

O DIREITO PENAL DO INIMIGO, O DIREITO PENAL DO AMIGO, O INIMIGO DO DIREITO PENAL E O AMIGO DO DIREITO PENAL

ENEMY CRIMINAL LAW, FRIEND CRIMINAL LAW, CRIMINAL LAW ENEMY AND CRIMINAL LAW FRIEND

Ferrando Mantovani¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Um direito penal civilizado deve ser idealmente concebido como um Direito Penal da liberdade que cumpre função de instrumento de liberdade e como instrumento de propulsão para o cumprimento dos deveres individuais primários de solidariedade. Mas este ideal de Direito Penal, sempre almejável e nunca completamente alcançável, não encontra pontual efetividade na realidade histórica, porque é estritamente condicionado pelas componentes sócio-econômico-culturais dos variados tipos de sociedade. O Direito Penal frequentemente desenvolveu uma função de um “direito penal do inimigo” e de um “direito penal do amigo”, junto dos quais foi se desenvolvendo até certa cultura de “inimigo do direito penal”. Com a expressão “amigo do Direito Penal”, tenta-se não se calar diante de certas benemerências geralmente preventivas do Direito Penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Direito Penal do Amigo. Inimigo do Direito Penal. Amigo do Direito Penal.

Abstract: Ideally, a civilized Criminal Law should be conceived as a Criminal Law of liberty, meeting its function as an instrument of freedom, as well as a means of propulsion for the fulfillment of the individual primary duties of solidarity. However, this ideal of Criminal Law, which has always been desired and yet never completely achievable, does not find timely effectiveness in the historical reality, for it is strictly conditioned by the social, economical and cultural components of the different kinds of society. Criminal Law has often taken on the role of a "Criminal Law of the Enemy" and of a "Criminal Law of the Friend", among which even a culture of "enemy of the Criminal Law" has unfolded. The phrase "friend of the Criminal Law" constitutes an attempt not to be silent upon facing some of the generally preventive benevolences of the criminal law. Ultimately, the real problem of the Criminal Law, present and future, appears to be not so much in its reduction or expansion.

Keywords: Criminal Law. Criminal Law of the Enemy. Criminal Law of the Friend. Enemy of the Criminal Law. Friend of the Criminal Law.

¹ Professor Emérito de Direito Penal da Universidade de Florença. Este artigo foi originalmente publicado em: *Il diritto penale del nemico, il diritto penal dell'amico, il nemico del diritto penal e l'amico del diritto penale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Anno L. Fasc. 2-3, 2007, pp. 470-492. Tradução do italiano: FILIPPIS, Annunziata. Revisão geral: CHAVES, Sylvia.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Um direito penal civilizado, expressão do Estado de Direito, personalista e solidário, deve ser idealmente concebido, antes de um “*direito penal limitador da liberdade*” (e sempre dentro do marco de seus coessenciais princípios garantistas), como um “*direito penal da liberdade*”, que, em uma equilibrada síntese das posições da vítima e do réu, da defesa social e da liberdade individual, cumpre a dupla função: 1) de *instrumento de liberdade*, isto é, de tutela, em um plano de igualdade e sem discriminações, dos *bens-fins*, quer dizer, dos direitos fundamentais da pessoa humana em sua dimensão individual e social; e dos *bens-meio*, quer dizer, dos bens individuais patrimoniais e supraindividuais (da família, da coletividade, do Estado democrático em seu conjunto e de suas instituições), instrumentais para a conservação, a dignidade e o desenvolvimento da pessoa humana, e que devem ser tutelados nos limites de tal instrumentalização; contra as agressões por parte de quem quer que seja, agentes privados ou públicos, sendo, também, um direito fundamental da pessoa humana o “*direito a ficar livre do crime*”. 2) de *instrumento de propulsão* para o cumprimento dos primordiais deveres individuais de solidariedade, embora dentro dos devidos limites nos quais a transformação do direito penal, tradicionalmente repressor (ou de proibição), num Direito Penal inclusive construtivo (ou de mandato), não venha a constituir limitações intoleráveis à liberdade individual, comportando o dever de ativar-se, isto é, de evitar interferências mais gravosas sobre dita liberdade.

Mas semelhante direito penal ideal, sempre perseguido, porém nunca integralmente alcançável, não encontra uma pontual manifestação na realidade histórica, já que a história do direito penal – não tendo, este, uma vida autônoma, senão estando estritamente condicionado pelos componentes sócio-econômico-culturais dos diversos tipos de sociedade –, não é senão um aspecto particular da história da humanidade. Em sua constante evolução histórica, reflete e evidencia as injustiças, ao mesmo tempo em que registra os progressos em direção a formas de vida social mais dignas e humanas. E emerge como o direito penal que, se por um lado, expressa a exigência de toda sociedade organizada de defender as condições básicas da vida em comum, por outro, e muito frequentemente, desenvolveu, e continua desenvolvendo, em toda época passado e presente, também uma função de opressão, de conservação, de discriminação. Ou seja, de um “*direito penal do inimigo*” e de um “*direito penal do amigo*”, junto aos quais

foi se desenvolvendo, mais recentemente, certa cultura, digamos, de “*inimigo do direito penal*”, enquanto que, para um direito penal civilizado, não deveriam existir nem “inimigos” nem “amigos”, mas apenas “inocentes” e “culpados”, segundo um direito penal e processual penal “justos”.

2. O “DIREITO PENAL DO INIMIGO”

O chamado *direito penal do inimigo*, tão dolorosamente presente na história humana, voltou à tona como objeto do debate penal contemporâneo diante do suposto surgimento da categoria do “inimigo” na política criminal, inclusive atual e interna, do próprio sistema penal. De modo esquemático e simplificado, com o genérico conceito de “direito penal do inimigo” se quer indicar – em suas versões mais modernas – um direito penal não tanto do “fato culpável” como do “autor perigoso”, ou, de toda forma, orientado ao autor perigoso; não da culpabilidade, mas da periculosidade; não da retribuição proporcional, mas da neutralização, apresentando tudo isso, como um denominador comum, um tratamento discriminatório, legislativo ou jurisprudencial em relação ao direito penal normal, no sentido de uma atenuação das garantias, substanciais e processuais, em razão de um tipo perigoso de autor. Portanto, uma subjetivação do direito penal.

Posteriormente, para tentar conferir a esta categoria um maior grau de concreção, limitam-na a determinados setores dos direitos penais europeus e norte-americanos, previstos, em geral, *extra codicem*, na legislação complementar. Deles se pontuam, em geral, seus caracteres derogatórios ou anômalos: 1) sob o *ponto de vista dos tipos*, na antecipação da tutela segundo os modelos dos delitos de atentado, de perigo indireto ou presumido (com a consequente incriminação de condutas inidôneas para gerar situações de perigo para os bens jurídicos), dos delitos de associação e com dolo específico de ofensa (onde o desvalor se esgota na mera finalidade buscada pelo agente); 2) sob o *ponto de vista sancionador*, na exemplaridade da pena e na prevalência da segregação e neutralização do réu sobre qualquer outra instância dialógico-reeducativa; 3) sob o *ponto de vista processual*, em certas distorções em matéria de sequestros, confiscos, interceptações, medidas cautelares pessoais, de garantias probatórias, na abreviação dos prazos processuais, em mecanismos de pressão-compensação sobre formas de colaboração; 4) sob o *ponto de vista penitenciário*, na imposição do regime de vigilância especial e na não aplicação de medidas alternativas ou limitativas à prisão; e 5) sob o *ponto de vista preventivo*, na aplicação de medidas de prevenção pessoais e patrimoniais. E se

individualizam, igualmente, os setores conaturais ao direito penal do inimigo, além das hipóteses clássicas das medidas de segurança para sujeitos perigosos ou da reincidência, nos casos mais destacados da criminalidade mafiosa, organizada e terrorista, assim como na criminalidade sexual, particularmente em prejuízo de menores, e até em matéria de dependência de droga.

A concepção mais radical e arrebatadora do direito penal do inimigo é constituída, contudo, pela irreduzível contraposição entre: 1) o “*direito penal do cidadão*”, que corresponde com o direito penal normal; que tem como destinatário o delinquente “normal” e que lhe reconhece todos os direitos (ou *status*) de cidadão, permitindo sua reintegração no pacto social, visto que contradiz, mas não nega, radicalmente, a norma penal. Um direito penal, portanto, que olha o passado: para reafirmar a vigência de uma norma violada; 2) o “*direito penal do inimigo*”, que constitui um direito penal “excepcional”; que tem como destinatário o delinquente “inimigo”, o qual perde os direitos próprios de cidadão e está categorizado como “*não pessoa*”, uma vez que se autocoloca fora e contra o ordenamento jurídico-social, constituindo uma ameaça constante, rompendo, assim, com o pacto social. Por isso, ao se autocolocar como “inimigo do ordenamento”, é tratado pelo Estado como “inimigo” e ao direito não lhe resta outra opção serão travar contra ele uma “guerra” ou uma luta, não sendo mais possível, por parte do ordenamento, estabelecer um diálogo com o inimigo, mas somente sua neutralização. Um Direito Penal, portanto, de olho no futuro: para neutralizar a periculosidade do inimigo.

Mérito reconhecido das teorias do direito penal do inimigo é o de ter chamado a atenção sobre as questões do autor perigoso e da legitimidade de categorias do direito penal que, neste sentido, estavam abandonadas ou escondidas pela cultura jurídica contemporânea, ou, de toda forma, sumariamente eliminadas como inaceitáveis com base nas consolidadas e invalidadas categorias do direito penal do fato. Embora não integralmente pelos direitos penais do passado e do presente.

Estas teorias, por outro lado, não se subtraem às necessárias interrogações: 1) se ou em que medida trata-se de teorias estéticas ou que respondem a problemas da realidade; 2) se ou em que medida existe, portanto, uma criminalidade “inimiga”, que se autocoloca fora e contra o ordenamento jurídico-social; 3) se ou em que medida subsiste um verdadeiro e próprio direito penal do inimigo, em “guerra” com o delinquente inimigo; 4) se ou em que medida é suficiente

o direito penal normal para contrastar este tipo de criminalidade ou se é necessário e legítimo um direito penal excepcional.

Para tentar dar uma resposta, ainda que sumária e aproximativa, não é de todo inoportuno um rápido enquadramento, também do ponto de vista histórico, do problema do direito penal do inimigo, partindo-se da fundamental distinção, por envolver a razão do Estado e seus limites, e, também, para evitar apressadas e insustentáveis aproximações, entre: 1) os *Estados de não direito*; e 2) os *Estados de direito*.

3. A REALIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS ESTADOS NÃO DE DIREITO.

Com a expressão jurídica “Estados não de direito” pode-se designar aqueles tipos de Estado no âmbito dos quais o direito penal do inimigo não constitui a exceção, mas, sim, a regra, sendo-lhes conatural e necessário. Tais Estados são historicamente identificáveis por sua própria heterogeneidade, permanecendo na época moderna e no contexto das experiências europeias, com os velhos Estados do absolutismo monárquico e, depois, com os novos Estados totalitários e ditatoriais, trágicas conotações do século passado, que continuam sobrevivendo, também neste século, em áreas extraeuropeias.

A) No *Estado absolutista*, a luta contra a criminalidade e a tutela da “ordem pública” eram confiadas exclusivamente ao direito penal de polícia, que intrinsecamente era, ainda que de forma rude, um direito penal do inimigo, de “guerra”, sobretudo em relação às classes sociais inferiores. Ele funcionava, especialmente, como instrumento do poder excessivo do despotismo do rei e da aristocracia e parecia – conforme observava Voltaire – “planejado para a ruína dos cidadãos”. Era caracterizado pela ausência de codificações, pela variedade de fontes escritas e não escritas, pela particularidade de muitas figuras criminais (por exemplo, o homicídio) segundo a classe dos autores, sujeitos a diferentes sanções e jurisdições, pela incerteza entre o lícito e o ilícito, e pela arbitrariedade do monarca ou dos juízes-funcionários ao punir, inclusive, ações legislativamente não definidas como delitos. Em sua visão ética, proporcionava uma supertutela à “Autoridade” em seu declamado caráter teocrático, mediante os delitos contra o Estado, onde se incriminavam, inclusive, todas as formas de pensamento crítico, e as violações contra à “propriedade”, entendida quase como soberana. Operava, ainda, um rígido “controle das consciências”, invadindo áreas que, hoje, pertencem ao livre âmbito da consciência individual.

O delinquente era considerado como um agressor “malvado” dos bens alheios, e, como tal, recebia um juízo de culpabilidade por seu modo de ser, sendo punido impiedosamente. As penas, com sua natureza de “vingança pública” e de “terror em suspenso”, estavam desvinculadas de critérios racionais de proporção, e eram exageradamente cruéis, tanto em sua essência como em sua execução, abarcando uma grande variedade de formas: pena de morte (executada cruelmente), deportação, condenação em galés e trabalhos forçados, penas corporais (mutilações, cegueira, marcações com fogo, fustigação, tortura da roda), penas infamantes (berlinda, pelourinho, coluna, etc.) e o confisco total dos bens. Tais sanções, inclusive, podiam ser aplicadas cumulativamente. Sua execução – a exceção dos favores à nobreza, que estava desonerada das penas mais dolorosas e degradantes – era caracterizada pelo amplo poder do juiz, tanto na escolha entre os tipos legais das penas como na sua modificação e agravação. Este modelo de direito penal encontrava sua própria complementação: 1) no *direito de polícia*: impiedosa, organizada e eficiente; a polícia, além de ocupar-se da ordem pública e da repressão dos crimes, exercia um detalhado controle sobre toda a vida dos súditos, desde suas opiniões políticas ao seu comportamento moral; 2) no *direito processual penal*, pois o processo penal “inquisitório”, baseado na negação da dialética processual e dos direitos do imputado, no sigilo e na tortura, em jurisdições distintas e regras probatórias discriminatórias entre classes sociais, não era um meio idôneo não somente para garantir a justiça, mas tampouco para a averiguação da verdade.

B) Como confirmação da possibilidade de que determinados fenômenos históricos voltam a apresentar-se, também no âmbito do direito penal do inimigo, podemos lembrar que, às fundamentais conquistas da Ilustração em matéria penal, seguiu-se o *terror jacobino*. Em nome da “Deusa Razão”, deu-se lugar ao “terrorismo penal” (*rectius*: repressivo), contrário a qualquer tipo de racionalidade jurídica e cujas mais pragmáticas expressões foram as “leis sobre suspeitas” de 1793, que consideraram dignos da pena de morte – sem direito à defesa – os autores de delitos “de intenções hostis contra a Liberdade” e de indiferença para a liberdade (isto é, daqueles que “acolheram com indiferença a Constituição republicana”, ou que “não tendo feito nada contra a Liberdade, também nada fizeram por Ela”).

C) Contudo, as formas menos opressivas, mas mais sofisticadas e penetrantes do direito penal do inimigo aconteceram no século passado, nos *ordenamentos totalitários*, mediante o uso de instrumentos penais, processuais e de polícia, “requintados” graças aos progressos da ciência penal e às motivações de caráter ideológico, como meio de defesa da Verdade do Estado

e contra a não-verdade e o dissenso; do abuso político e conservação do Poder. Com as amplificações dos massacres legitimados, impensáveis sem uma cobertura ideológica, e as violentas rupturas do tecido conectivo unitário do direito penal europeu de tipo (antigo) liberal, com epicentros na União Soviética e o início do “*direito penal socialista*”, que se estendeu pouco a pouco aos países socialistas, e na Alemanha Nacional-Socialista, com o surgimento do “*totalitarismo penal nazista*”, consolidado na Europa ocidental pelo autoritarismo dos direitos penais dos países ditatoriais.

Segundo o *Socialismo penal*, e na lógica marxista-leninista do direito como mera “superestrutura” transitória, o fundamento da reação penal não é mais – como é notório – a responsabilidade moral-individual, que está intimamente ligada ao conceito de *culpabilidade*, ambas expressões do individualismo cristão e liberal, que postula o sujeito como ser livre e o subtrai do condicionamento da estrutura econômica e social, mas a *periculosidade* objetiva da ação e subjetiva do autor. Contra toda ideia burguesa de retribuição, que postula a responsabilidade moral, refletida no campo das penas, próprias das relações de “intercambio” que dominam as sociedades capitalistas, atribui-se à sanção penal a função de *defesa social* de classe e político-educativa, que se corresponde com a dualidade, histórica e transitória, da criminalidade na fase de transição do Socialismo para o Comunismo. E, em particular, em relação à contraposição, teorizada e também codificada, entre: 1) os *crimes contrarrevolucionários* (ou antagônicos), dirigidos contra os fundamentos do Estado socialista e geralmente adstritos à origem burguesa de seus autores e, antes de tudo, à fase do embate violento entre a classe substituída no poder e a nova classe; com relação a estes a sanção penal tem função de neutralização e de castigo dos “inimigos de classe”, desde a sua segregação até a pena de eliminação; 2) os *crimes comuns*, que, embora não sejam dirigidos contra os fundamentos do Estado socialista, violam as regras da convivência social e se destinam a permanecer, em um futuro, como a única categoria de delitos, na espera do desaparecimento da criminalidade; e em relação aos quais a sanção penal está, ao contrário, dirigida à educação dos autores, que estão, ainda, condicionados para o delito por reminiscências psicológicas egoístico-capitalistas. E, de toda forma, à indefinida espera do chamado “Socialismo real”, tem-se comprovado a identificação da Ditadura do proletariado com a onipotência do Partido, com uma expansão da criminalidade, a acentuação da função intimidadora da pena e o acirramento da repressão e da intolerância persecutória, que, desde os anos escuros do stalinismo e das purgas stalinistas dos inimigos – inclusive pessoais – se projetou até tempos recentes. E revelou-

se como a política criminal totalitária, também a socialista, que parecia fundar a “noção substancial” de delito sobre a periculosidade da ação, sobre um conteúdo político-social de concreta lesividade, mas que, na realidade, visava resolver o delito no “autor”, a dogmática do delito na dogmática do réu, até a deslizar da interpretação dos tipos penais ao campo das valorações expressivas da ideologia dominante. Neste sentido, estava claramente orientada a legislação chinesa de 1952 e 1957, centrada sobre a contraposição dualista entre: 1) as *infrações antagônicas* relativas à repressão dos sujeitos contrarrevolucionários; 2) as *infrações não antagônicas*, concernentes a manutenção e controle da ordem pública e sancionadas com medidas corretivas político-sociais. E, para a classificação das infrações em uma ou outra categoria, considerava-se a origem da classe do autor, isto é, seu pertencer às “*cinco categorias negras*” (proprietários de latifúndios, contrarrevolucionários, camponeses ricos, maus elementos e elementos de direita) ou às “*cinco categorias vermelhas*” (revolucionários, operários, camponeses, soldados e mártires da revolução), assim como a natureza da infração, sendo consideradas não antagônicas as infrações de pouco relevância (embriaguez, baderna noturna, falsidades e uso de documentos falsos etc.), e, como antagonistas, quaisquer que fossem o autor, o homicídio, o incêndio, a bandagem, o estelionato etc. A categoria negra dos “maus elementos” compunha-se, de fato, de assassinos, incendiários, bandidos, estelionatários, etc., independente de sua origem de classe. Do código de 1979 foram suprimidas as chamadas categorias subjetivas, mas foram conservados os delitos contrarrevolucionários.

E dos citados direitos penais do inimigo, ainda regidos por alguma lógica e formal aparência jurídico-penal e jurisdicional, se sai para entrar no campo irracional do “*não direito penal do inimigo*”, no “terrorismo repressivo”, por ser “inimigo da juridicidade” conforme atestam as trágicas experiências das cruéis perseguições da época das Guardas Vermelhas chinesas e dos Khmer vermelhos do Camboja, operantes mediante comportamentos de fato e fora de inúteis atos jurisdicionais.

D) Mas as expressões mais extremas do “direito penal do inimigo-não pessoa” aconteceram no âmbito do *Totalitarismo nazista*, como projeção da concepção orgânica das relações entre: *Povo* (a Comunidade nacional de raça pura, única, originária e suprema realidade política, a qual tudo deve vincular-se e na qual tudo se dissolve); *Estado* (não mais pessoa jurídica soberana, mas útil organização a serviço do Povo e instrumento utilizado pela Comunidade para realizar a si mesma e a seus próprios fins); e *indivíduo* (sendo os particulares não mais titulares de uma esfera natural de direitos, mas meros fenômenos contingentes na cena

da vida; que encontram uma realidade própria quando se sentem “membros” do Povo; são chamados a cumprir com as funções que lhe são atribuídas pela Comunidade, até chegar ao sacrifício e ao crime; e tudo se dissolve na Comunidade, critério de juízo supremo para qualquer comportamento individual). Surgido no seio do Povo por “misterioso destino” e como a mais alta personificação do ideal humano e político, o Chefe (*Führer*) interpreta na maneira mais profunda a alma e a consciência, e seus comandos, mesmo os informais, representam a lei suprema. De acordo com esta concepção orgânica, o direito, parte do espírito do Povo, do qual defende os destinos, encontra sua fonte originária na consciência nacional-racial, no sentimento de justiça do próprio Povo que, na vontade do Chefe, encontra, por sua vez, sua mais autêntica expressão. O direito penal visa não mais o resultado ofensivo da ação humana, mas a vontade criminosa (*Willenstrafrecht*) ou o nebuloso tipo normativo do autor (*Tätertyp*), que vive atrás o tipo legal e que o intérprete deve obter da consciência popular para ampliar ou restringir seu alcance. E a pena, particularmente severa, serve, antes de mais nada, para fins preventivo-gerais e, na fase de aplicação, para neutralizar ou eliminar fisicamente os incorrigíveis, recuperando-se os demais no interesse da comunidade. Pertencem à irracionalidade do totalitarismo nacional-socialista, que “juridicamente tateia no vazio do irreal”, entre outros, os frutos sinistros das perseguições e mortes em massa, realizadas de forma secreta e fora de qualquer juridicidade (como as eutanásias cometidas, entre 1939 e 1941, de mais de 70.000 supostos doentes incuráveis, disposta pelo *Führer* em umas linhas escritas em um papel para cartas privadas e enviadas para os médicos alemães). Ou sobre a base de normas formalmente legítimas, mas substancialmente em branco, executadas através da via administrativo-policial ou através de comportamentos de fato (assim como para o ingresso nos *lager*, introduzido, sistematicamente, em 1933, com uma disposição administrativa de “*Schutzhaft*” (de prisão para a segurança do Povo) para os comunistas e os adversários políticos, depois estendidos aos judeus e a outros grupos, precedidos de uma sólida propaganda que os “etiqueta” como perigosos inimigos do Povo).

E, para concluir, se coloca a mais ampla e não desarrazoada indagação se o chamado direito penal do inimigo dos Estados totalitários se constitui, efetivamente, um direito penal, pelo menos na sua função punitiva, mas não na forma e nas garantias – uma vez que, fora das categorias racionais e das garantias do pensamento jurídico-penal, não existe um direito penal, ao menos em sentido moderno; o que existe é violência. Não um direito penal dos inimigos, mas, sim, os “inimigos do direito penal”.

4. O PROBLEMA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS ESTADOS DE DIREITO.

O breve *excursus* histórico acima alerta contra superficiais transposições de categoria, próprias de Estados totalitários, como aquela do direito penal do inimigo, para os Estados de Direito, isto é, democrático-liberais, pois há diferenças inarredáveis: 1) sob o *ponto de vista quantitativo*, haja vista um direito deste tipo, nos primeiros, constitui a regra, sendo um direito conatural e necessário, embora os segundos sejam um direito eventual e excepcional, por tendência transitório, posto que transitórios são fenômenos criminosos aos que se refere; 2) sob o *ponto de vista qualitativo*, porque inconciliáveis são os contextos sócio-político-jurídico-culturais em que os citados direitos se colocam; e porque, nos Estados totalitários, o incontrolado direito do inimigo se situa no limite ou fora da jurisdição penal, material e jurisdicional, e daí a interrogação se ainda se poderia falar de direito; embora que nos Estados de Direito o citado direito penal do inimigo, mesmo sendo derogatório em certa medida do direito comum, se enxerta sobre um sólido pilar de juridicidade material e jurisdicional, de garantias constitucionais e de controles de constitucionalidade nacionais, de controles garantistas supranacionais (como aqueles no âmbito da União Europeia) e da opinião pública. Daí a interrogação se tal expressão não deveria, aqui, ser abandonada por seu conteúdo emocional e evocativo de históricos reconhecimentos estatais massivos de “não pessoas”, pertencentes a outros regimes, e substituída por outra mais corretamente descritiva (como aquelas, usadas ou propostas, do direito penal de exceção, de emergência, de contraste ou de luta, mas não de guerra).

A) Em primeiro lugar, deixando à parte os problemas de definição, tem de ser totalmente rechaçado o conceito de “*direito das não-pessoas*”, seja no plano das próprias teorias, porque outorgariam cidadania jurídica, no cenário de qualquer ordenamento, a fenômenos extremos de exclusão social e de guerra ao inimigo, como réplicas históricas já experimentadas (desde os escravos, “não cidadãos”, aos “estranhos à Comunidade” nacional-socialista); como no plano das aplicações legislativas, porque, nos Estados de Direito, os direitos fundamentais do homem constituem uma barreira intransponível para qualquer possibilidade de um direito de não-pessoas; assim como no plano da resposta prática, pela possível existência, ao menos no Estado de Direito Europeu, de hipóteses desse tipo.

B) Em segundo lugar, o citado direito penal do inimigo em sentido estrito, considerando a heterogeneidade e a irredutibilidade ou unidade dos casos agrupados sob o mesmo, sobretudo está depurado das hipóteses legislativas, que não apresentam nenhum tipo de “inimizade” e, inclusive, perseguem uma finalidade benéfica em relação ao autor do delito.

Assim, primeiramente, o setor das *medidas de segurança* pessoais referentes aos autores adultos perigosos, ainda que constituam, por sua própria natureza, um caso paradigmático de um direito penal orientado para o autor, não transformam somente por isso o sujeito perigoso em inimigo meramente neutralizável: 1) porque a *periculosidade* de determinados sujeitos é um dado incontestável da realidade humana, embora sujeita a reconsideração, no sentido de que deve ser considerada como uma característica não indefectível (contrário ao sustentado pela Escola Positiva), senão *eventual*, fundada no pressuposto mínimo de um delito (ou de vários delitos de índole análoga e certa gravidade), e *específica* (como probabilidade de cometer delitos específicos e de especial gravidade); 2) porque contra tal periculosidade aparecem como irrenunciáveis os sistemas dirigidos tanto à defesa como, solidariamente, à possível recuperação do sujeito perigoso, tendo em conta a nunca apaziguada discussão tão somente sobre sistemas preferidos: do criticado duplo binário espúrio (das medidas de segurança também para os sujeitos responsáveis), do duplo binário puro (das medidas só para sujeitos irresponsáveis), ou do binário único (da eleição somente das penas, dada sua adquirida função, inclusive especial-preventiva); 3) porque as medidas de segurança de prisão têm sofrido uma *evolução normativa* ou *praxiológica* no sentido de sua aplicação aos perigosos irresponsáveis e de uma deslegitimação e inaplicação (ao menos na Itália) em relação aos sujeitos responsáveis por reduzir-se, em relação a estes, a uma duplicidade da pena em consideração a sua função especial-preventiva; e, ademais, em alguns sistemas, no sentido de uma extensão em direção aos princípios da *extrema ratio*, proporcionalidade, vicariedade ou fungibilidade entre medidas e penas; 4) na *não-privação*, por opinião compartilhada, para o delincente perigoso, dos direitos e garantias constitucionais do “delincente cidadão”, da jurisdicionalização do processo, de alguns direitos e do *habeas corpus*; 5) porque também as medidas de segurança, apresentam um caráter não meramente neutralizador, senão “dialógico”, visando conseguir a ressocialização do delincente perigoso, tendo como tais um intrínseco conteúdo dialógico, terapêutico, educativo, respeitoso à dignidade humana, e estando sujeitas a limitações temporais através de períodos de verificações concretas da periculosidade; 6) porque, portanto, também os direitos das medidas de segurança, ainda quando orientados para o autor, não podem

considerar-se um direito penal do inimigo, conservando uma legitimidade de fundo, ainda que necessitando, às vezes, de reformas, assim como de cuidadosos controles jurisdicionais.

Tampouco se pode chegar a conclusões diferentes a respeito do direito penal da *reincidência*, e do conexo endurecimento sancionador, os quais, se bem que orientados ao autor, não fazem do reincidente um inimigo meramente neutralizável: 1) em primeiro lugar, porque a reincidência, ainda que discutida, encontra seu fundamento na moderna função, inclusive na especial-preventiva da pena, versando hoje a discussão acerca da permissão do agravo de pena acima do marco da sanção prevista no tipo, ou da manutenção entre esses limites, segundo o postulado da culpabilidade como limite superior da pena; 2) porque, em princípio, também o reincidente goza das garantias materiais e jurisdicionais do não reincidente, e a pena, ainda que agravada, apresenta o caráter não meramente neutralizador, como também dialógico-ressocializador que tem em geral; 3) porque, portanto, inclusive o direito penal da reincidência, ainda que orientado para o autor, não pode apenas por isso denominar-se direito penal do inimigo, salvo verificação dos conteúdos específicos das legislações nacionais particulares (como os da Lei Italiana de 2005, criticada sobretudo no que concerne ao severo tratamento dos reincidentes reiterados, ainda quando a praxe judicial tende, através da habitual não contestação da reincidência, a anulá-lo).

Tampouco se pode falar de direito do inimigo *stricto sensu* em relação ao tratamento sancionador de *quem possui substâncias entorpecentes para uso próprio*, contrariamente ao que tem sido enfatizado em relação à discutida Lei Italiana de 2006, posto que esta não distingue drogas pesadas e drogas leves, apesar da gravidade diversa de seus efeitos, e penaliza excessivamente o uso pessoal, tanto criminalizando o “grande” consumidor como o traficante pelo fato de possuir quantidades de droga superiores àquelas determinadas por lei, assim como submetendo a um sistema de sanções administrativas punitivas a posse para uso meramente pessoal.

Contudo, se tem destacado que o uso da droga não pertence ao âmbito dos chamados “delitos sem vítimas”, visto que não diz respeito apenas à esfera moral, mas invade, também, a esfera jurídica: 1) porque constitui um relevante *fator criminógeno*, tanto direto (favorecimento dos delitos violentos, sexuais e de tráfico), como indireto (pelos cotidianos delitos patrimoniais e de distribuição para a aquisição da droga); 2) por comportar elevados custos sociais para a recuperação dos dependentes químicos; 3) porque constitui uma concreta ameaça à saúde individual, pois não existem “drogas leves” ou “inócuas”, mas apenas “drogas”, pois todas

provocam danos cerebrais irreversíveis, depressão psíquica, apatia, desinteresse, aumento de tentativas de suicídio, fuga da vida social e política, redução da massa cerebral nos nascidos de viciados; sem exceção do uso habitual de *Cannabis indica* (*marihuana, hachís*), que comporta um elevado risco de psicose, broncopatia, lesões pulmonares precancerígenas, de alterações cognitivas com abandono da carreira escolar, de infartos, de modificação das respostas imunológicas, além de produzir dependência e tolerância e propiciar a passagem para drogas pesadas; 4) porque constitui, como fenômeno sempre mais massivo, um grave *atentado contra a saúde coletiva*, até minar ao limite as bases da vida social, não sendo concebível uma “sociedade de dependentes químicos”; 5) porque a citada lei, em que pese certo endurecimento sancionador (sobretudo com respeito ao grande narcotráfico) e a necessidade de certa disciplina, ao menos para nossos fins e em sua linha de fundo, não pode decidir que se converta o consumidor em um “inimigo” a ser neutralizado. Esta lei, de fato – em virtude do incontestável pressuposto de que a pior solução seria o abandono do dependente químico ao seu destino e às suas tendências autodestrutivas, e da família a sua sofrida impotência; e que o sistema da mera criminalização do uso pessoal tem sido em quase todas as partes abandonado – segue um procedimento fundamentalmente dialético. Seja no que diz respeito à relação coloquial da autoridade pública com o sujeito e os representantes legais do menor de idade, na fase de avaliação das sanções aplicáveis: desde a mera admoestação até a apreensão da carteira de motorista, do passaporte, até a suspensão do direito de trabalho e a proibição de afastar-se do município de residência; seja no que diz respeito à adoção do preferível *sistema de incentivo à submissão ao programa terapêutico-reabilitador*, sendo confiada à decisão do sujeito a alternativa entre seguir tal programa ou submeter-se às sanções administrativas, evitando, assim, o extremo oposto do tratamento terapêutico-reabilitador coercitivo (que contrasta com as exigências de colaboração e responsabilização necessárias para um proveitoso programa reabilitador) e do sistema do tratamento voluntário (que leva o preço negativo por parte do abandono da grande maioria dos dependentes químicos, refratários a qualquer programa de reabilitação).

C) Em terceiro lugar, em relação aos *setores residuais* do citado direito penal do inimigo, que visando, em primeiro lugar, os paradigmáticos fenômenos de *criminalidade organizada*, de tipo associativo, da *máfia, o narcotráfico e terrorismo*, se assiste a uma espécie de mudança de planos: através da preferente prioridade à estigmatização, como inimigo, do direito que contrasta tais formas de criminalidade, antes que a prévia tomada de consciência da

declarada “inimizade” desses autores em relação ao Estado e de sua ruptura do pacto social, já que esses autores concebem sua própria vida e suas ações como contrárias aos valores fundamentais do convívio político e civil, e realizam delitos comuns ou políticos, graves e sistemáticos, organizados profissionalmente, que os tornam a forma mais temível para as instituições democráticas e para a sociedade civil.

A raiz dessa prioridade parece subjazer a uma não de todo clara tomada de consciência de que, nos Estados com uma democracia consolidada, como os europeus, as agressões aos direitos e às liberdades humanas provêm, em geral, da criminalidade dos sujeitos privados (cada vez mais difusa, invasora, organizada, supranacional, endurecida), e não mais dos Poderes Públicos (que se submetem a limites e controles, inclusive supranacionais, que dificultam os abusos); segundo a persistente concepção tradicional do Constitucionalismo e da Ciência Penal, fortemente ligados ao estereótipo do Estado como “sujeito perigoso” primário, e, por essa razão, a uma concepção do Direito Penal como “limite à liberdade”, em vez de, e prioritariamente, como “instrumento de tutela dos Direitos Humanos”, de onde se derivam garantismos unilaterais, dos direitos do réu mais que da vítima, esquecendo que também ela constitui um “valor humano” não inferior ao primeiro. Embora seja certo que determinados autoritarismos tenham começado a ser objeto de revisão crítica, dirigida a não rechaçar a ideia-base originária e sempre válida do citado constitucionalismo (de tutela da pessoa humana, contra os abusos do passado e sempre possíveis por parte dos Poderes Públicos), mas sim a recuperar – sobre a base que o Estado não é necessariamente o sujeito perigoso e que as limitações ao poder coercitivo estatal não comportam necessariamente uma maior tutela das liberdades civis e políticas - a funcionalidade entre *autoridade-democracia, direitos constitucionais-poderes coercitivos estatais e a bidimensionalidade* de tais direitos: não mais somente “*direitos de*” (apenas com a abstenção de intervenções limitativas do Estado liberal), mas também como “*direitos a*” (às intervenções positivas do Estado social de direito, voltadas para a proteção de tais direitos e das instituições democráticas que lhe são próprias). Tendo em consideração que a criminalidade, além de menoscabar, principalmente quando organizada, a soberania do Estado e alimentar vocações coletivas frente ao autoritarismo, atenta contra o ideal patrimônio democrático de respeito à pessoa humana. Depurada, desse modo, de seu tradicional valor autoritário, o poder punitivo do Estado torna-se funcional para a “coexistência da liberdade”.

Diante desta premissa, e com referência à particular periculosidade dos citados tipos de criminalidade, não é de todo inoportuno recordar que:

1) No que diz respeito à máfia, tende a constituir um “*contraordenamento criminal*”. Com um poder exercido sobre um “território” em expansão e sobre uma “população” heterogênea; com um “sistema normativo” próprio e não escrito; com um “governo estável” e um “pessoal civil e militar”; com a prestação de “serviços” ilícitos, um “eficiente sistema fiscal” de arrecadação de “impostos” e grande massa de capitais investidos na economia ordinária; com um “sistema de sanções penais” escassamente diferenciado e um “processo de rito abreviado” sem apelação e atrasos. Representa, portanto, uma permanente *ofensa* para o Estado de Direito e para o ordenamento democrático, posto que se sobrepõe a estes, provoca efeitos devastadores no plano do desenvolvimento econômico das regiões mais desfavorecidas, da adequação da Europa, do exercício das liberdades civis, políticas e econômicas, da regularidade das consultas eleitorais: em uma “sociedade de liberdade limitada”. E um elevadíssimo custo de desumanidade e dor.

2) Com relação ao *narcotráfico*, ele não somente eleva o crime contra a humanidade, por provocar a degradação e a morte de um número indeterminado de pessoas e tanta dor, comparável com genocídios e certas guerras locais. Mas também se supõe uma profunda mutação da criminalidade, que tem assumido formas e dimensões organizadas e lucrativas antes desconhecidas; que tem adquirido, através de ingentes capitais derivados do dito tráfico e lavados com atividades lícitas ulteriormente lucrativas, espaços sempre mais amplos de poder econômico e político, nos países produtores e nos consumidores, que, com a atual agressão sem precedentes aos equilíbrios nacionais e internacionais, corre o risco de deslocar, se não se contrasta, para o lado da criminalidade, inclusive para os centros de poder real, político e econômico; que, em virtude dos vínculos – também segundo os gritos de alarme das Nações Unidas – entre tráfico de drogas, tráfico de armas, terrorismo internacional, subversão e outras atividades criminosas organizadas, não somente difunde violência e corrupção, como também põe em risco a estabilidade política e inclusive a segurança de determinados países.

3) No que concerne ao *terrorismo*, este alcança – com base na lei vitimológica pela qual a “periculosidade do delinquente é diretamente proporcional à fungibilidade da vítima” – o grau máximo de periculosidade coletiva devido às “vítimas indeterminadas”, pois o ato terrorista tem como fim o “clamor terrorista”, prescindindo da identidade e do número das vítimas. O *terrorismo ideológico interno* constitui, assim, *uma ofensa* para as sociedades democrático-pluralistas, posto que não aponta para transformações sociopolíticas por vias democráticas, mas mutações violentas e não consensuais, em nome de nebulosas revoluções e da violência como

regeneração social, ocultando uma profunda cobiça de totalitarismo e de barbárie. O *terrorismo internacional* representa uma “declaração de guerra” a um tipo de civilização (contra Ocidente e o Cristianismo), que se quer aniquilar, com as estratégias e as modalidades da “guerra assimétrica”, diversa das guerras tradicionais.

4) Finalmente, no que diz respeito à *delinquência sexual*, especialmente contra ou com a exploração de menores, parecem forçadas certas semelhanças com os citados tipos de delinquência organizada e sua inclusão no âmbito da categoria comum do direito penal do inimigo, considerando a irreduzível heterogeneidade ontológica e de regulação legislativa que envolve tais fenômenos criminosos. Embora não possa ser silenciada a pluriofensividade da mesma, enquanto lesiva: a) primeiramente, da identidade sexual (isto é, do direito do menor a um normal e gradual amadurecimento da personalidade, também sob o perfil afetivo e psicosssexual); b) da liberdade sexual (não sendo a exploração da prostituição de menores e a pornografia infantil uma escolha de vida consciente, livre e espontânea); c) da dignidade da pessoa humana (ficando o menor reduzido a mero organismo sexual mercenário); d) da pessoa individual (porque a exploração sexual do menor, normalmente habitual, repercute sobre sua personalidade em conjunto com efeitos negativos sobre o desenvolvimento físico, psicológico, espiritual, moral, afetivo e social); e) do status *libertatis* (se os menores estão em condições de escravidão e servidão).

D) Em quarto lugar, sem proporcionar uma indiscriminada e acrítica defesa de ofício dos sistemas penais relativos aos citados tipos de criminalidade organizada, deve-se analisar: 1) que uma eficaz ação estatal de contraste é, em princípio, não apenas legítima, como, também, obrigatória, inclusive em virtude de solicitações e compromissos internacionais; 2) que, por isso, uma valoração crítica não pode invadir a totalidade das atividades jurídicas de contraste, mas apenas muitos aspectos específicos derogatórios em relação ao direito penal comum; 3) que, em relação a esta derrogação, é preciso distinguir entre aquelas dificilmente irrenunciáveis, desde o ponto de vista de uma eficaz política criminal de contraste, daquelas meramente simbólicas; 4) que, no âmbito dos aspectos derogatórios de considerável valor político-criminal, devem ser identificados aqueles que eventualmente constituem violações intoleráveis para os mais elementares princípios de civilização jurídica.

Prosseguindo com exemplos, em relação ao sistema dos delitos de *exploração sexual de menores*, apresenta um valor sobretudo simbólico e estigmatizante a incriminação, mesmo quando recomendada a nível europeu, da posse de material pedopornográfico totalmente virtual

(art. 600-*quater* 1, CP italiano), por tratar-se de “delitos sem vítimas”, não comportando ofensa alguma para os menores. Ao contrário, não se pode dizer a mesma coisa a respeito do também criticado delito de posse de material pedófilo real, inclusive para uso pessoal (art. 600 *quater* CP), por tratar-se não de um mero “vício privado”, mas de um delito lesivo, porque cada uso de tal material constitui uma nova lesão à dignidade do menor, e porque tal delito corresponde ao não contestado delito de fruição da prostituição de menores (art. 660-*bis*/2). Por outro lado, em relação aos citados tipos de criminalidade organizada, não se deve esquecer que: a) um *direito penal preventivo*, derogatório em relação ao direito penal comum e regular, centrado sobre a necessária ofensa do bem jurídico, não é, por isso, destituído de sua legitimidade, como nos casos em que se corresponde com a real exigência de prevenir o surgimento de situações concretamente perigosas ou lesivas aos bens primários individuais e coletivos, típicos das sociedades de risco, e limitar-se apenas a uma repressão tardia, de escassa utilidade, do dano já acontecido e às vezes incontável (por produto, por desastre nuclear, por produção de armas químicas, por epidemias e desastres ambientais, por microrganismos geneticamente manipulados, ou pela produção de homens clonados, geneticamente selecionados, de híbridos homoanimais). Ou por tratar-se de fenômenos criminais contra bens institucionais que, quando não detidos na fase prodrômica ou preparatória, podem tornar-se incontáveis e derrubar as instituições democráticas, com a consequente impossibilidade de punir o delito consumado de dano (como os delitos de atentado contra as instituições democráticas, que devem ser avaliados não sob a base da mera finalidade subjetiva, mas em virtude da idoneidade objetiva dos atos para conseguir o resultado); b) portanto, até certas antecipações do limiar da punibilidade, em relação aos citados tipos de criminalidade organizada, não são sempre destituídos de legitimação, principalmente quando contidos nos limites da razoabilidade, relevância dos bens tutelados e necessidade de pena. Assim para os delitos-obstáculo de associação com finalidade terrorista (art. 270 *bis* CP italiano) ou de narcotráfico (art. 70 1. 399 de 1990), com respeito aos quais é mister perguntar-se se, resolvido positivamente o problema preliminar da legitimidade do genérico delito de associação para delinquir (como acontece quase em todos os códigos), seja tão irracional diferenciar por isso distintos delitos de associação, em consideração aos peculiares fins criminosos. Como também para os delitos prodrômicos de alistamento e adestramento para fins terrorista (art. 270 *quater e quinquies* c.p.), em relação aos quais é necessário perguntar-se se seria realista, sob o perfil político-criminal, renunciar a tais formas de prevenção para limitar-se a reprimir os danos já ocorridos por ações de terrorismo concretas

(por exemplo, com armas químicas). E podemos ainda perguntar-nos, para continuar com os exemplos, se devem ser juridicamente proscritas as formas de indulgência para mafiosos ou terroristas colaboradores com a Justiça, apesar de sua colaboração determinante para a fratura da barreira do silêncio e dos sucessos na luta contra a criminalidade mafiosa e terrorista. Assim como certas limitações do normal tratamento carcerário em relação aos presos por delitos mafiosos ou de terrorismo, por impedir contatos ou a própria direção, desde o cárcere, de associações mafiosas ou terroristas, de matanças ou de devastações, facilitados pelo normal sistema de direitos do preso.

Discurso à parte merece, por outro lado, a legislação em matéria de imigração, que é o dramático produto de um “escândalo inicial” de nossos países do bem-estar, que por humanidade e justiça, capacidade de previsão e conveniência, inclusive nossa, teria requerido que tivéssemos ajudado os pobres a viverem melhor em suas próprias terras dos países do Sul da Terra. Mas, não tendo isto ocorrido, por serem escravos do ilimitado desperdício e consumismo do supérfluo, pelo efeito ímã, nos deparamos com esses povos em casas, em virtude da já inviável contenção imigratória. Com duas possíveis alternativas: a) ou a proposta liberalização das entradas, aparentemente bondosa, mas na realidade desumana, pois se traduz no reconhecimento para os emigrantes dos “inalienáveis direitos de liberdade” de prostituição, de delinquência, do narcotráfico, da exploração no trabalho, da mendicância, do submetimento à escravidão, e da nova forma de fome; b) ou o acolhimento, dentro dos limites programados de garantia para os imigrantes de trabalho e dignidade, com a conseqüente política de expulsão dos não legalizados, que, mais do que um ato de “inimizade jurídica”, constitui – prescindindo de certos aspectos específicos não sempre admitidos – a desumana conseqüência necessária da desumanidade do citado escândalo inicial, que envolve a todos (sem exclusão para os tardios estigmatizadores do “direito inimigo dos imigrantes”).

E) Em quinto lugar e para concluir, pode-se relevar: 1) que é certo e verdade que o direito penal excepcional existe e não representa o modelo ideal de um direito penal civilizado; 2) que também é verdade que, diante de fenômenos criminosos de particular periculosidade, não basta “o lamento coral” do direito do inimigo, sem oferecer válidas soluções alternativas; e que, quando constatada a insuficiência do direito regular, a alternativa se move entre a resignação a uma sociedade dominada por esse tipo de criminalidade ou, de forma mais realista, a lembrança de políticas de contraste adequadas e não necessariamente ilegítimas, mesmo que mantidas *extra codicem*, na legislação complementar, para sublinhar sua excepcionalidade e

evitar a contaminação do direito regular; 3) que apelar para a categoria do “direito penal do inimigo” também possui uma função positiva, caso vise solicitar a atenção para setores do direito penal orientados também para o autor e, portanto, a exigência de um atento controle crítico, constitucional e democrático: no sentido de sua manutenção dentro dos limites da necessidade de uma tolerância aceitável; de uma maior taxatividade e, se possível, de determinados tipos; de aperfeiçoamento de certos instrumentos processuais (por exemplo, da necessidade de se averiguar sobre a autenticidade das declarações dos que colaboram com a justiça); assim como de uma não preclusão total de uma relação dialógica; 4) que a estigmatização de certos setores do direito penal excepcional como direito penal do inimigo, se estiver dirigida à “solução zero”, isto é, a total abolição, *tout court*, dos mesmos, em virtude do postulado ideológico de que não existem direitos penais excepcionais, legítimos como tais, está fadada a não ser levada em séria consideração.

5. O “DIREITO PENAL DO AMIGO”

O “direito penal do amigo” se constitui como derrogação ao direito penal comum no sentido oposto ao direito penal do inimigo, por estar voltado a privilegiar certas classes, certas categorias de autores ou autores singulares de crimes, com uma violação, não razoável, do fundamental princípio da igualdade.

A) Primeiramente, também o direito penal do amigo, do privilégio, constitui um direito conatural e necessário dos Estados de não direito (monárquico-absolutistas, totalitários, ditatoriais), seja porque seu direito penal relativo, orientado à neutralização dos “inimigos do regime”, por seu caráter ambivalente desenvolve, ao mesmo tempo, a função de tutela dos “amigos do regime”, isto é, dos autocratas; seja porque até a mais desumana “delinquência de Estado” (dos *lager* e dos *gulag*) autolegitima-se com o exercício do poder estatal, subtraindo-se assim ao direito penal. Nem o direito penal do amigo é de todo desconhecido aos antigos Estados liberais, nos quais, ao se sobrepor à igualdade legal com uma real desigualdade entre os sujeitos, o direito penal veio a substituir a preexistente tutela dos privilégios da nobreza em virtude de direitos baseados no “sangue”, pela nova tutela dos privilégios de fato, baseados no “censo”, garantindo com isso liberdade e igualdade em maior medida entre os “iguais” do que entre os “desiguais”, constituindo as chamadas “classes perigosas”.

B) Mas, até nos Estados de Direito modernos, um sistema tradicional de privilégios “de amigos” envolve a “*criminalidade de colarinho branco*”, que se constitui em ações perpetradas

no âmbito de atividades socialmente qualificadas, produtivas, profissionais; por parte de “autores”, pessoas socialmente respeitadas, pertencentes a classes socioeconômicas altas e associadas ao poder; que se beneficiam de uma imunidade particular, porque suas ações ou não estão criminalizadas ou, quando estão, seus autores raramente são identificados, denunciados, processados e condenados e, ainda mais excepcionalmente, encarcerados. Com todos os efeitos perversos do fenômeno invasivo da *corrupção como sistema*. Não somente em razão do custo material completo de políticas de empresa, condicionadas pelos “custos de transação”; em razão do peso negativo sobre a liberdade econômica de um País, que não se pode sustentar sem um nível adequado de legalidade; em razão da atribuição de cargos de poder com mecanismos distintos do merecimento e da capacidade profissional; em razão do preço pago pelas economias não somente nacionais. Mas também em razão da incidência negativa sobre uma das condições da atividade política que define a democracia: o princípio da *igualdade dos direitos políticos*, isto é, do acesso igual dos cidadãos aos benefícios resultantes da ação do Estado, isto porque a corrupção dá acesso a pessoas ou a grupos específicos, excluindo outros e gerando no cidadão o pensamento de que “ele conta” apenas porque “conhece” ou “possui contatos”. Embora, há algum tempo, observem-se certas mudanças de tendência em nosso país, que, como reação, levam a certos excessos “não amistosos” das presunções de culpabilidade e de responsabilidade com relação aos que pertencem ao mundo econômico e político, excesso dos quais nem sempre é fácil se defender.

C) Mas o direito penal do amigo se encontra também nas normativas que, para burlar o princípio da igualdade, imitam o aspecto de leis impessoais, gerais, abstratas, mas que, nas motivações reais, constituem o *ius singulare*: isto é, “leizinhas” que favorecem corporações com uma maior capacidade contratual e de pressionar, ou até *ad personam*, representando assim um *privilegium non odiosum*, mas *favorabile*. Fenômeno este que, em nosso país, assumiu aspectos preocupantes em tempos recentes, por ser fruto de uma patologia institucional, judiciária e legislativa de “luta inimigo-amigo”; 1) que começou com a mudança de ações judiciárias, voltadas a livrar da corrupção generalizada o mundo da política e da administração pública, para um uso do direito penal até ideológico, mas de toda forma unilateral, que levou, primeiramente, à dissolução dos partidos tradicionais do governo e, depois, à incriminação dos novos sujeitos políticos (não importa se culpados ou inocentes), que haviam preenchido o vazio político e governamental criado pelo desaparecimento dos partidos supramencionados; 2) que a esse uso judiciário unilateral do, por assim dizer, “direito do inimigo”, correspondeu, pelo

princípio elementar da reação, um “direito penal do amigo”, de defesa, que se articula em uma série de leis e de propostas de leis, as quais, às vezes com razão, são acusadas de serem moldadas até sobre concretas situações individuais de imputações concretas ou de pessoas específicas; 3) que, para acabar com ambos os fenômenos de violação do princípio da igualdade, permanece o árduo caminho de retorno aos respectivos “álveos institucionais”, deixando a magistratura de se substituir ao poder político mediante um uso unilateral e ideológico da atividade judiciária, a política de se substituir à magistratura mediante leis *ad personam*, e a advocacia de acusar a magistratura em vez de defender os acusados.

6. O “INIMIGO DO DIREITO PENAL”

Se é insustentável a defesa indiscriminada e acrítica do direito penal *tout court* (e ainda mais do direito penal dos inimigos), sendo bem conhecidos seus progressos e seus regressos, suas imperfeições e suas injustiças, suas necessidades e suas inutilidades, no entanto, não se pode compartilhar, pois seria pouco generoso, do progressivo “ódio contra o direito penal”, em posições extremistas, e, permitam-me a contraposição terminológica, dos “inimigos do direito penal”, sendo obrigatório reconhecer que o direito penal adquiriu e continua guardando alguma benemerência, por tornar a vida cotidiana de todos nós um pouco mais segura e tranquila.

Esta, por assim dizer, “inimizade ao direito penal”, que se contrapõe, pela nobreza de suas “aspirações para o melhor”, de forma incontroversa, às abomináveis motivações da “inimizade penal aos inimigos”, encontra expressões paradigmáticas:

A) No *plano teórico*, primeiramente, no ataque frontal externo, ideológico, polêmico, desafiador, contra todo o direito penal, do qual se contesta sua própria legitimidade: desde as antiquadas teorias utopistas e anarquistas até as teorias marxistas da extinção do direito penal na profetizada sociedade comunista, assim como nas teorias internacionais do etiquetamento e as radicais do desvio. E, mais recentemente, nas leis e declaradas *teorizações antipenalistas e abolicionistas*, que, das posições reducionistas do “direito penal nuclear” e do “direito penal mínimo”, vão até as radicais soluções-zero, da supressão total do direito penal. Soluções estas que marcam, nos dois últimos séculos, a linha de chegada das “*proclamadas crises da pena*” e que investiram: a) em primeiro lugar, todas as múltiplas concepções (retributiva, geral-preventiva, especial-preventiva, neo-retributiva, diferenciada, polifuncional), cada uma surgida com a intenção nobre de superar a anunciada crise das concepções anteriores, e logo, por sua

vez, acometidas pelo mesmo vírus; b) enfim, como última saída (esgotadas as proclamadas crises de todas as concepções da pena), a própria pena e, portanto, o próprio direito penal. Mas as soluções acima, na verdade, nunca foram levadas em séria consideração, porque os mesmos “modelos alternativos ao direito penal” propostos concorrem em desenhar “a crise das doutrinas sobre as crises do direito penal” por sua generalidade, inadequação e irrealizabilidade, tendo conta que: a) em nenhum país foi ainda elaborado um sistema harmonioso e coordenado de direito penal-direito penal alternativo passível de realização; b) os modelos alternativos propostos, até os mais elaborados, limitam-se a esboçar diretrizes genéricas de política criminal, restando incertos em seus pressupostos, limites, consequências e efeitos; c) a “criatividade científica” parece ter excedido as possibilidades sociais reais de atuação, porque, se é verdade que o “ser” não deve prejudicar o “dever ser”, é também verdade que até o dever ser tem que se submeter ao princípio da realidade, não se podendo demoli-lo sem substituí-lo validamente¹.

B) No plano *prático-operacional*, pelos caminhos internos da sornateira e furtiva ineficácia criminógena da pena – na Itália, mas talvez em outros países também – aplicada mediante: 1) as figuras legislativas de clemência (anistias, indultos, livramentos condicionais, arrependimentos, distorções das suspensões condicionais e das penas substitutivas; além de ritos processuais alternativos, com sensíveis reduções de pena, deixadas em geral à escolha das partes), voltadas ao descongestionamento da justiça e das prisões, mas que acabam alterando a própria identidade do direito penal, pois tornam nula a proporção entre culpa e pena, apresentam-se de duvidosa compatibilidade com os próprios objetivos preventivos geral e especial da pena e com uma séria política reducionista, porque uma coisa é a redução do direito penal inflacionado e desnecessário, e outra coisa é a não aplicação generalizada até mesmo do direito penal necessário; 2) as indulgências judiciárias, que concorrem para amplificar as citadas causas desagregadoras do direito penal, mediante: a) a conversão de tudo que for “discricionário” em “obrigatório”, desde que favorável ao réu (com os automatismos das circunstâncias atenuantes genéricas, da preponderância ou equivalência das circunstâncias atenuantes genéricas com relação às circunstâncias agravantes, da suspensão condicional da pena, e dos benefícios legais, da continuação dos crimes mesmo quando não for crime

¹ Para uma leitura mais ampla, sugerimos os nossos “La ‘perenne crisi’ e la ‘perenne vitalità’ della pena. E a ‘crisi di solitudine’ del diritto penale, em *Studi in onore di G. Marinucci*, Milão, 2006, II, p. 1171; e II “*vero diritto penale minimo*”: *la riduzione della criminalità?* na *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 864.

continuado, das penas que tenderem ao mínimo legal, das penas substitutivas, assim como das liberações condicionais, semiliberdades, licenças e prêmio, liberações antecipadas); b) a conversão do “discricionário” em “vetado”, quando for favorável ao réu (as penas que tenderem ao máximo legal, a agravante da reincidência, as medidas de segurança para os delinquentes perigosos).

Assim que, para a “delinquência real”, faz contraponto sempre uma “pena virtual”, onde apenas uma exígua minoria paga com uma “pena real”: e sempre não integralmente, em razão da automática “política do abatimento”, confundindo-se a reeducação com a indulgência. Com o conseqüente paradoxo de que, enquanto a vitimização, até midiática, tem um papel determinante nas intervenções repressivas no plano legislativo abstrato, no plano concreto, assiste-se a uma desvitimização, com a “vitória do réu” e a derrota da vítima. E tudo isso devido a uma inépcia de fundo das sociedades atuais, seja para sancionar, pois sendo incapazes de imporem-se regras, tampouco conseguem impô-las, seja para reeducar, pois deveriam antes reeducar-se para reeducar.

C) No *plano científico*, por conta de certa tendência das ciências penais modernas de se envolverem numa espiral de problemáticas viscosas, hiper-críticas em relação a tudo e em desacordo com tudo; de se entreterem na autocontemplação de suas próprias inquietudes, decepções e crises, enquanto que a mais ousada criminalidade piora em razão de qualidade e quantidade, ficando sempre mais desproporcional e imotivadamente violenta, sanguinária, debochada, supranacional e globalizada. Com o preço amargo da falta de comunicação entre legislador e especulação científica, da autoexclusão da política criminal legislativa cotidiana, da impossibilidade prática de uma política criminal como sistema coerente de princípios teóricos e de aplicações concretas. E, com o risco de colapso, junto com os denunciados mitos e certezas falsas, em um desvio paralisante e niilista: por desencanto e decepção, como produtos de uma árida racionalidade interna. Que tristeza se a ciência penal, depois de ter denunciado durante anos a fio, e não sem fundamento, a “esquizofrenia” da política criminal do legislador em sua alternância entre repressão e clemência, depois tivesse que ser acusada de “autismo” pelo legislador por conta de sua ruptura com a realidade!

7. O “AMIGO DO DIREITO PENAL”

Persistindo nas contraposições de termos, não se deseja com a presente expressão, conforme já foi acenado, realizar uma defesa de qualquer direito penal, mas, antes de tudo, não

se deseja calar diante de certas benemerências geralmente preventivas do direito penal, frente à incontestável verdade de que, ao lado de uma minoria de sujeitos que, mesmo sem pena nunca delinquiria, e uma minoria de sujeitos que delinque apesar da pena, existe uma maioria de sujeitos que não delinque porque existe a pena. Também se deseja relevar:

A) que a história do direito penal e da pena é a história de sua “crise constante”, porque o direito penal leva consigo os germes do drama intrínseco dessa crise, enquanto fundada na “pena” que é, em si, um “mal” (um sofrimento) invasivo, usado para controlar outro “mal” (a criminalidade) a fim de obter um “bem” (a tranquilidade de seus cidadãos). Portanto, embora justificado por suas finalidades e funções, ele não pode se subtrair à pesquisa de soluções alternativas melhores e mais “inteligentes”. Um drama penalista superável completamente apenas através três soluções, todas impraticáveis: a) com a *eliminação da criminalidade*, o que se projeta na utopia e profecia, sendo a criminalidade a constante mais constante da história da humanidade; b) com a substituição do sistema de “*sanções punitivas*” para os sujeitos que não observam as normas jurídicas, com o sistema de “*sanções prêmio*” para os sujeitos que observam sim a norma, solução não realizável por razões práticas (e de custos); c) com a substituição de todo o sistema penal por *sistemas alternativos não punitivos*, os quais, no atual estado em que suas elaborações se encontram, quando muito podem substituir – pelas limitações intrínsecas e inadequações já acenados – alguns setores pontuais do direito penal, mas não todo o direito penal.

B) que a história do direito penal e da pena é também a história de sua “*vitalidade constante*”, se considerada a capacidade de renovação da própria pena, que sempre ressurge de suas próprias cinzas – embora sob feições variáveis e com intervenções de maquiagem humanizadoras; e porque a história do direito penal é a história de uma dialética, que nunca se esgota e sempre atual, de legitimações deslegitimadas e de sempre novas legitimações descobertas e, de toda forma, de uma sobrevivência com ou sem legitimações (até concluir que o problema do direito penal é um problema mais pragmático que de legitimação, do qual se pode prescindir). E isto: 1) porque, no *plano histórico* e comparativo, a pena se apresenta, junto com a criminalidade, como a “constante” mais constante da história humana, tendo sobrevivido a todos os ataques convergentes da ideologia, da ciência e da praxe, e porque o direito penal apresenta um “*núcleo duro de constantes*”, praticamente intangível e independente de avaliações de legisladores singulares e da mudança das estruturas político-sociais, núcleo representado pelos delitos que atentam contra as condições existenciais de toda a sociedade

organizada, bem como, antes de tudo, os “delitos naturais”; 2) porque, no *plano lógico*, a pena encontra o seu próprio fundamento na “*norma-imperativo*”, onde ela, como “categoria lógica”, poderá desaparecer apenas em ordenamentos hipotéticos que rejeitem qualquer comando e que se fundamentem sobre a necessidade causal universal; 3) porque, no *plano da atualidade científica*, conclusa a fase das críticas mais radicais, a problemática das alternativas ao direito penal se põe hoje de maneira diferente e mais equilibrada; 4) porque, no *plano da exigência de justiça*, a pena, ao passo em que pode esconder instintos ancestrais de vingança, também é expressão de um sentimento irreprimível de justiça, enraizado na alma humana, até prevalecer sobre qualquer outra instância ou alternativa diante dos crimes que mais ofendem a consciência humana (por exemplo, os crimes contra a humanidade); 5) porque, no *plano da praxe legislativa*, o direito penal assiste ao surgimento de um novo período da codificação: em nível nacional (com o multiplicar de novos códigos penais, até em países desprovidos de tradição codicista, como a China), em nível supranacional (com os *Corpora iuris* europeus), em nível internacional (com o Estatuto sobre os crimes internacionais e a implantação de tribunais internacionais penais com seus processos associados); e igualmente a consolidação, embora cautelosa, da revolucionária responsabilidade penal das pessoas jurídicas; 6) porque, no *plano da ciência social*, a exigência é de maior tutela e efetividade da pena, a qual não deve ser sempre e sumariamente reconduzida a uma “emotividade” banal, pois até o “direito a estar livre da delinquência” é postulado de qualquer ordenamento que não permita a contradição de reconhecer um direito e de admitir a licitude jurídica de sua violação; 7) porque, no *plano das exigências político-criminais imediatas*, na espera indefinida pelas grandes “palingenesias sociais”, fica confiada aos instrumentos do direito penal e processual a tarefa de conter pelo menos os efeitos mais imediatos, devastadores e graves das ondas crescentes de criminalidade (do terrorismo, da máfia, do narcotráfico); 8) porque, em breve, as normas de comportamento, garantidas pelo Estado, acabarão sendo um instrumento irrenunciável para coordenar as condutas nas grandes sociedades, e sua eficácia exigirá, também para o futuro, sanções tangíveis àqueles que não as respeitarem.

8. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Mas a mais invasiva das atitudes coletivas de “inimizade” penalista se constitui pela provocada “*crise de solidão do direito penal*”, operada através do sistema de desmembramento da contenção primária ao crime, este representado pelo *sistema de controles cultural-sociais*

(religiosos, morais, familiares, escolares, associativos, democráticos, administrativos, jurídicos extrapenais). Assim, reduzida essa contenção prioritária, o direito penal, ficando como modo de repressão único e solitário, converte-se de *ultima ratio* em *única ratio*. E revela todas as suas inadequadas capacidades de contrabalançar as múltiplas realidades criminais. Portanto, o verdadeiro problema, o drama do direito penal, presente e futuro, não consiste tanto em seu reducionismo ou expansionismo, humanização ou endurecimento, posto que esses são apenas os efeitos e consequências da alternativa entre: 1) ou a *represtinação do controle prioritário cultural-social*, mediante a substituição da hegemonia do sistema atual de falta de valores (expressos com uma mescla de ideologias, pseudoculturas, subculturas e praxes criminógenas) por um *contrassistema de valores anticrime*²; 2) ou, à falta de uma “*inversão cultural*” natural (improvável, pelo menos a curto e médio prazo), um bastante previsível *aumento e acirramento da criminalidade*, com uma paralela *expansão e acirramento do direito penal*. E, com os fenômenos degenerativos das “inimizades do direito penal”, das “inimizades” e das “amizades para o direito penal”; e para bani-los não bastam as lamúrias corais para tais degenerações penais, pois “cada sociedade tem a criminalidade e o direito penal que merece”, e que, impiedosamente, a “seguem como se fosse sua própria sombra”.

² Sobre essa mescla criminosa, sobre a proporção inversa entre conduta antissocial e válidos sistemas de controle, entre controle cultural-social e controle penal, entre andamento da criminalidade e garantismo, e sobre a alternativa entre a restauração do controle cultural-social e o andamento e acirramento da criminalidade e da paralela expansão e enrijecimento do direito penal, sugiro, além dos estudos já citados, o nosso: *Criminalità sommergevole e cecità politico criminale (segni di una civiltà decadente?)*, nesta Revista, 1999, 1201.