno de los medios preferidos del estado espectáculo y de sus operadores 'showmen', em razón de que son baratas, de propaganda fácil y la opinión se engana con suficiente frecuencia sobre su eficacia. Se trata de un recurso que otorga alto rédito político con bajo costo. De allí la reproducción, la irracionalidad legislativa y, sobre todo, la condena a todo el que dude de su eficacia”.

³ “No hay actor capaz de mantener su papel durante todo el día y todos los días de su vida. Se hace obvia su artificialidad, su amaneramiento o manierismo, su falta de grâce du naturel. El público lo nota e se desacreditan el estado, la política y la justicia: se reclama por la autenticidad perdida”.

irreversível processo de globalização, que dificulta os investimentos públicos em áreas sociais, uma vez que os centros decisórios sobre aludida matéria se transferiram para as empresas transnacionais ou para agências financeiras internacionais a serviço do poder econômico global.

Se os restos da soberania do Estado-nação não serviram para reinventá-lo com o poder suficiente para intervir na realidade social, pouco ou nada poderá ser feito e a tendência infletirá no sentido do aumento cada vez maior da violência e da criminalidade transformadora dessa situação (FRANCO, 2000, p. 501-502).

Isso justifica o surgimento de um direito penal máximo, também conhecido como direito penal do inimigo, cujas bases surgem nos Estados Unidos, na década de 1970, por meio do movimento denominado *Law and Order*, que será objeto de estudo a seguir.

3 Direito penal máximo

Quando se fala em aumento da criminalidade, o primeiro instrumento lembrado é o direito penal, conseqüentemente, como resposta a uma suposta violência globalizada, criam-se novos tipos penais, aumentam-se as penas e restringem-se cada vez mais as garantias fundamentais, colocando, certas pessoas, diante dos atos praticados, como “inimigos” do Estado.

O que se acaba de demonstrar nada mais é do que o chamado “eficientismo penal” ou “direito penal máximo”, que será objeto de estudo neste momento. Para tanto, é importante estabelecer o marco de surgimento desse tipo de política criminal.

O movimento da lei e da ordem apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos, na década de 1970, como resposta ao aumento crescente da criminalidade. De acordo com Franco (2005, p. 84), essa corrente encontrou suporte e força para se expandir devido a alguns fatos que ocorreram nas décadas de 1970 e 1980:

[...] a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a segmentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (seqüestro de pessoas abandonadas ou de alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc); b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda como à extrema direita; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins; d) no avanço do crime organizado pondo a mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc) que atormentam o cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano, omnipresente na sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; h) na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência para seu uso político.

Já na década de 1990, as campanhas da lei e da ordem se intensificaram com a criação da política de *tolerância zero* – guiada pelo prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani –, que ganhou ares de cientificidade com a propagação da teoria *das janelas quebradas* (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2011).

Aludida teoria acredita que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos em via pública evita o desencadeamento dos grandes atentados criminais, restabelecendo um clima sadio de ordem, pois demonstra a existência de uma autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em outras palavras: “prender ladrões de ovos permite frear, ou simplesmente parar, os potenciais matadores de bois, pela reafirmação da norma e dramatização do respeito à lei” (WACQUANT, 2004)⁴.

Portanto, os seguidores dessa teoria sustentam que o combate à criminalidade deveria iniciar-se por meio da rigorosa repressão e perseguição dos pequenos delitos, como forma de conter a violência pela raiz e evitar a “primeira janela quebrada” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2011, p. 34).

A doutrina de *tolerância zero* se expandiu e conquistou adeptos em todo o mundo, denotando, em grande medida, que, na globalização neoliberal, é observada a intensificação de um fenômeno de uniformização e padronização das ideias e dos costumes das sociedades contemporâneas. As práticas características da cultura dominante eliminam a diversidade, impondo-se como modelo universal (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2011).

É fato que a mídia tem sido uma das maiores influentes para a organização de um movimento de endurecimento penal, na medida em que apresenta ao público todos os horrores que um homem pode ocasionar ao outro, inclusive invertendo a máxima de que a inocência deve ser presumida, ao passo que a culpa deve ser comprovada, apresentando o criminoso capturado à sociedade, sem, contudo, apresentar soluções para o problema da criminalidade. Desse modo, pode-se concluir que os meios de comunicação são responsáveis, se não pelo crime, mas pela dimensão dada a ele e pelo induzimento da população a recorrer aos benefícios inerentes à maximização penal (FERNANDES, 2007).

A mídia é a verdadeira responsável por introjetar na consciência da população que a criminalidade é o problema mais expressivo da sociedade contemporânea e, dessa forma, ofusca o verdadeiro objetivo da política penal neoliberal, que busca reparar com um Estado máximo no âmbito do direito penal o Estado mínimo de bem-estar social, que é a própria causa da insegurança objetiva e subjetiva dos países reféns dessa política econômica. Destarte, cria-se a ilusão de que a repressão, com severo aumento das penas e cerceamento de garantias fundamentais no processo penal, conterà o avanço da criminalidade (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2011).

⁴ De acordo com Wacquant (2004, p. 244-245), “essa autodenominada teoria é tudo menos científica, pois foi formulada vinte anos atrás pelo cientista político ultraconservador James Q. Wilson e seu acólito George Kelling (antigo chefe da polícia de Kansas City, reconvertido depois em Senior Fellow no Manhattan Institute), sob a forma de um curto texto de nove páginas publicado, não em uma revista de criminologia, submetido à avaliação de pesquisadores competentes, mas no semanário cultural de grande triagem *Atlantic Monthly* (espécie de cruzamento entre *L'Express* e *Marianne*). E que desde então não recebeu o menor início de prova empírica”.

Não é necessária estatística para sustentar que grande parte das sociedades modernas vive sob o símbolo da insegurança. O roubo com traços cada vez mais brutais, “sequestros relâmpagos”, chacinas, homicídios, a violência propagada nacionalmente pelos meios de comunicação, a concentração cada vez maior da riqueza e, conseqüentemente, o aumento da pobreza resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares: “Dados estatísticos e informações distorcidas ou mal entendidas sobre a ‘explosão da criminalidade’ criam um estado irrefletido de pânico, fundado em mitos e ‘fantasmas’” (SICA, 2002, p. 77).

O movimento da lei e da ordem cresceu nesse contexto, e, por essa razão, acredita-se que o crime é o lado patológico da sociedade; a criminalidade, uma doença infecciosa; e o criminoso, um ser daninho. Para essa política criminal, a sociedade divide-se em pessoas sadias, incapazes de praticar atos desviados, e pessoas doentes, prontas para executar atos transgressivos. O segmento sadio da sociedade não poderia conviver ao lado do segmento contaminado, visto que poderia ser contagiado pelo vírus da criminalidade. Dessa forma, era necessária uma declaração de guerra, uma luta contra a parte doente da sociedade. Portanto, toda a sociedade deveria se mobilizar para acabar com o tripé: crime, criminalidade e criminoso (FRANCO, 2005).

Destarte, a sociedade, tomada por esse objetivo, deveria se unir para restabelecer a lei e a ordem, única forma capaz de fazer justiça aos homens de bem, aos que não delinquem e não possuem comportamentos desviados (FRANCO, 2005).

Na estrutura da *Law and Order*, criam-se tipos penais novos, exacerbam-se as penas dos tipos já existentes, alarga-se a esfera de atuação da polícia, aumentam-se as medidas cautelares, suprimem-se as garantias processuais, ou seja, reforça-se a repressão em detrimento da liberdade do cidadão e a serviço de posturas políticas autoritárias. As leis criadas nesse ambiente não precisam ser eficazes para a tutela de bens jurídicos, pois visam apenas dar tranquilidade, ainda que aparente, ao cidadão, apaziguar a opinião pública exaltada, exercer uma função puramente simbólica (FRANCO, 2000).

Fala-se em função puramente simbólica, porque as estatísticas demonstram e a realidade revela que o endurecimento das penas e a eliminação das garantias no processo penal não diminuem a criminalidade, simplesmente porque perduram, apesar desse rigor, níveis de pobreza que definham e enfraquecem o sistema: “Se tratar uma doença significa, primeiramente, diagnosticar as suas causas, para combatê-las, o direito penal máximo, desconsidera essa necessidade, simplesmente despreza os motivos e prescreve sanativos aleatoriamente” (FERNANDES, 2007, p. 84).

Não obstante, apesar de exercer uma função puramente simbólica, o movimento da lei e da ordem trouxe tranquilidade à população exaltada e acabou se expandindo e conquistando adeptos em vários países, que têm encontrado como mecanismo de resposta a essa criminalidade crescente o endurecimento da legislação penal, tendo em vista que isso satisfaz a opinião pública, que acredita que o aumento da punição é a solução do problema (CALLEGARI; DUTRA, 2007).

No Brasil, as legislações de emergência, que visam acalmar a população e/ou conter um determinado tipo de criminalidade, por meio da relativização dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição, demonstram claramente o caráter repressivo que o direito penal vem adotando.

Um grande exemplo de legislação de emergência é a Lei dos Crimes Hediondos, que surgiu com o objetivo de dar uma resposta à sociedade⁵, porém sem nenhuma efetividade no âmbito penal, conforme assevera Franco (2000, p. 502):

A Lei 8.072, na linha dos pressupostos ideológicos e dos valores consagrados pelo Movimento da Lei e da Ordem, deu suporte à idéia de que leis de extrema severidade e penas privativas de alto calibre são suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta. Nada mais ilusório.

Isso ocorre porque o direito penal máximo serve apenas para enfraquecer os direitos e as garantias fundamentais e para acabar com a ideia de direito penal mínimo, dando causa à incrível convivência, em pleno Estado Democrático de Direito, de um direito penal autoritário (FRANCO, 2005).

Os movimentos em favor de um direito penal máximo – com a extinção de direitos reconhecidos aos criminosos, penas aumentadas e execução rigorosa – demonstram nitidamente a situação de autoritarismo ou de turgidez do Estado como instância repressiva e preventiva dos delitos (Estados totalitários) (FERNANDES, 2007).

Todos sabem que durante muitos anos, sobretudo nos Estados autoritários, com a justificativa de manter a segurança nacional, utilizou-se a violência além dos limites autorizados pelo Estado de Direito. Hoje, novamente, por meio do absolutismo penal, retoma-se essa ideia com a adoção, pelos Estados, de atitudes repressivas e punitivas, justificando esse abuso de violência pelo mesmo argumento: “segurança nacional”, visando conter o aumento da criminalidade (CALLEGARI; DUTRA, 2007).

A pressão da sociedade, amedrontada com a crescente criminalidade, tem servido como justificativa para o aumento da força do Estado, o qual passa a exercer o controle penal, criando, como dito alhures, novos tipos penais, enrijecendo as penas e suprimindo os direitos e as garantias constitucionais, chegando até a se falar de um “direito penal do inimigo”, visando, pura e simplesmente, conter a criminalidade (CALLEGARI; DUTRA, 2007).

Para Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2007), é considerado inimigo aquele indivíduo que não admite ser obrigado a ingressar no estado de cidadania e, dessa forma, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Como exemplo de um ato característico de inimigo, o doutrinador cita o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001.

Continuando seu raciocínio, Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2007) ressalta que há dois modos de o Estado tratar os delinquentes, pode vê-los como pessoas que delinquem

⁵ “a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos segmentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa idéia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança” (FRANCO, 2000, p. 502).

ou como pessoas que tenham praticado um erro, ou, ainda, como pessoas que devam ser impedidas de exterminar o ordenamento jurídico, mediante coação, pois quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não pode esperar ser tratado como pessoa, e o Estado também não deve tratá-lo, já que, do contrário, vulneraria o direito à segurança dos demais indivíduos.

Para o autor, determinados tipos de transgressores (como os terroristas, que atentam contra a segurança nacional) não devem ser tratados como pessoas pelo Estado, porquanto esse tratamento não respeitaria o direito à segurança dos demais cidadãos. Desse modo, em um direito penal do inimigo⁶, o Estado velaria pela proteção da segurança dos cidadãos, e, conseqüentemente, o legislador ameaçaria os inimigos do Estado, com a imposição de penas mais rigorosas, supressão das garantias fundamentais, entre outros (JAKOBS; MELIÁ, 2007).

Nesse passo, é importante mencionar os ensinamentos de Meliá (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 67), o qual caracteriza o direito penal no inimigo em três elementos:

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência [sic]: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

A pergunta que se faz é: o direito penal do inimigo seria compatível com um Estado Democrático de Direito, na medida em que suprime do indivíduo, considerado inimigo, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira e nos tratados internacionais de direitos humanos? Por óbvio que não, já que o direito penal legítimo apenas pode estar vinculado à Constituição democrática de cada Estado. Assim, as medidas preconizadas pelo direito penal do inimigo somente podem ser utilizadas em tempos excepcionais, tais como estado de sítio, de defesa, entre outros, para que se possa falar em compatibilidade desse tipo de direito com o Estado Democrático de Direito (CALLEGARI; DUTRA, 2007). Todavia, não é o que se observa na prática.

É certo que o Estado pode privar o indivíduo de sua cidadania, mas isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que possui o ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa implica essa privação (ZAFFARONI, 2001).

Assim, não é possível pretender que esse tratamento diferenciado possa ser aplicado a um indivíduo sem afetar a sua condição de pessoa, pois essa é incompatível

⁶ "O direito penal do inimigo seria um direito penal despreocupado com seus princípios fundamentais, uma vez que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado" (GRECO, 2005, p. 22).

com puras contenções, as quais só são admitidas quando passageiras ou diante de condutas lesivas, em curso ou iminentes, que devam ser detidas a título de coerção direta (ZAFFARONI, 2001).

Esse direito penal de exceção, pregado por Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2007), é contrário aos princípios liberais basilares do Estado de Direito. Por mais grave e desumana que seja a conduta de um infrator, a ninguém, nem mesmo ao Estado, é legítimo tratá-lo como um ser privado dos direitos fundamentais, pois, a partir do momento em que se permite essa violação, abre-se perigoso precedente para que outras restrições venham a ser feitas, sempre com a justificativa de proteção dos cidadãos (CALLEGARI; DUTRA, 2007), o que caracteriza um verdadeiro retrocesso de anos de luta para o reconhecimento dos direitos e das garantias fundamentais.

Diante do exposto, observa-se que o direito penal máximo caracteriza-se por ser um modelo incondicionado e ilimitado, além de ser excessivamente severo, diante da incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, assim, configura-se como um sistema incontrolável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação, uma vez que ele não obedece nem mesmo às garantias e aos direitos fundamentais inerentes ao homem e previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e nos Tratados de Direitos Internacionais (FERNANDES, 2007).

Dessa maneira, embora a base do direito penal brasileiro seja a intervenção penal mínima⁷, verifica-se uma tendência ao enrijecimento do sistema e à supressão de direitos e garantias fundamentais do cidadão considerado inimigo do Estado. Esse direito penal máximo surge no âmbito da globalização econômica e visa, além de controlar os deserdados, não-consumidores e marginalizados, conter o clima de insegurança gerado, sobretudo, pelos meios de comunicação, que se encarregam de mostrar ao cidadão, diariamente, todas as barbáries que um indivíduo é capaz de fazer ao outro.

Não obstante, é certo que:

[...] leis pesadamente punitivas [...] acarretam um aumento enorme da taxa de encarceramento. O número de presos sofre um acréscimo numa proporção que não tem condições de ser adequada à quantidade de vagas. Isso significa a existência de um caótico sistema prisional em que os condenados são aglomerados como “sardinhas em lata”, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana e são devolvidos, após um processo de dessocialização, ao meio livre para que, logo em seguida, voltem ao próprio sistema, em razão da prática de novos delitos. As taxas de reincidência retratam

⁷ Zaffaroni (2006, p. 10) adverte que, na própria Constituição Federal de 1988, o modelo garantístico e o princípio da intervenção penal mínima não foram acolhidos em sua inteireza, admitindo-se algumas interferências: “Como entender que possa estar em consonância com o paradigma constitucional uma figura como a do ‘crime hediondo’? Como considerar em coerência com um sistema democrático, fundado na dignidade da pessoa humana, tipos imprescritíveis? Como admitir numa Constituição de inspiração liberal que se determine a espécie de pena que o legislador infraconstitucional deve cominar para determinado delito? Como estabelecer, em nível constitucional, que o legislador ordinário deve necessariamente criminalizar condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente ou a menores? Por meio dessas infiltrações, verdadeiros ovos de serpente, é posto em cheque [sic] o caráter instrumental e garantístico da intervenção penal para atribuir-se ao controle social penal ou uma função puramente promocional ou uma função meramente simbólica”.

o movimento repetitivo e cansativo de uma roda gigante: crime – sistema prisional – dessocialização – crime (FRANCO, 2000, p. 501-503).

De acordo com Franco (2000), o sistema prisional do direito penal máximo é uma “máquina trituradora de seres humanos”, e os que entrarem na engrenagem dessa máquina dela nunca mais sairão.

4 Considerações finais

Este texto procurou demonstrar os reflexos da globalização sobre o direito e o processo penal brasileiro, promovendo uma crítica contra o direito penal máximo e suas vertentes, desde o movimento da lei e da ordem, da política de tolerância zero, da teoria das janelas quebradas e do direito penal do inimigo.

De todo o exposto, pôde-se concluir que o Estado-nação precisa reprimir as reações dos excluídos, cujo número aumenta rapidamente (em decorrência do liberalismo econômico, do desemprego e do gritante aumento da pobreza) e cujas ações podem atrapalhar o equilíbrio do mercado.

Ademais, constatou-se que o direito penal mínimo, que protege o cidadão contra o *ius puniendi* estatal, não se encaixa no tipo de controle social que reivindica a globalização, ao contrário do direito penal máximo, em que é permitida a violação dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo que seja considerado inimigo do Estado, ou seja, os não consumidores, os deserdados, os excluídos e os marginalizados.

Agregou-se a isso o papel da mídia na formação da opinião pública e do sentimento de insegurança que assola a sociedade, revelando-se, ainda, a sua vinculação ideológica com o modelo neoliberal, que busca reparar o Estado mínimo de bem-estar social com um Estado máximo no âmbito do direito penal.

Outrossim, observou-se que o direito penal máximo exerce uma função puramente simbólica, na medida em que apenas “tapa o sol com a peneira”; em outras palavras, joga os transgressores nos presídios, isolando-os da sociedade, para acalmar a população exaltada, sem efetivamente solucionar o problema, pois não busca saber as causas que levaram o indivíduo a violar o sistema.

Por derradeiro, torna-se importante ressaltar que ainda não existem respostas acerca de como deve ser o direito penal da globalização, mas é certo que este não pode se desvincular das garantias individuais arduamente conquistadas em anos de luta, pois isso representaria um verdadeiro retrocesso.

SOME REFLECTIONS ON THE MAXIMUM PENAL LAW

Abstract: The objective of this study is to contextualize the appearance of maximum penal law and show up the fundamentals of criminal policy and the justifications of its adherents for, in the end, verify that this is compatible with the democratic rule of

law. Moreover, analyzes the maximum criminal law and all its aspects, starting from the movement of law and order, the zero tolerance policy and the theory of broken windows, demonstrating also the role of the media in the formation of public opinion and the feeling of insecurity that plagues society, which, for this reason, claims the existence of harsher penalties and more drastic measures.

Keywords: globalization; maximum criminal law; democratic State.

Referências

- ANDRADE, V. R. O controle penal no capitalismo globalizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 81, nov./dez. 2009.
- CALLEGARI, A. L.; DUTRA, F. A. Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 862, ago. 2007.
- FERNANDES, L. de M. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 69, nov./dez. 2007.
- FRANCO, A. S. *Crimes hediondos*: anotação sistemática à Lei nº 8.072/90. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FRANCO, A. S. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRECO, R. *Direito penal do equilíbrio*: uma visão minimalista do direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ROSA, A. M. da; SILVEIRA FILHO, S. L. da. *Para um processo penal democrático*: crítica à metástase do sistema de controle penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SICA, L. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. *A expansão do direito penal*: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- WACQUANT, L. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, jan./fev. 2004.
- ZAFFARONI, E. R. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 20, 1997.
- ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.
- ZAFFARONI, E. R. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.