

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 26/07/2016**

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38514-direito-penal-do-inimigo-terrorismo-e-lei-de-drogas>

**Autore: Marco Túlio Ferreira Dos Santos**

## **Direito penal do inimigo, terrorismo e lei de drogas**

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E DIREITO  
PROCESSUAL PENAL**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO, TERRORISMO E LEI DE DROGAS**  
ALUNO: MARCO TÚLIO FERREIRA DOS SANTOS ORIENTADOR:

**Minas Gerais**

**2014**

**MARCO TÚLIO FERREIRA DOS SANTOS**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO, TERRORISMO E LEI DE DROGAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus por **Marco Túlio Ferreira dos Santos**, como requisito parcial para a obtenção do título de Pós- Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Profº André Vinícius Monteiro

**Uberlândia, 03 de junho de 2014**

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS**  
**PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E**  
**DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO, TERRORISMO E LEI DE DROGAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus por **Marco Túlio Ferreira dos Santos**, como requisito parcial para a obtenção do título de Pós- Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

**Uberlândia, 03 de junho de 2014**

Agradeço a todos que direta ou indiretamente colaboraram nesta etapa da vida tão difícil. A Deus em primeiro lugar por conceder forças sempre que necessário. A minha mãe que de Direito nada entende, mas fez com certeza enorme esforço para ajudar e facilitar. Que bom que conseguiu! A meu pai pelas palavras de apoio e por ter financiado por muito tempo o sonho de ver os filhos doutores. A meus amigos José Silvio e Luís Fernando que mostram-se a cada dia, estar acima da categoria comum. A você meu amigo Alexandre, mais um acadêmico de Direito, que sinto ter influenciado na escolha profissional. Todos sempre ouvindo com atenção mesmo os primeiros esboços. Antes, por vezes absurdos, mas que com efeito do tempo, evoluíram e alcançaram a forma que segue.

“O homem é do tamanho do seu sonho.”

Fernando Pessoa

## **Sumário**

Introdução.....	09
Capítulo 1 – Da Sociedade, do Estado e do Direito.....	13
Capítulo 2 – Do Direito Penal do Cidadão e Do Direito Penal do Inimigo.....	22
Capítulo 3 – Do Terrorismo e da Lei de Drogas.....	31
Capítulo 4 - Das Semelhanças Jurídicas entre o Terrorismo e a Lei de Drogas.....	49
Capítulo 5 – Da Política Criminal.....	59
Conclusão.....	63

## **RESUMO**

Este trabalho visa fazer uma correlação entre o Direito Penal do Inimigo, o terrorismo e a Lei de Drogas. Para tanto, foi pormenorizado ao longo do trabalho, no que possível, a origem do Estado, do Direito e do conceito de cidadão. Trabalhado o conceito de cidadão, passou-se a análise dos direitos e deveres deste. Via de consequência, elucidado a contrário senso aquele que não deve ser considerado cidadão, merecedor, portanto, para parte da doutrina, de tratamento mais rigoroso, a saber do Direito Penal do Inimigo, em prejuízo do Direito Penal do Cidadão.

Feita essa diferenciação, passou-se a análise do tratamento jurídico que recebem as práticas relacionadas ao crime de terrorismo, tanto no cenário nacional quanto internacional. Observou-se, portanto, que os crimes relacionados à Lei de Drogas, são em alguns aspectos semelhantes ao crime de Terrorismo. Em última instância, buscou-se entender de maneira mais clara a origem social da criminalidade, tentando sempre que possível dar enfoque maior ao caos social criado pelas drogas.

Isto posto, creio ser possível, através deste, concluir que o vetor criminalidade não está sempre partindo do sujeito delinquente em direção a sociedade, estando no mais das vezes com direção contrária, partindo portanto, da sociedade para o indivíduo, onde, finalmente concluisse que além de vítima, a sociedade é também algoz, não merecendo portanto o indivíduo tratamento tão estigmatizante e semelhante a política de guerra pregada pelo Direito Penal do Inimigo.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Inimigo. Terrorista. Lei de Drogas. Sociedade. Estigmatização. Cidadão. Criminoso.

## ABSTRACT

This work aims to make a correlation between the Enemy Criminal Law, Terrorism and Drug Law. Therefore, it was detailed throughout the work, whenever it was possible, the origin of the State as an institution of Law as a way to limit the power of this previously mentioned institution and the concept of citizen. Once it was detailed the concept of citizen, we started to analyze the rights and duties of them. As a logic corollary, elucidated by contrary *sensu* those whom should not be considered citizens, deserving so, for part of the doctrine, more stringent treatment, namely the Enemy Criminal Law, on detriment of the Citizen Criminal Law.

Once it has been made this distinction, we started to analyze the treatment that the legal practices related to the crime of terrorism receives, both, nationally and internationally. It was observed, however, that crimes related to Drug Law, are similar in some aspects to the crime of terrorism. Ultimately, we sought to understand more clearly the social origins of crime, always trying, whenever possible, to focus on the social chaos created by drugs and its users/traffickers.

Having that been said, I believe we can, through this, conclude that the vector of criminality is not always departing from the offender towards society. It is more often in the opposite direction, from society to the citizen. As a consequence, aside from victim, society is also tormentor. Therefore the subject does not deserve such a stigmatizing treatment, similar in many aspects to the preached political war by the Enemy Criminal Law.

**Key words:** Criminal Law. Enemy. Terrorist. Drugs Law. Society. Estigmatizing. Citizen. Offender.

## INTRODUÇÃO

O terrorismo é um fenômeno, e não uma conduta específica, cuja origem data do início do conceito de Estado, uma vez que uma conduta terrorista é, elementarmente, uma conduta contra o Estado. Atualmente o terrorismo tornou-se uma preocupação mundial. A amplitude de suas consequências tem feito com que governantes no mundo todo empreendam esforços para anteciparem-se às ações terroristas, ou mesmo preveni-las. Para a antecipação e/ou a prevenção de atos terroristas faz-se necessário compreender a lógica do pensamento de quem pratica tais atos. Desta forma, o presente trabalho visa abordar os ideais terroristas, do ponto de vista do entendimento do que motiva aqueles que têm condutas tipificadas na Lei de Segurança Nacional.

Uma análise do ponto de vista do posicionamento doutrinário, revela que o tipo penal terrorismo não é conceitualizado o suficiente para determinar o que são efetivamente atos terroristas. Para que se possam caracterizar tais ideias, faz-se necessária análise histórica, sociológica e político-criminal do tipo.

Neste trabalho buscar-se-á também compreender o que faz com que as práticas terroristas sejam vistas nos ordenamentos jurídicos de muitos países como merecedoras de uma política com as garantias eseguranças, em sua maioria constitucionais, limitadas. Neste sentido, cabe ressaltar que, no Brasil, a Lei de Segurança Nacional é a única legislação de que se podem valer os operadores do Direito no trato com os terroristas. Para que seja possível compreender as prescrições jurídicas para atos terroristas no âmbito nacional e internacional, serão abordados assuntos relativos aos primórdios do direito.

Para tanto, faz-se no Capítulo 1, uma análise à luz das teorias contratualistas, abordando a influência da sociedade no surgimento do contrato social. Procura-se compreender a natureza do ser humano do ponto de vista de sua criação, e daí que motiva os ditos terroristas a terem tais práticas, ou seja, o que os move filosófica e sociologicamente. Ao se analisar tais conceitos, busca-se também, elucidar os seus extremos opostos, ou seja, compreender o que caracteriza a ruptura com as máximas consideradas pilares

para a sociedade, o que justifica, penalmente, a mitigação destas garantias e direitos constitucionais.

No capítulo 2, trata-se de uma análise dos diferentes entendimentos penais ao longo do tempo, tratando-se neste caso, de interpretação da norma no tempo. Analisa-se sua evolução objetivando compreender aspectos do direito penal do inimigo. Neste sentido comprehende-se o terrorista como um inimigo do Estado.

O intuito ao se falar de Direito Penal do Inimigo, não é, evidentemente, apenas correlacioná-lo com o Direito Penal do Autor, muito menos apenas explicar aquele como sendo uma releitura deste. Indo muito além disso, o objetivo neste trabalho é interligar esses dois conceitos de forma a elucidar nos ordenamentos jurídicos os aspectos que visam oferecer segurança, se impossível à todos, ao menos à maioria da população. O ato terrorista ocorrido nos Estados Unidos em setembro de 2001 intensificou a instabilidade no que se refere à vulnerabilidade a ataques desta natureza no cenário internacional. Particularmente, o Brasil não apresenta histórico de atos verdadeiramente desta natureza, mas alguns atos como, por exemplo, tráfico ilícito de drogas são aos olhos da sociedade, considerados de mesma magnitude. Assim, no Capítulo 3, apresenta-se jurisprudência de eventos desta sorte no Brasil e como é previsto o trato na sua prevenção e/ou no seu combate. Uma análise nestes termos mostra-se profícua no sentido de coibir tais ações.

No capítulo 4 busca-se caracterizar a figura do criminoso, rechaçada frequentemente, e apontada por Baratta (2011) como fruto da incompetência estatal. Neste sentido, ainda de acordo com Baratta (2011), para as escolas Psicanalíticas, Estrutural-Funcionalista, da Socialização Defeituosa e principalmente do *Labeling Approach*, o Estado configura-se como o próprio criador do cenário jurídico que tanto abomina.

Em última instância, no capítulo 5 tentar-se-á otimizar a interpretação e aplicação do Direito, quanto a um problema social que leva todo leigo a pleitear mais tipos penais e penas mais altas sem saber os efeitos negativos de tal pedido. Dizendo ainda mais, sem saber que o corpo social é coautor de toda a desordem e bagunça existente.

Conclusivamente, a revisão da literatura apresentada permite uma compreensão mais profunda do que figura ser um ato terrorista idealisticamente. Compreendem-se também as diferenças entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, bem como as causas que levam os terroristas à perda de garantias e direitos constitucionais.

A jurisprudência de atos terroristas no Brasil remete a uma reflexão no sentido de habilitar o país a entender e tratar sempre que possível de maneira acertada um problema que já assola muitos países. Trata-se da observância de um maior rigor no que tange a entrada de estrangeiros no território pátrio, bem como a uma intensificação de condutas policiais preventivas em locais sabidamente caóticos, coibindo assim, ainda no campo das ideias, a intenção de se questionar a soberania estatal, seja ela a brasileira, seja as outras tendo o Brasil como meio de um fim maior.

Observa-se, portanto, a sociedade não só como destinatária do fenômeno crime que possui um vetor cuja direção é sempre do criminoso para sociedade, mas como criadora do que a muito tempo recrimina.

Por fim, a análise e pormenorização da importância da política criminal para o ordenamento jurídico. Concedendo assim, espaço para decisões valorativas em um sistema que durante muito tempo evitou um direito que não fosse dogmatizado.

# CAPÍTULO 1

## DA SOCIEDADE, DO ESTADO E DO DIREITO

Atualmente Direito é entendido como a ferramenta utilizada para “determinar regras que permitam aos homens a vida em sociedade” (MAZEAUD e MAZEAUD, 1969,p.33). Dito de outra forma, trata-se do necessário estabelecimento de limites e restrições à coexistência social.

Importa frisar que os conceitos de Direito e de Estado confundem-se por várias vezes ao longo do trabalho. Talvez a maior distinção entre eles seja que, o Estado, via de regra, vale-se do Direito para cumprir com o dever pelo qual foi criado. Estes conceitos passaram por transformações ao longo do tempo. Neste capítulo analisam-se as transformações ocorridas com estes conceitos desde o surgimento da sociedade, do ponto de vista contratualista.

De acordo com Ribeiro (2006) três são os principais contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau. Eles são assim conhecidos por terem formulado impactantes e divergentes ideias sobre o contrato social, o que será o primeiro objeto de estudo deste trabalho.

### 1.1 - THOMAS HOBBES

Thomas Hobbes em o Leviatã, a despeito do que parece, não disse que os homens são iguais e que por isso gozam do direito à liberdade. Em verdade, o que se extrai é: “os homens são tão iguais que” (RIBEIRO, 2006, p.74). Mais especificamente o que Hobbes disse foi que, embora os homens não sejam iguais tanto comparados do ponto de vista fisiológico como do de suas faculdades, não há entre eles nenhum que seja tão mais forte ou mais perspicaz a ponto de ser considerado superior. Assim sendo, Hobbes aceitava a existência das diferenças, pregava, contudo, a irrelevância das mesmas quanto aos direitos que poderiam pleitear.

Do dito, decorre que o mais razoável para cada um era atacar o outro, ou para vencê-lo, ou simplesmente para evitar um possível ataque: assim a guerra se generalizou entre os homens.

Para Ribeiro (2006), aos olhos de Hobbes, o homem vivia em um estado de caos e anarquia, a chamada guerra de todos contra todos. Surgiu então a

necessidade de um pacto entre aqueles que viviam em guerra, o chamado contrato social. Por meio deste, houve então uma transição do estado de natureza para o estado civil.

## 1.2 – JOHN LOCKE

Locke, também versado neste assunto, defende em seu Segundo Tratado, um ponto de vista diferente. Segundo Ribeiro (2006), para ele, o homem já vivia em um estado de relativa paz, concórdia e harmonia e que o surgimento do novo Estado é que desencadeou toda a guerra. Tudo isso, justificado pela valoração do instituto da propriedade, o que, sem sombra de dúvidas, começou a aflorar sentimentos ruins.

Fica então, por força dos fragmentos acima, clara e patente, a necessidade do uso da força, seja para defender-se ou para defender suas posses. Admitem-se então duas explicações para o uso da força. A primeira, devida a Hobbes, que a figura do Estado repressor desde sempre foi necessária. Para ele o homem sempre esteve inserido em um contexto belicoso (estado de natureza) e que, neste estado, todo homem tem direito a tudo, posto que,

[...] o direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e consequentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim (RIBEIRO, 2006, p. 78).

Segundo Ribeiro (2006), Hobbes disse ainda que deste estado, os homens só saíram ao renunciar parte dos seus direitos em favor de um ou de uma coletividade de indivíduos com a responsabilidade de zelar pelos interesses da totalidade.

A segunda justificativa, devida a Locke, deriva de que, ainda que o homem vivesse em relativa paz, ele estava agora em guerra graças à propriedade privada.

Em ambas as justificativas o homem aparece em situação de conflito. Surge então uma pergunta: como pôr fim a este conflito? Assim, originam-se as

primeiras ideias do Direito. Começa a ser trabalhada a chamada lei de natureza, lei esta que é base jurídica para a resposta à dita pergunta.

Surge então à necessidade da criação de uma lei que torne real o conceito de justiça, e, assim dê a cada um a sua cota parte.

Segundo Ribeiro (2006), no estado de natureza hobbesiano, todo homem tem direito a tudo. Assim sendo, nenhum homem quer abrir mão de nada, posto que aquilo à que ele abrir mão lhe pode ser útil amanhã para defender-se de outro que também vive no estado de guerra generalizada. Nesta perspectiva, por mais forte ou sábio que um homem possa ser, nenhum prosperará sozinho nestas condições, o que torna necessária a criação de um ente capaz de pacificar e nortear a todos.

Para que este objetivo seja alcançado, não basta que haja apenas a base jurídica. É necessário ainda quem o faça valer, trata-se de um Estado dotado de meios coercitivos, posto que,

[...] as leis de natureza (como justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para em nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros [...] (RIBEIRO, 2006, p. 103)

E assim surgiu historicamente a necessidade de um Estado com poder de fazer cumprir o pactuado. Emerge, entretanto, uma nova celeuma. Até onde devem ir os poderes do governante? Segundo Ribeiro (2006), Jean Bodin, no século XVI, foi o primeiro a afirmar que o Estado deve ter um poder soberano, isto é, uma tamanha autoridade que seja capaz de resolver qualquer lide e arbitrar aquilo que é justo a seu ver.

Hobbes além de desenvolver esta ideia, monta também um Estado condição para a própria existência da sociedade. Ele afiançava tanto este ideal que chegou ainda a dizer que para a pacificação social foi necessário um pacto (contrato social), mas que este não foi realizado entre os governados e o

governante e sim apenas entre os governados. Por essa justificativa os governados não podiam se rebelar contra o soberano. Desse ponto de vista duas são as possibilidades restantes de se chegar ao poder. A primeira realizar contratos individuais com os súditos, o que por si só é inviável e torna possível a ideia de insurgir-se. A segunda de os súditos escolherem o(s) soberano(s) entre candidatos a vaga.

Para isso haveria de existir um pacto anterior a este, logo, fica rechaçada esta possibilidade, já que o contrato social foi para Hobbes o primeiro dos contratos, segundo o qual cada indivíduo abdica do direito de governar-se em favor de outro. De fato, o contrato afirma que

[...] Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em *latin civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falarmos em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode assim ser definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. (RIBEIRO, 2006, p. 105-6.)

De acordo com o contrato proposto por Hobbes, aquele que congrega todas as pessoas da multidão se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos. Importante é frisar a necessidade do poder ser soberano. Neste sentido argumenta-se que caso o poder seja questionado por falta de justiça ou outro ideal qualquer; obviamente aquele que questiona, para obter êxito, tem de ser dotado de um mínimo de poder, o que conduz à crença de que há divisões do poder, e neste caso, volta-se ao estado inicial. O fato de todos serem detentores de poder é o que, segundo Hobbes, leva a guerra de todos contra todos. Segundo Mello (2006), Locke também compartilha da ideia de que o Estado deva ser soberano, pois

se no estado natural o homem vivia em relativa paz, com o estado civil o homem teve consolidado o que de bom havia.

Finda as considerações acerca do surgimento do Estado, surgem questionamentos mais do que pertinentes a este trabalho: E quanto àqueles que não respeitarem o pactuado? Hobbes foi claro quanto a isto. Eis o início da ideia de rompimento com o pacto social, justificativa inclusive para a mitigação de garantias em alguns ordenamentos jurídicos positivados. Nesta perspectiva,

[...] Aquele que voluntariamente ingressou na congregação dos que constituíam a assembleia declarou suficientemente com esse ato sua vontade (e portanto tacitamente fez um pacto) de se conformar ao que a maioria decidir. Portanto, se depois recusar aceitá-la ou protestar contra qualquer de seus decretos, age contrariamente ao pacto, isto é, age injustamente. E quer faça parte da congregação, quer não faça, e quer seu consentimento seja pedido, quer não seja, ou terá que submeter-se aos seus decretos ou será deixado na condição de guerra em que antes se encontrava, e na qual pode, sem injustiça, ser destruído por qualquer um (MELLO, 2006, p.137)

Há, entretanto, situações onde a submissão do súdito não faz nem mesmo sentido. Ora, os súditos só abriram mão do seu estado de natureza por entenderem que, os homens não eram iguais, mas que, por haver a possibilidade de muitos homens quererem a mesma coisa, isto os colocava em situação conflituosa. O Estado foi então criado para que tais situações conflituosas fossem resolvidas por um soberano. Desta forma, o soberano tinha que proteger os seus súditos do estado de guerra generalizada. De acordo com Ribeiro (2006), a falta de proteção não implicava em violação do pacto por parte do soberano, mas sim no enfraquecimento das justificativas para a própria submissão.

Embora todos os comandados tenham a lógica a seu favor, caso o comandante não esteja cumprindo com as expectativas de aniquilar o estado de todos contra todos,

[...] ninguém tem a liberdade de resistir à espada do Estado, em defesa de outrem, seja culpado ou inocente. Porque essa liberdade priva a soberania dos meios para proteger-nos, sendo, portanto, destrutiva da própria essência do Estado. Mas caso um grande número de homens

tenha já resistido injustamente ao poder soberano, ou tenha cometido algum crime capital, pelo qual cada um deles pode esperar a morte, terão eles ou não a liberdade de se unirem e se ajudarem e se defenderem uns aos outros? Certamente que a têm: porque se limitam a defender suas vidas, o que tanto o culpado como o inocente podem fazer. Sem dúvida, havia injustiça na primeira falta a seu dever; mas o ato de pegar em armas subsequente a essa primeira falta, embora seja para manter o que fizeram, não constitui um novo ato injusto. Mas a oferta de perdão tira àqueles a quem é feita o pretexto da defesa própria, e torna ilegítima sua insistência em ajudar ou defender os restantes (RIBEIRO, 2006, p.).

Insurgir-se contra o Estado em conjunto com outros é, nestes termos, o mais sensato posto que aos súditos é concedido, o poder-dever de proteger a própria vida. A concessão deste dever apoia-se no fato de que, o poder do soberano deriva do poder que os súditos tem, ainda que estes sejam caçados por aquele.

Este foi o ponto de vista de Hobbes quanto à possibilidade de rebelar-se quanto ao Estado. Locke tem um mais simples, mas igualmente profundo. Se para Hobbes o governado não deve resistir ao poder estatal, salvo se para preservar sua própria vida e seu próprio poder e assim, indiretamente o próprio poder do Estado, para Locke o indivíduo pode revoltar-se com a atuação do Estado se esta criar uma nova situação de guerra. Nesta perspectiva, segundo Mello (2006), o Estado tem de proteger os indivíduos de guerrear entre si, mas nunca guerreando contra os próprios indivíduos. Se assim não o for, o próprio Estado estará criando um novo estado de guerra.

### **1.3 - JEAN JACQUES ROSSEAU**

Finda a análise dos dois primeiros contratualistas, falemos sobre Rousseau que de tamanha discrepância quanto aos outros tem de ser analisado em separado.

Influência direta a revolução francesa, Rousseau, é considerado revolucionário por ter sido o primeiro a propor a soberania pelo povo (NASCIMENTO, 2006). Montesquieu, influenciado por Rousseau, em “O Espírito das Leis”, trabalha a partição dos poderes hodiernamente utilizada. Foi

muito provavelmente no livro *O contrato Social* de Rousseau que ele inspirou-se (ALBUQUERQUE, 2006).

Se por um lado Hobbes e Locke pregavam a necessidade de que se cedesse parte dos poderes existentes no estado de natureza para que se chegasse ao estado civil, por outro, Rousseau pregava que todos os direitos deviam ser cedidos. Em linhas gerais, ao se conceder parte dos seus direitos à terceiro ou terceiros, com a responsabilidade de administrá-los em função da coletividade, incorre-se no risco de que estes terceiros sejam movidos a agirem por caprichos pessoais. Uma vez que eles são representantes e por isso não foi necessário que também eles abrissem mão de parte de seus direitos. Pelo contrário, o que se vê é que eles não perderam horizontes, mas sim ganharam mais.

Embora pareça contraditório, é no mínimo interessante o pensamento de Rousseau. Prega-se, portanto, que todos devem ceder todos os seus direitos à coletividade para que todos busquem o progresso, atingindo assim um ânimo de melhoria coletiva ao mesmo tempo em que também se atinge um ânimo de respeito, já que tudo passa a ser de todos. O que se vê nas ideias de Hobbes, Locke e Rousseau é o respeito ao contrato social, já que, embora às suas óticas este foi criado por razões diferentes. Das teorias contratualistas apresentadas, parece haver consenso de que o contrato social visa o progresso e o bem estar de toda a sociedade, Ribeiro (2006).

Deste modo, de acordo com este mesmo autor, aquele que desrespeita a soberania, seja ela exercida por um, vários ou todos os indivíduos, ameaça quase que diretamente a sociedade. O que obviamente não é lícito, podendo como consequência, não mais ser um cidadão, posto que do poder dos súditos (cidadãos) emana o poder do soberano. Por conseguinte rebelar-se contra a sociedade ou contra o contrato social são sinônimos, e coloca quem o faz em novo estado de guerra, onde o natural é ser tratado como inimigo.

## CAPÍTULO 2

### DO DIREITO PENAL DO CIDADÃO E DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

#### 2.1 – GÜNTER JAKOBS

Jakobs e Meliá (2010), precursores das ideias do Direito Penal do Inimigo começam seus estudos por dizerem a que serve o Direito, ou seja, trata-se das relações de direitos e deveres existentes em sociedade. Desta forma, esses autores abordam dois tipos de direitos; o do cidadão e o do inimigo.

O cidadão é aquele que faz parte do contrato social. Indivíduo que mesmo ao cometer crimes, não perde este *status* posto que, tudo está no princípio norteador da realização do crime. Do ponto de vista do contrato social comete crimes contra o Estado aquele que com sua ideologia questiona o poder estatal. Não atentam contra o Estado aqueles que com seus crimes falham mesmo em entreter as massas. Este é realmente o lógico, se o contrário fosse, os que cometessesem um crime, ainda que por leve desvio de caráter, se veriam em situação de guerra contra o Estado.

Assim sendo, o cidadão só perde este *status* se rebelar-se contra o poder soberano, condição esta que o transformará em inimigo. Em outras palavras, “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 a guerra” (JAKOBS, 2010, p.28)

Interessante é ainda, chegar à conclusão que o próprio conceito de certo e errado, ou seja, de conduta delitiva ou não, só surge em uma sociedade com um mínimo de ordem já estabelecida. Neste sentido, o fato do cidadão cometer um crime perfeitamente reparável não significa que ele deva ser banido da sociedade. Tais deslizes não significam o fim da sociedade, ou o fim do conceito de Estado moderno, traduzem-se apenas na sua própria nomenclatura, ou seja, meros delitos.

Os meros delitos, assim como os crimes que visam o fim do Estado moderno, devem ter uma resposta à altura por parte do ordenamento jurídico. Como já foi dito, os pequenos deslizes devem receber uma coação estatal.

Assim sendo, os indivíduos que cometem uma conduta tipificada devem sofrer os efeitos da coação estatal, de sorte que, o cidadão criminoso estará sujeito a uma custódia estatal. Neste contexto, entende-se por conduta tipificada, segundo Grecco (2007), aquela que é posterior a lei penal (princípio da anterioridade/legalidade).

A custódia estatal compreende-se, em linhas gerais, no direito que tem o Estado de manter sob sua guarda, preenchidos os requisitos de que fala o ordenamento jurídico, outrem. Em outros termos, trata-se do direito de prender alguém. Há, entretanto, além da custódia estatal, outro tipo de resposta igualmente formulada pelo Estado. Trata-se da medida de segurança.

Como a pena, é a medida de segurança sanção penal. Bem sabemos que esta concepção não é pacífica, mas ontologicamente, para nós, elas não apresentam distinção. São outras diferenças que as caracterizam, e de natureza quantitativa antes que de qualidade. Na pena prevalece o cunho repressivo, ao passo que na medida de segurança predomina o fim preventivo; porém, como já se fez sentir, a prevenção também não é estranha à pena" (NORONHA, 1987, p. 298)

A medida de segurança tem como alvo pessoal os que visam o fim do Estado e como alvo ideológico, juntamente com a custódia estatal, dar feição de real aquilo que a norma trata como teórico.

Sabidamente a norma tem caráter dúplice, sendo o primeiro individual, ou seja, punir especificamente o indivíduo que comete uma conduta tipificada. É, entretanto, no segundo caráter que se concentra o que de interessante há na própria teoria do Direito Penal do Inimigo. Não obstante ao que as massas pensem, a função primordial do direito não é punir aqueles que cometem um crime. Esta é em verdade uma ferramenta para o não cometimento de novos crimes.

Portanto, ao se punir um indivíduo que incorreu em uma conduta tipificada, a mensagem que se passa aos demais indivíduos é de contra-exemplo: não façam o mesmo, ou o mesmo lhes será imputado como pena. Embora esta pareça uma boa tática, existem situações onde esperar que alguém transgrida uma norma para só então punir não é inteligente. Neste caso, transmitir a mensagem não é o suficiente. Esta conduta é de mal tom

para o Estado em face da impossibilidade de reversibilidade ao *status quo ante*. Destarte, o Estado opta por uma postura previdente.

Malgrado os conceitos de cidadão e inimigo sejam disjuntos, existe de maneira velada, um *animus* de tratar alguns indivíduos como intermediários entre esses conceitos. Para Jakobs e Meliá (2010), isto se explica graças aos efeitos negativos que tais indivíduos disseminam no Estado. Logo, as leituras acerca das condutas que, merecidamente constituam um cidadão ou um inimigo podem variar de acordo com o momento histórico em tela.

A conduta para prevenir ou evitar que os cidadãos cometam crimes baseada na punição de um erro cometido por outro cidadão não se aplica para os crimes de terrorismo, tráfico de drogas, âmbito econômico e criminalidade organizada. Nestes casos, os que cometem o crime são inimigos do Estado e as punições são no sentido de preparação para evitar atos futuros. De fato, segundo Jakobs e Meliá (2010)

[...] 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 (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p.29).

Em outros termos, para o entendimento do Direito Penal do Inimigo, é necessário que se entenda que, por vezes é necessário punir antes e investigar depois.

Uma vez compreendida a existência de dois tipos de indivíduos em tela, e que suas condutas produzem resultados substancialmente diferentes à sociedade, extrapola-se o óbvio ao se dizer que, diferente deve ser o tratamento dado a eles. Neste sentido, justifica-se o fato de, ao se escolher dar tratamento igual a diferentes, escolhe-se impor aos cidadãos que arquem com os malefícios daquilo que os inimigos causam. Na mesma linha de pensamento, se não se deseja que, o que de ruim dos inimigos atinja o Estado, também não deve o Estado os atingir com o que de bom possui. Neste diapasão concorda-se com Jakobs e Meliá (2010) ao afirmarem que ao cidadão o processo penal, ao terrorista a guerra velada, ou seja, Direito Penal do Inimigo.

O conceito de terrorista aplica-se àqueles que “rechaçam, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição da ordem” (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p. 35).

As ideias apresentadas até aqui interpretam o cerceamento material dos direitos dos terroristas. Para melhor elucidá-los faz-se necessário contrastar o direito processual do cidadão e o dos que com seus atos enfrentam a soberania.

Ao indivíduo ordinário, assiste o direito de requisitar provas, de assistir aos interrogatórios e o mais importante, de não ser coagido a dizer o que não deseja, posto que, até o direito a mentir, via de regra, existe. Alguns podem olvidar a existência da prisão preventiva, onde o indivíduo ainda que antes da sentença transitada em julgado é mantido em cárcere. Ora, trata-se de situação ímpar, onde o sujeito põe em risco a tramitação ordenada ao processo, e, nesta medida, também é visto como inimigo. Ao seu oposto, o inimigo, o Estado

[...] elimina direitos de modo juridicamente ordenado, fazendo assim referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p.38).

Percebe-se então a patente preocupação, e aqui não se questiona se real ou utópica, com a prevalência do corpo social. Tamanha é a celeuma que, mesmo nos territórios onde os ataques que visam instalar o caos não ocorreram, os seus respectivos governos tem entendido por uma medida mais preventiva o que, evidentemente, tem como reflexo os danos colaterais.

Dito de outra forma, não se deve ter o Direito Penal do Inimigo como uma negação do Direito. Estas reações por parte do Estado são necessárias uma vez que existem situações onde a punibilidade da conduta em si passa a ser insuficiente e só podendo a soberania ser sabidamente mantida por meio das punições de atos preparatórios. Historicamente o Direito punia apenas o resultado, devido a amplitude das consequências de atos terroristas passou-se a punir os atos preparatórios e por fim a presença dos requisitos necessários para causar dano. Ressalte-se que os dois últimos ocorrem em situações ímpares, configurando exceções a regra.

Desta sorte, tais práticas são contrárias ao que pressupõe os chamados Direitos Humanos, gerando assim um impasse. As ideias que tramitam via Direitos Humanos não são compartilhadas como um fim e constituem-se como um grande problema de aplicabilidade. Nos países ocidentais parece existir de maneira pacificada o ideal humanitário. Entretanto, estes por vezes, não podem ser respeitados pelos Estados ainda que este busque a sua respeitabilidade por parte de todos.

Este fato não deve ser interpretado como um contrassenso uma vez que existe uma lógica que o fundamenta. A reflexão é mais uma vez feita por Jakobs e Meliá (2010) de maneira insigne. De fato, em caso de ser o Estado afrontado por práticas que notoriamente são contrárias aos Direitos Humanos, como pode ele, o Estado, aplicá-los sabendo que este é em suma brando em demasia com os que os afrontam. Faltaria proporcionalidade da pena para com os riscos das condutas.

Emerge então uma questão extremamente pertinente, qual seja: é necessário o Direito Penal do Inimigo ou o Direito Penal consuetudinário é suficiente para dirimir os problemas? A resposta a este questionamento vem das reflexões de Jakobs e Meliá (2010). Segundo Jakobs, em Jakobs e Meliá (2010), ocorre que este último possui incontáveis esferas protetivas o que por si só é paradoxal com a intenção de não proteger o inimigo. O Direito Penal do cidadão possui caráter protetivo, quando frente ao inimigo o fim é jamais proteger e sim rechaçar.

Importante é frisar que ainda que sob pena de desrespeitar questões à tanto sedimentadas como os Direitos Humanos, o direito do inimigo configura exceções a regra. Exceções tanto do ponto de vista da aplicabilidade quanto do ponto de vista cognitivo. Neste sentido, punir um indivíduo em específico para com isso punir a um grupo de indivíduos é um contrassenso. É fato que mesmo no mundo do Direito Penal tradicional, contrassensos existem e sempre existirão, a isso, o Direito estará sempre exposto. Portanto, há certo padrão de acerto.

Embora o objetivo principal mas não único do Direito não seja punir, mas sim prevenir, às vezes é necessário que a prevenção comece pela punição. Conforme Durkheim *apud* Baratta (2011), a própria sociedade se

encarrega, com uso da exterioridade e da coercibilidade, de separar os que se adequam ao todo dos que não o fazem. Assim, também o Estado a seu modo o pode, posto que o Estado é a figura representativa do poder social.

A esse respeito Jakobs e Meliá (2010) apresentam pontos de vista distintos. Em que pese à linha de raciocínio de Jakobs parecer ser irrefutável, Meliá possui um ponto de vista diverso do dantes exposto. A seu ver, o ordenamento jurídico positivado tem passado por uma tendência de fácil tradução, porém nem tão fácil compreensão. Trata-se da expansão do Direito Penal. Nesta linha de pensamento, esta expansão gera o fenômeno do descrédito. Esses autores explicam que, o corpo social clama incessantemente por justiça ainda que frente a situações onde o poder soberano pouco ou nada pode fazer respeitando parte de seus próprios fins, e aqui, por fins leia-se princípios fins.

Desse modo, iniciou-se uma etapa em que tipos penais novos passam a ser criados em ritmo nunca dantes visto. Disso extraem-se corpos normativos cada vez mais extensos e, por conseguinte, existe uma probabilidade infinitamente maior, de não cumprimento destes. Some-se a esse efeito, o de que, o Direito Penal está paulatinamente deixando de ser a área do Direito tida como a *ultima ratio*.

Nesta perspectiva, surgem muitos questionamentos a respeito da soberania. Sumariamente, talvez em excesso, o medo provoca diferentes entendimentos do *dever ser* do ordenamento jurídico, mais especificamente o de que trata a esfera penal.

## 2.2 – MANUEL CANCIO MELIÁ

Meliá, em Jakobs e Meliá (2010), na sua leitura do Direito Penal do Inimigo, começa por tratar os conceitos de simbólico e punitivismo. Para o autor, o conceito de Direito Penal simbólico é paradoxal. A muito se têm no direito a representatividade do que figura o ser a sociedade, entretanto, ocorre que, também como ferramenta do *dever ser* o Direito pode ser utilizado. Destarte, se algo efetivamente não é, não há mal em parecer ser, de sorte que o Direito passa a não ser apenas a representatividade da sociedade e sim uma

ferramenta que busca o ideal social. Assim sendo, o Direito Penal simbólico e o punitivista expressam os anseios sociais que clamam incessantemente por justiça.

Como tal, a quantidade de tipos penais e a dureza com que a pena desses tipos é aplicada são, ao menos aos olhos do leigo, meios de se aferir o desenvolvimento criminal de um determinado território. O que, existe é um visível *animus* de criminalização e punitivismo. Nos próprios termos de Meliá, em Jakobs e Meliá (2010),

[...] a carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena com único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código de Direito Penal do Inimigo, sendo este a síntese daqueles (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p. 81).

Ainda de acordo com o ponto de vista de Meliá, em Jakobs e Meliá (2010), o Direito Penal do inimigo é um contrassenso mesmo quanto a sua nomenclatura, uma vez que o simples fato de se falar em Direito coíbe a arbitrariedade, o que de maneira alguma acontece. O autor afirma que o Direito Penal do Inimigo parece ser uma releitura do Direito Penal do autor, o que a muito, deu lugar ao direito penal do fato.

Para a vertente do fato, importa a conduta em si e o bem jurídico lesionado, ou seja, não se pune ninguém por considerar a possibilidade de cometer um ato ilícito, muito menos por apenas estarem presentes as condições necessárias para que se prejudique o Estado.

Assim, uma vez utilizado o Direito Penal do Inimigo em um determinado território, o indivíduo passa a “sofrer” com um ditado a muito utilizado, qual seja: não estar no lugar errado na hora errada, pois se assim o fizer, ainda que nada aponte que este tinha o *animus* de instituir o caos à ordem vigente, o mesmo passará a ser tido como inimigo.

É pertinente observar que também na época do nazi-fascismo o Direito Penal do autor foi aplicado, não constituindo segredo nenhum a repercussão que se obteve frente a este fato. Por conseguinte, é, do ponto de vista do autor Meliá, em Jakobs e Meliá (2010), errada a aplicabilidade deste tipo de Direito

Penal, porque para ele, este é sem a menor sombra de dúvidas ilegítimo, a começar pelo nome, que em verdade em nada se assemelha com Direito.

## CAPÍTULO 3

### DO TERRORISMO E DA LEI DE DROGAS

Como visto anteriormente os atos terroristas oscilam de acordo com o local e com o contexto em que estão inseridos. O Supremo Tribunal Federal possui julgamentos de grande valia para este trabalho. É possível verificar-se em tais ementas colacionadas, o tratamento rigorosíssimo que sofre o indivíduo quando caracterizado o crime de terrorismo.

Processo: Ext. 855 (Extradicação)

Relator: CELSO DE MELLO

Sigla do órgão: STF

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, deferiu a extradição e, por maioria, vencidos os senhores Ministros Carlos Velloso e o Presidente, Ministro Nelson Jobim, condicionou a entrega do extraditando a comutação das penas de prisão perpétua em penas de prisão temporária de no máximo 30 anos, observados, desde que assim o entenda o Senhor Presidente da República, os artigos 89 e 67 da Lei nº 6815, de 19 de agosto de 1980. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falararam, pelo requerente, o Dr. Luiz César Aschermann Corrêa, pelo extraditando, o Dr. Jaime Alejandro Motta Salazar e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fontes, Procurador-Geral da República. Plenário, 26.08.2004.

No julgado acima colacionado, percebe-se o quanto duro é o tratamento dado às práticas terroristas pelo ordenamento jurídico pátrio. Existem algumas benesses, que por vezes alcançaram ao longo do tempo o *status* de princípio deixando de ser tão somente lei, que por vezes atenua a conduta delitiva. No julgado anterior, existe claro conflito de direitos (posicionamentos), quais sejam: os políticos e o repúdio ao terrorismo. Percebe-se ainda a mitigação quanto à área política em benefício do combate ao terrorismo. Este não é o único julgado em que se pode perceber o quanto claro é o posicionamento jurídico pátrio quanto ao repúdio as práticas terroristas.

Seguindo a linha de raciocínio contida no julgado anterior, depreende-se que o terrorismo não é o único crime que merece tratamento mais rigoroso no ordenamento jurídico pátrio. Aliás, eis que as condutas e o assunto deste trabalho começam a se entrelaçar. A lei que define os crimes hediondos trata de maneira igual o crime de terrorismo e o crime de tráfico de drogas. Ante o exposto eis alguns julgados sobre o crime de tráfico que é considerado da mesma magnitude para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro. Como exemplos apresentam-se:

#### **1º EXEMPLO**

Processo HC 78259 / SP

HABEAS CORPUS

2007/0047172-2 Relator(a) MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 30/10/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 26/11/2007 p. 252 Ementa HABEAS CORPUS. QUADRILHA ARMADA E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

PRISÃO PREVENTIVA. 1) EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO TRATADA NO ACÓRDÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. 3) FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE DOS AGENTES E DISTINTO MODUS OPERANDI. LIGAÇÃO COM O PCC. PARTICIPAÇÃO NOS ATENTADOS OCORRIDOS EM MAIO DE 2006, EM SÃO PAULO. APREENSÃO DE EXPLOSIVOS, DETONADORES E CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE CRACK. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. ORDEM DENEGADA.

Seguindo esta exata linha de posicionamento tem-se;

#### **2º EXEMPLO:**

Processo HC 78965 / SP

HABEAS CORPUS

2007/0056626-5 Relator(a) MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 30/10/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 26/11/2007 p. 253 Ementa HABEAS CORPUS. QUADRILHA ARMADA E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.

PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE DOS AGENTES E DISTINTO MODUS OPERANDI. LIGAÇÃO COM O PCC. PARTICIPAÇÃO NOS ATENTADOS OCORRIDOS EM MAIO DE 2006, EM SÃO PAULO. APREENSÃO DE EXPLOSIVOS, DETONADORES E CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE CRACK. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. ORDEM DENEGADA.

Em todos os processos os atos praticados referem-se ao tráfico ilícito de drogas tipificado no artigo 33 da Lei de Drogas

Lei 11.343/06 (Lei de Drogas)

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Embora, a expressão “terrorismo” seja imprecisa e não esteja definida como um tipo penal no direito brasileiro nem no direito internacional, ela é citada na Lei de Segurança Nacional, e na própria Constituição do país, que qualifica o terrorismo como crime inafiançável. No Brasil, a normatização para o tratamento jurídico dado a condutas terroristas, como as tipificadas anteriormente, é prescrita na Lei de Segurança Nacional, em seu artigo 20:

Lei 7170/83 (Lei de Segurança Nacional)

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar

atentado pessoal ou **atos de terrorismo**, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Os atos considerados terroristas, que no mais das vezes ganham visibilidade, são os de “cidadãos” na tentativa de estabelecer uma nova ordem. Aqui o termo “cidadão” é utilizado por falta de um melhor, uma vez que com tais condutas, o sujeito rompe com a ordem social vigente, deixando, portanto, de ter o *status* de cidadão.

Ao longo da história muitos foram os atos tipificados como terroristas, de forma que nenhuma definição consegue abarcar tal variedade, mesmo porque como cediço, o que é ou não terrorismo oscila em função do tempo e local do ordenamento jurídico. No cenário internacional, destaca-se o posicionamento do Departamento de Defesa dos Estados Unidos que caracteriza o terrorismo como um tipo específico de violência, violência esta que é considerada inaceitável.

De maneira geral, da interpretação do acima dito, atos terroristas parecem ser aqueles que mediante violência física e psicológica, atacam governo ou população governada, para incutir medo e/ou terror, e assim alcançar efeitos sociais que ultrapassam as vítimas iniciais do ataque em si.

Seguindo esta linha de raciocínio, e associando-se os atos terroristas aos efeitos sociais alcançados, observa-se que estes se relacionam aos contextos sociais, filosóficos e históricos de cada época de forma que uma conduta anteriormente considerada terrorista pode atualmente não o ser. Da mesma forma o contrário pode e torna-se verdade. Em linhas gerais, há então uma valoração feita pelos operadores do Direito, de maneira a se criar um certo juízo de reprovabilidade quanto a determinadas condutas. Uma vez feito este juízo, que obviamente sofre alterações por força da Filosofia, Sociologia, História e outras, é feita ainda uma segunda análise, qual seja a de observar qual o objetivo da conduta em si. É este objetivo que caracterizará o ato em terrorista ou não. Se for a conduta, meio de se atingir um fim que vise estabelecer nova forma de governo, rompendo, portanto, com a ordem vigente,

trata-se de terrorismo, exatos termos do Princípio da Consunção. Se, por outro lado, a conduta tem fim em si mesma, não há que se falar em crime de terrorismo, via de consequência, muito menos há que se falar em Princípio da Consunção, mesmo porque, em análise ainda anterior, tais condutas estão previstas em outros tipos penais.

“Pode-se falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: i) quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime; ii) nos casos de antefato ou pós-fato impunível. **GRECCO**, 2007, p. 31.

Conclui-se, portanto que o conceito de atos terroristas é dinâmico, ou seja, sofre alterações periódicas, mudando na mesma medida em que a sociedade. Tais atos são, portanto, diametralmente proporcionais ao rumo em que a sociedade toma. Neste mesmo diapasão, se, a sociedade caminha para rechaçar veementemente determinada conduta, e, determinado indivíduo ou grupo de indivíduos insiste em conduta estatal/socialmente lesiva, torna-se possível associar-se tal conduta a atos terroristas. Para tanto, é ainda necessária uma outra valoração que averigua se tal conduta rompe e/ou visa romper com as diretrizes traçadas pelo Governo positivado, ou tem fim em si mesma. Ao estabelecer este juízo verifica-se que se ainda que inconscientemente determinado indivíduo ou grupo de indivíduos caminha em sentido extremo oposto ao que é apontado pelo Estado legitimado pelo pacto social, criando ainda, caos e/ou terror público, evidente que tal conduta assemelha-se a de terrorismo.

Na medida em que se alteram as normas de conduta sociais surgem também novos crimes. Frente à esta nova era de crimes e atentando-se a aparente fragilidade em que se encontra o Estado frente ao fraco poder punitivo aos delinquentes, eis que emergem movimentos sociais que pedem a criminalização e penalização de condutas que, não são tipificadas e das que já são tipificadas, respectivamente. Para Meliá, em Jakobs e Meliá (2010), criminalizar condutas não tipificadas e, penalizar condutas já tipificadas é de longe a pior das soluções.

O Direito Penal, último ramo do Direito, deve preocupar-se somente quando todas as outras esferas de proteção social tiverem falhado, Greco (2009). O brocardo *ultima ratio* foi, mas não mais continua sendo, aplicado frente a insegurança social existente.

"O Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito". (CONDE, 1975, p. 59-60)

O autor Jakobs, em Jakobs e Meliá (2010), enfatiza que o caráter dúplice da pena deve agir tanto de maneira repressiva ao indivíduo autor de uma conduta tipificada, quanto com relação ao caráter retributivo/instrutivo à sociedade.

No Brasil, o sistema carcerário, mostra-se pouco adequado para que a pena assuma seu caráter ressocializador. Via de consequência, a sociedade, observando ainda que de maneira leiga e/ou no mínimo menos técnica, conclui pela existência do caos em que se encontra a sociedade. Como solução, esta mesma sociedade entende que frente às condutas prejudiciais à ela mesma devem existir as leis que tipificam os crimes. Frente aos crimes que já existem, devem existir penas mais severas.

Em anêmica análise, é até possível se chegar a tal conclusão. Entretanto, não podem os operadores do Direito tornar tão simples algo que não é. Meliá, em Jakobs e Meliá (2010) entende que, o problema não se encontra na existência ou não de tipos penais. Encontra-se ainda muito menos na quantidade de pena atribuída ao sujeito quando da análise do juízo de reprovabilidade de sua conduta. O Autor afirma ainda que em verdade, os problemas residem na aplicabilidade das penas combinadas, e na ausência de aplicação de esforços no caráter preventivo. Para ele, a sociedade está exausta de aguardar a única mão "infalível" do Estado, que a despeito do que creem alguns, é largamente mais cara e desgastante, sem ao menos levar a mesma eficácia.

Insatisfeita, e, sem saber a solução para tamanha sensação de impunidade a sociedade entra em uma espécie de transe. Passa, portanto, a acreditar que crime nenhum é punido. Que as leis não são suficientes e que, as

que existem não são cumpridas; que somente alguns são punidos e que estes alguns são em sua maioria pobres, ou seja, reflete de maneira a crer na existência do caos.

Como alternativa de saída deste caos, e, mais uma vez fazendo uso da profecia auto realizável, passa a ver nas drogas a saída de tão deplorável estado. Conforme será abordado, o crime de drogas talvez seja o crime com maior seletividade social. Isto posto, a própria sociedade agindo como agente estigmatizante, passa a fazer crer que pobre que aspira muito tende a envolver-se com o universo das drogas. Mais uma vez o indivíduo cede a coercitividade social e torna-se criminoso.

Segundo Durkheim (2007), fato social é toda maneira de fazer, fixada ou não suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coação exterior. Segue dizendo ainda que o fato social é geral sobre uma dada sociedade, tem existência própria por assim dizer e independe das manifestações individuais. Esclarece que todas as maneiras de ser, fazer, pensar, agir e sentir variam de acordo com cultura e base moral de determinada sociedade, modificando ,portanto, os fatos sociais como um todo.

Do acima exposto, retira-se que o fato social possui três principais características, quais sejam: exterioridade, coercitividade e generalidade.

É exterior, por localizar-se fora do indivíduo. Coercitivo, por ocorrer nos termos sociais. Dito de outra forma, ocorre no mais das vezes de maneira forçosa. Por fim, geral por não estar adstrito aos anseios individuais, mas de uma intersecção dos anseios sociais.

Assim sendo, interligadas estão, a criação social da necessidade de combate ao uso e tráfico de drogas com a própria criação do usuário/traficante.

A droga cria uma espécie de torpor à sociedade que encontra-se desalentada. Torna deglutível as mazelas que ora são pessoais, ora são sociais. Seja como for, é necessário que se trate tal tópico com a seriedade que o mesmo merece e não estigmatizando aquele que tem envolvimento com substâncias capazes de criar dependência como historicamente tem sido. De fato, segundo Junqueira *et all* (2010), a questão da estigmatização do envolvido com substância entorpecente, torna tal desvio comportamental quase

inevitável. Há necessidade de conscientização. As drogas devem perder o rótulo de pecado, de desafio e passarem a assumir o local que de fato ocupam na sociedade. Saúde pública, sem contudo, deixar de levar em consideração os diferentes níveis de abrangência da saúde pública em diferentes frações e parcelas da sociedade.

Neste sentido, a lei 11.343/06 tenta desde seu artigo primeiro dar tratamento diferenciado as figuras de usuários e traficantes,

**Lei 11.343/06 (Lei de Drogas)**

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnac; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

A abordagem dos dois tipos penais é mista. Há uma mistura entre um tratamento que visa rechaçar (tráfico) e a outra que visa um tratamento mais integralizador à sociedade (usuário). Via de consequência, deixa espaço à arbitrariedades. Neste caso, a dicotomia gera grandes problemas. O principal e mais básico é, como na prática, diferenciar usuário de traficante, em especial porque tais tipos coexistem no mesmo indivíduo frequentemente.

Ainda sobre as arbitrariedades, quanto as provas obtidas, ironicamente a teoria majoritária entende que, as palavras isoladas dos policiais são suficientes para a condenação. Justificam tal posicionamento alegando que trata-se de servidores públicos, com credibilidade e não impedidos de depor.

Obviamente tal abordagem fomenta a corrupção e legitima a arbitrariedade. É um sistema inviável, pois viola o sistema acusatório. A polícia pertence ao aparelho persecutório estatal que é titular da ação penal. Via de consequência, não se pode permitir que a parte seja a maior fornecedora de provas, sejam elas fidedignas ou não. Flagrante é, portanto, o caso de auto construção de provas e de afirmações. “O sistema acusatório predomina naqueles países que tem maior respeito pela liberdade individual, possuindo uma sólida base democrática”. (FLORES, 2009, p.43)

Neste mesmo diapasão Tavora (2009) esclarece sobre a necessária separação das funções devendo as mesmas serem conferidas a pessoas diferentes. Assim sendo os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade estarão presentes ao longo de todo o processo. Outro requisito que assim será observado é o da imparcialidade do julgador, pautando-se assim no livre convencimento motivado.

O que se propõe é que a situação seja tratada de maneira mais equânime. A abordagem mista mostra-se flagrantemente inconveniente. A esse respeito, Junqueira et all (2010) afirma que

Trata-se em verdade de uma mescla (a nosso ver desaconselhável) de uma proposta política de diminuição de anos com o uso de medidas humanizantes/construtivas e uma outra tendência política de abolição da circulação de drogas pela forte repressão (guerra contra as drogas). Somos contra modelos “mistos”, pois, no mais das vezes, resultam na escolha aleatória de um outro modelo para cada aplicador, e de acordo com as contingências valoradas de forma arbitrária em cada caso concreto, violando a isonomia e a segurança jurídica. O art. 4º, tentando prevenir tal incoerência, apregoa um “equilíbrio” entre as medidas. De tal contraponto é possível colher critérios para interpretação e compreensão dos ilícitos penais previstos na lei: aqueles relacionados com a traficância tem dinâmica de clássica repressão, com a imposição de sanções que visam retribuição e intimidação. Os ilícitos relacionados aos usuários e dependentes serão tratados a partir de outro prisma como questão de saúde pública e reinserção social, o que significa o abandono da cultura repressiva e a acolhida de mecanismos construtivos, com sanções positivas (JUNQUEIRA e FILLER , 2010, p.250).

Outro elemento que aponta em sentido contrário a da política mista é a, na prática, divisão social a que se observa. O porte de drogas talvez seja o crime com maior seletividade social. Em bom português, só o pobre é pego.

Segundo Pazinato (2012), o sistema penal ao contrário do conhecimento tecnicista em geral pregado, seleciona não a maioria, mas apenas certos indivíduos, segmentos ou grupos especiais. Feito isso impõe, não raro, tratamento arbitrário, marginalizando e excluindo da sociedade, quando em verdade todo o saber penal deveria inserir/reinserir no corpo social o indivíduo e não potencializar sua exclusão.

Zaffaroni (2002), também extremamente atento a esta mazela, aduz que há uma evidente demonstração de que não somos todos iguais. Que não

somos todos igualmente vulneráveis ao sistema penal. Segundo o autor, o sistema penal orienta-se frequentemente por estereótipos criando e potencializando o fenômeno da marginalização. Por meio de um processo de etiquetamento o indivíduo inicia sua evolução delitiva alcançando amplitude com a posterior perseguição por parte das autoridades, não do fenômeno crime em si, mas dos estigmas criados pela sociedade que erroneamente representam a personificação do próprio crime quando em verdade o caminho é inverso.

O Direito possui como área de concentração e maior volume de estudos as ciências humanas. Por isso mesmo não há como se obter um número exato da reprovabilidade da conduta do indivíduo. Neste diapasão, analisadas as especificidades de cada indivíduo é pouco dizer que a vítima na Lei de Drogas é a saúde pública. Ora, além de pouco, é absurdo o simples fato de esperar que alguns dos delinquentes que se encontram na rua, saibam o que efetivamente significa saúde pública. Ainda que saibam, o que se admite apenas pelo amor ao debate, é inconcebível esperar que alguém que vive em um país cujo acesso a saúde pública é limitado diariamente, respeite como “vítima” aquilo que por tanto tempo foi “algoz”.

Do acima exposto, conclui-se que o sistema misto que visa tratar de forma diferenciada o usuário e o dependente de drogas das pessoas envolvidas no tráfico ilícito de drogas falhou. Observa-se então, na melhor das óticas uma nova estigmatização. Se por um lado visava retirar o tabu sobre as drogas em si. Por outro observa-se agora um novo tabu. Observa-se uma maior tolerância com relação a figura representativa da droga em si. A mesma tolerância, entretanto, não se aplica ao “pobre”, as classes financeiramente menos poderosas. Na prática, ressalvados alguns casos, aquele que é detentor de larga quantia em dinheiro tende a ser usuário, o outro, a contrário senso tende a ser traficante, mesmo porque confunde-se várias vezes a finalidade mercantil, que tem de ficar evidente quando do amoldamento ao tipo penal, com a rentabilidade dessa conduta. Um e outro não se confundem. Em outros termos, também neste sentido a lei não alcançou o fim a que se destinava e tornou-se inexequível.

Ante o exposto, vislumbra-se claramente as falhas no sistema misto. Para Junqueira (2010) a lei falhou quanto ao caráter preventivo e quanto às tentativas de reinserção do indivíduo em sociedade. Falha também, evidentemente, no caráter retributivo que tentou dar à conduta do tráfico de drogas. Duas são as políticas contidas neste corpo normativo em questão. A primeira é a política da guerra contra as drogas. Trata-se de um modelo Norte Americano. Política esta que tenta o legislador aplicar aos que cometem o crime de tráfico. A segunda política é a analítica. Esta por sua vez é um modelo Europeu a que se visa usar no tipo de usuário. Embora a Lei de Drogas não se extinga nos tipos de usuário (art.28 da lei 11.343/06) e traficante (art.33 da lei 11.343/06), para os efeitos deste trabalho, ao menos até o momento, estes são os mais importantes. Nestes termos, a aplicação de diferentes modelos/políticas aplicadas a esses tipos penais, restou em mal comum à sociedade. Obviamente que toda a insegurança social existente não é fruto exclusivo dos crimes relacionados a drogas, mas estes são sem sombra de dúvidas volumosos e presentes na vida quaisquer cidadãos, causando assim repulsa e insegurança imensuráveis, ainda que tal contato aconteça apenas televisivamente.

Observa-se que também não basta diagnosticar tais falhas. Mesmo porque, inicialmente é possível que se conclua de maneira simplória que a solução seria ou a mera aplicação do modelo de guerra, que rechaça drogas a qualquer custo, ou, concluir também erroneamente, que basta que seja aplicado o modelo analítico, sempre aos dois tipos e não dissociados entre si como até agora tem sido feito. Essa também seria uma conclusão errada. A despeito das críticas até aqui traçadas, que são contra a aplicabilidade dos conceitos e políticas de guerra ou analítica aplicadas na Lei de Drogas de maneira dissociadas, passa-se agora a análise e crítica da aplicabilidade dissociada de tais políticas e sua aparente insuficiência no trato delitivo quanto as drogas.

## CAPÍTULO 4

### DAS SEMELHANÇAS JURÍDICAS ENTRE O TERRORISMO E A LEI DE DROGAS

#### 4.1 – ESCOLA CRIMINOLÓGICA DO *LABELING APPROUCH*

A Escola do *Labeling Approach* apud Baratta (2002) entende que, em verdade, o crime não é um fato que possa ser dissecado. Trata-se de uma convenção discursiva. É, portanto, aquilo que determinado grupo de indivíduos, em um específico momento histórico, se reúnem e elegem como sendo a categoria crime. Dentro do feixe de condutas possíveis, algumas delas são selecionadas e alçadas ao patamar de crime. Neste sentido, as condutas não são aprioristicamente criminosas, sendo em verdade rótulos sociais criados.

O capítulo anterior aborda exaustivamente a ideia de que há uma enorme estigmatização quanto aos crimes que envolvem drogas. Para apud Baratta (2002) infelizmente, a medida em que, a sociedade rotula uma conduta como sendo criminosa, estabelece inconscientemente e veladamente um “diálogo” com o sujeito que agora representa a figura de criminoso. Via reflexa, graças a pressão social exercida sobre o indivíduo ao vê-lo como criminoso, aos poucos, também este passa a ver-se como criminoso.

Assim sendo, o sistema criminal introjeta no indivíduo a ideia de que é em verdade um delinquente. Obviamente, no início essa introjeção não ocorre de maneira rápida e isenta de resistência, entretanto, a insistência social de ver ocupado eternamente o mais desgraçado dos bancos, acaba por convencer até mesmo o próprio sujeito.

Segundo a Escola criminológica do *Labeling Approach* apud Baratta (2002) existem agências estigmatizantes que acabam por reforçar esse resultado. Até o momento o fenômeno do crime fora observado como sendo um vetor que parte do indivíduo para a sociedade. Ora, nesta abordagem, existe ainda a possibilidade do evento se dar na via contrária.

A própria sociedade atua como agente que rotula aqueles que praticam delitos motivados pelo uso ou tráfico de drogas, esta é a ideia central defendida pela escola criminológica do *Labeling Approach*, conforme afirma Hassemer (2005). Segundo este autor o *Labeling Approach* é o mesmo que focar no etiquetamento, ou seja, neste processo de rotulação do indivíduo. Diz ainda que a criminalidade é um processo de imputação aplicada pela polícia, pelo ministério público, pelo tribunal penal e pelas outras instâncias formais de controle.

Neste mesmo sentido, defendendo a existência prejudicial desse processo de etiquetamento, Molina (2002), define o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor, como sendo dependentes de processos sociais de definição. Dito de outra forma, trata-se das etiquetas mencionadas. Via de consequência, uma vez feito este processo de rotulação, é atribuída ao autor o estereótipo de delinquente. Assim sendo, a criminalidade originária é criada pelas instâncias ou repartições do controle social que não detectam ou declaram o caráter delitivo de um comportamento. Isto posto, em verdade este comportamento é gerado pelas instâncias de controle social.

Seguindo esta mesma linha de posicionamento, tem-se,

Praticamente quase todas as teorias existentes sobre a criminalidade e suas causas (teorias etiológicas) são teorias ou hipóteses sobre por que se chega a ser delinquente, ou seja, autor de um delito. A ênfase aos aspectos individuais, biológicos ou psicológicos na gênese do delito, dão lugar a uma Microcriminologia, cujo enfoque se dirige fundamentalmente ao autor do delito, bem o considerando individualmente, bem o situando no grupo social onde vive e onde aprende os complexos processos socializadores e onde surgem os conflitos delitivos. A acentuada ênfase aos aspectos sociais na gênese do delito, dão lugar a uma Macrocriminologia, que se ocupa mais da análise estrutural da sociedade na qual surge o delito (HASSEMER, 2005, p. 20).

Para Baratta (2002), as agências estigmatizantes acabam por funcionar como uma forma de reforço negativo, sempre vendo o indivíduo como a “ovelha negra” qualquer que seja o local em que se encontra. Seja dentro de casa, na

escola, no serviço e/ou em outros locais. Esta pressão e descrença sobre o sujeito, acaba por convencê-lo de que é, em verdade, um criminoso. O pretendamente criminoso, parte integrante da sociedade, seja como cidadão ou não, sob a ótica do Direito Penal do Inimigo, entende que a ele criminoso existe o sistema penitenciário. Inconscientemente, passa o indivíduo a ter como aceitável condutas que antes não eram. Os freios morais deste hipotético indivíduo passam a serem relativizados. Em outras palavras, o sujeito começa a ceder ao fenômeno crime e acaba por ser preso.

Desta forma, o indivíduo que antes não era criminoso, sofreu tanto as ações das agências estigmatizantes, que teve sua conduta finalmente coroada. De fato está preso e seguiu o que lhe foi predestinado pela sociedade, tornou-se criminoso.

Segundo Merton *apud* Veras (2006) a Self-fulfilling prophecy, ou, melhor dizendo, profecia auto realizável é inicialmente uma falsa definição da situação que acaba por gerar um efeito reflexo que, este sim traduz-se em um comportamento delitivo.

Seguindo este diapasão tem-se,

Lemert desenvolve particularmente esta distinção, de modo a demonstrar como a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um “commitment to deviance”, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o trouziu (BARATTA, 2002, p.89).

#### **4.2 – ESCOLA CRIMINOLÓGICA DA SOCIALIZAÇÃO DEFEITUOSA**

Esta escola criminológica promoveu enorme avanço historiográfico da criminologia, mudando o foco até então existente. Até o surgimento desta escola, a criminologia estudava o crime puramente a partir de fatores endógenos, intrínsecos a anatomia do indivíduo. O criminoso só o era, portanto, porque o crime já estava em sua natureza, dentro dele.

A partir desta escola a criminologia passa a aceitar a existência de fatores exógenos, ou seja, fatores que se encontram fora do indivíduo. Esta escola possui alguns desdobramentos que corroboram para com o entendimento deste trabalho, afiançando o acima mencionado quando da interpretação da Escola do *Labeling Approach*. Trata-se de escola precursora no argumento de que o crime é um processo de aprendizagem. Tanto quanto se aprende a virtude, aprende-se também o comportamento delitivo.

#### **4.2.1 – TEORIA DO BROKEN HOME**

Esta é a primeira teoria que configura alguns desdobramentos da Escola da Socialização Defeituosa.

Segundo Baratta (2002), dentro desta escola, a Teoria do Broken Home, parte do pressuposto de que o criminoso, não raro, vem de uma família desestruturada. Surge então o criminoso/crime, como reflexo de um lar desorganizado. O crime é, portanto, para essa teoria uma reação à uma frustração familiar. Esta teoria estabelece uma relação entre os lares que sabidamente são menos estáveis e a propensão dos jovens nelas inseridos ao fenômeno crime.

Existe entretanto, certa divergência entre os doutrinadores mais clássicos e os mais modernos. Para aqueles o *broken home* é resultado. Tem, portanto, a família como vítima. Para os mais modernos. Trata-se do contrário.

#### **4.2.2 – TEORIA DOS CONTATOS DIFERENCIAIS E TEORIA DA SUBCULTURA DE GRUPOS**

Do mesmo grau de importância que a Teoria do Bronken Home, que reforça a ideia de que se deve rechaçar o estigma de criminoso, existem as Teorias dos Contatos Diferenciais e da Subcultura de Grupos. A primeira teoria apregoa que o crime é fruto de um processo de aprendizagem. Tanto quanto o

ser humano aprende a virtude, aprende também o vício. O crime é, portanto, processo de aprendizagem.

Para compreensão da segunda teoria mister se faz elucidar o que é pauta de valores e o que significa pauta de valores oficial. A teoria da subcultura de grupos entende que o legislador cria para a sociedade leis. Analisado mais profundamente, cria uma pauta de valores segundo a qual, a partir dos tipos, ou seja, das leis existentes a sociedade comprehende o que se espera e o que não se espera. Assim sendo, por meio desse diálogo tácito existente entre legislador/leis/pauta de valores e a sociedade, ficam estabelecidas expectativas positivas ou negativas sobre os sujeitos.

Quanto ao adjetivo oficial, esse é de fácil compreensão, por ser criada pelo legislador e não por outro sujeito qualquer, trata-se de uma pauta oficial. Pauta esta que é a utilizada pelo Estado quando da elaboração de decisões como culpado ou inocente.

Assim sendo, esta última teoria afirma que o crime é um contraexemplo da pauta de valores oficial, determinada pelo legislador, a ser seguida socialmente. Ocorre que na prática, não existe apenas uma pauta de valores. A pauta de valores oficial é a contida a contraexemplo nos textos normativos. Existem, entretanto, pautas não oficiais, criadas por diversos grupos de indivíduos quanto a questões religiosas, políticas, financeiras e outros.

Resta, portanto, evidenciada onde inicia-se a ideia de ruptura do pacto social.

#### **4.2.3 – RUPTURA COM A PAUTA OFICIAL**

No tópico anterior evidenciou-se um exemplo de ruptura com a pauta oficial de valores. Os atos terroristas, bem como os tipos previstos na Lei de Drogas, não são sempre, enfrentamentos descarados a legislação vigente. Ainda que o sejam, ante todo o exposto, mais que vítima, o próprio Estado, em conluio inconsciente com a sociedade, cria, reforça e potencializa a ideia de delinquência onde nem sempre a mesma existiu. Dito de outra forma, o

Estado/sociedade, não mais ocupa o papel de vítima(s) perfeita(s), passando a ser coautor da criação da figura do criminoso e do crime propriamente dito.

#### **4.3 – ESCOLA ESTRUTURAL-FUNCIONALISTA**

Segundo a escola Estrutural-Funcionalista o crime é algo normal. É algo que ao contrário do que se possa crer é esperado. Para os principais teóricos dessa escola, quais sejam: Émile Durkeim e Robert Merton o comportamento que fora criminoso, por vezes se torna o comportamento virtuoso. Como exemplo tem-se Jesus Cristo e Galileu Galilei.

Tais teóricos seguem ainda dissecando tal teoria aduzindo que o crime é algo necessário, posto que caso contrário viveríamos em uma sociedade demasiadamente estagnada.

Robert Merton parte do pressuposto de que o crime é fruto daquilo que chama de anomia. É fruto da discrepância entre fins culturais e meios institucionais. Aduz que constantemente o indivíduo é bombardeado por fins que a sociedade deseja serem atingidos. Melhor dizendo, a sociedade exige que se adote determinado padrão de consumo e de vida para ter-se estereotipado o rótulo de bem sucedido ou não.

A Escola Estrutural-Funcionalista, diz essencialmente que existem os fins culturais e os meios institucionais. Fins culturais são tudo aquilo que a sociedade espera que o indivíduo tenha/seja. Um bom carro, uma boa casa, uma boa viagem e outros. Os meios institucionais por outro lado, são os meios socialmente aceitos para se buscar tais fins. Eventualmente, os meios institucionais não são suficientes para se alcançar os fins culturais. Os primeiros são impotentes para com os segundos. Dá-se a isso o nome de anomia. A anomia por sua vez pode gerar quatro tipos de respostas comportamentais, quais sejam:

- a- Inovação: na inovação o sujeito assume positivamente os fins culturais porém nega os meios institucionais, buscando esses fins por meios alternativos.

- b- Ritualismo: o indivíduo nega os fins culturais exigidos pela sociedade e se abraça com os meios institucionais.
- c- Apatia: o indivíduo aceita positivamente os fins culturais e também os meios institucionais, se resignando, se conformando com a impossibilidade de alcançar os fins culturais pelos meios institucionais que tem a disposição.
- d- Rebelião: são eleitos fins alternativos a serem alcançados por meios alternativos.

Assim, tem-se que a inovação é matéria de maior destaque quanto ao estudo do fenômeno crime. Trata-se de movimento em que o indivíduo assume os fins culturais, porém, frente a impotência dos meios institucionais disponíveis, elege meios alternativos, à saber, crimes.

[...] a desproporção entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes [...] (BARATTA, 2002, p. 63).

Neste mesmo diapasão tem-se,

[...] a cultura coloca, pois, aos membros dos estratos inferiores, exigências inconciliáveis entre si. Por um lado, aqueles são solicitados a orientar a sua conduta para a perspectiva de um alto bem estar; por outro, as possibilidades de fazê-lo, com meios institucionais legítimos, lhes são, em ampla medida, negadas[...]. (MERTON *apud* MORIN, 2000, p. 65).

#### **4.4 – DAS CONCLUSÕES SOBRE AS DIFERENTES ESCOLAS CRIMINOLÓGICAS**

Da combinação das três escolas criminológicas abordadas, Escola Estrutural-Funcionalista, Escola da Socialização Defeituosa e Escola do *Labeling Approach*, conclui-se quatro coisas:

(a) o fenômeno crime surge também na sociedade (e tem como vítima o sujeito) que coroa a predestinação socialmente feita por meio dos estigmas criados.

[...]o *labeling approach* representa uma mudança para a sociologia antiga a qual assumiu que o controle social era uma resposta ao desvio. Venho a pensar na ideia oposta, isto é, que o desvio é uma resposta ao controle social, é igualmente viável e uma premissa potencialmente mais rica para o estudo do desvio nas sociedades modernas[...](LEMER apud LARRAURI, 1992, p. 28).

(b) o Estado criado para defender os interesses sociais por meio do contrato social, elegeu para si uma pauta de valores oficiais, mas que não é a única.

(c) a negação da pauta de valores oficiais, combinada com o desejo de outra pauta gera o fenômeno crime. Embora a figura do crime tenha como justificativa inicial a defesa dos interesses sociais, eventualmente, a própria sociedade atrai o crime para si ao estigmatizar e ao não flexionar a pauta oficial.

(d) a reiterada tentativa de ver outra pauta de valores sendo aceita como a oficial pode ou não gerar a ideia de ruptura do pacto social, dependendo evidentemente dos interesses políticos no momento existentes.

Quanto ao terrorismo, tal condição, qual seja a conceituação como sendo uma conduta que rompe ou não com o pacto social existe mesmo porque este crime é de difícil pormenorização quanto a tipificação. Dissecando ainda mais, a própria tipificação é a adoção de uma pauta oficial. A pauta oficial por sua vez quem irá determinar se uma conduta específica consiste ou não em atos de terrorismo ou outros tipos penais.

Outros tipos autônomos que vem caminhando para serem ainda que, apenas academicamente tratados como atos de terrorismo, são os crimes tipificados na Lei de Drogas.

Ora, já se sabe que a conduta “rotulante” do Estado acaba por criar um sistema que fomenta o Direito Penal. Este, deveria ser a *extrema ratio*, no trato contra os delinquentes. O que se observa na prática, é Estado e sociedade, criando o Direito Penal como meio institucionalizado de controle social. Entretanto, Estado e sociedade, são destinatários da benesse e, ao mesmo tempo, criadores do cenário que necessita desta benesse. Em outras palavras, criam um sistema para defesa própria, entretanto, a própria mazela também por eles é criada.

Neste sentido, é interessante que se observe as diferenças entre traficante e usuário, sendo aquele, consequência lógica deste. Atentos a profecia auto realizável que cria o Estado quanto ao fenômeno crime, é de se concluir o papel avassalador que produz o Estado/sociedade sobre a psique do cidadão, capaz mesmo de inverter os papéis de alvo e vítima.

A Escola do *Labeling Approach*, mais especificamente quanto às agências estigmatizantes e quanto ao interacionismo simbólico, traduz o fenômeno do crime, como sendo um movimento de transformação da figura do usuário na figura do traficante. Interessante analisar que, as razões que levam o indivíduo a ser usuário são diferentes das que o fazem evoluir na escala de repugnância e reprovabilidade social, tornando-o traficante. Mesmo quanto a questão do uso de drogas, também a sociedade possui culpabilidade declarada com base nas teorias da criminalidade acima elencadas. Como quem pode mais, pode também o menos, maior culpabilidade ainda, tem a sociedade no caso de tráfico de drogas, uma vez que o delito do tráfico parece ser a evolução do criminoso que antes usuário, aceita desempenhar o personagem estatalmente escolhido para si e coroa a macabra profecia, tornando-se traficante. Esta transformação recebe socialmente a ideia de que o traficante é ainda mais criminoso, mais repugnante, é um bandido.

Assim sendo, aceito o papel, a trama desenrola-se de maneira que o Estado não queria a figura do usuário, mas a atraiu para si com a conduta

estigmatizadora. Adicione-se a esta conduta a falta de políticas intervencionistas, políticas que quando diagnosticado um lar desestruturado, financeira e moralmente, sejam capazes de preventivamente evitar por exemplo o amoldamento da Teoria do *Broken Home*. Para Baratta (2002) este cenário por sua vez, potencializou o erro inicial o que resulta no fenômeno mundialmente rechaçado hoje, qual seja o tráfico de drogas/entorpecentes. Corolário lógico disto, o processo de estigmatização cresce de maneira nunca dantes vista frente ao poder global de processo e transmissão de informações. Neste mesmo diapasão, diametralmente proporcional, também nunca se viu antes o fenômeno do tráfico e do terrorismo assumindo papel de tamanho destaque, quer no cenário nacional, quer no cenário internacional.

Ante todo o exposto, as conclusões a que se chega são do ponto de vista penalista, avassaladoras. O Estado cria o Direito Penal para tutelar a sociedade quanto as mazelas mais importantes. Cria, entretanto, um sistema que por si só faz ser necessário Direito Penal.

Parte desse sistema clama por novas políticas. Dê-se a isso o nome de adoção de pautas não oficiais de valores. Na prática, o que se observa é que, a bel sabor estatal, a inobservância da pauta oficial, combinada com o potencial de fragilizar este “Leviatã”, faz com que tais condutas mereçam ser tratadas combinando-se primeira e segunda velocidades do Direito Penal.

#### **4.5 – VELOCIDADES DO DIREITO PENAL**

A primeira velocidade do Direito Penal, tem como características penas e garantias rígidas. A segunda por sua vez, possuí penas brandas e garantias flexíveis. Por fim, a terceira velocidade do Direito Penal, também intitulada Direito Penal do Inimigo, é um recorte estatal conveniente de características da primeira e da segunda velocidade do Direito Penal. Tamanha é a fúria estatal para com tais indivíduos que no Direito Penal do Inimigo, a regra é penas severas e garantias flexíveis, facilitando assim a punição potencializada de quem o Estado, comumente por culpa própria, não consegue ressocializar com

o Direito Penal do Cidadão, ou, como é frequentemente chamado, Direito Penal.

Relacionados estão, portanto, terrorismo e Lei de Drogas. Indivíduos que, apenas em análise inicial, mereciam ser tratados de maneira mais firme e terem limitadas suas garantias processuais e por vezes constitucionais pelo Direito Penal do Inimigo. Estes indivíduos, mais do que crê o vulgo, não são autores de crimes contra a ordem e organização estatal. São em verdade, anomalias, vítimas criadas por um sistema, que também criou o Direito Penal. Sociedade e Direito Penal, em vez de tutelarem juntos seus interesses, criam uma dinâmica em que o ciclo nunca seja saudável. Tanto mais preconceituosa e estigmatizante é a sociedade, tanto maior é a existência dos crimes de tráfico e de terrorismo. Tanto mais incorporados são os personagens nos cidadãos pelas agências estigmatizantes, maiores e mais potentes se tornam os crimes por eles praticados. Como resultado disso tem-se, atentados cada vez mais violentos e chocantes, e traficantes cada vez mais adstritos a tal atividade.

A parcela restante da sociedade, observando a completa desestruturação da mesma, na maioria das vezes sem saber se tratar de culpa própria, agarra-se ao Direito Penal como se este fosse a tábua de salvação. Reivindica, portanto, mais crimes (tipos penais) e penas mais severas. Isso acaba por potencializar o ciclo vicioso. Os movimentos de criminalização e de penalização, aumentam o tamanho do Direito Penal como um todo sem aumentar sua eficiência. O Direito Penal torna-se cada vez mais volumoso, criando em conjunto com a sociedade um cenário que juntos buscam rechaçar, mas que com tais condutas apenas fomentam.

Nesta mesma linha de raciocínio, terrorismo e delitos relacionados as drogas, alcançam finalmente escala nunca antes vista, o que erroneamente gera um Direito Penal mais rígido, o que acaba por amoldar-se perfeitamente ao acima elencado. A estigmatização torna-se mais poderosa, criando, repita-se, ainda mais evidente, cenário negativo e de auto destruição estatal.

## CAPÍTULO 5

### 5.1 – POLÍTICA CRIMINAL E DIREITO PENAL

Segundo o doutrinador Claus Roxin, na celebre obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, a política criminal combate a criminalidade, função que era inicialmente tarefa do direito penal.

Atualmente o direito penal no sentido jurídico do termo é responsável pela função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual dos indivíduos frente ao poder estatal. Em outras palavras, houve uma inversão do que inicialmente era apregoado. Criou-se a ideia de fim no direito penal/política criminal, sendo que, para alcançar tal fim é necessário respeito ao Código Penal que ironicamente é tratado como “magna carta do delinquente”. Esta expressão tornou-se famosa com as novas leituras jurídicas posto que, o Código Penal, criado para ajudar a sociedade, acaba por proteger o indivíduo que contra ela se levanta. Dito de outra forma, ao indivíduo que coloca em cheque o pacto social.

De acordo com Liszt (1969), existe uma espécie de conflito de abordagens entre a política criminal e o código penal, aqui lido com o sistema penal de maneira mais ortodoxa. Segundo o doutrinador,

“enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio do poder estatal, enquanto nos ativermos ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a rígida arte de uma interpretação de leis que opere com princípios científicos manterá a sua importância”(ROXIN apud Liszt, 2012, p.02)

Há, portanto, diferenças de abordagens. A sistemática do direito penal serve para evitar arbitrariedades e insegurança jurídica. Como ciência sistemática, fica garantida a uniformidade da aplicação da lei por meio de suas estruturas intrínsecas. Assim sendo sem a estruturação sistemática do conceito de crime, as soluções dos casos concretos permaneceriam inseguras e subordinadas aos sentimentos.

Evidentes estão, portanto, as vantagens de um trabalho que tanto se preocupa com questões conceituais. Infelizmente, apenas no campo acadêmico é suficientemente justo este amoldamento dos casos concretos aos conceitos elaborados. Dito de outra forma, teoria e prática são universos dissociados.

A intenção do saber penal como um todo, mesmo quando de sua origem não era apenas a de conferir igualdade, envolvia também outras finalidades. Caso igualdade e organização fossem os únicos objetivos, não haveria sequer a necessidade da existência da política criminal. Entretanto, o que se observa é uma exagerada rigidez quanto ao trato penalista. Herança do saber penal clássico, que confere portanto o que é função do direito penal, sem contudo solucionar efetivamente o problema social trazido pelo crime.

A celeuma é tão grande que, de um lado a sistematização e dogmatização criam e transmitem segurança jurídica livre de decisões arbitrárias. De outro, não resolvem o problema em concreto da mesma forma que a utilização de métodos político valorativos tendem a resolver.

Desta forma, a discussão sobre qual abordagem escolher tornou-se mais do que desestimulante, tendendo mesmo a ser contraproducente. Não há como conceber um cenário social-jurídico deduzido de conceitos sistemáticos superiores, ou seja, não há cenário sem os freios conceituais estabelecidos pelos dogmas do direito penal. Mesmo porque haveria flagrante retrocesso, tendendo a arbitrariedade e ao acaso.

Ante todo o acima exposto, fica evidente certa herança do positivismo jurídico que caracterizava-se pela tentativa de abolir as dimensões político-sociais. É exatamente este movimento que acaba por sentenciar a discrepância entre direito penal e política criminal. O direito penal só seria ciência propriamente dita se e tão somente se, ocupar-se da análise conceitual das regulamentações dos fatos sociais e da sua ordenação no sistema. A política criminal por outro lado, tem como responsabilidade primeira o conteúdo social bem como os fins do direito penal, ou seja, encontrando-se fora do âmbito jurídico.

Ao contrário do que se possa pensar, não deve existir hierarquia entre as duas abordagens. Talvez o termo que melhor se amostra a esta situação, por

falta de um melhor, deva ser ordem. Isso significa dizer que, para efetiva solução dos conflitos, deve existir uma ordem de análise entre as diferentes abordagens do saber penal. Inicialmente, talvez seja mais produtivo uma abordagem um pouco mais livre, sofrendo menos com as contra pulsões das teorias e conceitos criados pelo direito penal, resolvendo-se autonomamente os problemas, para só então, depois de feita essa abordagem político-criminal, fazer-se um controle complementar ontológico pelo e para o direito penal.

## 5.2 – DOS RISCOS DA ABORDAGEM PURAMENTE ONTOLÓGICA DO TIPO

"Não se podem desconhecer os perigos de uma dogmática reduzida a fórmulas abstratas: elas estão no fato de que o juiz passe a confiar no automatismo dos conceitos teóricos, não atentando, portanto, às peculiaridades do caso concreto. O essencial é sempre a solução do problema; exigências sistemáticas, por serem menos importantes, devem recuar para um segundo plano". (ROXIN, 2012, p.8)

Até o momento, percebe-se com grande clareza a falta de tipificação quanto ao que são os atos terroristas em si. A ideia central deste trabalho foi desenvolvida de maneira a evidenciar a dificuldade que se tem de pormenorizar o que são os atos terroristas propriamente ditos. Admitida a premissa de que tais atos são em verdade atos que visam, ou seja, que tem como finalidade nova pauta de valores oficial, entende-se também, via de consequência que o fenômeno do tráfico de drogas hoje se assemelha, a nível acadêmico, ao fenômeno do terrorismo. Ambos possuem em sua base o condão de tornar a pauta de valores oficial desacreditada. Melhor dizendo elegem tais sujeitos ativos, nova pauta de valores.

Inicialmente há de se concluir que o certo seria a pormenorização das condutas e assim dar o tratamento adequado. Para Meliá, em Jakobs e Meliá (2010), infelizmente esta é tarefa de difícil empresa por se tratar de tipo penal que visa limitar direitos e garantias fundamentais individuais, por isso mesmo, é necessário que este tipo seja claro e preciso o suficiente para que não se confunda a tentativa estatal de coibir tais atitudes com a limitação dos direitos e garantias fundamentais individuais em si. Dito de maneira mais simples, não

dar liberdade ao terrorismo, sem contudo, ferir a liberdade do indivíduo. Segundo Meliá, em Jakobs e Meliá (2010), existe um movimento penalista que visa tipificar todas as condutas. Visa assim ter um tipo penal para quaisquer escorregões sociais. Leia-se criminalização.

A desvantagem da criminalização, ou seja, da conceitualização de todas as condutas reside no fato de que conceituar significa no mais das vezes limitar. Limita-se portanto o direito do Estado de punir o indivíduo caso aquela conduta não tenha um tipo próprio (princípio da legalidade).

Desta forma, é possível concluir que a sistematização e a dogmatização criam um sistema que passa segurança jurídica, livre de arbitrariedades excessivas. Por outro lado, um sistema eminentemente legalista, em que não há espaço para decisões valorativas, não atinge o fim pretendido, mesmo porque, as figuras do criminoso e do crime sofrem transmutações frequentes, o que impede o perfeito amoldamento do tipo a conduta. Tal amoldamento ocorreria se as modificações legislativas ocorressem na mesma frequência em que o fenômeno crime sofre modificações. Infelizmente um processo legislativo tão volúvel acabaria por criar um cenário em que a insegurança jurídica não ocorresse em função das sentenças por assim dizer, seria criado pela instabilidade do corpo legislativo existente, onde ora determinada conduta é reprovável, ora não o é.

O tipo penal terrorismo é portanto um tipo ‘aberto’, ou seja, é um tipo que não passou pelo processo de conceitualização, mesmo porque o próprio conceito de terrorismo, muda inegavelmente a medida em que os interesses de governo e governados mudam Baratta (2002). Assim sendo, para que este tipo seja aplicado, passa necessariamente pelo crivo e valoração dos operadores do direito. Corolário lógico, para que crime ‘x’ ou ‘y’ seja tratado como atos terroristas há que ser feita certa valoração.

O direito penal se analisado completamente dissociado da política criminal resulta no cenário jurídico que conhecemos, o de total caos. Adotando-se apenas o direito penal, existe relativa segurança jurídica, não alcançando, entretanto, o fim social pretendido. Por outro lado, adotada a política criminal isolada, criam-se situações que são completos absurdos para o direito

positivado por darem azo a decisões manifesta e excessivamente arbitrárias, o que resulta em enorme insegurança jurídica. De todo o exposto, Roxin (2012) aponta como caminho correto

deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõe uma unidade dialética [...] (ROXIN, 2012, p.20)

### **5.3 – DA RESSOCIALIZAÇÃO**

O intuito ressocializador do Estado frente aos crimes é inegável. Seus métodos e eficiência por outro lado que são questionáveis. Ressocialização não significa usar de penas indeterminadas ou colocar os condenados à disposição do tratamento forçado estatal.

Outro tópico de grande valia é a conclusão que os crimes de terrorismo ou os relacionados a lei de drogas que, conforme pormenorizado tendem a romper com a pauto de valor oficial, embora sejam crimes diferentes, são mesmo quanto a sua etiologia crimes por definição. Assim sendo, ainda que de espécies diferentes, como inclusos no mesmo gênero crime, merecem ressocialização. O fato de determinados crimes tenderem a abordagem do Direito Penal do Inimigo, não significa o abandono do Estado quanto à função de ressocializar. Pelo contrário, em função do risco criado, tendem a ser de maior importância a ressocialização de tais indivíduos do que de criminosos ‘comuns’. O termo comuns aqui utilizado por falta de um termo melhor.

Segundo Roxin (2012), não se observa movimento jurídico no sentido de criar uma unidade sistemática que vise conciliar direito penal e política criminal. Infelizmente, tal conciliação deveria ser feita mesmo quando da criação/interpretação da teoria do crime. Esta última, não só deixa de ter em conta a importância da política criminal que, tenta dar maior efetividade aos ultrapassados conceitos imóveis do direito penal, como também funciona

garantindo maior assertividade na solução dos casos concretos. Corroborando para com esse posicionamento, observa-se ainda uma teoria do crime que em verdade é um mosaico dos ápices das antigas interpretações da teoria do crime. Observe-se a teoria finalista da ação que é a tradução da interpretação ontológica do fenômeno crime. De tal sorte, o que se tem é um questionável desenvolvimento ontológico/conceitual, mas que, vai paulatinamente distanciando-se cada vez mais da eficácia social pretendida. Dito de outra forma, cresce o direito penal, sem contudo crescer com ele a sua eficiência, evidenciando-se portanto, um papel ressocializador cada vez mais utópico.

## Conclusão

O objetivo do trabalho era, sumariamente, examinar a conduta para atos considerados na mesma magnitude dos atos terroristas, do ponto de vista do Estado brasileiro. Tal objetivo se deve à necessidade de prevenir ou coibir atos desta natureza dada intensificação destes em escala internacional. Para tanto, foi feita uma análise do que configura ser o contrato social. Este possui, ao menos neste trabalho, três óticas diferentes. Hobbes, o primeiro, prega que o homem vivia no Estado de natureza e, assim, de guerra de todos contra todos. Ainda segundo ele, a transição foi feita por meio de uma abdicação de uma parcela de direitos feita por parte de todos em função de um indivíduo ou uma assembleia de indivíduos com o dever de nortear a sociedade. Locke por outro lado, entendia que o indivíduo já vivia em um estado de paz e tranquilidade, onde a figura do Estado só se fez necessária para concretizar algo já existente. Em outros termos, já era bom, mas com o Estado ficou melhor. Rousseau via o Estado de uma forma toda particular. De tão particular é visto até os tempos atuais como revolucionário. Segundo ele todos os indivíduos cederam todos os seus direitos em função da coletividade, assim sendo todos faziam parte do Estado, era então o povo, no controle da máquina estatal.

Uma vez analisada a importância do contrato social para o Estado, ficou claro que este precisaria de poder de coação, para assim compelir os indivíduos a fazerem parte do todo ou simplesmente abandonar o *status* de cidadão e passar a ser visto como inimigo, ou, em outros termos, terrorista. Iniciada a ideia de que terroristas são os que não se submetem ao julgo estatal fica clara a necessidade de serem eles tratados diferentemente daqueles que perfeitamente se adequam. Que se frise que adequar não significa não cometer crimes, mas sim eventualmente cometer aqueles que em nada prejudicam a hierarquia positivada.

Jakobs e Meliá (2010) diferem quanto à legitimidade do Direito Penal do inimigo, ferramenta utilizada no combate aos terroristas. Para o primeiro, não se deve sujar o Direito Penal tratando quem não faz *jus* a ele da mesma forma

com que se tratam os cidadãos. Meliá por outro lado acha que nem mesmo deve ser assim chamado este tratamento por carecer de princípios, o que de fato configura a ciência como sendo a ciência de Direito.

Conclusivamente, é possível por meio da leitura deste trabalho, assimilar que os atos terroristas embora estejam tipificados na Lei de Segurança Nacional, não se esgotam nela. Como já foi dito, os fatos que constituem o terrorismo propriamente dito oscilam de acordo com o contexto, e, inegavelmente, o Brasil se encontra em situação de crise quanto ao tráfico de drogas e crimes de responsabilidade. Dificilmente se obteria um conceito quanto ao que é efetivamente terrorismo. E ainda bem que isso ocorre. A realidade esmagadora é a de que o Direito Penal precisa a cada dia mais da política criminal se busca alcança efetivamente a paz e a ordem social. A conceitualização do tipo acabaria por limitar o poder interpretativa e valorativo do Direito Penal. Embora exista enorme risco a segurança jurídica, resta evidente a necessidade de se conceder tal prerrogativa ao operador do direito se o fim pretendido é de fato coesão social.

Embora o cenário jurídico careça de mais espaço para decisões valorativas, há que ser feita reforma no sentido de conceder tal espaço de maneira inteligente, evitando-se, portanto, absurdos jurídicos. Neste mesmo diapasão, resta evidente o trabalho preventivo eficaz, e não este que despeja misera caridade ao pés dos necessitados, maquiando populismo para que este pareça-se com trabalho preventivo. A prevenção há de ser feita observando a política criminal. Há de ser feita de maneira a minorar as discrepâncias financeiras existentes que acabam por fomentar a inovação, resultada da busca dos fins sociais. Há ainda que ser feita a prevenção psicológica, de maneira a dar condições mentais, àqueles que precisam enfrentar dia após dia o ímpeto pela inovação, onde os freios criados pelo ‘superego’, tonam-se insuficientes frente as pulsões de um ‘Id’ que ganha a cada dia que passa mais força, fazendo portanto o caminho inverso do que se espera.

Trata-se, mais uma vez, de um problema de política criminal, ou seja, o problema já não é da quantidade de leis existentes, posto que estas são mais do que necessárias para que exista um mínimo de segurança jurídica evitando-

se portanto as excessivas arbitrariedades. Jakobs e Meliá (2010) possuem ideias diferentes quanto à legitimidade do Direito Penal do Inimigo, entretanto, ambos concordam que é uma questão no campo dos princípios. O princípio último da criação do Estado é, entretanto, a preservação da coletividade, da maioria. Aproxima-se o momento em que o Direito Penal do cidadão deixará de existir, posto que, uma vez que o Estado se mostra relativamente indiferente a atos que o colocam em cheque, não tardará até que todos queiram participar do que parece ser uma vida pretensamente mais fácil, devida a sua aparência desregrada e boemia.

É chegada, senão tardiamente, a necessidade de que se incorpore no ordenamento jurídico as políticas criminais. A análise conceitual se mostra a muito insuficiente e paradoxal. Conforme cediço, o Estado criou o direito penal para funcionar com ferramenta que ajuda na coesão social. Na prática o que se observa é um cenário que faz exatamente o contrário. O direito penal, em conjunto com a sociedade, fomenta o fenômeno crime enquanto o Estado se mostra apático e impotente nas políticas que visam a prevenção o não cometimento, ou, ao menos, o retardamento do dito fenômeno.

## REFERÊNCIAS

- 1- ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. 287 p.
- 2- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- 3- CORLETT, J. A. **A philosophical analysis**. Chapter 5. Can Terrorism ever be morally justified? p.112.
- 4- DURKHEIM, É. **Fato Social e Divisão do Trabalho**. Ed. Ática, 2007.
- 5- FLORES, M. M. **Apontamentos sobre os sistemas processuais e a incompatibilidade (lógica) da nova redação do Artigo 156 do Código de Processo Penal com o sistema acusatório**. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 9, n. 53, p. 42-56, dez/jan. 2009.
- 6- GARCÍA. P. M; GOMES, L. F. **Criminologia**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 7- GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- 8- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- 9- JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Tradução e Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010. 118 p.
- 10-JUNQUEIRA, G. O. D.; FULLER, P.H.A. N, **Legislação Penal Especial**. vol. 1, 6<sup>a</sup>.ed São Paulo: Saraiva, 2010.
- 11-LAQUEUR, Walter. **A History of Terrorism**: with a new introduction by the author . Nova Iorque: Little, Brown, 1997. p. 7. 1 vol. I;

- 12-LARRAURI, Elena. **La herencia de a criminología crítica.** Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1992.
- 13-MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L.; MAZEAUD. J. **Lições de Direito Civil.** ed. Paris : Montchrestien 1969, p.33
- 14-MELLO, L. I. A.. John Locke e o individualismo liberal. In WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política.** 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. 287 p.
- 15-MORIN, Edgar. *Ciência com consciência.* 4. ed. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- 16-MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal.** Barcelona: Bosch, 1975.
- 17-NASCIMENTO, M. M.Rousseau: da servidão à liberdade. In WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política.** 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. 287 p.
- 18-NORONHA. E. M. **Direito Penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1.
- 19-RABELLO, Aline L. **O conceito de terrorismo nos jornais americanos.** Uma análise de textos do New York Times e do Washington Post logo após os atentados de 11 de setembro, p.11. Rio de Janeiro. PUC-RJ, 2007;
- 20-RIBEIRO, R. J.. Hobbes: o medo e a esperança. In WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política.** 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. 287 p.
- 21-ROXIN, C. - **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**, ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar 2012, p.2
- 22-VERAS, R. P. **Os Crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), PUCSP, São Paulo, 2006.