

# **O PODER DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PELA VIA DO PROCEDIMENTO INQUISITÓRIO**

**Waldir Miguel dos Santos Júnior**

**Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas. Advogado.**

**Warlen Soares Teodoro**

**Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas.**

## **RESUMO**

O Direito Penal e Processual Penal vem passando por transformações fundamentais nos últimos anos. Com o aumento da criminalidade, teorias vêm sendo criadas com intuito de punir a qualquer preço. Neste sentido, tem sido utilizado o chamado direito penal do inimigo de Gunter Jakobs, ou seja, normas jurídicas penais elevadas a potencialização máxima. Será que isto é novo? Ou já existiam mecanismos ainda que não sistematizados do chamado direito penal do inimigo. O procedimento inquisitório é uma herança da vergonhosa Inquisição, sistema instaurado para se manter o poder e privilegiar a verdade absoluta evitando assim a contestação. Este artigo destaca o Direito Penal do Inimigo enquanto mecanismo de poder. Ao longo deste trabalho abordam-se temas correlatos à lógica inquisitória, mas nunca distanciando do foco, que é discutir a relação de causa efeito da pertinência temática do procedimento inquisitório, adotado claramente no Processo Penal brasileiro, com o direito penal do inimigo, enquanto entrave aos elementos fundamentais de construção do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS CHAVE:** Poder. Direito Penal do Inimigo. Procedimento Inquisitório.

## **ABSTRACT**

Criminal law and Criminal Proceedings is undergoing fundamental transformations in recent years. With the increase of crime, theories have been created with the intention of punish at any price. Thus, it has been used so-called criminal law of the enemy Gunter Jakobs, or criminal legal standards high maximum potentiation. How is this new? Or mechanisms existed if not systematized called the criminal law of the enemy. The inquisitorial procedure is a shameful legacy of the Inquisition, the system established to maintain power and privilege absolute truth avoiding contestation. This article highlights the Criminal Law of the Enemy as a mechanism of power. Throughout this paper we address issues related to the inquisitorial logic, but never away from the focus, which is to discuss the relation of cause and effect of the thematic pertinence of inquisitorial procedure, clearly adopted in criminal proceedings Brazilian, to the criminal law of the enemy, as a barrier to the elements of building a democratic state Law.

**KEY-WORDS:** Power. Criminal Law of the Enemy. Inquisitorial procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal e Processual Penal vêm sofrendo alterações significativas, sobretudo, com o aumento da criminalidade, cada dia mais desenfreada, fenômeno que pode ser observado, de uma forma geral, em todo o mundo. Em contraponto criam-se teorias e mecanismos jurídicos para tentar frear o aumento da violência, sendo que deste cenário emergiu a teoria do “Direito Penal do Inimigo”.

Este singelo trabalho tem por objetivo discutir esta doutrina que tem por escopo, a potencialização máxima das normas jurídico - penais, nas quais não vigoram garantias - princípios fundamentais, postulados irrenunciáveis do Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>.

Para tanto será analisado pelo chamado procedimento inquisitório ou inquisitivo, adotado no Processo Penal como via- mecanismo unilateral de persecução criminal, enquanto mecanismo de poder.

Portanto, este trabalho estará focado numa interdisciplinaridade constante e problematizante do Direito Penal e Processual Penal, buscando a todo o momento identificar como o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs<sup>2</sup> é aplicado pelo Estado como mecanismo de poder e controle social. Com estes prévios esclarecimentos, o trabalho inicia explicitando a noção de direito penal do inimigo e seu caráter binário.

Em seguida, será realizada uma análise de como o direito penal do inimigo é uma ideia antiga, sendo sistematizado por Günther Jakobs. Para tanto será estudado pelo chamado procedimento inquisitório adotado no Tribunal de Inquisição, neste momento se indicará a atualidade desde procedimento no processo penal.

No último item, tem-se a lógica do procedimento inquisitório, ou seja, a blindagem do poder pelo controle e pelas formas de organização de Estado. Por fim, em sede de considerações finais, têm-se os resultados conclusivos de toda pesquisa.

Em linhas sintéticas esta é a difícil missão que ora inicia.

---

<sup>1</sup> Paradigma adotado na PUC Minas. Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias “O Estado Democrático de Direito é a fusão de dois princípios ou sistemas conexos, o Estado Democrático e o Estado de Direito. O Estado de Direito tem como ideia central a retirada do poder centrada na figura do monarca [...]O Estado democrático, por sua vez, liga-se a ideia da forma de legitimação do poder exercido pelo Estado, que é o povo[.]”. DIAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 2012 p.57-58.

<sup>2</sup> JAKOBS, Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

## 2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEU CARÁTER BINÁRIO

Segundo a teoria do Direito Penal do Inimigo seria perfeitamente possível dividir os indivíduos de um Estado em cidadãos; detentores de direitos, e, aqueles que não seriam cidadãos, seriam inimigos.<sup>3</sup>

Contudo, esta aceitação parece ser no mínimo contraditória, pois uma sociedade que queira construir um Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>, em que a única forma de legitimidade é o povo<sup>5</sup>, não pode haver um direito penal específico para uma parcela do povo e outro direito penal para a outra.

O direito penal do inimigo, nesta ótica proposta por Jakobs seria a potencialização máxima das normas de direito penal. Em outras palavras, todas aquelas pessoas que não cumprissem a Constituição seriam inimigos, e, portanto, destituídos de direitos.<sup>6</sup>

Em contraponto, Manuel Cancio Meliá assinala que “O direito penal do cidadão é um pleonasma; e Direito Penal do Inimigo seria uma contradição em seus próprios termos”<sup>7</sup>, isto porque como já apontado em um Estado Democrático de Direito esta decomposição dos indivíduos é impossível.

Acrescenta-se que não se pode mais com o desenvolvimento da dogmática penal diferenciar os indivíduos atribuindo responsabilidade jurídica penal com base nas características pessoais do autor. Neste sentido ressalta o próprio Meliá:

Como é sabido o direito penal do inimigo jurídico-positivo viola como discutido habitualmente, em diversos pontos do princípio do fato. Na doutrina tradicional o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal segundo a qual a responsabilidade jurídico-penal está excluída quando se basear em meros pensamentos, rechaçando um Direito Penal orientado com base numa atitude interna do autor<sup>8</sup>. (CANCIO MELIÁ, DIEZ, 2006, p.373, (Tradução Nossa)<sup>9</sup>

<sup>3</sup> JAKOBS Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas...*p. 22.

<sup>4</sup> Entendemos que o Estado Democrático de Direito é uma obra inacabada eternamente em construção, sendo o processo o espaço legítimo de participação no Direito, neste sentido nossa linha de pesquisa no Mestrado da PUC Minas “O processo na construção do Estado Democrático de Direito.”

<sup>5</sup> Neste sentido Friedrich Muller que “o povo deve ser visto como instância global da atribuição de legitimidade democrática é somente neste sentido é que são proferidas *decisões judiciais em nome do povo*”. (MULLER apud DIAS, 2012, p. 25). DIAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito...* p. 25.

<sup>6</sup> JAKOBS, Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas...*p. 27-36.

<sup>7</sup> JAKOBS, Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas...*p. 74.

<sup>8</sup> CÂNCIO MELIÁ, Manuel; DIEZ, Carlos Gómez Jara. *Derecho penal del enemigo.El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires. Edisofer.s.l Livros jurídicos, 2006. p. 373. v.1.

<sup>9</sup> Como es sabido, el Derecho penal del enemigo jurídico penal- positivo vulnera, así se afirma habitualmente em la discusión, em diversos puntos el principio del hecho. Em la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo com el cual debe quedar excluída la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir. Como rechazo de un derecho penal orientado com base en la actitud interna do autor.

Nessa esteira, não há como dividir os indivíduos em um Estado Democrático de Direito, onde imperam princípios e garantias fundamentais para todos, não sendo possível a flexibilização destes direitos para uns e maximização para outros.

Cancio Meliá , afirma que a teoria de Jakobs pratica o não direito penal, vejamos:

[...] O conceito de direito penal do inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente o não Direito Penal presente nas legislações positivas: por um lado, a função da pena neste setor, que difere da do Direito Penal verdadeiro; por outro lado, como consequência do anterior, a falta de orientação com base do Direito Penal do fato.<sup>10</sup>

Dividir as pessoas de um Estado em cidadãos e não cidadãos, não é algo novo, o que Jakobs fez foi sistematizar esta decomposição, veja-se que na Inquisição com a vinda dos mouros e dos judeus para o ocidente, a igreja católica temendo a perda do controle eclesiástico sobre as pessoas, já apregoava esta diferenciação.

Nesse mesmo sentido, é interessante lembrar que nos idos de 1930 Carl Schmitt, proeminente jurista e pensador alemão, que era simpatizante ao pensamento nazista, já aderiria a dicotomia amigo/inimigo como política de Estado<sup>11</sup>.

Cancio Meliá observa que e A união do direito penal simbólico e do punitivismo, surge o direito penal do inimigo, a saber:

O Direito Penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também[...] um específico tipo de autor , que é definido não como igual, mas como o outro. E parece claro, outro lado, que para isso são necessários traços vigorosos de punitivismo.<sup>12</sup>

Nesse cenário, direitos e garantias processuais, são flexibilizadas; segundo coexistiriam imposições de penas, e, ainda os princípios e garantias processuais estariam diminuídos.

Nessa esteira, a união fraternal entre o direito penal do inimigo e o procedimento inquisitório é evidente, pois, para se decompor os indivíduos em cidadãos e não cidadãos é necessário a instalação de uma estrutura legal que permita ao Estado agir de forma que blinde o acusado de qualquer acesso as prova, com precisão leciona Leonardo Augusto Marinho Marques, “Ele não conhece o conteúdo da acusação e nem o teor das provas. Mas, ainda

---

<sup>10</sup> JAKOBS, Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas...*p. 89.

<sup>11</sup>ARROSI, João Paulo. *Direito Penal do Inimigo e Totalitarismo*. In: FRANÇA, Leandro Ayres ( Org.) . *Tipo: inimigo*. Curitiba, FAE, 2011. p 63.

<sup>12</sup> JAKOBS, Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas...*p. 88.

assim, tem o dever de demonstrar a sua inocência ou, pelo menos, de ser convincente no interrogatório, não obstante a prevenção do inquiridor. A hipótese já foi formulada”.<sup>13</sup>

O mais interessante disso, é que tais ideias com o aumento de crimes como terrorismo, tráfico de drogas, vêm crescendo muito. É possível detectar o direito penal do inimigo pela via do procedimento inquisitório em quase todas as legislações do mundo.

Tanto na lógica inquisitória, como no direito penal do inimigo há uma coisificação do acusado<sup>14</sup> pois, o animal humano nasce culpado<sup>15</sup>. O que se objetiva é a eliminação do não cidadão, como bem acentua João Paulo Arrosi “a eliminação de um indivíduo, não significa, necessariamente, sua morte biológica [...]”<sup>16</sup>

Extirpando garantias processuais, o direito penal do inimigo pela via do procedimento inquisitório não dialoga com seus cidadãos, uma vez que sua política é meramente vingativa, ou seja, seu objetivo não é o direito, e, sim manter a ordem social, seja a que preço for.

Mas como bem lembra Rosemiro Pereira Leal, no Estado Democrático de Direito, isto é impossível, “[...] em nível de Direito Democrático o direito ruim, bom, certo ou errado há de ser produzido pelo povo [...]”<sup>17</sup>

Nesse sentido, é possível afirmar que o direito penal do inimigo não encontra guarida, quando estudado no paradigma do Estado Democrático, pois nesse, qualquer decisão só é legitimada pelo povo, não comportando divisão cidadão e não cidadão, o povo, como já explicitado é uma unidade indivisível.

### **3 DIREITO PENAL DO INIMIGO ANTES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Segundo Günther Jakobs seria perfeitamente possível esta diferenciação dos indivíduos de um Estado, no entanto este fenômeno, não é novo como já mencionado, a Inquisição da igreja católica já seguia esta linha.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Hiper racionalidade inquisitória: processo penal, Constituição e crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*, coord. Gilson Bonato, Lumen Juris, 2011. p. 483.

<sup>14</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das leis processuais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 88.

<sup>15</sup> Esta ideia é retirada de Hobbes, no sentido que o homem é ml por natureza. JAKOBS, Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas...* p. 25-27.

<sup>16</sup> ARROSI, João Paulo. Direito penal do inimigo e totalitarismo. In: FRANÇA, Leandro Ayres (Org.) *Tipo: inimigo...* p. 60.

<sup>17</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.48.

<sup>18</sup> JAKOBS, Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas...*

Para melhor entender o procedimento inquisitório é necessário compreender alguns dogmas da própria Igreja Católica, é impossível fazer um estudo do procedimento desassociado da lógica católica. A igreja desde os primórdios se funda na política de não contestação, a verdade absoluta sempre permeou a sobrevivência da igreja.

A humanidade foi criada na graça de Deus. A criação era um livro aberto que falava do Criador. Porém em Adão e em Eva ela decaiu. Perdeu os dons sobrenaturais (a graça) e mutilou os dons naturais (obscureceu a inteligência e enfraqueceu a vontade). As frases da criação se decomuseram em palavras soltas e sem nexos. Os seres humanos não conseguiam mais ler a vontade de Deus no alfabeto natural (revelação natural). Deus se compadeceu e nos entregou um outro livro, escrito por judeus e cristãos, as Escrituras sagradas, que contêm o alfabeto sobrenatural (revelação sobrenatural). Mediante ele, podemos refazer as frases da criação e assim ter acesso às verdades divinas sobre o ser humano e o universo. Nas Escrituras, como num depósito (depositum lidei), estão todas as verdades necessárias para a salvação.<sup>19</sup>

É necessário intérpretes representantes da vontade divina, são dotados de infalibilidade, portanto suas decisões são incontestáveis. “a verdade não é construída sob pena de perder seu caráter absoluto”<sup>20</sup> É assim que surge a mentalidade inquisitória, inaugurada pela Inquisição, o sistema se fecha em si mesmo, pois somente Deus conta com a verdade e como o homem comum não consegue atingi-la necessita de intérpretes autorizados, o que gera um ambiente de culto e adoração à uma inteligência infinitamente superior. Jacinto Coutinho resume a lógica Inquisitória como “o maior engenho jurídico que o mundo já conheceu; e conhece [...]”<sup>21</sup>. Logo, “Qualquer experiência ou dado que conflita com as verdades reveladas só pode significar um equívoco ou um erro, um obstáculo ou desvio no caminho da eternidade.”<sup>22</sup>. Com advento do *Manual dos Inquisidores*, escrito em 1376 por Nicolau Eymerico<sup>23</sup>, fica claro qual o fundamento da lógica inquisitória; o crime, o erro não são problemas, mas sim a oposição ao dogma, a contestação, assim nasce à ideologia dos regimes totalitários modernos.

Com efeito, o medo é uma ferramenta eficaz para se consolidar o poder. O próprio processo jurídico proceduralizado pelo *Manual dos Inquisidores* mostra como o dogma o

---

<sup>19</sup> BOFF, Leonardo, Prefácio, inquisição: “um espírito que continua a existir”. In: EYMERICO, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro (RJ): Rosa dos Tempos, 1993. p. 9.

<sup>20</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. 7. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011. v.11.

<sup>21</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.18.

<sup>22</sup> BOFF, Leonardo, Prefácio, inquisição: “um espírito que continua a existir”. In: EYMERICO, Nicolau; PENA, Francisco. *Manual dos inquisidores...* p. 10.

<sup>23</sup> EYMERICO, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Tradução Afonso Celso Godoy. Curitiba: Juruá, 2009.

prelúdio da verdade regia o rito inquisitório<sup>24</sup> “As provas fornecidas pelos condenados por heresia só eram aceitas se delatassem alguém, nunca se testemunhassem a favor de alguém, pois se um herege declara a favor do acusado, pode supor que ele o faz por ódio à Igreja. Numa mentalidade kafkaniana<sup>25</sup>. “Para começar, os prisioneiros da Inquisição não eram informados sobre as denúncias contra eles, nem sobre quem os delatava. Em vez disso, em sua primeira audiência eram indagados sobre seus pais e avós e, em seguida se tinham inimigos que podiam tê-los denunciado por maldade.”<sup>26</sup> A paranoia pela verdade já estava construída, cabia ao acusado somente confessar ou delatar outras pessoas.

A defesa praticamente não existia, advogados eram personagens meramente figurativas, já que eram escolhidos pelos inquisidores. Como mostra Toby Green “esses advogados eram escolhidos a dedo não deviam fazer nenhuma sugestão ao cliente, a não ser aconselhar a confessar; a única obrigação do advogado era abandonar pessoa considerada pertinaz ou herege, teimosa, isto é alguém que não confessava.”<sup>27</sup> A insistência infundada é característica comum do procedimento inquisitório “Se uma denúncia parece desprovida de qualquer aparência de verdade, o inquisidor não deve riscá-la de seu livro por causa disso; por que o que não é desvelado em um momento poder ser em outro.”<sup>28</sup> Infelizmente, tal característica contém uma contemporaneidade assustadora, vez que com o aumento da criminalidade e a gana de se combater a impunidade. A gana emergencial no combate à criminalidade fez com a legislação aderisse ao procedimento inquisitório, principalmente para aplicar o Direito Penal do Inimigo.

#### **4 A BLINDAGEM DO PODER ATRAVÉS DO PROCEDIMENTO INQUISITÓRIO**

A Constituição Federal de 1988 tem como característica ser democrática e pluralista, no entanto, ainda assistimos atônicos mecanismos no nosso direito que fomentam a concentração do poder na figura do Estado e o afastamento de procedimentos que fomentem a participação, o que só faz reforçar o Direito Penal do Inimigo.

Por isto, necessário compreender como o Estado organiza e estrutura a administração da justiça, pois assim se terá uma ideia em consequência, se este Estado é, ou tem tendências

---

<sup>24</sup> GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Tradução de Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 103.

<sup>25</sup> Franz Kafka, escreve O Processo romance em que se suscita justamente esta mentalidade sigilosa e burocrática da Justiça.

<sup>26</sup> GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo...* p. 104

<sup>27</sup> GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo...* p. 106.

<sup>28</sup> EYMERICO, Nicolau. *Manual dos inquisidores...* p. 18

autoritárias ou democráticas. Esta é a ideia defendida por Mirjan Damaska em “Las Caras de La Justicia Y El Poder Del Estado.”

Nesse sentido ele propõe este estudo sob através de dois modelos o chamado sistema hierárquico, que se estrutura verticalmente, típicos de países oriundos da tradição continental (civil law) como o Brasil, e o modelo paritário, em que se poderia indicar uma certa horizontalidade, pois permite uma maior participação das partes e o Estado apenas reagindo e não agindo.

Por motivos óbvios, trabalhe-se aqui o modelo hierárquico, por entender que é este o modelo claramente adotado pelo Estado brasileiro, sobretudo, como modelo ideal de persecução penal na aplicação do direito penal do inimigo pela via do procedimento inquisitório.

Contudo, a visão de Damaska não pode ser vista como um abandono da inquisitorialidade, isto porque ela não é núcleo duro e coeso de sistema, mas sim uma ideia fragmentada que se transforma no tempo e no espaço. Pois se é sistema, forçoso concluir que é resultante de uma gama de normas e princípios. Como bem lembra Geraldo Prado “[...] não encontraremos, quer onde prevalece a estrutura acusatória, quer onde predomina a inquisitória, bases absolutamente idênticas a ponto de serem justapostas se observarem discrepantes.”<sup>29</sup>

Hoje, podemos falar que a burocratização é uma forma de inquisitorialidade velada, com fins nitidamente dominatórios como bem denunciou Max Weber: “a burocracia constitui o tipo tecnicamente mais puro de dominação legal.”<sup>30</sup>

O sistema hierárquico objetiva a uma burocratização, pois só através dela se consegue uma fechamento do sistema de cima para baixo (verticalização).<sup>31</sup>

A igreja desde os primórdios se funda na política de não contestação, a verdade absoluta sempre permeou a sobrevivência da igreja. Neste aspecto, interessante observar como a própria estrutura da justiça é semelhante a estrutura a montada em torno do papa, chefe da igreja católica.

No que tange a administração da justiça, todo o conhecimento somente pode ser produzido dentro desta estrutura, as buscas de provas, ou seja, o conhecimento somente se dá de forma oficial.

Assim a própria revisão da decisão se fecha dentro da estrutura:

---

<sup>29</sup> PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. *A conformidade Constitucional das leis Processuais...* p.61.

<sup>30</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 3. ed. Brasília: Editora UNB, 1994. p. 130. Cap. III. v.1

<sup>31</sup> DAMASKA, R. Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Chile: Editorial Chile, 2000. p. 37.

Uma fase pode ser dedicado à recolha e organização de materiais relevantes, outro para a decisão inicial, a revisão hierárquica outra, e assim, o número de níveis dependendo da pirâmide do poder. Assim, a tomada de decisão processos do corpo para o (trial) inicial são simplesmente hum um episódio contínuo e são símbolo, portanto, ineficaz para descrever o esforço total.<sup>32</sup> (tradução nossa)<sup>33</sup>

Em estudo feito sobre a Inquisição Toby Green explica o porque da instalação da Inquisição na Espanha e em Portugal, “é o fato de se tratar da formação do abuso e do poder, e não uma para se reprisar a propaganda anticatólica do passado.”<sup>34</sup> .

Com o surgimento da chamada filosofia da linguagem, que abriu espaço para Estado Democrático de Direito construir mecanismos de perpetuação do poder não é mais possível, pois “na democracia o direito é um campo de existência posta pela lei processualmente produzida, não havendo realidade jurídica fora da existência suscetível de constante testificação processual.”<sup>35</sup> É que com a mudança de paradigmas Estado Liberal, Social e até e mesmo de Direito para o chamado Estado Democrático, houve uma verdadeira incisão de pensamento, certas práticas se tornaram incompatíveis com o novo modelo que ora se constrói.

Contudo, o Estado ainda implementa políticas públicas de maneira ativista, com claro objetivo de blindar o poder, no processo penal isto fica claro quando o Estado assume para si o combate a criminalidade, muitas vez em atropelo a direitos e garantias fundamentais.

Esta ideia ressalta que no Estado ativista, há uma forte presença do Estado na vida dos cidadãos, há uma ampla sensação de proteção e otimismo por parte de todos<sup>36</sup>.

No direito penal, por exemplo, as normas são devem alcançar a todos que porventura tenham condutas perigosas e danosas<sup>37</sup> neste sentido, vale a pena transcrever *ipsis literis* o verdadeiro quadro mental paranoico;

Concebida uma hipótese , ela constrói caminhos indutivos; Com a falta do debate em contraditório abre-se o portão lógico do pensamento paranoico ,terrenos complicados para ofuscar os fatos. Devido a abordagem o modelo não tem as peças como se deve. A Inquisição é um mundo verbal, como o sonho, tempos, lugares, coisas, pessoas, eventos e movimentar a flutuar quadros manipuláveis.<sup>38</sup> ( tradução

<sup>32</sup> DAMASKA, R. Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado...* p. 86.

<sup>33</sup> Uma etapa se puede dedicar a la recogida y organización de materiales relevantes , otra a la decision inicial, outra a la revision jerarquica , y así, depediendo del número de niveles de pirámide de poder. De este modo, los processos ante elorgano decisório inicial( juicio) son simplemente um episodio de uma secuencia continua y por esonon símbolo ineficaz para describireles forzo total.

<sup>34</sup> GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo...* p. 35.

<sup>35</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 39.

<sup>36</sup> DAMASKA, R. Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado...*

<sup>37</sup> DAMASKA, R. Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado...*p. 144.

<sup>38</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 23.

nossa)<sup>39</sup>

Exemplo disso é a ampla discricionariedade concedida à Polícia no Inquérito Policial. Aury Lopes Júnior em estudo pioneiro sobre Investigação Preliminar no Processo Penal indica que infelizmente a hipótese da autoria do crime, muitas vezes se dá por critérios subjetivos e discricionários da autoridade policial. Vejamos:

A subcultura policial possui seus próprios modelos preconcebidos: estereótipos de criminosos potenciais e prováveis ; vítimas com maior ou menor verossimilitude; delitos que “podem” ou não ser esclarecidos etc.  
O tratamento do imputado é diferenciado e, conforme ele se encaixe ou não no perfil prefixado, o tratamento policial será mais brando e negligente ou mais rigoroso.<sup>40</sup>

Esse cenário leva as barbáries de violência, patrocinada e legitimada pelo Estado ativista. Isto porque o procedimento inquisitório adotado pelo processo penal brasileiro enaltece a ampla discricionariedade da autoridade, e, lado outro o total desprezo aos direitos fundamentais.

O ponto nevrálgico da atuação policial não é razão, mas sim o poder. Neste aspecto o direito penal do inimigo é um grande trunfo no discurso do poder Estatal, em outras palavras no resgate ao Estado de Polícia.<sup>41</sup>

O fenômeno *law and order* é um fenômeno mundial, que com o aumento cada vez mais desenfreado do crime, vêm conseguindo adeptos em todo mundo, o que sem dúvida influencia em muito nas políticas públicas. Assim por exemplo, assiste-se em vários países (inclusive o nosso) uma legislação radicalmente punitivista. Curiosamente quanto mais se cria tipo incriminador mais se gera violência.

O chamado Estado Policial<sup>42</sup> tem privilegiado o direito penal inimigo através da eleição de inimigos do Estado, com isto a Polícia ganha uma discricionariedade ampla, o desrespeito a direitos fundamentais é comum. Aury Lopes Júnior ressalta, “A presunção de inocência é uma fantasia retórica, vista como uma demagógica criação política e que, por isto,

---

<sup>39</sup> Concebida uma hipótesis, sobre ella edifica cabalas inductivas; La falta Del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide, tramas alambicadas eclipsanloshechos. Dueño de lotablero, dispone del lãs piezas como leconviene: lainquisición sun mundo verbal semejante al onírico; tiempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos flutúan y se mueven em cuadrosmanipulables.

<sup>40</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional...*p. 72.

<sup>41</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional...*

<sup>42</sup> “O *jus politiae* em fins do século XV na Alemanha, toda atividade do Estado, compreendendo poderes amplos de que dispunha o príncipe , ingerência na vida privada dos cidadãos , incluindo sua vida religiosa e espiritual, sempre sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivo”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 126.

é totalmente menosprezada pelos policiais.”<sup>43</sup>

Neste sentido, rever o procedimento inquisitório enquanto mecanismo de perpetuação do poder e seus reflexos no Direito Penal é imprescindível na construção de Estado Democrático de Direito que tutele direitos fundamentais para todos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal do inimigo é uma tendência mundial, muitas vezes visto como a salvação no combate à criminalidade. Isto fica claramente demonstrado como as legislações próprias dos países, no afã de acalmar a população vem cada dia mais comprando a ilusão simbólica do inimigo. A ideia do direito penal do inimigo como demonstrado é elevar a norma penal a sua potencialização máxima, visando criar um ambiente, ainda que ilusório, de pacificação social.

Ficou claro que a ideia generalizada de direito penal do inimigo, nem direito é, pois divide os indivíduos em cidadãos e inimigos, o que no Estado Democrático de Direito é impossível, pois neste paradigma existe o povo, sendo impossível falar em diferenciação.

Isto porque como demonstrado, em Estado Democrático de Direito, existem direitos fundamentais do povo, que foram conquistas históricas que o Estado além de não poder violá-los, cabe também tutelá-los.

Indicou-se que a ideia é antiga sendo utilizada desde a Inquisição como mecanismo de perseguição e de perpetuação do poder, no entanto, restou comprovado que o poder em Estado Democrático de Direito não deve ser blindado e sim exposto e confrontado, o que só é possível se incentivado a ampla informação e participação em que não exista inimigos, pois em direito democrático todos são sujeitos de direitos fundamentais construídos e reconstruídos pelo seu povo, unidade indivisível.

Conhecer o procedimento inquisitório; suas origens, seus objetivos, é condição fundamental para construção de um novo processo penal/direito penal que seja *á ultima ratio* do Estado. Por todo exposto, não se pode mais, depois de tudo que humanidade passou, e ainda passa, utilizar o procedimento inquisitório como frente de defesa da criminalidade, e ao mesmo tempo demonizador do próprio Direito Penal.

---

<sup>43</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional...*p. 73.

O Direito Penal do Estado Democrático de Direito não tem inimigos, por isto não há discricionariedade ao poder soberano, pois todos são sujeitos protagonistas de direito fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ARROSI, João Paulo. Direito penal do inimigo e totalitarismo. In: FRANÇA, Leandro Ayres (Org.) *.Tipo: inimigo*. Curitiba, FAE, 2011, p. 55-70.

BOFF, Leonardo, Prefácio, inquisição: “um espírito que continua a existir”. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro (RJ): Rosa dos Tempos, Brasília: Ed. UNB, 1993.

CÂNCIO MELIÁ Manuel; DIEZ, Carlos Gómez Jara. *Derecho penal del enemigo.El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Livros jurídicos, 2006. v.1.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

DAMASKA, R. Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Chile: Editorial Chile, 2000.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho . *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.

EYMERICO, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Tradução Afonso Celso Godoy. Curitiba: Juruá, 2009.

GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*. Tradução de Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

JAKOBS, Gunter; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. 7. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011. v.1.

LOPES JÚNIOR, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Hiper racionalidade inquisitória: processo penal, Constituição e crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*, coord. Gilson Bonato, Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade Constitucional das leis Processuais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das leis processuais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. 5.ed. Brasília: Editora UNB, 2008.

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *La expansion del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 3. ed. Brasília: Editora UNB, 1994. Cap. III. v.1.