



**ARTIGOS**

**O recrudescimento punitivo no século XXI:  
o processo de execução penal do inimigo**

**Álvaro Mayrink da Costa**  
Doutorado (UEG). Professor  
Emérito da EMERJ. Desembargador  
(aposentado) do Tribunal de Justiça  
do Estado do Rio de Janeiro.



1. Uma sociedade sem delinquentes é inimaginável, pois sendo livre e plural são inevitáveis os conflitos sociais e as condutas de desvio como simples expressão da



---

**ARTIGOS**

diversidade. Inexiste a pretensão ilusória de erradicar o crime da vida social, busca-se, ainda, por meio da pena de prisão como *ultima ratio* a proteção dos bens jurídicos através da contenção dos conflitos sociais dentro dos limites da tolerabilidade. A história das penas está diretamente ligada a sua *progressiva* adequação a uma proporcionalidade que não resulte lesiva ao sentimento jurídico de cada época. Para a proteção dos interesses individuais e sociais deve-se priorizar, primeiramente, a utilização de adequada política social seguida de sanções não penais, civis ou administrativas, só intervindo em um Estado Social e Democrático de Direito, para a proteção de regras mínimas de convivência normativamente postas. Constata-se que nas duas primeiras décadas do século XXI, diante de graves conflitos sociais que abalam a tranquilidade pública e a paz social, crescem movimentos voltados para a “vingança” genérica, contra *todas* as pessoas que se encontram encarceradas, sem questionar as raízes do conflito, através de restrições a qualquer título de benefício, ainda que sejam para premiar o *mérito* para a reconstrução da cidadania da pessoa privada de liberdade (retirada do direito à progressão de regime, à visitação íntima, às saídas temporárias para contato com a família e a frequência ao estudo *extramuros* – apenas 5% dos detentos não retornam – e o alargamento dos prazos para a progressão de regime e a inviabilidade do livramento condicional). Verdadeiro retrocesso ao sistema pensilvânico.

A Câmara dos Deputados aprovou no pacote de segurança pública, estrategicamente desengavetado neste



---

**ARTIGOS**

triste quadro político da vida nacional (9.11.2017), a *restrição* desarrazoada para a concessão do benefício pertinente à *saída temporária*, fixando a mudança de um quarto para a metade da pena imposta para o reincidente e, na hipótese dos crimes hediondos e equiparados, os prazos passam para dois quintos, no caso de primários, e de três quintos, para os reincidentes. O juiz necessitará de parecer favorável à medida, que deve ser emitido pela Administração Penitenciária, fraturando o princípio da jurisdicionalidade da execução penal, e o tempo de saída é reduzido de sete para quatro dias.

Cogita-se de violação de dois eixos básicos da execução sustentável que são a *família* e o *trabalho*, como pontes entre o cárcere e a integração social. A *visita à família* (VPL) objetiva a proteção e manutenção dos vínculos familiares e relação homoafetivas. A frequência a *curso profissionalizante*, bem como a instrução do grau médio ou superior e a participação em entidades que concorram para o *retorno progressivo* ao convívio social são conquistas produto da evolução das sociedades civilizadas no respeito à dignidade humana da pessoa privada de liberdade no Estado de Direito. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende, desde o final do século XX, ser admissível o *trabalho externo* aos condenados em regime aberto e semiaberto, *independentemente* do cômputo de um sexto da pena imposta, pelas próprias condições favoráveis e pelo princípio da razoabilidade, que se faz necessário na adaptação à realidade social que é a própria finalidade (STJ, HC 8.725/RS, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j.



---

**ARTIGOS**

1.6.1999). Assim, não há razão lógica para ser alterada a *autorização de saída* pelo prazo não superior a sete dias, podendo ser renovado por mais quatro vezes durante o ano, com intervalo de quarenta e cinco dias de uma saída para outra, perfazendo o total de trinta e cinco dias no ano, com repercussão no indulto coletivo. O retardo ao trabalho *extramuros* e o contato com a família nulificam a finalidade da *progressão* para o regime semiaberto e retroalimenta o conflito no regime fechado, com efeitos diretos na superlotação carcerária. Não se pode perder de vista a natureza específica do regime semiaberto.

Não há regime *integralmente* fechado e, sim, *inicialmente* fechado, diante da progressividade da execução das penas privativas de liberdade. O Supremo Tribunal Federal (RE com ARE 1.052.700, rel. Min. Edson Fachin, j. 16.11.2017) fixou a *tese de repercussão geral*: “*É inconstitucional a fixação ex lege com base no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal*” (§ 2º do art. 33 do CP: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva”). E pelo teor do art. 122 da LEP: “*a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva com a transferência para o regime menos rigoroso*”).

**2.** Vive-se, atualmente, uma dramatização da violência e da ameaça. Pergunta-se: **a)** *o Direito Penal disponível e politicamente funcionalizado ainda pode conservar o lugar que deve ocupar dentro do sistema de controle*



---

**ARTIGOS**

*social?; b) ou perder sua força de convicção normativa e sua distância moral frente à violação do Direito?*

O Direito Penal *não* pode sobreviver como um instrumento estatal de solução de problemas pontuais no conflito global, pois a violência é um firme componente da experiência cotidiana. O que se modifica são as *formas* e a *densidade* de atividade desviante. A *violência* está onipresente e com as mídias tem-se a possibilidade de percebê-la como não ocorria no século passado.

Será que já no século XXI a pessoa mais simplória *não* tem a consciência de que a prisão *não* socializa, antes corrompe, degrada, deprime, forma mentes pervertidas, sepulta esperanças, aniquila famílias, contamina, mata social e moralmente?

As Reformas ocorridas nesses últimos vinte anos, na maioria dos países mais avançados tecnológica e economicamente, são retrato das novas tendências *para a legislação das primeiras décadas deste século*. Para determinado vetor doutrinário, esta adaptação dos conceitos básicos do Direito Penal às novas necessidades político-criminais seriam uma consequência inevitável de um planejamento *funcionalista* do Direito Penal, traduzindo-se em *subsistema de imputação* dentro de um conjunto global do sistema social a cujo equilíbrio deve contribuir, restabelecendo e robustecendo, a *pena* para quem tenha violado a norma penal, isto é, a *confiança* dos demais cidadãos fiéis ao Direito. O principal representante desta tendência é Jakobs, em uma linguagem hermética e de difícil compreensão. Não se pode olvidar que, nas duas últimas décadas do século passado, a discussão se manteve



---

**ARTIGOS**

dentro de parâmetros marcados por *princípios constitucionais* do Estado de Direito. Sem questionar os direitos humanos fundamentais reconhecidos nos planos internos e externos, a polêmica sobre a função correspondente à dogmática é traduzida na feliz expressão de Hassemer como “*as novas tendências do moderno Direito Penal*”.

3. Ao vislumbrar o Direito Penal do século XXI tem-se que partir da conferência de Jakobs, realizada em Berlim, em outubro de 1999, com o título “*Os caminhos da ciência do Direito Penal no futuro*”, quando em tom provocativo, chama a atenção para a necessidade de reconhecer e admitir que nas atuais sociedades, exige-se um Direito Penal dirigido com uma única tarefa de restabelecer, através da sanção punitiva, a *vigência da norma violada* pelo delinquente e a *confiança dos cidadãos no Direito (segurança normativa)*. Inspirada em conceitos mais ou menos flexíveis ou funcionais, mas respeitosos com as garantias e limites do poder punitivo no Estado de Direito, defende a existência de outro Direito Penal, “*Direito Penal do inimigo*”, em que o Estado diante de determinados sujeitos, que de forma grave e reiterada se comportam contra as normas básicas que regem a sociedade, constituindo-se em uma imediata e constante ameaça, razão pela qual há que se reagir de forma mais contundente para restabelecer, não a segurança e a confiança normativa, mas sim “*a segurança cognitiva*”. Registre-se que o paradigma em torno do qual tal vertente se apoia, consiste na construção da condição de



---

**ARTIGOS**

“inimigos” do sistema social determinados indivíduos, o que configura um Direito Penal do autor.

No *Direito Penal do inimigo*, segundo Jakobs, o Estado tem a permissão tentar eficazmente, atuar contra o “inimigo” (*unpersonem*) e desta forma está autorizado, a impor penas desproporcionadas e draconianas, a penalizar condutas, ainda que inócuas ou sem qualquer ameaça ou perigo relevante para um bem jurídico, enfim, o que é mais grave, eliminar ou reduzir ao mínimo, certas garantias e direitos do acusado no Processo Penal. Arthur Kaufmann enfatiza que o centro de gravidade e o cerne de uma fundamentação jurídica não é *funcionalista* é o conceito de pessoa, pois este constitui a medida indisponível do Direito concreto. Não se pode esquecer a lição de Welzel, ao lembrar que “*o reconhecimento do homem como pessoa responsável é o pressuposto mínimo que uma ordem social deve preencher se não quer simplesmente forçar por seu poder, mas obrigar enquanto Direito*”.

A discussão toma maior relevância na primeira década do século XXI, diante do atentado terrorista das Torres Gêmeas de New York de 11.9.2001, do atentado de Dezembro de 2003, em Bali, do de 11 de março de 2004 de Atocha, Madri, do de 1º de setembro da Escola de Beslan na Rússia e de 7 de julho de 2005 no Metrô de Londres. Recentemente, anotam-se os atos terroristas no Bataclan, em Paris, na noite de 13 para 14 de novembro de 2015; no Aeroporto Internacional de Zaventem e na estação do metrô de Maelbeek, em Bruxelas, em 22 de



---

**ARTIGOS**

março de 2016; e na estação do metrô Parsons Green, em Londres, em 15 de setembro de 2017.

Com a edição do *Patriotic Act* aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos poucos dias depois do atentado de 11 de setembro de 2001, prorrogado por tempo indeterminado, permite-se a detenção, a violação da correspondência e outros atos de intimidade sem qualquer controle judicial, a existência de tribunais militares secretos a suspensão de outros direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Americana, em nome do *combate ao terrorismo*.

Aduza-se a situação dos presos afegãos na base militar americana de Guantánamo, sem qualquer respeito às regras mínimas da convenção de Genebra para os presos de guerra. Acrescente-se ainda a legislação excepcional contra os meros suspeitos de vinculação a grupos terroristas ou propagadores de ideias islâmicas fundamentalistas. Sublinhe-se, que no curso desta década, a escalada dos atos de terrorismo atingem escalas inimagináveis obrigando a comunidade internacional a tomar medidas concretas para prevenir a concretização de atos que causam a destruição de cidades e a perda incontável de vidas humanas. Junto a estas leis de exceção, surgem muitas outras similares em outros países em matéria de “*terrorismo interno*”, criminalidade organizada, narcotráfico, tráfico de armas, corrupção, lavagem de dinheiro, que demonstram a existência de um “*Direito Penal do inimigo*”. Não é uma invenção de Jakobs, mas uma *realidade* evidente cada vez mais preocupante, *não* pontuadas nas garantias fundamentais,



---

**ARTIGOS**

no Processo Penal e na proporcionalidade das penas “acordadas” e na Execução Penal, o que fere o *princípio da isonomia*, que ameaça se estender ainda durante algumas décadas do século XXI, como um “*furacão favorecido pelo medo*”, na feliz expressão de Francisco Munõz Conde, inclusive nos países mais respeitosos com Estado de Direito.

Pontue-se que o grande número de execuções de pessoas incluindo estudantes por estudantes nas próprias escolas praticadas em grande parte por motivo fútil e também por agentes portadores de distúrbios mentais, possuidores de armas modernas de alto potencial destrutivo. Daí questionar-se a cultura do acesso a armas de fogo. De outro lado, nos países latino-americanos ainda impera a omissão ao combate à corrupção sistêmica, ao tráfico de drogas e armas, à lavagem de dinheiro, ao abuso de autoridade e à obstrução da justiça. Observa-se uma guerrilha urbana no enfrentamento das facções criminosas dentro das unidades prisionais pela omissão sistêmica dos *Governadores* dos entes federativos que, mesmo com o descontingenciamento das verbas específicas, não realizam os projetos e nada fazem devolvendo-as à União. Recentemente, os estados do Rio de Janeiro e de São Paulo firmaram acordo para a troca de presos de facções rivais (“divisão de territórios”). Registre-se o componente adverso em nosso país do conflito de atribuições da polícia federal, estadual, civil e militar. Na questão “armas”, o maior número de armamento *apreendido* foi fabricado no território nacional e, em parte, é produto do desvio ilícito dentro das forças públicas de segurança.



---

**ARTIGOS**

4. O que se questiona *não* é a existência do “*Direito Penal do inimigo*”, mas sim a *compatibilidade* do sistema de justiça do Estado de Direito e o *reconhecimento* e o *respeito* aos direitos fundamentais (dos “*cidadãos*” e dos “*inimigos*”). Não cabe dúvida de que, igual ao modelo de “*tolerância zero*”, existe nestas duas décadas, uma tendência de utilizar o Direito Penal de modo mais “*enérgico e contundente*” e, se necessário, *violando* os limites que se impõe a um Estado de Direito e as garantias fundamentais do cidadão. Fica a indagação: *até que ponto é legítimo o Direito Penal do inimigo não se ater aos princípios do Estado de Direito, permitindo a violação de preceitos constitucionais e as declarações e tratados internacionais a favor dos direitos humanos?*

A construção de Jakobs sobre o “*Direito Penal do inimigo*” é uma construção valorativamente *ambígua*, tanto para o sistema democrático como para um igualitário. Na linha de Zaffaroni, pergunta-se: **a) Como se define o inimigo? b) quem o define? c) Todos delinquentes são inimigos?** Se a resposta é afirmativa todo Direito Penal é um *Direito Penal do inimigo*. Observa que a proposta de “*tática de contenção*”, que Jakobs chamou de “*Direito Penal do inimigo*” ao tratamento diferenciado de alguns delinquentes, em especial, *terroristas*, mediante medidas excepcionais, como tática destinada a deter o avanço, traz a tendência de ameaça de invasão em todo o campo penal, que Silva-Sanches denominou de “*terceira velocidade*”, que importaria uma renovação de classificação tripartida napoleônica de infrações penais



---

**ARTIGOS**

com diferentes penas, processos e jurisdições. Para Jakobs deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os *cidadãos* e de outra para os *inimigos*, reservando o caráter de *pessoa* para os primeiros e, para os segundos, de *não pessoas*, confinando em um compartimento estanque do Direito Penal, de modo que os demais continuariam funcionando conforme os princípios liberais. Zaffaroni, em crítica, diz que se trata de uma espécie de “*quarentena penal do inimigo*”.

O Direito Penal do século XX se teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e que só por isso devem ser segregados ou eliminados. Se desperta que o Direito não é um mero poder, como diz Welzel, para que “*a luta em torno da conformação justa das relações sociais seja sempre polêmica entre ideias, e não busque colocar fim nela pela submissão, nem muito menos pela aniquilação do homem pelo homem*”. Observam-se, no início deste século, as transformações da *teoria e dos fins da pena*, propugnando-se pela diversificação dos aspectos preventivos de seus fins, evitando-se a nefasta pena privativa de liberdade, tanto quanto seja possível e compatível com as necessidades de *prevenção geral*. Significa dizer que se devem introduzir alternativas às penas de prisão e outras medidas sociais que favoreçam a inserção ou que pelo menos não causem maiores obstáculos a sua concretude, possibilitando a incorporação e a adaptação do “*cidadão-inimigo*”, quando possível, à macrosociedade.



---

**ARTIGOS**

5. Quanto à tese da existência do Direito Penal neste século, afirma-se que *não* será possível a sua supressão, pois a pena privativa de liberdade, embora instrumento inadequado de repressão continue necessário para conter os conflitos sociais intoleráveis. A sociedade do século XXI encontrará formas de organização que *não* requeiram mais a pena de prisão com seu dramático retrocesso social. A intensidade do controle social se incrementará e com isso se limitarão os conflitos e os desvios de conduta. Não se pode fazer retroagir a roda da história, como diz Roxin, *não* mais se admitindo um modelo de Estado totalitário, bem como *não* se conseguirá a supressão ou minimização da criminalidade mediante um controle completo.

No século XXI, haverá um maior implemento das disposições penais. Dada à complexidade das sociedades pós-industriais e pós-modernas há acelerado desenvolvimento de novas disposições jurídicas. Anota-se contínua criminalização de condutas diante da complexidade tecnológica e econômica das sociedades contemporâneas. O *Direito Penal do futuro* terá sanções no âmbito de sua aplicação, mas *não* similares às penas do Direito Penal tradicional, prescindindo do seu caráter mais aflitivo. O Processo Penal deverá ser desburocratizado através do processo eletrônico, proporcionando uma distribuição rápida e eficaz da prestação jurisdicional. O Brasil contemporâneo passa a ter o sistema mais próximo da *common law* à medida que os procedimentos passam a ser vinculantes e teses com repercussão geral, proporcionando a razoável duração do processo e a segurança jurídica. Norberto Bobbio, em *A Era dos*



---

**ARTIGOS**

*Direitos*, alude que está reservado ao Poder Judiciário, um papel que possuía o Legislativo, no século XIX, e o Executivo, no século XX. Reconhecer a dignidade da pessoa humana supõe-se evitar no campo do possível à imposição de pena e para isso é necessário que o Estado ofereça possibilidades mais amplas para que as taxas de criminalidade sejam controladas e, ao mesmo tempo, que as penas fiquem limitadas ao estritamente ao oportuno e necessário. A *função da pena* predominará em *casos-limite*, sobre os seus *fins* e, nestes casos só servirá como instrumento de contenção dos conflitos normativos, limitada às leis e à Constituição.

Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, refere-se às *fossas* (cavernas subterrâneas, túmulos e torres) que os bárbaros denominavam de “prisão”, que depois passou a designar o local onde se colocavam os escravos, delinquentes e os vencidos na guerra. A prisão continua a buscar um *novo futuro* para viabilizar a prática da execução penal, ressaltando-a para os casos em que o violador normativo represente perigo presente e contínuo, com grave risco à paz pública e à tranquilidade social. O encarceramento pelo encarceramento gera *superlotação carcerária* e a pressão sobre recursos financeiros para mantê-la. Todos sabem, desconhecem por hipocrisia, que a prisão neutraliza a formação e o desenvolvimento de valores, estigmatiza e proporciona a reprodução da carreira delitiva, introduz a nefasta *cultura carcerária*, estimula o processo de despersonalização e legitima a violação dos direitos humanos. O Congresso brasileiro, na presente legislatura, às portas de eleições gerais, vive o



---

**ARTIGOS**

retrato de um retrocesso, marcado pelo *populismo*, no campo da segurança pública. *Quo Vadis*, prender por prender?

É um grave erro crer que o denominado discurso das garantias é um luxo ao qual se pode renunciar em tempos de crise e menos ainda considerar que se trata de uma tese conservadora. Pelo contrário, deve-se estar em alerta contra reformas promovidas por burocratas ou políticos de plantão, que se alimentam da *emergência* de turno apresentando-as, como pós-modernas.

6. Seria absurdo, negar neste momento a existência, de um avanço autoritário mundial em matéria penal e processual penal, principalmente no campo da *execução da pena*, que coloca em crise o estado de Direito. Não se pode cair em pessimismos, deixando-se levar pelo espírito do tempo e aceitá-lo, pois isto, seria permitir que o Direito Penal se deteriorasse, degradando-se pelo discurso legitimante e redutor de seu conteúdo pensante. A resistência político-penal à admissão ao *conceito de inimigo* no Estado de direito é frontal, ainda que as limitações do poder jurídico não permitam eliminá-lo. Não se propõe introduzir e ampliar o uso do *conceito de inimigo* no Direito Penal, no Processo Penal e na Execução Penal, senão delimitá-lo, respeitadas as garantias constitucionais.

Procura-se ainda, no arborescer do século XXI, não pensar em um preço tão caro, tendo em conta que na prática, opera em uma medida mais extensa, o que importaria em muitos casos até uma redução em seu



---

**ARTIGOS**

âmbito. O que se discute é a *diminuição* dos direitos dos cidadãos para individualizar o dos inimigos (“externos” e “internos”).

Não se ignora os efeitos negativos da pena, reconhece-se como um mal que só pode ser imposto na medida em que se torna necessário para garantir a tutela de um bem maior e na contenção dos graves conflitos normativos gerados por condutas desviantes altamente reprováveis. Se o *risco* se converte em fenômeno central da percepção social, a *ideia de prevenção* perde seu endereço e se consolida como instrumento efetivo e altamente intervencionista da política frente à violência do delito.

7. A *prevenção geral positiva* não fundamenta o Direito Penal nem a pena isoladamente, mas de maneira limitada pelo *princípio da culpabilidade* e acompanhada da missão de proteção subsidiária dos bens jurídicos fundamentais. A *prevenção geral positiva limitadora* tende a uma maior racionalidade diante das tradicionais funções da pena, a relativização do efeito intimidante e a evitação de irreais otimismo em relação ao efeito ressocializante da execução da pena. Representa um progresso em relação ao limite da atuação do Estado (proteção dos bens jurídicos e a limitação do princípio da culpabilidade). Não se pode esquecer a *função preventiva especial positiva*, no momento da execução da pena.

A missão do Direito Penal e Processual Penal, que baliza a *função da pena* no Estado Democrático de Direito, é a proteção subsidiária dos bens jurídicos fundamentais e a efetividade da prestação jurisdicional.



---

**ARTIGOS**

Diante do princípio do pluralismo político emerge o princípio de *tolerância* determinando que os indivíduos suportem as diferenças *não* lesivas (bagatelares), no cotidiano da vida social, e que serve de suporte para os princípios da ofensividade e da lesividade.

O Direito Penal “*tolerante*” cria *espaços livres* de direito abrigoando condutas toleradas na linha de Ferrajoli ao referir-se a maiores e menores vínculos garantistas e estruturais quanto à quantidade e à qualidade das proibições e das penas estabelecidas, onde há dois extremos: o *Direito Penal mínimo* e o *Direito Penal máximo*, a garantia mínima e a máxima. Baliza que o Direito Penal mínimo, “*condicionado e limitado ao máximo corresponde não só ao grau máximo de tutela da liberdade dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza*”. Assim, sublinha que é *racional e concreto* à medida que suas intervenções são previsíveis, isto é, motivadas por argumentos cognitivos. Já o Direito Penal máximo, *incondicionado e ilimitado*, se caracteriza por sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e penas, constituindo-se como um sistema de poder *não* controlável racionalmente pela ausência de parâmetros certos e racionais.

É ferramenta própria de proteção de bens jurídicos relevantes e a aparição de novas realidades propicia a existência de *novos* bens jurídico-penais, bem como a deterioração de realidades abundantes, tornando-se bens escassos. Não se podem esquecer as realidades como a proteção do meio ambiente, do consumidor, a evolução



---

**ARTIGOS**

sociocultural, a proteção ao patrimônio artístico (bens coletivos e interesses difusos), abrindo-se espaço para uma expansão do Direito Penal. Aduza-se o papel do *crime organizado* desde a violação da ordem econômica aos capitais procedentes do narcotráfico, da corrupção sistêmica e do tráfico de armas. Vive-se em uma “sociedade de risco” (*Risikogessellschaft*).

8. A institucionalização da segurança, bem analisada por Silva-Sánchez, em *A expansão do Direito Penal*, mostra uma sociedade de enorme complexidade na qual a interação individual alcançou níveis desconhecidos como a *configuração do risco* de origem humana como fenômeno social estrutural, diante do *progresso tecnológico*, da competitividade geral, exigindo a necessidade de intervenção estatal, diante dos *riscos do cidadão*, nas áreas de proteção da biologia, genética, energia nuclear, informática e comunicações, além do papel de consumidor, usuário e *beneficiário* de serviços públicos. Vê-se o desenvolvimento das *formas de criminalidade organizada transnacionais* que configuram riscos de alta relevância para o Estado e os indivíduos. De outro lado, aduza-se o fenômeno da *criminalidade de massa*, diante da população de rua, com os bolsões de miséria e marginalidade, a alimentar a onda dos tradicionais movimentos de lei e ordem, desrespeitosos às garantias dos direitos fundamentais. O Ministro da Defesa, Raul Jungmann, em seu artigo sobre “Vigilância Continental”, escreveu que “*O recrudescimento do crime no Brasil transcende a esfera da violência e pode passar a*



---

**ARTIGOS**

*constituir uma ameaça à democracia e ao Estado de Direito, capturando instituições e criando, em alguns locais, o estado paralelo, autoritário, no qual não há liberdade nem direito”.*

Diante da revolta social e da intolerabilidade dos ataques aos bens jurídicos na atual conjuntura, agita-se através da mídia o tema do “*Direito Penal do inimigo*”, a *terceira via* do Direito Penal, como ferramenta emergencial em situação dita de “*guerrilha urbana*”, buscando através do quadro fático de casos *excepcionalidade* do conflito urbano, permitir, através do retrocesso da roda da história, renascer restrições secularmente superadas aos princípios de legalidade e seus corolários, legitimando a intervenção estatal que fratura o modelo garantista. O tripé é “*garantista*”, pois se situa na absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia no contexto emergencial.

9. A Expansão do Direito Penal deve ser observada no liminar do século XXI com grandes cautelas diante das *sociedades de risco*, pois as reações devem ser 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”, sob pena da *perenne emergencia*, que tende a “*crescer e estabilizar-se, no século XXI*”.

Acrescenta-se a intenção em curto prazo de resolver o *déficit* com um arsenal de agravações (*more of the same*) em um âmbito crescente de *efeitos puramente simbólicos*



---

**ARTIGOS**

do Direito Penal, que servem para o crédito político do legislador ter respondido com a celeridade os *medos* e as grandes *perturbações sociais*, atendendo os imediatos anseios midiáticos com os severos instrumentos do Direito Penal e da Execução Penal. Aliás, a exacerbação do *medo*, do crime modelado pela percepção do risco, a *hiperdramatização* produzida seletivamente pela mídia, gera sentimentos de insensibilidade social, diante da banalização da violência. A *disseminação do medo*, puramente subjetivo (ausência de fato concreto), é a ferramenta que o *populismo penal* utiliza para programar uma política de intervenção máxima, colocando em risco real as garantias fundamentais da pessoa humana privada de liberdade e fazendo periclitar o Estado de Direito. Ricardo Lewandowski, em “*Desglobalização e Democracia*”, escreve que o mundo contemporâneo caminha para um *populismo autoritário*, presente as desigualdades sociais, diante de um complexo e multifacetado formato. Há uma luta de extermínio entre as religiões e as etnias. Salienta os efeitos destrutivos da violência sociossimbólica “*cada vez mais disseminada nas distintas sociedades, motivadas por razões de gênero, condição econômica, identidade étnica, opção sexual, dentre outras*”. O processo de *recrudescimento punitivo* no findar desta década cria uma expectativa negativa, isto é, o medo do futuro (*Zukunftangst*). Na Execução Penal, há efeitos trágicos com o aumento da superlotação carcerária e a falta de perspectiva a médio prazo da liberdade, convertendo a pessoa privada de liberdade em *vítima* da dissolidarização social. O ministro do Supremo



---

**ARTIGOS**

Tribunal Federal conclui que “*ao fazer coincidir a ideia de democracia com a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, defende a ‘proibição do regresso’ para a concretização do ideal multissecular, ainda que esteja distante de sua plenitude*”. A *solidão* e a *incerteza do futuro* habitam diariamente a mente do apenado durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

**10.** Para reforço dessa conclusão, repele-se a existência de dois Direitos Penais, um tradicional, para os cidadãos, e outro excepcional, para as *não* pessoas. Não se pode fazer reverter a roda da história buscando em seu museu ferramentas superadas. As penas privativas de liberdade estigmatizam e disassociam, pois a educação para a liberdade *não* se realiza através da *prisionalização*. Não se pode olvidar que a pena privativa de liberdade conduz uma escalada dramática e ritualizadora da degradação do condenado. O século XXI se caracterizará pela diminuição da incidência da pena privativa de liberdade substituída por outras sanções de natureza penal, que fogem ao modelo tradicional, educadoras e menos aflitivas, respeitados os direitos e deveres das pessoas humanas, evitando-se o encarceramento. Sabe-se que a pena é uma exigência traumática, contudo ainda imprescindível, repetidamente um mal necessário, objetivando a punição como uma finalidade socialmente útil, uma relação de causa e não de finalidade, cuja teoria é um mar de questionamentos imprescindíveis, que se torna “*uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens*”.



---

**ARTIGOS**

O incremento da construção de prisões deverá ceder à construção de escolas, hospitais e igualdade de oportunidades com a quebra de privilégios, reservando-se aquelas tão só aos completamente inadaptáveis com as regras de conveniência da macrossociedade na desconstrução do “estado-prisão” e a ponte com a criação de patronatos e da assistência efetiva aos egressos. A questão da redução da maioria penal é uma construção de escolha política do legislador, objetivando reduzir situações de conflito social, através do simbolismo da imposição da pena ou do rigor do tempo de encarceramento, como *resposta prática* aos anseios populares de segurança pública, estimulados pelas várias mídias sociais. Impõe-se a humanização das prisões e o respeito à pessoa humana do encarcerado e, com isso, a redução da superlotação e das rebeliões. É imperativo que o Estado conquiste o espaço público. O desaparecimento de criminalizações pontuais para atender os destaques das mídias quando as vítimas são celebridades ou pessoas de poder político ou econômico (“*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança...*”). As prisões do futuro terão menor capacidade, menos guardas, maior disciplina, plena assistência ao encarcerado, diante do processo tecnológico, principalmente, com combate sistemático as causas e concausas da criminalidade.

\*\*\*



---

**ARTIGOS**

---

---

**BIBLIOGRAFIA REFERIDA**

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, apres. Celso Lafer, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1998.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*, trad. Gercília de Oliveira Mendes, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

JUNGMANN, Raul. “Vigilância Continental”, in *O Globo*, 15, 16.11.2017.

KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. C. H. Beck. 2. Auflage, München 1997.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. “Desglobalização e Democracia”, in <http://www.editorajc.com.br/desglobalizacao-e-democracia/>, ed. 206, 20.10.2017.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in *Oeuvres complètes*, Paris, ed. de la Pléiade, Tome II, 1951.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal do Inimigo*, trad. Karyna Batista Sposato, Paraná, ed. Juruá, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal*, Madrid, Civitas, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*, trad. da 11 ed. alemã, por Juan Bustos e Sergio Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Inimigo no Direito Penal - Coleção Pensamento Criminológico*, n. 14, 3 ed., Rio de Janeiro, ed. Revan, 2011.