

DEFESA SOCIAL, IDEOLOGIA DO TRATAMENTO E O "DIREITO PENAL DO INIMIGO"

BRUNO DE MORAIS RIBEIRO

Doutor e Mestre em Direito Penal pela UFMG. Bacharel em Direito pela UERJ. Membro da Banca Examinadora de Direito Penal e Processual Penal do Exame de Ordem da OAB-MG. Advogado e Consultor na área das Ciências Penais.

Resumo: O artigo versa sobre os perigos para a liberdade individual inerentes a construções jurídico-penais feitas em diversos períodos históricos, partindo do Positivismo Criminológico, passando pelo Movimento de Defesa Social e chegando até o "Direito Penal do Inimigo", dos dias atuais. Demonstra que, desde o final do século XIX e até os anos setenta do século XX, aproximadamente, a defesa social fundamentava-se, principalmente, na idéia de tratamento ou ressocialização, enquanto que, na atualidade, ela tende a fundamentar-se (no "Direito Penal do Inimigo") na idéia de inocuidade. Ressalta, contudo, que a aludida concepção nada mais é do que uma nova versão da Doutrina da Defesa Social, tendo suas raízes no mesmo Positivismo Criminológico que a embasou. Demonstra ainda o artigo que o "Direito Penal do Inimigo" trata-se, na realidade, de uma concepção extremamente autoritária, avessa aos postulados básicos do Estado Democrático de Direito, que

procura legitimar um Direito Penal do autor, fundamentado, tal como o Positivismo Criminológico, na periculosidade, afastando-se, nessa medida, do Direito Penal da culpabilidade pelo fato. O "Direito Penal do Inimigo" constituiria, assim, um enorme retrocesso para as idéias penais e uma flagrante violação do princípio da humanidade

Resumen: El artículo trata de los peligros para la libertad individual inherentes a las construcciones jurídico-penales hechas a lo largo de la historia, desde el Positivismo Criminológico, pasando por el Movimiento de Defensa Social, hasta el "Derecho Penal del Enemigo", en los días actuales. Demuestra que, desde el final del siglo XIX hasta los años 70 del siglo XX, aproximadamente, la defensa social estuvo basada, principalmente, en la idea de tratamiento o resocialización, mientras que, en la actualidad, ella se funda (en el Derecho Penal del Enemigo) en la idea de inocuidad. Pone de

relieve, sin embargo, que dicha concepción no es más que una nueva versión de la doctrina de la Defensa Social, que tiene sus raíces en el mismo Positivismo Criminológico que la embasó. El artículo demuestra asimismo que el “Derecho Penal del Enemigo” consiste, en la realidad, en una concepción extremadamente autoritaria, contraria a los postulados elementales del Estado de Derecho de-

mocrático, que busca legitimar un Derecho Penal del autor, fundamentado, tal y como el Positivismo Criminológico, en la peligrosidad, alejándose, en esta medida, del Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho. El “Derecho Penal del Enemigo” consistiría, de este modo, en un gran retroceso de las ideas penales y una flagrante violación del principio de humanidad.

Palavras-chave: Defesa Social - Ideologia do Tratamento - Positivismo Criminológico - Prevenção Especial - Inocuidade - Direito Penal do Inimigo.

Palavras-chave: Defesa Social - Ideología del Tratamiento - Positivismo Criminológico - Prevención Especial - Inocuidad - Derecho Penal del Enemigo.

SUMÁRIO: 1 Introdução; Cientificismo, Positivismo Criminológico e o Movimento de Defesa Social; 2 Defesa social e ideologia do tratamento: o sistema penal proposto por Dorado Montero; 3 A influência da Doutrina da Defesa Social e da ideologia do tratamento. Críticas a estas concepções; 4 O “Direito Penal do Inimigo”: uma nova versão da doutrina da defesa social. Crítica; 5 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO. CIENTIFICISMO, POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO E O MOVIMENTO DE DEFESA SOCIAL

Com uma certa frequência, pode-se constatar que as pessoas, inclusive os operadores do Direito, têm uma visão ingênua sobre a função de reintegração social atribuída às penas criminais e, particularmente, à pena privativa de liberdade, não imaginando as premissas e os perigos que estão embutidos nesta idéia. Na realidade, o conceito de ressocialização ou reintegração social pode assumir uma grande variedade de significações,¹ o que explica, em parte, esta visão ingênua. Também no âmbito da

¹ A propósito da grande diversidade de significados que a idéia de ressocialização pode assumir, o Professor Muñoz Conde expõe que “a pesar de su aceptación y éxito general (da idéia de ressocialização), nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra com un contenido concreto y determinado. Y es esta misma indeterminación y vaguedad la que probablemente da

prevenção especial, a idéia de inocuização, como veremos, revela-se potencialmente lesiva às garantias individuais, sobretudo quando levada ao extremo.

O advento do Positivismo Criminológico, no último quartel do século XIX, gerou o surgimento do Direito Penal da Defesa Social, que se fundamentava na ciência (inicialmente nas então chamadas ciências da natureza; posteriormente, também nas ciências do homem), supostamente neutra e objetiva, para erguer os alicerces jurídicos de um Estado intervencionista e de uma ideologia que, a pretexto de proporcionar segurança e ordem, era intensamente atentatória à liberdade individual e ao princípio da isonomia.

A ideologia da defesa social se legitimava, portanto, em um discurso científico que encobria, ou procurava encobrir, o mais severo sistema de controle social já concebido. Na base deste sistema estava a idéia de periculosidade (verificada por diagnóstico médico ou de índole predominantemente médica), que substituíra a culpabilidade como pressuposto para a aplicação das sanções penais.

O conceito de periculosidade justificava a intervenção penal pré-delitual (baseada em um prognóstico médico ou predominantemente médico) e a duração indeterminada das sanções penais, que, visando a supressão terapêutica da periculosidade individual (ou, no caso dos "incurrigíveis", simplesmente a sua inocuização), constituía, talvez, a mais característica marca deste período.²

la clave de su éxito, porque todo el mundo puede aceptar el término, aunque después cada uno le atribuya un contenido y finalidad distintas de acuerdo con su personal ideología. Esa misma indeterminación es, sin embargo, al mismo tiempo, su principal defecto, porque no permite ni un control racional, ni un análisis serio de su contenido. El término resocialización se ha convertido en una palabra de moda que todo el mundo emplea, sin que nadie sepa muy bien qué es lo que se quiere decir con él." (MUÑOZ CONDE, Francisco. La prisión como problema. In: *Derecho penal y control social*. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999. p. 91). Também o Professor Mir Puig adverte que "El propio concepto de resocialización empieza por ser objeto de censura, por considerarse excesivamente ambiguo y falto de concreción. En realidad, existen concepciones bien diversas de la resocialización: desde las que se han denominado "programas máximos", que pretenden una fuerte incidencia en la personalidad del sujeto, en su escala de valores y en su actitud ética, hasta las que se definen como "programas mínimos", que se limitan a perseguir que el sujeto sea capaz de respetar externamente las leyes." (MIR PUIG, Santiago. Qué queda en pie de la resocialización? In: *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 143).

² Ao lado da idéia de penas indeterminadas, que foi defendida por todos os adeptos do Positivismo Criminológico e que, sem dúvida, constitui uma grave violação de direitos individuais, a doutrina positivista fornecia todos os elementos necessários à defesa da pena de morte, que encontrou na deplorável concepção organicista de Garofalo sua expressão mais radical. Fundamentando-se

na idéia de seleção natural, exposta por Darwin, Garofalo expunha que “A reação eliminativa é um efeito socialmente necessário da acção do delicto (*quia peccatum*). E é um efeito *natural*, se é certo que a sociedade tem, como os organismos *physicos*, leis invariáveis que são condições da sua existência. É um princípio de biologia que o individuo desapareça quando as suas imperfeições o impedem de supportar a acção do meio. A diferença entre a ordem biologica e a ordem moral está em que a selecção na primeira se faz espontaneamente pela morte dos inadaptáveis, ao passo que na segunda, sendo o individuo *physicamente* apto para a vida e não podendo existir fóra do meio social a que, todavia, se não amolda, a selecção tem que fazer-se *artificialmente*, isto é, por intervenção do poder colectivo realisando o que nos dominios biologicos é operado pela natureza. O fim da eliminação é conservar o organismo social pela extirpação dos seus membros inidoneos (*ne peccetur*)” (GAROFALO, R. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Trad. Julio de Mattos. 4. ed. Lisboa: Clássica, 1925. p. 310-311). Para Garofalo, “Na collectividade humana o individuo representa uma molecula apenas, e não pode fazer valer o seu direito quando a propria conservação poria em risco a do organismo” (Id. *ibid.*, p. 293).

Assim, defendia ele o uso seletivo da pena de morte para os indivíduos cujo delito fosse expressão de uma “*permanente anomalia psychica*, tornando o delinquente para sempre impróprio á vida social” (Id. *ibid.*, p. 290). Seria aplicável a pena capital, portanto, somente àquela categoria de delinquentes que “matam por mero egoismo, fóra da influencia causal de preconceitos e sem cumplicidade do meio” (Id. *ibid.*, p. 293). Os demais delinquentes, “inadaptáveis a um dado ambiente, podem adaptar-se a um outro”, e por isso não seria justificável, para eles, a pena de morte (Id. *ibid.*, p. 294).

Considerava ainda Garofalo que “a pena de morte só na apparencia viola o sentimento de piedade e então observamos que, se existe identidade entre o *facto* homicidio e o *facto* execução capital, ha completa diversidade nos *sentimentos* provocados pelas duas ordens de phenomenos. Mas o que então dissemos não se aplica senão a uma unica especie de delinquentes, aos destituídos completamente d’esse sentimento mesmo de piedade, que é no homem d’hoje congenito e organico; esses delinquentes representam verdadeiras monstruosidades psychicas e não podem inspirar a ninguém a *sympathia*, que é o ponto de partida e o fundamento da piedade. Esses individuos, collocam-se fóra da humanidade, rompendo, como dizia Dante, “lo vincolo d’amor che fa natura” e nada poderia de novo ligal-os moralmente á sociedade, que, por isso mesmo, tem o direito de supprimil-os. Em compensação, o senso moral da humanidade não tolera a pena de morte applicada a outros malfeitores, que não parecem phenomenos tão monstruosos, porque a sua anomalia moral não é tamanha, aos que, n’uma palavra, se bem que possuam instinctos diversos dos nossos ou que em nós são menos energicos, não são totalmente bestializados pelo egoismo” (Id. *ibid.*, p. 289-290).

Impunha-se, portanto, dentro da concepção defendida por Garofalo, um problema fundamental: “distinguir os delinquentes *typicos* e *inassimilaveis* dos que são *susceptiveis de adaptação*, para eliminar os primeiros *absolutamente* e os segundos *relativamente*, mudando-os de meio” (Id. *ibid.*, p. 327).

A necessidade de defesa da sociedade contra os criminosos considerados irrecuperáveis levava, assim, a idéia de inocuização ao seu ponto máximo: a supressão desses indivíduos, que, colocados como “monstruosidades”, situavam-se, para Garofalo, “fora da humanidade”, com o que procurava-se tornar aceitável a sua “eliminação absoluta”. Tal eliminação, a par de outros meios de defesa, seria “capaz de acelerar e favorecer a selecção natural” (Id. *ibid.* p. 326), evitando, assim, a “transmissão hereditaria” das tendências criminosas (Id. *ibid.*, 324). A defesa da pena de morte assume, assim, na obra de Garófalo, também a característica de instrumento para a “depuração da raça” humana: “o nosso tempo devia impedir a procreação dos delinquentes e viciosos: a pena de morte e o isolamento perpetuo seriam o processo artificial de selecção de que resultaria o aperfeiçoamento moral da raça” (Id. *ibid.*, p. 324). Esta foi, sem dúvida, uma das páginas mais tristes e equivocadas escritas pelo Positivismo Criminológico.

Surgia, assim, como subproduto da ideologia da defesa social, a chamada ideologia do tratamento, que implicava uma profunda modificação na feição das sanções criminais, as quais passavam a incorporar, como característica principal, uma explícita finalidade curativa (o indivíduo portador de periculosidade era sempre considerado um anormal³), que deveria ser alcançada mediante tratamento médico compulsório ou intervenção coativa sobre a personalidade do condenado. Curiosamente, esta sujeição obrigatória a tratamento era considerada um direito do condenado, já que, segundo se pregava, era feita para o seu próprio benefício.⁴ Este modelo, que implicava, ainda, no desaparecimento de várias garantias processuais, transformava o recluso simplesmente no objeto das diversas práticas terapêuticas a que era arbitrariamente submetido, instrumentalizando-o para atingir os fins de prevenção especial a que se propunha.

Tal concepção assumiu diversos matizes ao longo do século XX, tendo gerado o chamado Movimento de Defesa Social, que desenvolveu-se amplamente, sobretudo a partir da criação, em 1949, da Sociedade Internacional de Defesa Social.⁵ A Doutrina da Defesa Social permaneceu vigorosa até meados dos anos setenta, encontrando sua expressão mais extremada naquele século, possivelmente, no positivismo correcionalista de Dorado Montero, que é paradigmático do que representou a chamada "ideologia do tratamento".

³ Nesse sentido, expunha Ferri que "ni teórica ni prácticamente pueden nunca ser separados el delito y la pena y la ejecución de ésta, del criminal, a quien la antropología hace aparecer siempre como un hombre más o menos anormal, bien con carácter permanente, bien de un modo transitorio"(FERRI, Enrico. *Principios de derecho criminal*. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Reus, 1933. p. 49-50).

⁴ Embora hoje isso nos pareça algo cínico, este é um aspecto bastante peculiar à ideologia do tratamento. Assim, Gramatica afirmava: "No existe responsabilidad en el sujeto por el hecho realizado - que en cuanto hecho no interesa a la colectividad, sino como síntoma o índice de antisocialidad del autor. Sólo existe una psicología individual antisocial que debe ser corregida en atención a la necesaria participación del individuo en la vida social. En este sentido la declaración de antisocialidad supone un beneficio y se hace en interés - que puede considerarse, como hemos dicho anteriormente, un derecho - del sujeto, ya que éste, precisamente, por la declarada antisocialidad de su naturaleza, puede obtener la adaptación de su psique a la vida social." (GRAMATICA, Filippo. *Principios de defensa social*. Trad. Jesus Muñoz y Nuñez de Prado e Luis Zapata Aparicio. Madrid: Montecorvo, 1974. p. 73-74).

⁵ Para a fundação da aludida sociedade foi decisiva a atuação do italiano Filippo Gramatica, cuja obra exerceu grande influência neste período. Gramatica fundou em Gênova, pouco tempo após a segunda guerra mundial, um Centro de Estudos de Defesa Social. Sob sua influência foi realizado, em San Remo, o 1º Congresso Internacional de Defesa Social; e por ocasião do segundo congresso, realizado em Liège, em 1949, criou-se a Sociedade Internacional de Defesa Social.

2 DEFESA SOCIAL E IDEOLOGIA DO TRATAMENTO: O SISTEMA PENAL PROPOSTO POR DORADO MONTERO

Dorado Montero propunha “la proscripción de todo castigo, y su sustitución por un conveniente tratamiento terapéutico y profiláctico”, de modo que não se deveria empregar com os delinqüentes senão “medidas de protección tutelar”.⁶ Ele levou às últimas conseqüências estas premissas, concebendo, com riqueza de detalhes, um revolucionário sistema penal de índole médica, inteiramente voltado para a prevenção especial, que, pelo seu radicalismo, causou grande repercussão. Suas idéias, que se foram sedimentando ao longo dos anos, mediante a publicação de um grande número de livros e artigos, aparecem já maduras na obra “Bases para un nuevo derecho penal”,⁷ que procuraremos descrever com absoluta fidelidade. Além do princípio da culpabilidade, Dorado Montero atacava, entre outros pilares do Direito e do Processo Penal, o princípio da reserva legal, a coisa julgada, o contraditório e o monopólio estatal na prestação da justiça criminal.

Considerando o delinqüente como “un individuo débil, débil de cuerpo o de espíritu, o de ambas cosas, y por tal motivo, necesitado de fortalecimiento y ayuda”, expunha Dorado Montero que se deveria “esforzarse por colocarlos en disposición de que dejen de ser lo que son, fuerzas hostiles, negativas, y se conviertan en fuerzas utilizables, cooperadoras al bienestar social.”⁸ É claro que, na aludida concepção, o tratamento proposto deveria ocorrer para o próprio benefício dos delinqüentes, tanto como para o benefício da sociedade: “... los hombres avisados de nuestros días han de hacer lo posible por mejorar a los impulsivos y a los violentos, en su propio beneficio y en el de los demás con quienes conviven.”⁹ Nesse sentido, Dorado Montero, citando expressamente Röder, esclarece que os delinqüentes e perigosos teriam, na realidade, “derecho a la pena”.¹⁰

⁶ MONTERO, Pedro Dorado. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 8.

⁷ Para Rivacoba y Rivacoba, tal obra, publicada inicialmente em 1902, é a “más sistemática y acabada y quizá más preciosa de Dorado desde el punto de vista penal” (RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel. Prólogo. In: MONTERO, Pedro Dorado, op. cit., p. IX).

⁸ MONTERO, Pedro Dorado, op. cit., p. 63-64.

⁹ Id. ibid., p. 65.

¹⁰ Id. ibid., p. 94.

Outro trecho particularmente revelador da concepção naturalista defendida por Dorado Montero, que foi diretamente influenciada pelo Positivismo Criminológico italiano, deve ser citado:

"La misión de una administración de justicia penal inteligente, que responda de manera adecuada a los fines de conservación y mejoramiento generales a que debe servir todo organismo, poder o instrumento social, ha de ser, sin duda, limpiar a la colectividad de que se trate, hasta donde sea factible, de todo germen, causa o elemento de malestar presente, y preservarla del peligro con que para lo futuro pudiera amenazarla la persistencia de los mentados factores de daño, o la aparición de otros nuevos. En tal sentido, la administración de justicia penal debe ser una función de saneamiento social, una función de higienización y profilaxia social, comprendiendo en la higiene la terapéutica, como a mi juicio debe comprenderse. El papel que en lo porvenir habrán de desempeñar, en armonía con las modernas concepciones, los funcionarios equivalentes a nuestros actuales magistrados de lo criminal, no tendrá mucho parecido con el que hoy corresponde a éstos; se asemejará más bien al de los médicos higienistas. [...] El ejercicio acertado de la medicina social del porvenir dependerá, lo mismo que depende hoy y dependerá siempre el ejercicio acertado de la medicina individual, del diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento".¹¹

Esclarece ainda o Professor da Universidade de Salamanca que, no sistema por ele proposto, o delito seria considerado (nos moldes do que defendiam os adeptos do Positivismo Criminológico italiano) tão somente como um dos sintomas de periculosidade, que poderia manifestar-se também de outras formas, fundamentando-se a aplicação do tratamento nesta, e não naquele: "el delito en sí mismo ofrecerá un interés secundario y muy subordinado. [...] mientras la función penal en sentido antiguo no puede ejercitarse no habiendo delito (materia y criterio de punibilidad), la función penal en el sentido moderno, profiláctico y terapéutico, puede y debe entrar en acción, no bien haya delincuentes (materia de mejoramiento), esto es, individuos peligrosos de los que pueda fundadamente temerse, vistos sus antecedentes y conducta anterior, que cometerán delitos en el día de mañana, y aun cuando hasta ahora no hayan cometido delito ninguno. El médico social no necesita, pues, esperar a que el delito se haya efectuado; bastarále con la amenaza de su probable comisión próxima, y en este caso hará lo mismo que hace el médico individual: proceder como

¹¹ MONTERO, Pedro Dorado, op. cit., p. 65-66.

higienista, que es decir, como médico previsor”.¹²

Para a administração da justiça penal estar em condições de realizar sua missão, o magistrado, que Montero denominava “médico social”, “médico penal”, ou ainda “médico de policía”, debería gozar de uma “amplísima libertad”: “es necesario dejarlos entregados a su prudente arbitrio, sin poner traba alguna a su obrar, lo mismo que sucede con los médicos individuales.”¹³ Montero chega mesmo a afirmar que o médico social debería desfrutar de “una libertad de movimientos absoluta.”¹⁴ Para tal defendia, simplesmente, a abolição da garantia contida no princípio da reserva legal: “los médicos sociales de mañana serán ellos mismos quienes resuelvan cuándo habrá precisión de poner en movimiento la maquinaria que ahora lleva el nombre de administración de justicia penal. No tendrán, como tienen los jueces penales de hoy, un catálogo invariable de delitos, con otro catálogo paralelo, también invariable, de penas; siempre que adviertan la presencia de causas de posible delincuencia futura, siempre que encuentren individuos que juzguen peligrosos para la conservación ordenada de la existencia del grupo social determinado en cuyo nombre y para cuyo beneficio funcionan, tomarán las medidas que les parezcan entonces más justas y oportunas para alejar o conjurar el dicho peligro: sin que ello obste para que otra vez, al día siguiente por ejemplo, cuando se presente otro caso exteriormente igual al de ahora, pero que bien analizado es distinto, acudan a remedios y procedimientos distintos también; ni tampoco para que el mismo médico, reconocido un error en que haya podido incurrir, lo rectifique espontáneamente, sin que nadie se lo pida, o a petición ajena, enmendando el pronóstico y el plan curativo que antes había trazado.”¹⁵

Como consequência lógica extrema de seu sistema penal, chamado por ele de “sistema moderno”, Dorado defende a “proscripción de las leyes penales”¹⁶, tendo em vista que as mesmas revelam-se incompatíveis com “el arbitrio omnímodo de que se ha dicho precisan los encargados de prevenir y curar en su raíz los males sociales que origina la delincuencia”. Admite, contudo, que “No hay inconveniente, sin embargo, en que los códigos

¹² Id. *ibid.*, p. 79-80.

¹³ Id. *ibid.*, p. 81.

¹⁴ Id. *ibid.*, p. 83.

¹⁵ MONTERO, Pedro Dorado, *op. cit.*, p. 84.

¹⁶ Id. *ibid.*, p. 85.

penales y las leyes de procedimiento criminal continúen subsistiendo, con tal de que se les prive de su carácter obligatorio y se les considere no más que como un conjunto de normas directivas, a las cuales podrán atenerse, si lo juzgan oportuno y hasta donde lo juzguen oportuno, los funcionarios de la medicina social, pero de las que igualmente podrán prescindir cuando les parezca adecuado."¹⁷

Ainda no que diz respeito ao funcionamento da justiça criminal no novo sistema, Montero demonstra dúvidas a propósito dos "médicos sociales" serem ou não funcionários públicos: "Para la implantación del nuevo sistema estorba, y por eso habrá de suprimirse, todo el actual aparato de jueces, magistrados, tribunales jerárquicos, ministerio público, abogados defensores, etc. Lo que se necesita es un cuerpo de funcionarios formados *ad hoc*, los cuales no sé bien si deban revestir un carácter de empleados públicos, que administren la justicia en nombre del Estado, o si es mejor que ejerzan libremente su profesión, como lo hacen actualmente la mayoría de los médicos, los maestros y educadores, los que tienen cura de almas, los confesores y directores espirituales, los que se entregan a las prácticas filantrópicas del patronato en sus diferentes formas, etc. Me inclino más bien hacia esto último, porque creo que el porvenir ha de traer consigo la desaparición gradual de toda la monstruosa impedimenta que supone el llamado Estado oficial, organización coercitiva que sólo corresponde a grupos de hombres a quienes cuadra bien la denominación de súbditos, en modo alguno a asociaciones de hombres libres y de verdad civilizados. Pero en último caso, el resolver acerca del extremo aludido será cuestión de oportunidad práctica y de prudencia del momento."¹⁸

Por fim, propôs o Professor da Universidade de Salamanca, expressamente, algo ainda mais inacreditável (mesmo para aquela época): a abolição do procedimento contraditório. A argumentação por ele apresentada, nesse sentido, é, no mínimo, "interessante":

"El carácter de lucha permanente, que [...] reviste sin remedio la administración de la justicia penal, cuando la pena se considera como un castigo, no puede menos de traducirse en el procedimiento, el cual es, por eso mismo, un verdadero combate entre dos partes encontradas, que son, de un lado, el juez instructor y el ministerio público, y de otro el procesado o procesados y sus defensores. En adelante, todo esto tiene que desapa-

¹⁷ Id. *ibid.*, p. 85-86.

¹⁸ Id. *ibid.*, p. 94-95.

recer, desapareciendo el contraste que lo alimenta. Cuando administrar justicia penal signifique hacer un bien a quien lo necesita, y al mismo tiempo a la sociedad o agregación social de que forme parte el individuo peligroso, los intereses de este último y los del respectivo grupo social serán idénticos, y por lo tanto, no será menester que los representantes del uno y los del otro se batan, a ver quién de los dos obtiene victoria. [...] En el procedimiento que yo estimo racional para la administración de justicia penal, pueden muy bien seguir existiendo fiscales y abogados; mas no ya con el carácter que ahora tienen, sino con el de verdaderos auxiliares del médico penal”.¹⁹

Observe-se que, curiosamente, Dorado Montero considera “racional” admitir que os interesses dos “indivíduos perigosos”, submetidos a um procedimento médico com vistas a sujeitá-los à sanção terapêutica, por prazo indeterminado, sejam interesses “idênticos” aos do corpo social. Aliás, sobre o procedimento criminal, que neste sistema teria índole, predominantemente, administrativa, expunha ainda Montero que:

“Lo judicial y lo administrativo en materia penal (quizá en todas) deben unificarse, y los funcionarios encargados del desempeño de esta clase de actividad social han de proceder siempre de un mismo modo, que equivaldrá a la vez a los dos procedimientos, judicial y administrativo, de nuestros días, pero que se aproximará mucho más a este último que al primero, y por eso podríamos quizá decir que han de proceder en todo caso administrativamente, como proceden los funcionarios de este orden y los de policía. [...] Y de conformidad con esta su función, podría denominárseles cuerpo de policía social, o si no formaban un organismo oficial, simplemente órganos de la policía social.”²⁰

Como não poderia deixar de ser, tendo em vista as suas premissas, na concepção de Dorado Montero as decisões dos médicos sociais teriam o caráter, como já se fez entrever, de providências provisórias e de duração indeterminada, passíveis de modificação a qualquer tempo. Assim, também a garantia da coisa julgada não existiria: “en el nuevo procedimiento, no podrá haber sentencias propiamente dichas, firmes, indiscutibles, irreformables. Por el contrario, equivaliendo las resoluciones que tomen los médicos de policía a las de los médicos individuales, habrán de tener, como las de éstos, un carácter abierto y provisional, hasta nueva orden,

¹⁹ MONTERO, Pedro Dorado, op. cit., p. 95-96.

²⁰ Id. ibid., p. 100.

pudiendo y debiendo ser rectificadas y sustituidas por otras, tan luego como el que las ha tomado se convenza de que ha equivocado el camino: v. gr., porque los medios puestos en juego no den resultado. Esto hacen siempre los médicos, cuando el tratamiento que emplean no responde a sus esperanzas.[...] Consecuencia de lo expuesto es asimismo la de que la duración de las medidas que tomen los médicos sociales de mañana, con respecto a los individuos confiados a su tutela, no pueda ser fijada de antemano, según se fija actualmente en las sentencias judiciales la duración de la pena impuesta por el tribunal. A los enfermos, los envían los médicos a los hospitales, o los tratan en sus casas, mientras sea necesario, no por más ni por menos tiempo; sin declarar desde el primer día la curación a plazo fijo. Lo propio debe hacer el médico de policía ..."²¹

É evidente que o "sistema de derecho penal preventivo"²² proposto por Dorado Montero constitui uma concepção aterrorizante, que, sob a roupagem de proporcionar uma "fraternal protección" dos "individuos necesitados"²³, contraditoriamente oscila entre um Estado totalitário e a anarquia, mostrando-se, em seu conjunto, tendencialmente propensa à primeira configuração, e em qualquer hipótese admitindo um completo desrespeito às mais elementares garantias e liberdades individuais.

É o modelo da ideologia do tratamento levado às suas últimas consequências, fundado na institucionalização da insegurança jurídica, em uma visão deformada e em grande parte irrealizável, mas nem por isso menos assustadora. Tal modelo conduziria, na realidade, ao fim do Direito Penal do fato e à instituição do Direito Penal do autor, ou até, mais do que isso, ao fim do Direito Penal e à sua substituição por um sistema de controle social exclusivamente terapêutico.

3 A INFLUÊNCIA DA DOUTRINA DA DEFESA SOCIAL E DA IDEOLOGIA DO TRATAMENTO. CRÍTICAS A ESTAS CONCEPÇÕES

Embora uma concepção extremada como a de Dorado Montero, ou a dos adeptos do Positivismo Criminológico de um modo geral, pareça ser e realmente seja esdrúxula, e nunca tenha sido totalmente aceita por

²¹ MONTERO, Pedro Dorado, op. cit., p. 107-109.

²² Id. ibid., p. 87.

²³ Id. ibid., p. 93.

qualquer legislação penal, o fato é que versões menos radicais da doutrina da defesa social difundiram-se amplamente, influenciaram legislações no mundo todo e geraram inúmeros experimentos psicológicos, psiquiátricos, farmacológicos e médicos, inclusive cirúrgicos, os quais foram feitos, durante décadas e em diversos países (até em muitos países tidos como democráticos), contra a vontade de milhares de presos, submetidos às consequências nefastas da ideologia do tratamento.

A castração de delinqüentes sexuais perigosos, introduzida no parágrafo 42 k²⁴ do então vigente Código Penal alemão, como “medida de segurança e correção”, pela Lei do Delinqüente Habitual de 24 de novembro de 1933 (que vigorou até 30.01.1946, quando foi abolida pela *Kontrollratsgesetz* n.11²⁵), é um emblemático exemplo dos efeitos produzidos pelo modelo da ideologia do tratamento. Também a aplicação de medidas de segurança detentivas para imputáveis, por tempo indeterminado, com base em um juízo de “periculosidade social”, como ainda prevê o Código Penal italiano de 1930 através da “l’assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro”²⁶, bem como o vigente Código Penal alemão mediante a “custódia

²⁴ Ver, a propósito, MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. II, p. 569-570; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal*. Parte General. 7. ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2, p. 860.

²⁵ Lei do Conselho Aliado de Controle n. 11, usualmente referida como KRG 11.

²⁶ As principais categorias de delinqüentes às quais se pode impor a aludida medida de segurança são: os “habituais”, os “profissionais” e os “por tendência”, “ma può essere anche applicata a chiunque abbia commesso un delitto e sia ritenuto socialmente pericoloso” (PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale: parte generale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 703). Ver, a propósito, os artigos 215 a 218 do vigente Código Penal italiano, que é o mais conhecido modelo de sistema rigidamente dualista, que supõe uma separação extrema entre penas e medidas de segurança e leva às últimas consequências práticas essa distinção. Assim, “quando il reo sia al tempo stesso imputabile e socialmente pericoloso, il sistema del doppio binario, così come è stato adottato dal nostro legislatore, conduce ad applicare al medesimo soggetto tanto la pena, quanto la misura di sicurezza.” (Id. *ibid.*, p. 706-707). Nesses casos executa-se, em regra, primeiro a pena, depois a medida de segurança.

Atualmente, contudo, discute-se intensamente, na Itália, “il problema se restare ancorati al “doppio binario spurio”, rettificandone le incongruenze, o passare al “doppio binario puro”, limitando la pericolosità sociale e le misure di sicurezza ai soli soggetti totalmente non imputabili.” (MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2001. p. 719). Para Mantovani, “Il dualismo ha una sua coerenza nei casi in cui pene e misure di sicurezza hanno come destinatari soggetti diversi: le prime gli imputabili non pericolosi e le seconde i non imputabili pericolosi. Si rivela gravemente difettoso, sul piano teorico e pratico, nei casi in cui porta ad applicare, pur se in tempi successivi, tanto la pena quanto la misura di sicurezza al medesimo soggetto, come appunto è previsto rispetto all'imputabile e al semimputabile pericolosi.” (Id. *ibid.*, p. 759). No

de segurança",²⁷ constituem bons exemplos de tal concepção.

sentido dessa crítica, feita, acertadamente, por muitos doutrinadores, "Il Progetto 1992, per evitare gli inconvenienti prodotti dal cumulo di pene e misure di sicurezza nei confronti della stessa persona, limita le dichiarazioni di pericolosità sociale e la conseguente applicabilità di misure di sicurezza ai soggetti non imputabili (ai quali le pene non sono applicabili): artt. 36 e 48." (PAGLIARO, Antonio. Op. cit., p. 708). Tendo em vista a discussão travada na doutrina, que gerou consequências nas propostas legislativas encaminhadas por diversas Comissões de reforma da legislação penal italiana, é possível que haja, nos próximos anos, uma modificação no trato da matéria. Sobre o sistema do dualismo rígido e o sistema vicariante, cf. RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Medidas de segurança*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 24-28.

²⁷ A custódia de segurança, considerada na Alemanha "la medida más gravosa del derecho penal" (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz, op. cit., p. 877), encontra-se prevista no parágrafo 66 e incisos do Código Penal e é aplicada "para proteger a la colectividad frente a delincuentes multirreincidentes de los que puede esperarse la comisión de otros delitos graves tras el cumplimiento de una pena larga de prisión, y respecto de los cuales no se plantea un tratamiento curativo." (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Parte General. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 876). Segundo JESCHECK e WEIGEND, "Problemática es, por el contrario, la justificación de la custodia de seguridad pues aquí se trata de medidas puramente inocuidadoras sobre delincuentes plenamente culpables motivadas por la protección de la comunidad frente a delitos graves cuya comisión por parte de aquéllos resulta previsible." (Id. ibid., p. 92). Expõem ainda os autores citados: "A pesar de que puede encontrarse una completa fundamentación de las medidas de seguridad, el sistema de la doble vía, cuando de medidas privativas de libertad se trata, tiene que luchar con dificultades ("crisis de la doble vía")... En primer lugar, no puede discutirse que las medidas privativas de libertad suprimen parcialmente la protección que el principio de culpabilidad garantiza al delincuente con la determinación del límite superior de la pena, puesto que aquéllas no se dirigen al culpable sino que se anudan a la peligrosidad posibilitando así intromisiones en la libertad que pueden ser más graves, por lo que resultan más temidas que las propias penas de larga duración. [...] La segunda dificultad consiste en que las medidas privativas de libertad que no se ejecutan en un centro hospitalario sino en un establecimiento penitenciario (así, la custodia de seguridad de acuerdo con los párrafos 129 ss. StVollzG), a causa de las condiciones igualitarias en las que se desarrolla la convivencia de las personas privadas de libertad, no pueden ser distinguidas inequívocamente ("fraude de etiquetas")." (Id. ibid., p. 92-93). Na mesma linha, MAURACH, ZIPF e GÖSSEL chamam a atenção para o fato de que "La custodia de seguridad cayó en una crisis fundamental [...]; ello no sólo queda de manifiesto por su esporádica aplicación, sino también por las tendencias político-criminales, las que en los últimos años se oponen con mayor fuerza a la duración indeterminada de la custodia, incluso en el marco del derecho de medidas." (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz, op. cit., p. 878).

A Alemanha, bem como a Itália, ainda convivem, portanto, com o ultrapassado e problemático sistema da execução sucessiva de pena privativa de liberdade e medida de segurança detentiva, que representa, na Alemanha, um resquício de um sistema rigidamente dualista, hoje quase integralmente substituído pelo sistema vicariante. Por outro lado, é de ressaltar-se que essa contradição foi recentemente agravada, tendo em vista que, como observa o professor Miguel Olmedo Cardenete, que traduziu a obra de JESCHECK e WEIGEND antes citada, a *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährliche Straftaten* (Lei para a luta contra os delitos sexuais e outros delitos perigosos), de 26.01.1998, não apenas derrogou o limite máximo de dez anos para o primeiro internamento em custódia de segurança, tornando-o de duração indeterminada (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, op. cit., p. 95, nota 32 bis e p. 881, nota 110),

Nos Estados Unidos da América, onde tal ideologia também gerou efeitos, a partir de determinado momento, quando se percebeu que, em nome da eficácia da defesa social e da prevenção especial, gravíssimas agressões à liberdade individual estavam ocorrendo, houve uma vigorosa reação na sociedade em geral e nos meios jurídicos. De fato, apontou-se o risco de que o “Estado terapêutico” continuasse ampliando seu âmbito de atuação, gerando uma “tirania terapêutica”. Nesse sentido, Nicholas Kittrie notabilizou-se, com um vigoroso discurso liberal, que apontava o “direito de ser diferente”, o direito de não submeter-se a padrões conformistas de conduta, como um direito inerente às tradicionais garantias constitucionais norte-americanas, contendoras da invasão governamental da privacidade, que naquele momento histórico estava sendo feita sob o manto da idéia de defesa social. Nesse sentido, ele escreveu:

“Numa visão superficial, as medidas de controle terapêutico têm muitos pontos positivos. Elas rejeitam os repugnantes objetivos retaliatórios da penologia tradicional e defendem um desejo humanístico de cura e melhora. Não são expressas nos termos dos místicos e ambíguos conceitos de culpa moral ou religiosa, mas na linguagem científica da anormalidade, da conduta desviada e da mudança social. Além disso, oferecem como principais recursos de controle social não o calabouço mas os hospitais, não as correntes mas o condicionamento psicológico, os remédios e a cirurgia. É sob esse mesmo patrocínio que surgiram neste país a esterilização involuntária, a lobotomia e o encarceramento, por prazo indeterminado, de diversas categorias de desviados. Até os mais ferrenhos defensores do Estado terapêutico, entretanto, consideram que o novo sistema precisa sofrer limitações. Todos concordam que a individualidade e a diversidade são, para a sociedade, patrimônios desejáveis que devem ser preservados. Na verdade, em geral se admite que é preciso agir com grande cautela ao definir os critérios e os procedimentos com os quais as pessoas são selecionadas para ser submetidas aos controles terapêuticos, pois nessa

como também alargou o âmbito das situações em que se pode impor a custódia de segurança: “es importante hacer mención a la reforma introducida por la SexualdelBekG de 26. 1.1998 (BGBl. I pág. 160) con la que a través de la incorporación de un nuevo párrafo 66 III (el anterior apartado III pasa a ser el actual IV) se amplían notablemente los supuestos en los que el tribunal puede acordar *discrecionalmente* la custodia de seguridad.” (Id. *ibid.*, p. 878, nota 88). Além disso, atualmente procura-se legitimar, na Alemanha, um modelo de Direito Penal, chamado de “Direito Penal do Inimigo”, que teria na custódia de segurança a sua principal sanção (Cf., a propósito, o item 4 deste trabalho).

área, ao contrário do que ocorre em outras áreas assistenciais, muitas vezes estamos lidando com destinatários involuntários.”²⁸

E, argumentando de forma expressiva, Kittrie afirma que o ideal terapêutico oferece uma escolha para a sociedade. Pergunta ele: “Desejamos abandonar nossa privacidade e nossa diversidade, e as respectivas salvaguardas constitucionais, em troca de um mundo onde haja uma segurança máxima contra o dano físico e onde não haja pessoas desviadas para ferir nossas suscetibilidades? Ou desejamos preservar os ideais tradicionais sob o risco do crime e do comportamento refratário de parte do povo?”²⁹ Lembra o autor, ainda, que ao longo da história a sociedade já alterou seus ideais sociais diversas vezes, e o indivíduo teve de mudar e adaptar-se aos novos ideais ou sofrer as conseqüências:

“Houve um tempo em que o ideal era religioso, e o herege era queimado caso não se arrependesse e adotasse a posição ortodoxa. Houve um tempo em que o ideal era o de uma sociedade sem classes, e o aristocrata era decapitado por ter assim nascido. No futuro, é perfeitamente possível que o ideal se constitua em ser sociável, disciplinado, colaborador, produtivo e, sobretudo, “normal”, e aquele que for excêntrico e pouco sociável, bem como aquele que for manifestamente anti-social, será submetido a tratamento, a menos que se adapte a esse modelo. Podemos perfeitamente estar no ponto crítico de uma dessas alterações do ideal social, e encontrar consolo na idéia de que o Estado terapêutico é apenas uma criatura de ficção científica é apressar a chegada do dia em que ele estará totalmente em vigor.”³⁰

²⁸ KITTRIE, Nicholas N. *The right to be different: deviance and enforced therapy*. Baltimore, Maryland: Penguin Books, 1974. p. 352 (traduzimos).

²⁹ Id. *ibid.*, p. 351 (traduzimos)

³⁰ Id. *ibid.*, p.351 (traduzimos). Um dos precursores desse tipo de crítica foi Giuseppe Bettiol, que, ressaltando os limites éticos à ação do Estado, em face da dignidade da pessoa humana, assim combatia a idéia da reeducação coativa dos condenados:

“Com efeito, pelo que se refere ao carácter da reeducação como fim da pena, desapareceu, por esta forma, qualquer idéia ética. [...]

O processo de *naturalização* da idéia preventiva pedagógica é, através do critério da readaptação, levado às suas mais radicais conseqüências, privado de qualquer momento de “valor”, depauperado de qualquer conteúdo espiritual, identificado, em substância, com a idéia do amestramento ou da habituação às técnicas da vida social, de que também o animal pode ser objecto. [...]

Interessa, na verdade, à sociedade politicamente organizada, que os seus membros “caídos” mercê do delito, venham a ser recuperados e reintegrados no processo de desenvolvimento: que devam, sobretudo, orientar o seu espírito e a sua consciência de modo e em direcção tais que estejam em plena sintonia com os interesses colectivos ou do maior número.

Entre nós, o professor Heleno Fragoso foi, possivelmente, o primeiro estudioso do Direito Penal a advertir: “tem-se questionado sobre a autoridade e a responsabilidade do Estado para mudar coativamente as atitudes e o comportamento humano. A isso se refere documento de trabalho oficial apresentado ao V Congresso da ONU, sobre prevenção do crime e tratamento de delinquentes. Quando se pensa no tipo de sociedade para o qual se pretende ‘readaptar’ o preso logo se compreende o alcance dessas reservas.”³¹

Não é a pessoa individual, neste sentido, que conta, não é a sua inclinação para um mundo de valores, que ela livremente aprecia e aceita, mas é a *exigência colectiva*, ou a *razão de Estado*, que pesa sobre a consciência individual, de modo a forçá-la a aceitar um dado programa de vida, que se insere e se articula na programação social e política do todo. Quando, através desse sistema, não se eduque na *hipocrisia*, em qualquer caso virá a ser ofendida a *liberdade interior* da consciência individual, que nenhum organismo de força ou de grupo pode ser autorizado a violar.

Continua a servir de base a um direito penal que queira contribuir para a liberdade do homem como momento fundamental e essencial, uma *indicação ética*, em virtude da qual o indivíduo deve ser considerado portador de uma lei de liberdade, que o Estado não pode violar impunemente. [...]

O homem tem a liberdade de fazer o bem, mas é também livre para se orientar no sentido do mal e persistir no mal, sujeitando-se a sofrer as consequências do mal perpetrado. Ninguém pode obrigar o homem ao bem, porque nesse caso a acção perderia o seu mais precioso significado moral. Ninguém está autorizado a penetrar no íntimo da consciência humana, para procurar imprimir-lhe uma certa orientação. O sacrário da consciência é inviolável, e nem o facto de se ter sido condenado, pode autorizar o Estado (um *não valor*), a estabelecer leis que possam valer para a consciência de um *valor*, como sempre, em qualquer situação e em qualquer caso, o homem continua a ser. É ele o árbitro da sua orientação e não pode ser obrigado à acção, não pode ser *constrangido à virtude*. A educação coacta - como, em todos os casos, é aquela que se recebe nas prisões - não pode deixar de produzir uma profunda ferida na liberdade de orientação e de consciência do homem preso.

O Estado não pode impor a virtude. Ele apenas pode, ou melhor, deve, criar as condições para o homem poder levar uma vida virtuosa, de modo que o indivíduo - se quiser - possa aproveitar-se dela [...]

É em nome desta orientação ética que nós desejamos um direito penal que gire em torno dos *direitos invioláveis* da pessoa humana [...]” (BETTIOL, Giuseppe. O mito da reeducação. In: *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1967. p. 270-274).

Muito antes de Bettiol, contudo, Hegel já afirmava: “Considerando-se assim que a pena contém o seu direito, dignifica-se o criminoso como ser racional. Tal dignificação não existirá se o conceito e a extensão da pena não forem determinados pela natureza do acto criminoso, o que também acontece quando ele é considerado como um animal perigoso que se tenta intimidar ou corrigir ou que é preciso suprimir.” (HEGEL, Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. 4. ed. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1990. p. 104).

³¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direitos dos presos. Os problemas de um mundo sem lei. In: *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 13-14. Também dedicou-se especialmente ao tema, no Brasil, o Professor René Ariel Dotti: “Nos dias correntes, questiona-se muito vivamente se o Estado tem o direito de oprimir a liberdade interior das pessoas prescrevendo-lhes fórmulas de conduta ou interditando-lhes a capacidade de livre escolha entre os caminhos do justo e do

A função de ressocialização ou reintegração social tem, na atualidade, contornos bastante diferentes daqueles que possuía quando tais críticas foram formuladas, admitindo-se, como produto da polêmica gerada pela ideologia do tratamento, que a garantia da liberdade individual impõe limites intransponíveis à atuação estatal, no que concerne à persecução do efeito de prevenção especial das penas criminais.

Nesse sentido, diversas legislações penais e penitenciárias prescrevem (ou são assim interpretadas) que os programas de tratamento penitenciário devem ser precedidos do livre e espontâneo consentimento dos reclusos, seja qual for a natureza do tratamento a ser aplicado (médico, psicológico, pedagógico ou laboral). A intervenção coativa sobre a personalidade foi banida dos ordenamentos jurídicos mais evoluídos e a realização da idéia de ressocialização deve se dar, simplesmente, por meio do oferecimento aos reclusos da possibilidade de participação nos diversos programas de tratamento penitenciário, possibilidade essa cuja efetivação depende da sua voluntária adesão. Busca-se preservar, dessa forma, a liberdade de escolha dos indivíduos, que, "por serem criminosos, não deixam de ser indivíduos."³²

Apesar da função de reintegração social possuir hoje, de fato, uma conformação diversa daquela proposta pela doutrina da defesa social, ela é, sem dúvida, produto deste período histórico, ainda muito recente e não totalmente superado. Por isso é que, para garantir a individualidade e a pluralidade inerentes à democracia, nós devemos estar sempre atentos aos riscos da "tirania terapêutica" vislumbrada por Kittrie. Entretanto, apesar dos riscos para a liberdade individual continuarem presentes nas formulações de parte da doutrina penal, na atualidade tais riscos têm uma nova

injusto, do bem e do mal. E é justamente em atenção a esse primado da liberdade interior que os sistemas contemporâneos de execução penal se mostram receptivos a admitir que o fim da reinserção social do condenado deve ser entendido como possibilidade de participação nos sistemas sociais e não como reforma ou metamorfose da personalidade. Daí o repúdio à ideologia do tratamento que constitui o apanágio dos regimes de execução de feição totalitária." (DOTTI, René Ariel. *Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais*. In: *Sistema penal para o terceiro milênio (atos do Colóquio Marc Ancel)*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 92-93).

³² RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Da função de reintegração social da pena privativa de liberdade*. 2005. Tese (Doutorado em Direito, na área das Ciências Penais) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, p. 73. No capítulo IV da aludida tese nós tratamos, amplamente, a questão da transição entre o modelo de ressocialização proposto pelo Positivismo Criminológico e o modelo aceito, majoritariamente, na atualidade: o modelo dos chamados "programas mínimos de ressocialização".

coloração: ao invés de ressocialização ou reintegração social, o argumento utilizado para a exacerbação da defesa social está focado, como veremos, na idéia de inocuização.

4 O “DIREITO PENAL DO INIMIGO”: UMA NOVA VERSÃO DA DOCTRINA DA DEFESA SOCIAL. CRÍTICA

A partir do final do século XX, Günther Jakobs construiu um discurso legitimador das tendências de “endurecimento” do Direito Penal e Processual Penal que se estavam verificando em diversos países, em áreas específicas, como as relacionadas com a criminalidade organizada, o tráfico de drogas e o terrorismo. Esse discurso, com o passar do tempo, se robusteceu e conquistou adeptos, reintroduzindo nas discussões jurídico-penais o conceito de periculosidade, a questão da defesa social e a dos seus limites. Assim, Jakobs reavivou o debate sobre a Doutrina da Defesa Social, propondo as bases de um controvertido “Direito Penal do Inimigo” (que procurou fundamentar em teóricos do contrato social: Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant), as quais seriam muito diferentes das do “Direito Penal do Cidadão”.

O inimigo, nesta concepção, nada mais é o que do que o “indivíduo perigoso”, já tantas vezes, a partir do advento do Positivismo Criminológico, protagonista de proposições de alteração das bases de funcionamento do Direito Penal.

Este Direito Penal do Inimigo, que busca uma eficiente defesa da sociedade frente a riscos futuros, trata o autor de um crime como “fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais”,³³ enquanto o Direito

³³ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21. Para a comodidade do leitor, faremos as citações do aludido artigo de Jakobs em língua portuguesa, tomando como base a tradução indicada, que foi feita de uma versão espanhola. Convém ressaltar, contudo, que, a nosso ver, algumas passagens da tradução contém ligeiras diferenças ou imprecisões com relação ao texto em língua espanhola. Nesses casos, alteramos o teor da tradução, para colocá-la de acordo com o texto da versão espanhola, e comunicamos isso na nota de rodapé correspondente. Para tal, a versão consultada foi: JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

Penal do Cidadão o trata "como pessoa".³⁴ Estes seriam, segundo Jakobs, "dois pólos de um só mundo", ou "duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal";³⁵ afirma, contudo, ser "perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham".³⁶

Ao afirmar que o Direito Penal do Inimigo, ao contrário do Direito Penal do Cidadão, não trata o delinqüente como pessoa, Jakobs usa o termo pessoa no sentido de um "ser" que se orienta "com base no lícito e no ilícito".³⁷

Na medida em que um indivíduo se afasta, "provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito",³⁸ não merece mais, segundo Jakobs, ser tratado como pessoa, pois não há, nessa

³⁴ Id. *ibid.*, p. 21.

³⁵ Id. *ibid.*, p. 21.

³⁶ Id. *ibid.*, p. 21.

³⁷ Id. *ibid.*, p. 34. Para Jakobs, a distinção entre "indivíduo" e "pessoa" é feita com base na garantia que a realidade pode ou não fornecer, dependendo do caso, de que os indivíduos irão comportar-se segundo as expectativas da sociedade, de que as normas sejam cumpridas. Assim, afirma: "Pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la.

Ao menos nas normas de certo peso, a expectativa de fidelidade à norma necessita de certa confirmação cognitiva para poder converter-se em real. Um exemplo extremo: quando é séria a possibilidade de ser lesionado, de ser vítima de um roubo ou talvez, inclusive, de um homicídio, em um determinado parque, a certeza de estar, em todo caso, em meu direito, não me fará entrar nesse parque sem necessidade.

Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente susceptível de ser vivida. No plano teórico, pode-se afastar esta confirmação do normativo pelo fático, aduzindo que o que não deve ser, não deve ser, embora provavelmente vá ser. Porém, as pessoas não só querem ter direito, mas também preservar seu corpo, isto é, sobreviver como indivíduos necessitados, e a confiança no que não deve ser só supõe uma orientação com a qual é possível sobreviver quando não é contraditória com tanta intensidade pelo conhecimento do que será. [...]

O mesmo ocorre com a personalidade do autor de um fato delitivo: tampouco esta pode se manter de modo puramente contrafático, sem nenhuma confirmação cognitiva. Pretendendo-se não só introduzir outrem no cálculo como indivíduo, isto é, como ser que avalia em função de satisfação e insatisfação, mas tomá-lo como pessoa, o que significa que se parte de sua orientação com base no lícito e no ilícito, então também esta expectativa normativa deve encontrar-se cimentada, nos aspectos fundamentais, de maneira cognitiva." (Id. *ibid.*, p. 33-34. Após consultar a publicação original, em espanhol, alteramos um pouco a redação que havia sido dada pelos tradutores a este trecho).

No mesmo sentido, cf. ainda JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Trad. Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 30.

³⁸ JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e...* op. cit., p. 35.

situação, nenhuma garantia de que ele se comportará, no futuro, de acordo com as normas vigentes na sociedade, ou seja, obedecendo às expectativas sociais.³⁹ Nesses casos, ele “deve ser combatido como um inimigo”,⁴⁰ em uma “guerra” que teria lugar para garantir o legítimo direito dos cidadãos à segurança.⁴¹ Defendendo enfaticamente sua concepção, ele expõe:

“Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, como o estado não *deve* tratá-lo como pessoa, já que, do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo”.⁴²

Para realizar os objetivos deste estranho Direito Penal do Inimigo, que, a nosso ver, mistura tempos de guerra com tempos e paz, a custódia de segurança (espécie de medida de segurança aplicada, com base na periculosidade, a imputáveis, inclusive por tempo indeterminado, após o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, visando exclusivamente a sua inocuidade⁴³) parece ser, aos olhos de Jakobs, a sanção penal mais adequada.⁴⁴ De fato, ele aponta a custódia de segurança como o instru-

³⁹ Segundo Jakobs, somente deve ser tratado como pessoa aquele autor de fato delituoso que “apesar de seu ato, ofereça garantia de que se conduzirá, em linhas gerais, como cidadão, quer dizer, como pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico.” (Id. *ibid.*, p. 33. Após consultar a publicação original, em espanhol, alteramos um pouco a redação que havia sido dada pelos tradutores a este trecho). O conceito de “pessoa” utilizado por Jakobs, que recebeu grande influência de Luhmann, aparece em vários dos seus trabalhos. Assim, por exemplo, ele afirma que “Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. [...] La subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes.” (JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sanchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 35-36).

⁴⁰ JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e ...* op. cit., p. 49.

⁴¹ Id. *ibid.*, p. 49. A propósito, afirma Jakobs que “Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação.” (Id. *ibid.*, p. 36). Aliás, Jakobs chega a utilizar, explicitamente, o termo “guerra contida” como sinônimo de “Direito penal do inimigo” (Id. *ibid.*, p. 37).

⁴² Id. *ibid.*, p. 42. Após consultar a publicação original, em espanhol, alteramos um pouco a redação que havia sido dada pelos tradutores a este trecho.

⁴³ Cf. nota de rodapé nº 27, *supra*.

⁴⁴ Também Silva Sánchez, ao abordar a concepção de Jakobs, aponta: “O Direito do inimigo – poder-se-ia conjecturar – seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a

mento, por excelência, do Direito Penal do Inimigo:

"... nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma 'tendência a [cometer] fatos delitivos de considerável gravidade' poderia ter efeitos 'perigosos' para a generalidade (§ 66, inc. 1º, nº 3 Stgb). Portanto, no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito penal do inimigo (neste contexto, Direito penal ao menos em um sentido amplo: a medida de segurança tem como pressuposto a comissão de um delito) ao invés do Direito penal do cidadão, e a palavra 'Direito' significa, em ambos os conceitos, algo claramente diferente..."⁴⁵

Mais adiante, na mesma obra que vem sendo citada, Jakobs esclarece, de forma inequívoca, por qual razão a palavra "Direito" significa, nos dois conceitos por ele definidos (Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão), coisas tão diferentes:

"O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança, com base no qual Hobbes fundamenta e limita o Estado: *finis oboedientiae est protectio*. Mas neste direito não se encontra contido, em Hobbes, o réu de alta traição; em Kant, quem permanentemente ameaça; trata-se do direito dos demais. O *Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. [...] a medida executada contra o inimigo não significa*

imputáveis perigosos. Isso, ainda que tais medidas se revelassem com frequência sob a aparência formal de penas." (SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 150).

⁴⁵ JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e...* op. cit., p. 23. Após consultar a publicação original, em espanhol, alteramos um pouco a redação que havia sido dada pelos tradutores a este trecho.

nada, mas só coage. O *Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo* (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) *combate perigos;*⁴⁶

Neste Direito Penal do Inimigo, que, segundo Jakobs, já se faz presente não apenas na custódia de segurança, mas também em muitas outras regras do Direito Penal⁴⁷, a reação do ordenamento jurídico “se caracteriza [...] pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.”⁴⁸

Defende o catedrático da Universidade de Bonn, então, a ampliação do âmbito do Direito Penal do Inimigo, para abranger também o autor por tendência ou que esteja envolvido em uma organização criminosa,⁴⁹ pregando a necessidade de reação frente ao perigo que emana de todos aqueles que têm conduta “reiteradamente contrária à norma”.⁵⁰ Entre esses, destaca Jakobs o terrorista como aquele que “rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem.”⁵¹ Para ele, o terrorista não deve ser representado simplesmente como delinqüente, pois, se assim o for, terá que ficar sujeito às regras do Direito Penal do Cidadão, mesmo cometendo delitos com intenções radicais e em grande escala. Assim, afirma:

⁴⁶ Id. *ibid.*, p. 29-30. Sintetizando esta posição, Jakobs afirma, ao término deste trabalho: “Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas, diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.” (Id. *ibid.*, p. 49).

⁴⁷ O autor considera, como exemplos de leis que demonstram uma diminuição da “disposição em tratar o delinqüente como pessoa”: a primeira e a segunda leis de luta contra a criminalidade econômica, de 29. 07. 1976 e 15.05.1986, respectivamente; a Lei para a luta contra o terrorismo, de 19.02.1986; a Lei para luta contra o tráfico ilegal de drogas tóxicas e outras formas de manifestação da criminalidade organizada, de 15. 07. 1999; a Lei para a luta contra os delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, de 26.01.1998; e a Lei de luta contra o delito, de 28.10.1994. (Id. *ibid.*, p. 34-35).

⁴⁸ Id. *ibid.*, p. 35-36.

⁴⁹ Id. *ibid.*, p. 36. Após consultar a publicação original, em espanhol, alteramos um pouco a redação que havia sido dada pelos tradutores a este trecho.

⁵⁰ Id. *ibid.*, p. 36.

⁵¹ Id. *ibid.*, p. 36.

"... há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos 'guerra' e 'processo penal'. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito [...] deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida."⁵²

Vê-se, pois, mediante a análise do trecho citado, que Jakobs admite, claramente, que o Direito Penal do Inimigo conduz a privar o sujeito a ele submetido das garantias básicas inerentes a um Estado de Direito, que só seriam asseguradas a uma outra categoria de indivíduos, o que demonstra, de forma inequívoca, a índole autoritária das suas formulações.

Aliás, em outro trabalho, abordando também o "derecho penal de enemigos", o professor da Universidade de Bonn afirma, categoricamente, que "la pena determinada conforme al Estado de derecho es insuficiente en algunos ámbitos. De lo que aquí se trata es de la diferencia, ya señalada al comienzo, entre el concepto de derecho penal y lo solamente llamado derecho penal, en cuyo concepto todavía queda por indagar. [...] El derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquél, una vez indagado en su concepto, se revela como derecho".⁵³

⁵² Id. *ibid.*, p. 36-37.

⁵³ JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias...* op. cit., p. 29-30 e 31. Afirma ainda Jakobs, a propósito da natureza deste "direito penal de inimigos": "En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la – *sit venia verbo* – neutralización de aquéllos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas. Es verdad que el procedimiento para tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas. Indagando en su verdadero concepto, el derecho penal de enemigos es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo. Todo esto suena chocante y, ciertamente, lo es, pues se trata de la imposibilidad de una jurisdicción completa, es decir, que contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad." (Id. *ibid.*, p. 33-34). Mais adiante, no mesmo artigo, Jakobs refere-se aos inimigos como "entorno perturbador", coisifican-

O Estado deveria delimitar, segundo o citado autor, as áreas de atuação do Direito Penal do Inimigo, que implicaria também em um Processo Penal do Inimigo,⁵⁴ e do Direito Penal do Cidadão, já que “em princípio,

do-os. (Id. *ibid.*, p. 34). Como se vê, é, no mínimo, discutível se o “Direito Penal do Inimigo”, proposto pelo professor da Universidade de Bonn, pode ser qualificado como “Direito”, questão que ele próprio, expressamente, coloca. A propósito, Manuel Cancio Meliá afirma, categoricamente, que não: “...desde el punto de vista aquí adoptado se constata [...] que aquello que pueda denominarse ‘Derecho penal del enemigo’ no puede ser ‘Derecho’. Dicho de otro modo: es algo distinto de lo que habitualmente se llama ‘Derecho penal’ en nuestros sistemas jurídico-políticos.” (MELIÁ, Manuel Cancio. *Prólogo* (II). In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 8-9). Afirma ainda o autor que “en cuanto Derecho positivo, el Derecho penal del enemigo sólo forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real: ‘Derecho penal del ciudadano’ es un pleonismo, ‘Derecho penal del enemigo’ una contradicción en los términos.” (MELIÁ, Manuel Cancio. “Derecho penal” del enemigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*...*op. cit.*, p. 70). Em síntese, para o professor da Universidade Autónoma de Madrid “el concepto de Derecho penal del enemigo sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no-Derecho penal.” (Id. *ibid.*, p. 89). Por outro lado, Silva Sánchez não nega, em princípio, a legitimidade do “Direito Penal do Inimigo”, mas somente a do seu uso abusivo. Assim, admite que nos casos em que “a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais.” (SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, *op. cit.*, p. 150). Ressalta, contudo, que o Direito Penal do Inimigo, que ele chama de “Direito Penal da terceira velocidade”, “...não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos ‘de emergência’, uma vez que expressão de uma espécie de ‘Direito de guerra’ com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.” (Id. *ibid.*, p. 150). Para Silva Sanchez, a legitimidade de um Direito Penal com essas características “teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência. [...] Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal ‘da normalidade’, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um ‘mal’, este se configura como o ‘mal menor’. Mas é evidente que essa justificativa obriga uma revisão permanente e especialmente intensa da concorrência dos pressupostos de regulações dessa índole.” (Id. *ibid.*, p. 150-151). O catedrático da Universidade Pompeu Fabra demonstra, assim, demasiada condescendência com o chamado “Direito Penal do Inimigo”. Tendo em vista que não havia, efetivamente, guerra na Alemanha quando as palavras de Jakobs foram escritas, e nem há na atualidade, o seu “Direito Penal do Inimigo” nos parece insustentável, já que o pressuposto básico para a existência de normas de tal índole não se verificou. Como já afirmamos no decorrer deste trabalho, o Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, mistura tempos de guerra com tempos de paz, pretendendo justificar ou legitimar, em tempos de paz, um sistema (ou subsistema) jurídico cuja vigência somente se poderia cogitar em tempos de guerra externa ou interna, sob condições de risco de serem solapados os fundamentos democráticos ou a existência de um Estado. Mas, mesmo nesses casos, os indivíduos não devem, a nosso ver, deixar de ser tratados como pessoas.

⁵⁴ Sobre o “processo penal do inimigo”, Jakobs expõe, em um trecho particularmente claro, que “Como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas

nem todo delinqüente é um adversário do ordenamento jurídico.”⁵⁵ Nesse sentido, afirma que “Um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo.”⁵⁶

Em síntese, para Jakobs “o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulamentações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.”⁵⁷

Vê-se, pois, por tudo o que foi exposto, a enorme semelhança deste atual Direito Penal do Inimigo com as postulações do Positivismo Criminológico e da Doutrina da Defesa Social, com a diferença básica de que nas construções anteriores, também fundamentadas nas idéias de periculosidade e defesa social, havia uma preocupação marcante com a investigação e a análise científicas das causas, individuais e sociais, que conduziam o indivíduo ao crime, e, conseqüentemente, procurava-se tratar o criminoso, intervindo coativamente sobre ele, o que conduziu a uma ênfase, no âmbito da prevenção especial, na idéia de ressocialização, que foi levada, como vimos, a um ponto extremo.

O chamado Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, em larga medida não é mais do que a atualização da Doutrina da Defesa Social, e, tal como ela, conduz ao Direito Penal do autor.⁵⁸ Como no passado, a resposta penal

medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado.” (JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e...* op. cit., p. 40).

⁵⁵ Id. *ibid.*, p. 43.

⁵⁶ Id. *ibid.*, p. 49-50.

⁵⁷ Id. *ibid.*, p. 37.

⁵⁸ Nesse sentido, aponta Manuel Cancio Meliá a “incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el principio del hecho.” Enfatizando, afirma o autor que “no es que haya un cumplimiento mejor o peor del principio del hecho – lo que ocurre en muchos otros ámbitos de ‘anticipación’ de las barreras de punición –, sino que la regulación tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos – los ‘enemigos’ – más que en la definición de un ‘hecho.’” (MELIÁ, Manuel Cancio. “Derecho penal” del enemigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. cit. p. 105-106). Vai ainda mais longe o autor, ao afirmar que a identificação de um infrator como inimigo, pelo ordenamento penal, significa uma “atribución de perversidad, mediante su demonización”, ou seja, “parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo [...] lo que sucede no es que se

é dirigida não propriamente contra determinados fatos, mas sobretudo contra determinados autores, que são rotulados e tratados como “outros”, procurando-se, deliberadamente, excluí-los da identidade social.⁵⁹ Na atualidade, contudo, a doutrina se apresenta mesclada com uma influência anterior, a idéia do contrato social (mas não no seu aspecto fundamental, garantidor da liberdade individual⁶⁰), e, desprovida do cientificismo que era a sua marca característica, não tem interesse em indagar quais são as causas da criminalidade e nem tem esperanças em transformar o criminoso em não-criminoso. A finalidade buscada por esse “novo” Direito Penal é simplesmente a inocuização, já que a prevenção geral, ao que parece, restringe-se ao outro campo, o do chamado Direito Penal do Cidadão.⁶¹ Fundamenta-se esta nova versão da Doutrina da Defesa Social,

dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de ‘enemigos’ en este sentido pseudo-religioso que en la acepción tradicional-militar del término.” (Id. *ibid.*, p. 95-96).

⁵⁹ Id. *ibid.*, p. 85.

⁶⁰ O problema fundamental que o contrato social soluciona é, segundo Rousseau, “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques Rousseau (*Os pensadores*). 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 32. A preservação da liberdade individual no âmbito da associação formada é, portanto, ao menos em Rousseau, o aspecto fundamental da teoria do contrato social.

⁶¹ Em várias passagens do trabalho que vem sendo predominantemente citado, como já demonstramos, Jakobs afirma que o Direito Penal do Inimigo “é só coação física” (JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e...* op. cit., p. 30), coação que “não pretende significar nada” (Id. *ibid.*, p. 22), não quer comunicar nada, passar mensagem alguma à sociedade, pois é “luta contra um perigo em lugar de comunicação” (Id. *ibid.*, p. 23). Também em outros trabalhos Jakobs deixa clara essa vinculação do Direito Penal do Inimigo com a finalidade de inocuização. Assim, afirma: “Puede ser que en un número considerable de casos, el centro de gravedad esté en el efecto preventivo-especial, pero ese efecto preventivo pertenece a otro contexto de legitimación distinto del de la prevención general positiva. Ciertamente, esta separación no puede percibirse a primera vista; pues, aparentemente, el autor es coaccionado en todo caso a hacer algo a lo que está obligado jurídicamente: en la prevención general positiva, a restituir el daño en la vigencia de la norma que ha producido, en la prevención especial, a una conducta al menos externamente legal. Sin embargo, esta equiparación oculta una enorme diferencia: en la prevención general positiva, el dolor penal se inflige a una persona competente, capaz de ser culpable, y precisamente no a un niño o a seres humanos mentalmente enfermos o débiles; pues frente a éstos no hay expectativas normativas que puedan ser defraudadas. HEGEL formuló esta idea - [...] - afirmando que con la pena se honra al delincuente como ‘ente racional’ [...]; precisamente, sólo se le pena porque se le entiende como igual, como ciudadano pleno. La situación es otra en el caso del efecto asegurador respecto de futuros hechos que deriva de encerrar el sujeto: no depende de la culpabilidad que concurriría en los hechos futuros ni de la que concurriera en los pasados, sino única y exclusi-

portanto, simplesmente em razões de Estado relacionadas com a contenção dos "indivíduos perigosos", que são também chamados, simplesmente, de "entorno perturbador".⁶²

Trata-se, assim, de uma variação melancólica, desesperançosa, da aludida doutrina, que não tem sequer a pretensão de se comunicar com a sociedade ou com os indivíduos que são submetidos às suas sanções, despersonalizando-os e contentando-se simplesmente em inocuízá-los, o que, para Jakobs, significa combatê-los,⁶³ ou "vencer a guerra"⁶⁴ que busca garantir a segurança dos cidadãos.

Os autores de delitos, nesta concepção, não são tratados como "anormais", rótulo esse que conduziu, no passado, à intervenção coativa sobre a sua personalidade; contudo, rotulados como "inimigos" da sociedade, os mesmos são colocados, explicitamente, fora do alcance das garantias de um Estado de Direito, para que se faça "o que tem que ser feito"⁶⁵ contra eles, sem que se diga exatamente o que é isso. É fácil concluir que, fora dos limites de um Estado de Direito, os "inimigos" poderão ser submetidos não apenas a tratamento compulsório (o que não parece, contudo, ser o

vamente de la peligrosidad del individuo. También hay que proteger a la sociedad frente a niños peligrosos o seres humanos que padecen enfermedades mentales, al igual que frente a los animales peligrosos o a los peligros naturales, etc. Por consiguiente, en el ámbito del efecto preventivo-especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, el autor no es concebido como persona competente, sino como foco de peligro. En el plano material, se trata de una medida de seguridad que se denomina 'pena': la custodia de seguridad. Tal modo de tratar a un autor no necesariamente ha de ser ilegítimo. [...] Al hacer esto, precisamente no se toma en serio como persona al sujeto potencialmente peligroso – pues de lo contrario, se le dirigirían expectativas normativas –; su ausencia muestra que el sujeto peligroso, en esa medida, ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos." (JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 57-59). Como se vê, ao equiparar o imputável perigoso aos inimputáveis perigosos, aos animais perigosos e aos perigos provenientes da natureza, considerando-os todos como "focos de perigo" e nessa medida suscetíveis de serem submetidos a medidas neutralizadoras, Jakobs se aproxima extraordinariamente das concepções defendidas pelo Positivismo Criminológico (com a diferença básica de que este visava, mais do que a inocuização, a ressocialização dos indivíduos perigosos) e, como já ressaltamos anteriormente (ver nota nº 53, supra), coisifica os apontados como "inimigos". Não é possível equiparar pessoas a animais e a fenômenos da natureza, para submetê-los a uma similar "neutralização", visando proteger a sociedade; um homem deve ser considerado sempre como um homem. Também não é razoável equipar imputáveis a inimputáveis, para submetê-los a uma mesma categoria de sanções "inocuidadoras".

⁶² JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias...* op. cit., p. 34.

⁶³ JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e...* op. cit., p. 49.

⁶⁴ Id. ibid., p. 36.

⁶⁵ Id. ibid., p. 37.

objetivo desta controvertida noção de Direito Penal), como a algo pior que possa parecer necessário aos detentores do poder estatal. Admitindo-se uma tal concepção, é só questão de tempo até chegar à “eliminação absoluta” de Garofalo.⁶⁶ Aliás, o organicismo naturalista de Garofalo tem, de fato, semelhanças *lato sensu* com o organicismo normativista e sociológico de Jakobs, em que o indivíduo, quando não dá sinais de que vá corresponder às expectativas do meio social, sequer deve ser tratado como “pessoa”.

Parece-nos evidente, como afirma Cancio Meliá, que a qualidade de pessoa é uma atribuição conferida pelo Estado “a todos los seres humanos en virtud de su condición humana; por ello, no puede haber ‘exclusión’ sin ruptura del sistema.”⁶⁷

Há, ainda, outra distinção a fazer entre o Direito Penal do Inimigo e a Doutrina da Defesa Social. Diferentemente do que se propunha no âmbito do Positivismo Criminológico e das concepções imediatamente influenciadas por ele, fundadas na idéia de defesa social, Jakobs procura delimitar, como vimos, dois campos distintos de atuação, um para o “Direito Penal do Inimigo”, outro para o “Direito Penal do Cidadão”, que ele chama também de “Direito penal geral”.⁶⁸ Assim, defende que não deve haver o entrelaçamento das regras peculiares às duas distintas áreas de atuação do Direito Penal, demonstrando, inclusive, uma certa preocupação com o advento de um “Direito penal do inimigo supérfluo”, que seria, a seu ver, “danoso para o Estado de Direito”.⁶⁹

Parece-nos, contudo, que o aludido professor não deveria se surpreender com isso, pois em cada Estado soberano só há, evidentemente, um Direito Penal, e quando se abre brechas para que ele se transforme em um Direito Penal do Inimigo, é evidente que todos os cidadãos, mais cedo ou mais tarde, acabam sendo atingidos, ao menos potencialmente.⁷⁰ Danoso para

⁶⁶ Cf. nota de rodapé nº 2, *supra*.

⁶⁷ MELIÁ, Manuel Cancio. “Derecho penal” del enemigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo...* op. cit., p. 103-104, nota 68.

⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano e...* op. cit., p. 43.

⁶⁹ Id. *ibid.*, p. 44.

⁷⁰ Nesse sentido, Cancio Meliá adverte, de forma realista, referindo-se ao Direito Penal do Inimigo, que “las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación – como muestran múltiples ejemplos históricos –, de modo que hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico.” (MELIÁ, Manuel Cancio. “Derecho penal” del enemigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo...* op. cit., p. 97, nota 57.

qualquer Estado de Direito, e sobretudo para o Estado Democrático de Direito, é, em primeiro lugar (e isso deve estar na ordem do dia das preocupações dos juristas), colocar uma categoria de indivíduos fora do alcance das suas garantias. Falando francamente, a preocupação demonstrada por Jakobs, a propósito da tendência de entrelaçamento do Direito Penal do Inimigo com o Direito Penal do Cidadão, soa mais como uma manifestação de cinismo do que como uma preocupação verdadeira, inclusive porque ele próprio não define, com exatidão, a área de atuação do "Direito Penal do Inimigo". Afirmar que ele é uma forma de defesa da sociedade que deve atuar somente contra o "indivíduo perigoso, o inimigo",⁷¹ evidentemente não delimita a possível abrangência dos seus institutos, pois "periculosidade" continua sendo um conceito tão impreciso quanto era à época do Positivismo Criminológico. Na realidade, significa um juízo de probabilidade de persistência na prática de crimes que se revela precário e relativo, sendo suscetível, até mesmo, de ser utilizado para a perseguição de adversários políticos.

5 CONCLUSÕES

O Positivismo Criminológico, que produziu a Doutrina da Defesa Social e a chamada ideologia do tratamento, foi, certamente, produto de uma época, refletindo as tendências científicas e filosóficas de um determinado período histórico, que colocou em relevo, sobretudo, a questão da causalidade dos fenômenos naturais e humanos e o método positivo ou experimental. Já o atual "Direito Penal do Inimigo", que nada mais é do que uma variação híbrida da Doutrina da Defesa Social, e, tal como ela, conduz ao Direito Penal do autor, apresenta-se simplesmente como um retrocesso.

A distinção proposta por Jakobs, entre o criminoso que deve ser considerado apenas como "indivíduo" e aquele outro que deve ser considerado como "pessoa", com o fim de sujeitar o primeiro ao "Direito Penal do Inimigo" e o segundo ao "Direito Penal do Cidadão", equivale à distinção entre "anormais" e "normais" feita pelo Positivismo Criminológico. Tal distinção é claramente antidemocrática, pois, em ambos os casos,

⁷¹ JAKOBS, Günther. Prólogo I. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas...* op. cit., p. 10.

ofende-se o princípio elementar de que todos são iguais perante a lei. Na realidade, todo “indivíduo” é também “pessoa”, é sujeito que tem que estar sob a proteção do Estado Democrático de Direito; assim, não é somente um “inimigo”, um “foco de perigo”, nem muito menos um “entorno perturbador”.

A idéia de defesa social, sobretudo quando enfatiza a prevenção especial, mostra-se potencialmente lesiva à liberdade individual e às instituições democráticas. O conceito de periculosidade, quase sempre vinculado àquela idéia, quando aplicado a imputáveis também tende a ser lesivo ao Estado Democrático de Direito, pois sua utilização significa sempre, em maior ou menor grau, uma concessão aos critérios de responsabilização criminal preconizados pelo chamado Direito Penal do autor. Assim, a utilização do conceito de periculosidade, para graduar penas criminais, não é desejável e somente deve ser feita dentro dos limites autorizados pela Carta Magna de um país. Tanto quanto possível, a utilização de tal conceito deve ficar restrita aos inimputáveis e semi-imputáveis, no âmbito das medidas de segurança previstas no ordenamento jurídico. Na realidade, constitui um atentado ao princípio da humanidade submeter um criminoso a, a pretexto de combater a sua periculosidade ou inocuízá-lo, a qualquer sanção penal que tenha duração indeterminada, seja ela chamada de pena ou de medida de segurança.

É imprescindível que o Direito penal da atualidade seja sempre o Direito Penal do fato, repudiando-se os postulados, antigos e atuais, que conduzem ao Direito Penal do autor. Ainda que não se admita que o Direito Penal se fundamente em uma base retributiva, atribuindo-se-lhe caráter utilitário, é indispensável admitir que a função preventiva do Direito Penal, tanto geral quanto especial, encontra limites na dignidade da pessoa humana, o que implica na necessidade da utilização do conceito de culpabilidade pelo fato típico e ilícito para graduar as penas criminais e, conseqüentemente, limitar a intervenção penal estatal. Sem essa barreira, o Estado tende a instrumentalizar o indivíduo para servir a interesses coletivos, tantas vezes questionáveis.