

APORTES SOBRE A RELAÇÃO DIALÉTICA ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE DIREITO CONCRETO: estudo de caso.

CLÁUDIO RIBEIRO LOPES

Mestre em Direito (Tutela de Direitos Supra-individuais) pela UEM;
Professor Assistente da UFMS (DCS/CPTL) – Campus de Três Lagoas.

DOUGLAS BORGES DE VASCONCELOS e VANESSA YOSHIURA

Graduandos em Direito pela UFMS – Campus de Três Lagoas;
Pesquisadores e membros de Grupos de Pesquisa do CNPq.

Resumo: Pretende-se abordar, a partir de um estudo de caso – o toque de recolher imposto a crianças e adolescentes em duas Comarcas do interior paulista – a relação existente entre tais medidas e a manifestação de um Direito Penal do inimigo, tendo por parâmetro os direitos e garantias fundamentais, inerentes a um modelo de Estado de Direito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais – Estado de Direito – Direito Penal do inimigo.

Resumen:

Palabras-clave: Derechos fundamentales – Estado de Derecho – Derecho Penal del enemigo.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Das medidas; 3 Refutação das medidas; 3.1 Pela ótica teórico-política; 3.2 Pela ótica dogmático-constitucional; 3.3 Pela ótica dogmático-jurídico-penal; 3.4 Pelas óticas da Criminologia e político-criminal; 4 Da congruência das medidas – e suas consequências – com o Direito Penal do inimigo; 5 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Com notório impacto midiático, relevante é a celeuma acerca de portarias e outros atos normativos emanados do Poder Judiciário, que – em suma –

determinam o recolhimento domiciliar de crianças e adolescentes em horário previamente estipulado por esse órgão. Nesse contexto, propõe-se a investigação – de modo perfunctório – dos aspectos teórico político, dogmático-constitucional, dogmático-penal; criminológico e político-criminal de tais medidas.

2 DAS MEDIDAS

Com o escopo de defenestrar graves situações de risco – à integridade física e moral – derivadas da exposição ao provável consumo de bebidas alcoólicas e drogas – nas quais estariam imersas crianças e adolescentes dos municípios Ilha Solteira e Itapura, o Ministério Público do Estado de São Paulo solicitou providências ao Poder Judiciário daquela comarca para que – em nome da paz social e da proteção dos menores – houvesse limitação dos horários de retorno desses às suas residências, viabilizando – destarte – o afastamento daquela problemática.

Assim, o magistrado competente daquela circunscrição jurisdicional e responsável pela emanção de tais medidas detectou e prolatou:

[...] Em minhas andanças noturnas pela cidade de ilha solteira, com vistas a conhecer de perto a realidade social dos lindes em que exerço jurisdição, percebo, com nítida clareza, que crianças e adolescentes mergulham-se no ócio noturno. Rodas de bate-papo, a altas horas da noite, formam-se. As crianças e adolescentes, que deveriam estar dormindo para no dia seguinte gozar de um bom aproveitamento escolar, sojugam-se às péssimas influências de criminosos e aproveitadores [...] Não há dúvida de que a ausência de limites a esses jovens os coloca em grave situação de risco. A exposição a drogas ilícitas, à exploração sexual, a toda ordem, pois, de violação aos direitos da Infância e Juventude, tudo isso se observa, com nítida clareza, nos dias hodiernos.[...] A problemática acima apresentada levou-me a pensar num modelo que pudesse interromper esse processo em que se identificam queixas no comportamento dos jovens. [...] Posto isso, fica determinada, ao Conselho Tutelar, a condução de crianças e adolescentes flagradas em situação de risco (por exemplo, ingestão de bebidas alcoólicas, drogas, prostituição, desamparo em geral, importunação ofensiva ao pudor, exposição a som de alto volume, propagado por veículos e estabelecimentos comerciais, menores de dezoito anos em condução de veículo automotor ou motocicletas, menores nas ruas, desacompanhados de pais ou responsável, desde que a eles existente ou potencial a situação de risco acima descrita), mormente se presentes nas ruas, calçadas, estabelecimentos comerciais como bares, restaurantes, lanchonetes, danceterias, discotecas, durante a noite e madrugada, para a própria sede do Conselho Tutelar, de onde os Conselheiros podem aplicar as medidas previstas no art. 136, I, do Estatuto da Criança e Adolescente, entre elas, especialmente, encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade, ou abrigo em entidade, sem prejuízo das demais medidas previstas no art. 101 do ECA (exceção a do inciso VIII). As situações de risco podem ser verificadas, quando os jovens estejam nas ruas (ou nos locais acima aludidos), sem estar acompanhados pelos

país ou responsáveis, nas seguintes situações: para os menores de 0 a 14 anos, a partir das 20h30; de 14 a 16, a partir das 22 horas; para aqueles entre 16 e 18 anos, a partir das 23 horas¹

3 REFUTAÇÃO DAS MEDIDAS

3.1 Pela ótica teórico-política.

Do ponto de vista teórico-político, é possível destacar – quanto ao tema em questão – dois posicionamentos diametralmente opostas, quais sejam: o do Estado de Direito e o Estado de polícia – absolutista ou totalitário. Na perspectiva do primeiro, é ampla e profundamente questionável o conteúdo das supramencionadas portarias ou sentenças – expedidas por autoridades judiciárias das cidades de Fernandópolis e Ilha Solteira, localizadas no interior do Estado de São Paulo –, pois se é pretendido como modelo de Estado o de Direito, certamente esse jamais poderá coexistir – teórico-politicamente – com qualquer dimensão do Estado absolutista, já que tais modelos incompatibilizam-se, se auto-excluem, ou, no mínimo, convivem em intensa dialética². Assim, quanto mais se aproxima do minimalismo responsável, mais próximo se está do Estado do Direito ideal, auto-limitativo. Todavia, havendo proximidade – formal ou material – de um modelo totalitário será corriqueiro que as liberdades negativas sejam ou motivo de intolerância legislativa – ou não, como, *v.g.*, portarias e outros atos –, ou, solapadas pela *práxis* judiciária, hipóteses em que se estará de diante de um Estado Policialesco, absolutista.

A partir desse corte epistemológico, faz-se necessário afirmar que – geralmente – o Estado de Polícia elege alguns seres humanos para o recebimento de rótulos: de hostis; inimigos do Estado e da paz social; e – num clímax da ótica metafísica – de demônios. Daí surgir a classificação dos componentes dessa sociedade – em consonância com a exposição de Luis Gracia Martín³ – em indivíduos (não-pessoas)

¹ Trecho da medida vigente em Ilha Solteira e Itapura, prolatada pelo Juiz de Direito *Fernando Antônio de Lima*, 31 de março de 2009. Ressalta-se que medida semelhante já era existente na cidade de Fernandópolis, por decisão do Juiz de Direito Evandro Pelarin, desde 30 de setembro de 2008.

² ZAFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 170.

³ Conforme expõe GRACIA MARTÍN, *o indivíduo, como tal, pertence à ordem natural; é o ser sensorial tal e como surge no mundo da experiência [...] se situaria no estado de natureza hobbesiano, e sua condução (conduta) teria caráter auto-referente no sentido luhmaniano, isto é, não motivado por*

e pessoas (cidadãos), conforme o grau de hostilidade que apresentam. Todavia, faz-se necessário enfatizar que tal ocorrência é interessante e sustentável tão somente do ponto de vista polialesco, já que se caracteriza como condição para a existência e sobrevivência do referido modelo de Estado, uma vez que haverá – sempre – um inimigo conceitual a ser guerreado. Nessa perspectiva, mesmo distanciando-se do direito⁴, tal prática embasa-se na idéia motriz de que os fins justificam os meios, concepção que – se levada as últimas conseqüências – tende a se encaminhar para a ilimitação, visto ser ela vital para a existência e expansão contínua do Estado Totalitário⁵. Justamente essa idéia é que ilumina e legitima os instrumentos mais agudos e desumanos que tem sido aplicados em termos de medidas assecuratórias ou investigativas em locais diversos, como – v.g. – detenções arbitrárias; ordens de recolhimento domiciliar despidas de fundamento ético-social legítimo; tortura como meio hígido de colheita probatória; aprisionamentos indefinidos sem qualquer formação de culpa, entre outros. Nesse sentido, tornou-se ponto comum – e bastante razoável – a crítica às torturas praticadas em Guantánamo. Mas em que se diferenciam esses instrumentos de medidas administrativo-judiciárias – como o recolhimento em hora pré-determinada – da proibição de que segmentos da população freqüentem determinados locais sob pretexto de se inibirem possíveis e futuras práticas de atos infracionais ou de assegurar que adolescentes possam melhor aproveitar a qualidade – questionável hodiernamente – do Ensino Público, ou mesmo, que isso possa influenciar uma melhora ético-moral dessas pessoas que se encontram em condição de peculiar desenvolvimento?

Ambas as medidas supracitadas são expressões de um modelo de Estado Totalitário, que não guarda qualquer relação de compatibilidade e harmonia com o Estado de Direito, fazendo com que esse se veja solapado, eis que – em sua dimensão de manifestação – observa-se inibido pelos mecanismos do Estado de Polícia. Ademais, a pretensa legitimação que se escopa a partir da lógica da contenção, dificilmente tenderá para sua própria limitação, visto que isso não lhe é inerente, fato que resulta no falecimento do Estado de Direito ante o Estado de Polícia, já que as garantias mais elementares daquele são gradativamente anuladas pelo absolutismo, pouco importando

nenhum dever ou obrigação (heterorreferente). A pessoa, porém, não é algo dado pela natureza, mas uma construção social que pode ser atribuída – ou não – aos indivíduos.

⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del inimigo*. In: Jakobs; Cancio, *Derecho penal del inimigo*. Cuadernos Civitas. Madrid, 2003. p. 38.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 150-151.

quem seja a autoridade em questão. Eis porque, não se pode conceber tais portarias ou sentenças à luz da teoria política, a não ser que se conceba a adoção do modelo totalitário de Estado: algo dificilmente crível no atual estágio da civilização humana.

3.2 Pela ótica dogmático-constitucional.

Numa outra vertente, o conteúdo dos atos normativos em análise não sobrevive – também – a análise constitucional jungida da interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico. Explica-se:

Configura-se como valor fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade humana⁶: é o que expôs o legislador constituinte no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Esse valor – irradiante – não existe – apenas – porque a Constituição assim determinou, pois ele já pré-existia ao ato normativo, sendo apenas reconhecido pelo legislador constituinte. Nesse diapasão, o modelo de Estado brasileiro deve “consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas”⁷. Essa determinação constitucional dirige-se não só a todos os seres humanos no país, mas também – e fundamentalmente – a todas as autoridades que revelam a feição do Estado, vale dizer: todo e qualquer obstáculo à realização da dignidade humana deve ser repellido e afastado prontamente, mormente quando tolher a liberdade do ser humano por meio de medidas policiais não amparadas em lei – ainda que sejam prolatadas com a melhor das intenções – já que sua existência – além de afrontar e lesionar direitos fundamentais – pode trazer a abominável conseqüência negativa mediata de legitimação ou aceitação social de tais medidas, já que por proporcionarem – de forma célere – maior segurança cognitiva aos cidadãos, serão tidas como louvável política estatal, independente do modo ou meios de sua viabilização.

Essa dimensão constitucional do problema reflete a consonância jurídica do Estado brasileiro com o modelo de Estado de Direito. Isso porque é inquestionável que se o Direito pretende algo mais do que o puro exercício da força e do terror, deve respeitar – como condição de sua própria existência – a característica da dignidade do

⁶ Não se utiliza, aqui, a expressão dignidade da pessoa humana, pelo fato de que a mesma poderia embasar ulterior distinção dicotômica de pessoas humanas e não-humanas.

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. V. 1, P.G., arts. 1º ao 120. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 137-138.

ser humano como pessoa e ser responsável⁸. Parece que o conteúdo das portarias e sentenças – ora questionado – não leva em consideração o livre⁹ desenvolvimento humano e sua liberdade de escolha, buscando – de forma aterrorizante – antecipar as balizas de repressão, administrativizando o conteúdo e a forma do Direito Penal (Juvenil), ainda que se pretenda justificar argumentando que as medidas em questão estão fora do Direito Penal comum. Logo, nega-se a tais atos normativos a qualidade de Direito, por afronta direta à Constituição Federal brasileira, no mínimo.

Num outro sentido, tem-se que algumas autoridades judiciárias extrapolaram, com a melhor das intenções – acredita-se –, os estreitos limites impostos constitucionalmente, até porque, o próprio artigo 227 da Constituição Federal – que expressa o princípio da proteção integral – quer sem seu *caput*, quer no § 3º, inciso V, reconhece o direito à liberdade – não ilimitada – e a brevidade das medidas restritivas desse direito, desde que se reconheça a prática de ato infracional, e não a sua presunção. Entretanto, ainda que fosse possível fazer incidir tais limitações aos direitos fundamentais, certamente a instância de produção normativa não residiria no órgão jurisdicional, ainda mais pela natureza intrínseca dos atos, quais sejam: portarias ou sentenças. Assim, tais disposições – que limitam os direitos fundamentais – foram emanadas de autoridades incompetentes para tanto – violando drasticamente o princípio da reserva legal –, bem como, a matéria em questão que – conforme delinea a Constituição Federal de 1988 – somente é passível de suscitação nas hipóteses excepcionais do Estado de Defesa e Estado de Sítio.

3.3 Pela ótica dogmático-jurídico-penal

Do ponto de vista dogmático-penal, as medidas em análise afrontam – de plano – além de todo o sistema garantista, a concepção de um Direito Penal do fato.

Nas palavras de Luiz Regis Prado,

[...] o garantismo constitui uma corrente da filosofia jurídica, cujos postulados, não obstante tenham sido desenvolvidos por outras filosofias em diferentes épocas, apresentam importantes e inovadoras diretrizes para legitimação do ordenamento jurídico como um todo. Caracteriza-se,

⁸ CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal espanhol*. P.G, I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1996, p. 18. GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado; Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007, p. 176.

⁹ No sentido de não intervenção estatal para limitação da liberdade, observando-se – é claro – as limitações de cunho ético-moral advindas dos laços, poder, e educação familiar.

fundamentalmente, pela separação entre ser e dever-ser do Direito e pela instrumentalização do Direito e do Estado para garantir direitos e bens fundamentais ao indivíduo. A teoria do garantismo visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado de Direito democrático – democracia substancial e não apenas formal – fundamentado no homem e na sociedade, servindo a esses como instrumento de garantia de seus direitos fundamentais. Dessa feita, a sua influência no sistema jurídico-penal daquele ordenamento implica elaborações de toda ordem (material, processual, principiológica, institucional, etc). É assente a limitação imposta ao poder punitivo estatal pela concepção garantista de Direito Penal, à qual corroboram alguns princípios penais fundamentais, como a legalidade penal e taxatividade das normas penais, a necessidade e humanidade das penas, a proporcionalidade, equidade e certeza das penas, da lesividade, da culpabilidade¹⁰

Ora, quando se presume que a causa de furtos e outros atos infracionais seja o fato de adolescentes encontrarem-se à noite, perambulando pelas ruas das cidades, ou, procurando diversão eletrônica em *lan houses*, presume-se que toda aquela jovem população pratica atos infracionais, o que é empiricamente indemonstrável. A ampla antecipação da repressão penal decorrente do ato normativo emanado do Poder Judiciário – sendo as Polícias e o Conselho Tutelar encarregados da vigilância desse mal denominado Toque de Recolher – reflete a ausência de – no mínimo – racionalidade, já que além de tal ato colidir com os valores e delineamentos constitucionais – que não permitem a existência e subsistência daquele –, compromete a formação juvenil. A *práxis* acaba – então – por prevalecer sobre qualquer noção elementar de direito: é o resultado da máxima de que os fins justificam os meios.

Nesse contexto – em que se contém o ser humano nos limites de sua residência familiar a partir de determinado horário – poderia falar-se numa tentativa de travestir a prisão domiciliar, como uma possível forma de cautela. Em matéria penal *lato sensu* vige a reserva legal, o que acaba por impedir o exercício efetivo das conseqüências jurídicas das portarias: apreensão do adolescente e encaminhamento à família ou alguma instituição. Por outro lado, a presunção de inocência – aliada ao direito de liberdade ambulatorial e o substrato composto por um Direito Penal do fato – devem impedir qualquer tentativa de presunção de culpa ou de se estatuir o terror estatal. As medidas privativas de liberdade – ainda que temporárias, como parece ser o conteúdo das portarias – somente são possíveis de ocorrer como exceção, impostas – em regra – a partir da infração penal, ou, no caso específico, de ato infracional. Logo – do

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra*. Artigo colhido do site regisprado.com, acesso em 22/05/2009.

ponto de vista dogmático-penal – os referidos atos normativos – portarias e sentenças – não conseguem convencer, até porque seu fundamento reside no reconhecimento de que estão sendo editadas para proteger os adolescentes em pretensas situações de risco. Trata-se de uma lógica perversa: prende-se a vítima; cessa-se o efeito, porém, subsiste a causa.

3.4 Pelas óticas da Criminologia e político-criminal.

Veja-se que a partir da Criminologia, é possível se buscar um enfoque que sirva de subsídio para a análise do conteúdo dos atos normativos ora debatidos. Quando se faz referencia a essa modalidade de enfrentamento da problemática, é possível recorrer às teorias conflitivas sobre a sociedade. Particularmente esclarecedora – para o caso em questão – parece ser a doutrina do *labelling approach*, também conhecida como etiquetamento. Por ela, se concebe o pretense infrator como um estigmatizado, isto é: como aquele que foi apreendido pelo sistema de controle social formal, e que – a partir daí – passa a reagir frente a esse sistema, uma vez que os etiquetados como desviantes pelas instâncias de controle social formal – como as Polícias; Ministério Público; Poder Judiciário; Conselhos Tutelares; entre outros – passam a representar perigo, ou já representavam, o que justificaria medidas acautelatórias como as tomadas pelos magistrados de competência jurisdicional aos municípios de Fernandópolis, Ilha Solteira, e Itapura.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que esse controle é eminentemente “seletivo e discriminatório, primando o *status* sobre o merecimento”¹¹. Evidente é que toda a coletividade de adolescentes está sendo estigmatizada pela contenção representada pelos horários de recolhimento, sob o pretexto de que isso os afastaria do contato com os criminosos, como – por exemplo – traficantes. A medida os fará(ia) dormir cedo para melhor aproveitar suas aulas; eliminará(ia) a dependência de jogos *on-line* entre outras. Ainda, essas instâncias de controle social formal acabam por fiscalizar e notificar os pais ou responsáveis, sendo possível – pela análise das portarias – impor-se as medidas de proteção previstas pela Lei n. 8.069 de 1990.

Frisa-se: após a interpretação do referido ato, não fica evidente se apenas as medidas de proteção é que serão impostas, pois uma vez que haja reincidência do

¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 291.

adolescente em desobedecer o recolhimento domiciliar, haveria uma grande lacuna viabilizadora da imposição de medidas sócio-educativas. Eis aí aquilo que se pode denominar delinquência secundária, ou seja: aquela desencadeada a partir da estigmatização. Nesse sentido, se a idéia base que fomentou tais portarias é a prevenção de riscos, insiste-se que suas conseqüências práticas são incompatíveis com seus métodos e conseqüências teóricas. Se o que se escopa é evitar que os adolescentes permaneçam em condição de suscetibilidade de aliciamento, utilização de bebidas alcoólicas e drogas, questiona-se se – sincera e honestamente – recolher as vítimas seria a melhor opção. A lógica que inspira tais atos normativos parece ser a de prender a vítima para que ela não seja molestada pelo criminoso, justificando-se tal ativismo judiciário como a *ultima ratio* para assegurar a segurança cognitiva de seus cidadãos, o que – por conseqüência – evidencia que o Estado-juiz reconhece – de forma plena – o descrédito das instancias de controle social formal, crendo ser ineficiente as políticas públicas, já que – defenestrando-as do solucionamento de tal problemática – desconhece a relevante função social que possuem. Recolher vítimas em potencial é admitir que o Estado é incompetente – leia-se: incapaz de promover a segurança cognitiva social – para justificar o arbítrio e onipotência judicial. E pior: o adolescente flagrado em condição de risco poderá receber alguma medida que implique um gravame ou restrição de direitos a si ou a sua família; podem tornar-se sujeitos de procedimento da infância e juventude, pela simples ostentação de um estado, e não pela prática efetiva de qualquer ato infracional. É – como exposto alhures – a inversão lógica e perversa do princípio do fato. Nessa perspectiva, parece que se cria um ato infracional relacionado à condição social de alguns adolescentes, ou, que guarda relação com suas atitudes¹² – e de seus responsáveis –, caso haja a insistência em permanecer fora de seu lar após o horário limite, mesmo que sem praticar qualquer ato infracional.

Pela ótica da política-criminal, plausível é indagar se – de fato – o que motiva tais atos normativos realmente possui algum sentido suscetível de legitimação. Observa-se que as portarias e sentenças apresentam um arcabouço de motivação do ato, vinculando-os. Nessa vertente, o escopo central é reduzir o número de atos infracionais, e – também – obrigar os adolescentes a frequentar regularmente às aulas, para que destarte, seja possível – além da melhora do rendimento escolar daqueles – estancar a ocorrência de maus comportamentos sociais. Essa infeliz lógica que embasa a

¹² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1, P.G., arts. 1º a 120. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 300.

racionalidade dos magistrados-autores de tais atos deve ser rechaçada, pois despreza-se a causa motivadora não só da aversão juvenil à frequência escolar, mas também a causa justificante da expressiva deficiência dos rendimentos acadêmicos de tais jovens, qual seja: a má qualidade do Ensino Público. Atacando os efeitos – e não as causas – dessa lastimável problemática social, o Estado-juiz apenas oculta – de forma onipotente – essas relevantes mazelas, que continuarão a macular a formação de crianças e adolescentes. Seu ato, além de comprometer a formação psico-sócio-educacional dessa coletividade, caracteriza-se – na paráfrase do diálogo entre Gilles Deleuze e Michel Foucault¹³ – como um tratamento de crianças e adolescentes como prisioneiras, que nesses moldes, sofrem uma infantilização que não é delas¹⁴. Será que a administrativização do Direito Penal Juvenil – levada a cabo pelo conteúdo dos referidos atos normativos – tem condições de contribuir para a concretização dos seus próprios motivos? Se o modelo de Estado – de Direito – concebe a noção de pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, qualquer tentativa de mitigar seus direitos fundamentais – como forma de suprir a ineficiência estatal no combate à delinquência – configura uma infundada – e por isso, repudiável – restrição de direitos¹⁵.

Outrossim, esse recolhimento obrigatório ao lar apenas tem o condão de transferir para o interior da família os conflitos externos, já que o Estado-juiz – nas referidas portarias e sentenças – parece ignorar a dimensão de maus tratos causados nos lares. Veja-se: o adolescente está adstrito a recolher-se, mas o adulto, o pai ou a mãe de família, pode permanecer indefinidamente em bares – e locais similares, onde o consumo de bebidas alcoólicas é corriqueiro – e após chegar à sua casa, ali deflagrar o conflito, sendo – nesse contexto – suscetível a ocorrência da problemática abordada de modo laudável por Diana Ostam Romanini Mangella dos Santos, qual seja: a rotulação de crianças e adolescentes por seus pais. Em consonância com seu entendimento, a maneira pelas quais os pais rotulam seus filhos – crianças e adolescentes – são dotadas de grande significância nas condutas que esses podem apresentar ulteriormente, caracterizando-se – também – como uma forma demonstrativa de desafeto¹⁶. Em suas palavras:

¹³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p. 69-78.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p. 73.

¹⁵ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; BATALHA, Sérgio Fedato. *Toque de recolher ou toque de acolher*. No prelo.

¹⁶ SANTOS, Diana Ostam Romanini Mangella dos. *A importância do afeto na prevenção criminal*. São Paulo: Scortecci, 2008. p. 75-76.

*É muito comum ouvir, a defensoria da Vara da Infância e Juventude, mães que relatam que quando seus filhos ainda eram pequenos [...] seus pais ou padrastos os chamavam de “maconheiros”, “ladrões” ou “vagabundos”. [...] Passados alguns anos, o adolescente apresentava o comportamento do rótulo que recebia de seu pai ou padrasto. Por que isso ocorre? A criança ainda não tinha uma identidade quando a rotularam, mas como seus pais ou responsáveis lhe apresentaram uma identidade, ela procurará desempenhar o papel pela qual foi rotulada. Como ela não sabe ainda que é, acredita que seus pais devem saber, e se eles a identificaram, de uma forma ou de outra, com certeza pensa que eles têm razão e faz de tudo para cumprir o papel determinado, ainda que inconscientemente*¹⁷

Logo, a premissa de motivação desses atos normativos – qual seja: resguardar crianças e adolescentes – acaba por se revelar pouco convincente e incoerente.

É necessário declarar que esse infeliz regramento – denominado toque de recolher – traveste uma medida não legal de semi-liberdade – cumprida no lar do adolescente – sem observar os requisitos mínimos que o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸ prescreve, e sem que haja qualquer formação de culpa, pois essa está sendo presumida na motivação dos atos normativos. Por outra perspectiva, coloca-se sob suspeita toda uma classe de jovens, quando – em verdade – não são todos que efetivamente praticam atos infracionais: é a lógica inaceitável de punir todos pelos desvios de alguns¹⁹. Mas, ainda há uma outra perspectiva dessa problemática a ser abordada: todos os adolescentes – em horários distintos – são obrigados ao recolhimento domiciliar, recaindo sobre as Polícias – como *longa manus* do órgão jurisdicional responsável – e aos Conselhos Tutelares, a incumbência de se fazer cumprir tais normas. Assim, pertinente é indagar: nos condomínios residenciais privados fechados – urbanos ou de lazer – quem fará cumprir tal norma? Ou melhor: os adolescentes abastados serão alcançados por tal normatização? Parece-nos que não. Outra obscuridade: pretende-se impedir que os referidos adolescentes freqüentem *lan houses* e similares, impedindo que ali permaneçam após determinado horário – dezoito horas –, ou, que o freqüentem, estabelecendo idade mínima para tal. Nessa perspectiva – em que se busca justificar os atos normativos com o fato constatado de que crianças e adolescentes encontram-se viciados em jogos eletrônicos – a questão é: aqueles possuem boas condições financeiras poderão manter esse vício – inclusive gazeteando

¹⁷ *Ib idem.*

¹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111.

¹⁹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; BATALHA, Sérgio Fedato. *Toque de recolher, ou toque de acolher*. No prelo.

aulas – porque o sustentam no interior de seus lares, muito bem equipados com a tecnologia computacional? E o adolescente pobre, excluído do universo tecnológico e digital? Esse, certamente deve permanecer nesse *status quo*, já que o Ministério Público representou – e o Poder Judiciário assim determinou – com a melhor das intenções. *In casu*, é lamurioso detectar ser louvável apenas as intenções dessas autoridades. Frisa-se: *apenas*. Aqueles – leia-se: Ministério Público e Poder Judiciário – não tiveram a percepção de quão estigmatizante e segregacional pode ser conteúdo das portarias e sentenças. Não seria esse *apartheid virtual* previamente cognoscível?!

4 DA CONGRUÊNCIA DA MEDIDA – E SUAS CONSEQUÊNCIAS – COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Observados delineamentos do toque de recolher, aponta-se a sua consonância com a construção doutrinária elaborada por Günther Jakobs

*em meados da década de 1980, para designar um conceito doutrinário e um postulado político-criminal compatíveis com determinados dispositivos de Direito Penal e Processo Penal, que, por suas características, estruturam um particular corpus legal punitivo aparentemente alheio aos princípios, garantias e fins do Direito Penal liberal*²⁰

Sua destinação punitiva dirige-se àqueles que representam para o Estado verdadeira fonte de perigo²¹, ou seja, um fator de existência e manutenção da insegurança cognitiva social. Assim, para com o escopo de defenestrá-los, promove-se a relativização do direito à ter direitos, sendo os inimigos²² “parcialmente despersonalizados pelo Direito, com vistas a combater determinada forma de delinquência”, sendo a “finalidade primordial da pena não é mais a reafirmação da vigência normativa, e sim de assegurar a existência da sociedade em face desses indivíduos”²³.

²⁰ PRADO, Luiz Regis. *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra*. Cit.

²¹ PRADO, Luiz Regis. *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra*.. Cit.

²² Conforme expõe o referido autor, “o inimigo é aquele cujas atitudes revelam um distanciamento em relação às regras de Direito, o que não se dá acidentalmente, mas de forma duradoura; comportamento pessoal, profissão e vida econômica; nada é concretizável no âmbito de relações sociais legitimadas pelo Direito; ao contrário, desenvolve-se à margem deste último e da própria sociedade. É dizer: são indivíduos que ‘não prestam a garantia cognitiva mínima que é necessária para o tratamento como pessoa’”. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra*.

²³ *Idem*.

Conforme expõe Luiz Regis Prado, “as características do Direito Penal do inimigo representam essencialmente uma refutação aos postulados do Direito Penal liberal e garantista, próprio do Estado democrático de Direito”. São elas:

[...] antecipação da punibilidade com o escopo de combater perigos, de forma a alcançar momentos anteriores à realização de fatos delituosos, até mesmo meros atos preparatórios, por seu autor integrar uma organização que atua à margem do Direito; notável incremento e desproporcionalidade das penas, mormente porque à punição de atos preparatórios não acompanharia nenhuma redução de pena; [...] supressão ou redução de direitos e garantias individuais nas esferas material e processual penal, bem como a inserção de alguns dispositivos de Direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios. Ainda no campo das características da teoria do denominado Direito Penal do inimigo, outras podem ser elencadas: anula-se a condição de sujeito de Direito do indivíduo considerado inimigo (não-pessoa); ampliam-se os meios estatais de poder e controle no processo penal e, no Direito Penal material, a chamada criminalização em um estado prévio (ou antecipação de tutela), como no campo da criminalidade organizada, terrorismo etc. Ademais, nota-se que, conforme essa doutrina, o Direito Penal do cidadão se centra na manutenção da vigência da norma, em que é até esperado que o indivíduo (cidadão) exteriorize uma conduta para que, mediante a aplicação da pena, seja restaurada a ordem normativa; diferentemente disso, o Direito Penal do inimigo visa combater perigos e, por isso, o inimigo é interceptado em um estado inicial, tão-só em razão da perigosidade que ostenta. Com efeito, quando se pretende eliminar determinados grupos de pessoas, afasta-se dos postulados de um Direito Penal do fato, ‘convertendo-se em uma manifestação das tendências autoritárias [...]’²⁴

Posto isso, notória é a problemática da realidade fática arquitetada e concretizada nas circunscrições territoriais em que vigência o toque de recolher, sendo possível a visualização de uma nova partição ou fragmentação social, ou melhor: o surgimento de um novo inimigo social. De um lado há cidadãos. De outro, jovens demônios, que ameaçam a paz da sociedade. Assim, de modo lastimável, errôneo e juridicamente inaceitável, surge o maculado raciocínio: ora, os cidadãos possuem diversos deveres perante o Estado, o administrador das relações sociais. Todas essas obrigações as quais se está adstrito existem – mormente – para a conquista e manutenção de um fim maior, qual seja: a paz e harmonia social. Destarte, aqueles que as cumprem possuem o direito a ter direitos, pois agem em consonância com os delineamentos estatais, merecendo o recebimento do *status* de cidadão. Por consequência aquele(s) que obstaculariza(m) tal escopo – estatal e social – não merecem tratamento igual aos que são socialmente responsáveis, pois se não agem como esses, não são pessoas: são indivíduos, e como tais, merecem o *status* de inimigos, o que

torna-os merecedores tratamento avulso ao direito ao direito comum, visto que esse destina-se apenas às pessoas, aos cidadãos. Assim, legítimo é restringir à liberdade de crianças e adolescentes; privá-las de sua presunção de inocência; violar os princípios da culpabilidade e da reserva legal; pois elas não se comportaram como pessoas, como cidadãos, pelo contrário: atormentaram a paz social; entregaram-se ao ócio noturno; utilizaram – de modo irrefreável – videogames, computadores e televisão²⁵. Provavelmente essa repudiável construção estimulou e embasa o toque de recolher: medida que demonstra o posicionamento do Estado-juiz ante a elevada insegurança cognitiva social.

5 CONCLUSÕES

Por fim, o objetivo desse breve ensaio é – em suma – despertar a atenção de toda a sociedade para a relevância de tal problemática, possibilitando-se – destarte – a recusa de toda e qualquer manifestação de um Estado de Polícia – e do ativismo normativizante do Poder Judiciário –, ainda que esses ocorram com a melhor das intenções e tenham por fundamento nobre motivo, como parece ser o caso das supra-abordadas representações, sentenças e portarias. Em verdade, um Estado que não apresenta limites e que – vez por outra – tenta solapar as liberdades públicas – inclusive por meio de bem intencionadas atitudes de suas autoridades – não tardará a desbordar a desumanização e instrumentalização do Direito Penal, elegendo seres humanos como inimigos. O perigo é: quem elege esses inimigos? Como limitar o Estado de Polícia? Embora a análise – à luz dos valores e delineamentos constitucionais – demonstre a não-sustentabilidade de tais atos, temível é que – diante da insegurança cognitiva que acua as relações sociais – esses poderão receber ampla legitimação da sociedade, que – amedrontada pela criminalidade – entenderá que essa manifestação de um direito penal do inimigo – além de eficaz – é necessária, pois em virtude de seu maior grau de coercitividade, poder-se-á vincular eventual minimização dessa insegurança cognitiva exclusivamente à limitação – hoje – de direitos das crianças e adolescentes, lógica essa que – amanhã – poderá irradiar-se por toda a atividade judiciária e político-criminal, que terá por escopo assegurar a paz e a segurança cognitiva, independentemente dos

²⁵ Conforme apontado pelo Juiz de Direito da cidade de Ilha Solteira-SP, na página 17 de sua decisão.

meios como essas serão promovidas. Mas, a pergunta derradeira é: se hoje somos cidadãos, será que amanhã não seremos transformados em inimigos?

Indubitável é que a manipulação da grande massa populacional foi – e continuará sendo – o principal mecanismo de sustentação da pseudo-democracia, dada a elevada ocorrência da introjeção: mecanismo pelo qual o receptor de informações – inconscientemente – incorpora e passa a considerar – como suas – características alheias e valores de outrem, o que leva-nos a crer – e compreender – como determinados atos continuam a receber o apoio social – quase maciço – no quadro real do Estado de Direito, muito embora exerçam papel essencialmente vinculado ao Estado de Polícia. A opinião pública não é – normalmente – a melhor instância para se colher a legitimidade dos atos, já que a mesma sociedade que hoje defende tais medidas, amanhã será a sua própria vítima, causando o desequilíbrio no sistema de controle social e acabando por perverter a lógica da contenção. A pergunta é: a que custo?

6 BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. Constituição Federal, de 05.10.88. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências*. Disponível em:
< <http://www.planalto.gov.br/ECA/leis/1990/L8069.htm> > Acesso em: 01-05-2009
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal espanhol*. P.G, I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1996.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Régis Prado; Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.
- FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; BATALHA, Sérgio Fedato. *Toque de recolher, ou toque de acolher*. No prelo.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del inimigo*. In: Jakobs; Cancio, *Derecho penal del inimigo*. Cuadernos Civitas. Madrid, 2003.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª Ed. São Paulo: ATLAS, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1, p.g., arts. 1º a 120. 7. ed. ver., atual. e. ampl. São Paulo: RT, 2007.
- _____, *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra*. Disponível em:
www.regisprado.com/artigos/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.doc Acesso em: 22-05-2009
- SANTOS, Diana Ostam Romanini Mangella dos. *A importância do afeto na prevenção criminal*. São Paulo: Scortecci, 2008.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.
- ZAFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.