



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

TÉRCIO LEITE MACÊDO

A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO
INIMIGO COM A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

SOUSA - PB
2011

TÉRCIO LEITE MACÊDO

A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO
INIMIGO COM A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA - PB
2011



M134i Macêdo, Tércio Leite.
A incompatibilidade da teoria do Direito Penal do Inimigo com a
Constituição Cidadã. / Tércio Leite Macêdo. - Sousa- PB: [s.n], 2011.

56 f.

Orientador: Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Direito Penal. 2. Direito Penal do Inimigo - teoria. 3.
Constituição Cidadã. I. Soares, Jardel de Freitas. II Título.

CDU: 343(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

TÉRCIO LEITE MACÊDO

A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM A
CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de
Campina Grande, como exigência parcial da
obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 08/11/2011

Orientador: Jardel de Freitas Soares

Danielle da Rocha Cruz

Maria de Lourdes Mesquita

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por guiar a minha vida para o caminho certo, por estar sempre ao meu lado. Aos professores e orientadores, Jardel de Freitas Soares e Msc. Márcia Glebyane Maciel Quirino, pelo apoio e encorajamento contínuos na pesquisa, aos demais mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Diretoria do curso de graduação da Universidade Federal de Campina Grande, pelo apoio institucional e pelas facilidades oferecidas.

Eu vi crimes dos mais perniciosos passarem despercebidos pela lei: atos sem qualquer importância serem colocados no menor nível que os crimes mais graves: punições infligidas sem qualquer medida e sem qualquer escolha: falta de satisfação para a maioria das injúrias: as portas da justiça negadas à maioria das pessoas pela pressão de custosas e necessárias despesas: conclusões falsas derivadas de um inconsistente sistema de provas: conflitos, que poderiam ser resolvidos em horas, durarem anos: impunidade para os reconhecidamente culpados e condenações de inocentes: decisões não uniformes para casos semelhantes...Essas foram algumas das abominações que se fizeram presentes aos meus olhos.

Jeremy Bentham

RESUMO

Quando se realiza uma pesquisa acerca de um tema como o proposto, passa-se necessariamente pela análise das transformações sofridas pelo direito penal, que ensejaram o surgimento do direito penal do inimigo. Esta teoria tem como principais características a diferenciação discriminatória entre cidadãos e inimigos, normas com tipos penais em branco, delitos de perigo abstrato, punição de atos preparatórios, prática de punitivismo exacerbado, desproporcional, que leva em conta na aplicação da pena a periculosidade do agente, desvinculada do fato praticado, com traços de direito penal do autor. A teoria estudada serviu de suporte teórico para regimes autoritários. Nesse trabalho monográfico, realizar-se-á uma abordagem acerca dos dispositivos constantes no ordenamento jurídico nacional maculados pelo direito penal do inimigo. Procurar-se-á demonstrar que o direito penal do inimigo é incompatível com os princípios consagrados pelo Estado Democrático de Direito. Listar-se-á as severas críticas tecidas por renomados autores à teoria em comento. Após essa explanação, conclui-se que a teoria do direito penal do inimigo não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, portanto são materialmente inconstitucionais os institutos que se baseiam nesta teoria.

Palavras-chave: Cidadão. Inimigo. Inconstitucionalidade. Novos Riscos e Globalização.

ZUSAMMENFASSUNG

EINE FORSCHUNG ZUM GEGEBENEN THEMA, KOMMT NICHT AN EINER ANALYSE DER VERÄNDERUNGEN VORBEI, DENEN DAS STRAFRECHT UNTERZOGEN WURDE, WELCHE DIE ENTSTEHUNG DES STRAFRECHTES DES FEINDES AUSLÖSTEN. DIE VORRANGIGEN MERKMALE DIESER THEORIE SIND DIE DISKRIMINIERENDE DIFERENZIERUNG ZWISCHEN BÜRGERN UND FEINDEN, UNDEFFINIERTEN STRAFTATEN, ABSTRAKTE GEFÄHRDUNGSSTRAFTATEN, BESTRAFUNG VON VORBEITUNGSHANDLUNGEN, PRAKTIKEN UNVERHÄLTNISSMÄSSIGER STRAFVERSCHÄRFUNG, WELCHE BEI FESTLEGUNG DES STRAFMASSES DIE GEFÄHRlichkeit DES TÄTERS UNGEACHTET DER TATSÄCHLICHEN HANDLUNG BETRACHTET, MIT ZÜGEN DES STRAFRECHTS DES AUTORS. DIE HIER BEARBEITETE THEORIE LIEFERT AUTORITÄREN REGIMEN THEORETISCHE UNTERSTÜTZTE. DIESE MONOGRAFIE WIRD DIE KONSTANTEN INSTRUMENTE ZUR ORDNUNG DER NATIONALEN JUSTIZ BEHANDELN, WELCHE VOM STRAFRECHT DES FEINDES BEFLECKT WERDEN. DIE MONOGRAFIE WIRD DIE UNVEREINBARKEIT DES STRAFRECHTS DES FEINDES MIT DEN BEWÄHRTEN PRINZIPIEN DES DEMOKRATISCHEN RECHTSTAATES AUFZEIGEN. DIE HARSCH KRIK RENOMMIERTER AUTOREN NA DER GENENNTEN THEORIE WERDEN AUFGEListET. NACH DIESEN AUSFÜHRUNGEN KOMMT DIE AUTORIN ZUR SCHLUSSFOLGERUNG, DASS DIE THEORIE DES STRAFRECHT DES FEINDES KEINEN RÜCKHALT IN DER BRASILIANISCHEN RECHTSORDNUNG FINDET UND SOMIT, DIE INSTITUTIONEN WELCHE AUF DIESER THEORIE BASIEREN, VERFASSUNGSWIDRIG SIND.

Schlüsselwörter: Bürger; Feind; Verfassungswidrig; Neue Risiken und Globalisierung; Demokratischer Rechtsstaat.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PENAL E O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	12
2.1 O SURGIMENTO E AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL TRADICIONAL:	12
2.2 CRISE E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	14
2.3 A ALTERAÇÃO NO CONCEITO DE BEM JURÍDICO	15
2.4 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL MODERNO	188
2.5 A POLÍTICA CRIMINAL E AS TEORIAS GARANTISTA E FUNCIONALISTA	20
3 DIREITO PENAL DO CIDADÃO x DIREITO PENAL DO INIMIGO	22
3.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E FUNCIONALISMO	22
3.2 BASES FILOSÓFICAS DA TEORIA.....	23
3.3 SITUAÇÃO DE COEXISTÊNCIA ENTRE O DIREITO PENAL DO CIDADÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO	255
3.4 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	277
3.5 IDENTIFICAÇÃO DO INIMIGO.....	288
3.6 DIFERENÇAS ENTRE O CIDADÃO E O INIMIGO	29
3.7 DIFERENÇAS ENTRE DIREITO PENAL DO AUTOR E DIREITO PENAL DO FATO	31
3.8 OS PRETENSOS INIMIGOS NA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL.....	322
4 A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	35
4.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	35
4.2 OS INSTITUTOS QUE POSSUEM CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUBSISTEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	411
4.2.1 Regime disciplinar diferenciado e o direito penal do inimigo	411
4.2.2 Direito penal do inimigo e a progressão de regimes nos crimes hediondos	433

4.2.3 O direito penal do inimigo e os crimes de perigo abstrato.....	455
4.2.4 O direito penal do inimigo e a mediação em torno do evento criminoso	466
4.3 CRÍTICAS A TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS.....	477
4.4 A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	49
5 CONCLUSÃO	511
REFERÊNCIAS	533

1 INTRODUÇÃO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo tem como principal expoente o jurista da Universidade de Bonn na Alemanha, Günther Jakobs, tendo sido o precursor da teoria. Em um Estado Democrático de Direito, este modelo de direito penal é um direito de exceção, desenvolvido para os inimigos, que são aqueles que não comungam do conceito de pessoas, tendo em vista que se desvirtuaram das regras impostas pela sociedade, não oferecendo mais nenhuma garantia de que irão comportar-se segundo as leis vigentes, tornando-se, portanto, fonte de perigo.

O termo direito penal do inimigo traz em seu significado uma carga negativa, já que seus traços peculiares estão ligados a regimes autoritários, quais sejam: a identificação do inimigo como uma não pessoa, a antecipação da punibilidade para atos preparatórios, a relativização das garantias constitucionais, a desproporcionalidade das penas, a adoção de um direito penal do autor, preconceituoso e discriminatório, considerando o modo como o inimigo conduz a sua vida e não se atendo a conduta violadora praticada.

Ainda na esteira do pensamento de Jakobs, os Estados Democráticos de Direito mantêm em seus ordenamentos jurídicos normas características do direito penal do inimigo, formando um tipo penal misto, com institutos do direito penal do cidadão e do direito penal do inimigo, todavia discordamos dos argumentos de Jakobs e defendemos que num Estado Democrático de Direito não devem coexistir esses dois modelos, pois caracterizaria um retrocesso aos direitos fundamentais do cidadão e traria insegurança jurídica, já que alguns seriam tratados como sujeitos de direitos e, portanto, submetidos ao ordenamento jurídico nacional e outros seriam tratados como objetos de direito, sendo submetidos ao estado de guerra.

Todavia, o que percebemos na prática são Estados Democráticos de Direito que professam respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos e a subordinação de todos a lei, repudiando a discriminação, manterem suas leis e sua conduta imbuídas de dispositivos típicos de direito penal do inimigo.

Como o ordenamento jurídico existe para efetivamente guiar as condutas das pessoas em seu cotidiano, deve-se enxergar com clareza o tema, derrubando a falsa premissa de que vivemos o Estado Democrático de Direito que apenas contém normas relativas a direito penal do cidadão e aceitando a realidade de que está repleto de normas relativas ao direito penal do inimigo. A partir daí, procurar entender o direito penal do inimigo, suas características e forma de manifestação, somente assim, podemos afastá-lo do ordenamento jurídico nacional.

A justificativa para a apresentação deste trabalho decorre da necessidade de descrever o modelo de direito penal do inimigo, a fim de que possamos perceber que o ordenamento jurídico nacional está entranhado com institutos que pertencem a este modelo de direito penal. E como adotamos a tese da incompatibilidade do direito penal do inimigo com o Estado Democrático de Direito, possamos combater e lutar pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais brasileiros que trazem esta marca. Pois se o Brasil assegura o respeito a dignidade da pessoa humana e as garantias constitucionais, deve então cumprir com sua promessa, somente permitindo a validade de normas que se adéquem a esta filosofia, e não amparando normas que relativizem as garantias asseguradas aos cidadãos que surgem sempre que o país é assolado com tragédias que revelem a altíssima crueldade do ser humano.

Em razão disso, tem-se como objetivo geral analisar a teoria do direito penal do inimigo em todos os seus aspectos, elucidando os institutos vigentes no ordenamento jurídico pátrio que se assemelham ao direito penal do inimigo. Os objetivos específicos são: analisar como a evolução do direito penal deu espaço para o surgimento da teoria do direito penal do inimigo; explicar o conceito e as características da teoria; abordar as condições de legitimidade da teoria e as críticas que são feitas ao tema.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica. Em relação à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada com o intuito de aumentar o conhecimento, buscando, entretanto, uma modificação legislativa, demonstrando a notória incompatibilidade dos institutos que possuem a marca do direito penal do inimigo com o ordenamento jurídico nacional. Segundo a abordagem, é qualitativa.

Em relação aos objetivos, a pesquisa é exploratória, posto que objetiva buscar e coletar informações sobre o tema pesquisado para que, posteriormente, possa servir de auxílio de formulação hipotética a novas pesquisas, e descritiva, já que descreverá principalmente os fatos e também explicará, esclarecerá e interpretará o fenômeno a ser observado.

No primeiro capítulo, apresenta-se as transformações sofridas pelo direito penal do inimigo para se adequar as mudanças sociais dando respostas aos novos problemas sociais. Passando pela análise do direito penal tradicional, pela crise e expansão do direito penal, pelas mudanças nos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, pelas características do direito penal moderno e pelas teorias garantista e funcionalista. A partir dessa evolução demonstra-se como o direito penal do inimigo ganhou espaço no ordenamento jurídico dos Estados Democráticos

de Direito, ocasionando a relativização das garantias constitucionalmente atribuídas ao cidadão.

No segundo capítulo, analisa-se as características da teoria do direito penal do inimigo, esclarecendo como a teoria funcionalista influencia o direito penal do inimigo, demonstrando as bases filosóficas da teoria, identificando e diferenciando o cidadão e o inimigo, esclarecendo as características do direito penal do inimigo e trazendo a baila discussão acerca da coexistência do direito penal do inimigo e do direito penal do cidadão.

No terceiro capítulo, analisa-se a compatibilidade do direito penal do inimigo a luz dos princípios constitucionais e explicita-se os institutos do nosso ordenamento jurídico que possuem as características do direito penal do inimigo, debatendo acerca das condições de legitimidade. Abordam-se ainda as críticas que são feitas a esta teoria.

O foco principal do presente trabalho é demonstrar que a teoria do direito penal do inimigo não é compatível com ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos de Direito, todavia, ainda assim, visualiza-se nestes Estados leis e condutas típicas deste modelo de direito penal, razão pela qual, ainda que indesejável o direito penal do inimigo deve ser conhecido, para que possamos perceber quais institutos legais brasileiros trazem esta marca, objetivando afastá-los de nosso ordenamento jurídico.

2 AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PENAL E O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A forma como se apresenta o modelo de direito penal acompanha os anseios sociais, por isso ele adquire uma nova roupagem para se adequar a mudança na vida econômica, social e cultural da sociedade, dando respostas aos novos problemas. Assim, vários modelos de direito penal se sucederam no tempo.

2.1 O SURGIMENTO E AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL TRADICIONAL:

A estrutura do antigo regime e o poder absoluto dos monarcas eram justificados pela intervenção divina e o Estado tinha autonomia para praticar uma grande ingerência na vida privada. Este período foi marcado pela centralização das funções estatais (legislativo, executivo e judiciário) nas mãos do governante, que tinha ilimitados poderes sobre seus súditos e a legislação era a expressão da sua vontade. Ocorre que, o Estado e o direito penal foram perdendo a credibilidade em decorrência do despotismo, da arbitrariedade, da crueldade das penas, da forma como era praticada a intervenção punitiva pelos Estados absolutos, ou seja, aplicação da pena por vingança, a punição levando em consideração o que o agente representa (direito penal da pessoa) e não a infração cometida (direito penal do fato), além da aplicação de penas desproporcionais. Dessa forma, o direito penal nada mais era que violência praticada ao alvedrio dos governantes.

Foucault (2007, p. 30) explicita o horror das punições praticadas no antigo regime, que só tiveram fim com o advento do iluminismo:

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebetados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebetados, outros a ser arrebetados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebetados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter cabeça cortada, outros enfim a ter a cabeça quebrada.

O Iluminismo insurge contra a tirania do antigo regime. Fundamentando-se na teoria do contrato social, segundo a qual, todos os indivíduos nascem com direitos fundamentais à existência humana (estado de natureza), entretanto abdicam de parte de seus direitos em favor do Estado que zelará pela paz, pela segurança. Esse estado de natureza é caracterizado pela guerra de todos contra todos e o contrato social surge proporcionando maior liberdade aos cidadãos.

No século XVIII sob a inspiração das idéias Iluministas, como reação ao punitivismo praticado no antigo regime e almejando proteger os direitos individuais e garantir a liberdade dos cidadãos surge o direito penal tradicional, legitimando e limitando as intervenções punitivas estatais, que somente se fariam presentes diante de violações intoleráveis a bens juridicamente relevantes, portanto a intervenção mínima do direito penal, equilibrada e proporcional ao dano, a pena deve ser suficiente para coibir pretensões criminosas do próprio infrator e de outras pessoas, evitando a aplicação de castigos imoderados e respeitando assim as liberdades dos indivíduos. A fim de dosar a proporção entre crime e a punição Bentham (1974, p. 66) expõe as seis normas seguintes:

Primeira norma. O valor ou gravidade da punição não deve em nenhum caso ser inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime.

Segunda norma. Quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que pode valer a pena pagar o caminho da punição.

Terceira norma. Quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor.

Quarta norma. A punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la.

Quinta norma. A punição não deve em nenhum caso ser maior do que for necessário para que esta seja conforme as normas aqui indicadas.

Sexta norma. Para que a quantidade de punição realmente infligida a cada criminoso possa corresponder a quantidade tencionada para criminosos semelhantes em geral, é necessário sempre levar em consideração as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um.

A estrutura do direito penal clássico é dotada das seguintes características: É direito público, já que se trata de ordem estatal direcionada a proteção de direitos subjetivos; Extremamente formalizado, a fim de assegurar garantias dos indivíduos; Bem Jurídico ligado a direitos individuais, além da limitação da atividade legiferante, uma vez que a lei penal só pode existir para proteger algum bem jurídico; O *ius puniendi* estatal encontra legitimidade e limite no princípio da legalidade penal; Atua com finalidade de prevenção geral negativa; A pena devia ter um critério preventivo geral, já que impediria a violação do bem jurídico e um critério preventivo especial, imputando ao individuo violador da norma pena em conformidade com sua

conduta, gerando um direito penal de duas vias, ou seja, pena para os culpáveis e medida de segurança para os perigosos; A vítima do delito é relegada a plano secundário e o objetivo da pena é restabelecer a ordem jurídica violada; O contrato social assumido por todos os indivíduos preleciona que todos devem respeitar as leis mantendo a ordem e paz social; O crime é a exteriorização de uma conduta voluntária que fere um bem jurídico tutelado, ou seja, crime deveria ser doloso e comissivo, posteriormente este conceito foi mitigado com a inclusão dos crimes omissivos e culposos; Esta teoria do delito era lastreada por critérios naturalísticos ou empíricos; Inicialmente, a valoração da culpabilidade é baseada em critérios psicológicos, estes levam em conta somente a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente no momento da conduta, posteriormente passa a adotar critérios normativizados.

2.2 CRISE E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL:

Crise e expansão do direito penal parecem ser conceitos contraditórios, todavia não se trata de um antagonismo, já que está em crise um modelo de direito penal, o tradicional, tendo sofrido profundas mudanças em seus fundamentos, quais sejam: no conteúdo da teoria do delito, na finalidade do direito penal, na sanção penal, entre outras. Estas mudanças configuraram uma expansão do direito penal, na medida em que há um maior número de tipos penais, a fim de acompanhar as transformações da sociedade e o avanço da criminalidade.

As grandes transformações que vêm acontecendo na sociedade, tornaram-na em uma sociedade de risco, ou seja, marcada pelo desenvolvimento de organizações criminosas, surgimento do terrorismo e das atividades industriais e científicas lícitas, mas que podem provocar danos irremediáveis e de grandes proporções ao meio ambiente e à vida das pessoas, o que provocou alterações no direito penal clássico, que se revelam da seguinte forma: O caráter público do direito penal está limitado, já que a vítima tem um papel mais relevante; A política criminal se transforma e a vítima deixa de ser neutralizada, passando a participar do processo penal com a ampliação de sua proteção, com regras que asseguram a reparação de seu prejuízo, dando espaço para o surgimento a composição civil e as transações penais como forma de solução de conflitos penais. Com expansão do direito penal e da nova política criminal, o bem jurídico adquire um caráter difuso, deixando de ser certo; Aumento dos tipos penais em branco; A lei penal que antes só buscava a repreensão (prevenção geral negativa) agora também destina-se a reafirmação social de valores ou da lealdade do direito (prevenção

geral positiva); A sanção dirige-se ao cidadão, já que se destina a reafirmar a vigência da norma; A legislação penal especial é mais ampla que o código penal, revelando a ampliação dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal; Passou o direito penal a proteger bens “macrossociais”, por exemplo, saúde pública, meio ambiente, entre outros e como a lesão a esses bens causa sérios e irreparáveis danos surgiram os tipos penais de perigo que dispensam a efetiva lesão a bem jurídicos.

Todas essas mudanças revelam a incapacidade do direito penal tradicional para dar soluções aos conflitos atuais, dando espaço para o surgimento de respostas alternativas ao direito penal.

Alguns autores defendem o fim do direito penal, devendo ser substituído por essas respostas alternativas, entretanto é impossível a aplicação radical dessas medidas, tendo em vista que não resolveria graves conflitos que vão além do interesse da vítima, só atenderia aos interesses do ofendido e não as necessidades de ordem pública, bem como não atenderia a finalidade do direito penal. Assim, para alguns delitos, de menor potencial ofensivo, é possível a aplicação das respostas penais alternativas, entretanto nem sempre será a resposta mais eficaz, visto que quando estiverem em jogo interesses maiores que os particulares, a reparação não pode ser a única medida aplicável deve-se manter, portanto, a resposta punitiva por meio da pena privativa de liberdade.

Todas essas mudanças aumentam a abrangência do direito penal e transformam-no em meio para combater as causas de injustiça geradas pelo próprio sistema, colocando em segundo plano o garantismo do direito penal clássico, expandindo o direito punitivo diante da crescente demanda por segurança.

2.3 A ALTERAÇÃO NO CONCEITO DE BEM JURÍDICO:

A noção de bem jurídico adquire relevância com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, segundo o qual, a norma penal só existe para tutelar algum bem jurídico, o que limita a atividade legiferante. Este bem deve ser delimitado evitando a incidência do poder punitivo sobre bens difusos e de difícil determinação. Dessa forma, os bens jurídicos são determinados pela política criminal que deve se guiar pelos interesses relevantes à convivência social.

A fim de acompanhar o dinamismo das relações sociais, o direito está em constante transformação, bem como os objetos que merecem a sua proteção, razão pela qual a noção de bem jurídico não é estática, tendo efetivamente passado por diversas mudanças ao longo do tempo.

Inicialmente, o sistema penal apoiando-se no contrato social protegeu bens individuais, inclusive esta é a perspectiva kantiana. Superando esta visão, surge o bem jurídico, que coloca a vítima do delito em segundo plano e atribuí ao Estado o papel de punir, mas para que haja interesse público na punição é necessário que o interesse protegido seja de direito público, ou seja, o Estado deve proteger não apenas o interesse individual afetado no caso concreto, mas também toda a sociedade, a ordem pública, a paz social e a segurança pública que também são afetadas com a conduta violadora praticada. Por tudo isso, o bem jurídico perde este caráter individual e assume um conteúdo social.

Complementando estas idéias, temos que os bens jurídicos não são criados pelo direito penal, na verdade, estão presentes na vida em sociedade e os interesses que forem essenciais são transformados em norma penal. O direito penal assume o caráter de *ultima ratio*. Conforme a lição de Von Liszt sintetizada por Yacobucci (2005, p. 78):

Bem jurídico é 'o interesse protegido juridicamente' e se trata de 'interesses vitais, interesses do individuo ou da comunidade', porém que 'não os cria o ordenamento jurídico, mas a vida comunitária', de maneira que a intervenção do direito, 'a proteção jurídica, eleva esse interesse vital ao caráter de bem jurídico.

Atualmente, o conceito de bem jurídico vem passando por uma crise, em razão do direito penal está sendo utilizado para a proteção dos mais diversos bens. Essa elasticidade põe em dúvida o poder do direito penal para resolver conflitos e proteger bens jurídicos.

A crise no conceito de bem jurídico é fruto da mudança na sociedade, pois diante da complexidade nas relações surgiu a necessidade de proteger novos objetos (meio ambiente, sistema econômico, direitos do consumidor, delitos virtuais, saúde pública, etc). Este dever do direito penal de tutelar as mais diversas áreas fez com que o bem jurídico perdesse sua função limitadora e garantista, assumindo um caráter difuso com amplo campo de atuação e carente de delimitação.

Fazendo oposição ao conceito tradicional de bem jurídico e se dissociando da função garantista do direito penal, surge a concepção de bem jurídico penal de Günther Jakobs, segundo a qual o bem jurídico penal é a vigência da norma, que se traduz na confiabilidade na estrutura social. Dessa forma, a função do direito penal é garantir as expectativas normativas e

o único bem jurídico a ser tutelado é a vigência da norma, indo de encontro a noção tradicional de bem jurídico e relativizando as garantias constitucionais.

Levando-se em consideração que foram lesionados o interesse da vítima e a norma penal, temos que a resposta penal deve-se em razão da desobediência a norma, pois com a conduta delitiva, o infrator questiona a vigência, a validade e o poder orientador de comportamentos que é atribuído a norma, retirando do processo de punição a satisfação da vítima em razão de seu interesse lesionado. Assim, a gravidade da infração é medida pela desobediência a norma e não pela real afetação ao bem material.

Seguindo o pensamento de Jakobs, há que se distinguir o objeto da ação e o bem jurídico penal, tendo em vista que pode haver uma ofensa ao bem material (objeto da ação) sem que configure uma infração penal, pois o bem jurídico penal pode não ter sido afetado, já que o que caracteriza uma lesão ao bem jurídico penal não é afetação ao bem material, mas a contrariedade da conduta violadora à regra imposta pela norma. Yacobucci (2005, p. 87) relata a visão de Jakobs:

Ao direito penal não interessa todo prejuízo de uma situação valorada positivamente senão 'mais bem a alteração da própria valoração positiva que se dá quando um comportamento humano tem um conteúdo de sentido contrário a essa valoração'. Por isso, 'o que constitui uma lesão ao bem jurídico penal não é causar uma morte (esta é simplesmente lesão de um bem), mas a oposição evitável à norma subjacente no homicídio'.

Vale ressaltar que para o citado autor não é o fato de o objeto ser regulado em uma norma que o tornará bem jurídico penal, mas, além disso, deve ter alguma função para a sociedade.

A visão de que o bem jurídico é a proteção a norma penal é incapaz de resolver os conflitos sociais, pois assim, a norma abandona os critérios de legitimação externa, tornando-se impassível, dissociada da realidade histórica e social que a envolvem. A norma não encontra legitimação em si mesma, ela existe como resposta a um problema social, dentro de uma realidade histórica. Coaduna com essa posição Roxin (2006, p. 33-34): "O sistema social não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, senão atendendo aos homens que vivem em sociedade, haja vista a norma não pode pretender somente a obediência dos cidadãos".

A fim de resgatar a noção de bem jurídico com suas funções limitadora e garantidora deve se socorrer a Constituição, submetendo os bens jurídicos a estarem em conformidade

com os princípios orientadores da constituição, levando em conta os princípios da proporcionalidade, subsidiariedade do direito penal e ofensividade.

2.4 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL MODERNO:

A partir da 2ª guerra mundial há a ruptura com o direito penal tradicional e os novos contornos do direito penal são ditados pela complexidade da sociedade atual, marcada pela globalização e pelo risco. Percebemos o fenômeno da globalização nas mais diversas áreas: econômica, científica, tecnológica. De forma que os países sofrem interferência dos organismos internacionais na sua soberania, nas suas redes de comunicação, identidade social e cultural. A globalização possui as seguintes características, segundo a visão de Franco (2000, p. 107-110):

Criação de um mercado mundial dotado de regras próprias; queda das barreiras nacionais às operações de mercados de capitais; as políticas estatais de aspectos financeiro, monetário, social, de meio ambiente, por exemplo, tem o centro de decisões fora do Estado-nação, mas, sem no âmbito dos conglomerados transnacionais; há um impacto no âmbito da soberania e territorialidade dos Estados-nação, bem como no âmbito da ordem jurídica até então imposta por eles.

Aparentemente a globalização apresenta-se como um fenômeno que promove a igualdade entre os seres humanos, diminuindo as distâncias, levando conhecimento a todos, dissipando o desemprego, porém, na realidade, dissemina desigualdades, dependência, exclusão social, isolando determinadas regiões e determinados grupos de pessoas que não acompanharam o desenvolvimento. Neste sentido, Beck (1999, p. 106) criou o termo globalização, unindo globalização e localização. Aquela para os ricos e esta para os pobres: “a localização e globalização não são apenas duas faces de uma mesma moeda, são forças propulsoras e as formas de expressão de uma nova polarização e estratificação da população mundial em ricos globalizados e pobres localizados”.

O maior problema da globalização é o aumento dos excluídos e o capital sem trabalho, pois o desemprego atinge potencialmente a todos, na medida em que a globalização aumenta a automação e a busca por mão de obra especializada, relegando ao desemprego aqueles que não têm habilitação técnica, os quais ficam excluídos da sociedade, em razão de não terem direito ao consumo, à segurança, à saúde, à escolaridade e ao aperfeiçoamento técnico

profissionalizante, ou seja, nenhum dos direitos mínimos a condição humana lhe são assegurados, todavia, lhe são impostos todos os deveres e descumprindo-os, finalmente cumprirão seu papel social, fazendo parte do sistema penitenciário, sendo tratados como perigosos e, portanto, devem ser excluídos da sociedade como um mal que deve ser eliminado.

O mundo globalizado permite o fortalecimento e a ampliação de redes criminosas de alcance mundial, são as denominadas organizações criminosas, as quais através de condutas ilícitas e reprováveis socialmente, mas altamente lucrativas como tráfico internacional de armas, de drogas, de pessoas, de órgãos, aliadas a uma complexa rede de divisão de trabalho e a lavagem de dinheiro, misturam-se com a economia lícita o que dificulta a percepção da atividade criminosa. As conseqüências são o enfraquecimento do Estado, que perde a capacidade de impor a lei e a ordem, o desemprego mundial, a utilização da mão-de-obra daqueles excluídos sem perspectiva de sair do estado de pobreza que veem no crime a possibilidade de inclusão social, tendo como exemplo os “bem-sucedidos chefões” e a imagem idealizada do mundo do crime. São exemplos de organizações criminosas de âmbito internacional a Cosa Nostra siciliana, La Camorra, Ndrangheta, Sacrea Corona Unita, a máfia norte-americana, a Yakuza japonesa, as Mafysa russas, cartéis colombianos, as redes criminosas nigerianas, entre tantos outros.

Outro fenômeno que surgiu com a globalização é a sociedade de risco. Assim concebida porque através de condutas lícitas praticadas pelo homem podem gerar danos irreparáveis a sociedade e a natureza. Este perigo está associado, a atividade industrial, atividade nuclear, a pesquisas genéticas.

A sociedade moderna e globalizada também permite o surgimento de outro risco, que são os grupos ideológicos que atuam por meio da violência física, psicológica e ataques de grandes proporções destrutivas para chamar a atenção para a causa que defendem, são os grupos terroristas. Normalmente com finalidade separatista, almejando a criação de Estados independentes, mas também tem finalidades religiosas, econômicas, culturais. Os principais grupos terroristas são *AL QAEDA, FARC, ETA, KU KLUX KLAN, JIHAD ISLÂMICA, ABUL NIDHAL, IRA*.

A fim de repreender essa nova criminalidade, o direito penal criou leis de combate ao crime organizado e leis antiterroristas, as quais além de não serem satisfatórias em seus objetivos, flexibilizaram o direito penal clássico, na medida em que reduziram as garantias penais e processuais do cidadão, desrespeitando diversos princípios fundamentais.

A complexidade do estágio atual da sociedade, conforme exposto acima, exige um direito penal que seja a solução para todos os problemas sociais e por isso necessita regulamentar as mais diversas áreas, passando por uma fase de expansão dos tipos penais, abrangendo leis penais em branco, ampliando o conceito de bens jurídicos, transformando-os em bens vagos e carentes de determinação. O direito penal adquire a característica de *prima ratio*, configurando a mitigação dos princípios da intervenção mínima, da ofensividade, da legalidade-culpabilidade, da necessidade. Surgimento de normas que antecipam a punibilidade com sanções desproporcionais às infrações praticadas. O caráter público do direito é reduzido, levando-se em consideração a satisfação da vítima por meio da implantação das medidas alternativas mediação e acordos. Além do surgimento de teorias como a funcionalista em que o único bem jurídico é a vigência da norma. Essa mudança no direito penal permitiu o surgimento do direito penal do inimigo.

2.5 A POLÍTICA CRIMINAL E AS TEORIAS GARANTISTA E FUNCIONALISTA:

A definição do papel do direito penal na sociedade de risco e global, bem como a finalidade e os contornos que adquire a punição foram amplamente discutidos por duas teorias: a garantista e a funcionalista.

A teoria garantista teve como maior expoente o teórico Ferrajoli. Para esta teoria o direito penal deve proteger os direitos fundamentais de todos os seres humanos, para tanto a política criminal deve estar em conformidade com os princípios constitucionais e com o garantismo, limitando a atividade legiferante a intervenção penal mínima quando as lesões atingirem os direitos fundamentais. Nesse sentido expressa Ferrajoli (1997, p. 336 *apud* BICUDO, 2010, p. 136-137):

Garantismo significa a tutela de todos os valores fundamentais cuja satisfação, ainda que contra o interesse da maioria, é o fim justificador do Direito Penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e castigos, a defesa dos fracos mediante a regra do jogo igual para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito também de sua verdade. É precisamente a garantia desses interesses fundamentais a que parece ser aceitável para todos, inclusive para a minoria dos réus e dos imputados, ao Direito Penal e ao mesmo princípio minoritário.

Os direitos fundamentais assumem um duplo aspecto: positivo, quando orienta as políticas públicas a realizar os direitos previstos e negativo significando a aplicação das

garantias penais e processuais assegurando que as penas respeitem os direitos fundamentais dos infratores, a fim de impedir violências arbitrárias.

A reação a criminalidade que surgiu com a sociedade de risco e globalizada foi a inflação legislativa e a mitigação das garantias constitucionais, as quais não coibiram essa nova criminalidade, razão pela qual a teoria garantista não coaduna com estas soluções, defendendo que a repressão a estes crimes deve ser feita mediante acordos internacionais para repressão e a constituição de um tribunal penal internacional permanente entre outras medidas.

A teoria funcionalista, sistematizada por Claus Roxin defende que a função do direito é solucionar os conflitos sociais, integrando o agente criminoso a sociedade, entretanto fica a critério da política criminal indicar quais os conflitos que colocam em risco a convivência social.

Para Claus Roxin a política criminal deveria guiar o direito penal, de forma a ser limitado e mínimo o seu papel como solucionador de conflitos. Nesse sentido o autor defende (1997, p. 65 *apud* BICUDO, 2010, p. 169):

A proteção de bens jurídicos não se realiza somente mediante o Direito Penal, mas para isso há que haver a cooperação instrumental de todo o ordenamento jurídico. O direito penal é, inclusive, a última de todas as medidas protetoras que se há que considerar, isto é, somente pode haver intervenção penal quando todos os meios de solução do problema falharem [...] Por isso denomina-se a pena como a *ultima ratio* da política criminal, e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

Almejando acompanhar essa nova criminalidade e proteger a sociedade dos novos riscos, houve uma mudança na política criminal, tornando o direito penal e as garantias penais e processuais mais flexíveis, expandindo a tutela penal para novos bens jurídicos, aumentando os crimes de perigo e antecipando a punibilidade. Essas mudanças de concepção tornam-se a base para o direito penal do inimigo.

3 DIREITO PENAL DO CIDADÃO X DIREITO PENAL DO INIMIGO

O conceito de direito penal do inimigo foi introduzido por Günther Jakobs, representando, inicialmente, uma descrição e crítica a legislação Alemã, pois o autor entendia que o direito penal do inimigo estava presente de forma ampla na legislação criminal alemã que tendia a punir atos preparatórios ao delito, sem lesão de fato ao bem jurídico, bem como criticava a aplicação da pena segundo a periculosidade do agente infrator e não conforme sua culpabilidade diante do ato delitivo, a legislação alemã, portanto, preferia o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. Posteriormente, diante da sociedade complexa e dos novos riscos (criminalidade econômica, crime organizado, terrorismo, etc.), Jakobs passa a defender a aplicação do direito penal do inimigo como reação a esses riscos. Propôs a divisão do direito penal entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo.

3.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E FUNCIONALISMO:

A teoria sistêmica ou funcionalismo de Niklas Luhmann exerce grande influência na teoria do direito penal do inimigo.

Conforme a teoria dos sistemas de Luhmann, a norma representa a generalização das expectativas sociais e o direito tem a difícil tarefa de orientar as condutas dos homens na sociedade. Para facilitar a orientação social, nessas sociedades marcadas pela complexidade, criam-se expectativas de que todos se comportarão conforme as leis, e mesmo que algum membro da sociedade fira essas expectativas, pois quando pratica um crime está negando a vigência da norma, os outros membros devem continuar acreditando na norma e orientando sua conduta conforme aquela lei que fora violada. Para que isso ocorra, o sistema social criou a penalidade, com ela envia-se uma mensagem aos outros membros da sociedade, qual seja, da não vigência da vontade individual do infrator, mas sim do ordenamento jurídico e da vontade geral. Somente assim, se mantém a vigência e a confiança geral na norma. Por isso a afirmação de Lynett (2005, p. 13) acerca da finalidade da pena: “é restabelecer a vontade geral através de uma negação; é dizer, de uma negação da negação”.

Ainda segundo esta teoria, a reação esperada diante de acontecimentos são as expectativas, que podem ser normativas ou cognitivas. Estas são expectativas diante de fatos da natureza, as quais devem mudar sempre que o modelo de orientação não resolver o conflito, e aquelas são expectativas diante das relações sociais, que não mudam diante de uma afetação a norma, a qual se mantém intacta como modelo de orientação, pois a imposição da pena significa que é reprovável o modelo de orientação do infrator. Concluindo Jakobs (2009, p. 33-34):

Logo, com uma norma não acontece o mesmo que com uma regra cognitiva: nesta última, se não acontece aquilo que está de acordo com a norma, a regra ou é incorreta, ou foi incorretamente aplicada, e a situação cognitiva deve ser corrigida; como se diz é preciso reciclar. No caso da norma, é diferente: quando ela é infringida, não é ela que é incorreta, mas sim o comportamento do criminoso e, como já se disse, seu tratamento como criminoso constitui a validação, mais exatamente a sustentação da norma.

Lynett (2005, p. 15-16) dispõe que Jakobs defende que o direito deve tutelar a vigência da norma, não se preocupando com o objeto material ferido com a conduta delitiva, tendo em vista que a violação a norma significa o rompimento do infrator com as expectativas gerais e, para estabilizar a sociedade aplica-se a pena, retornando a credibilidade que os demais membros da sociedade depositam nas instituições e no poder do Estado para orientar as condutas.

3.2 BASES FILOSÓFICAS DA TEORIA:

Para legitimar a teoria do direito penal do inimigo, Jakobs, encontra suporte nos filósofos contratualistas. Alguns dos defensores do contrato social consideram o crime como uma violação a este contrato e todo criminoso como inimigo, não gozando mais de nenhum direito perante o Estado. O direito penal prestaria apenas para a coação. Este é o entendimento de Rousseau (1971, p. 52), que se pronunciou da seguinte forma: “todo malfeitor, atacado o direito social, converte-se pelas suas façanhas em rebelde e traidor da pátria, cessa de ser membro dela ao viciar suas leis e ao fazer-lhe guerra”.

O mesmo autor explica que violando o contrato social o infrator desvincula-se da sociedade, retornando ao seu estado primitivo, Rousseau (1971, p. 35):

As cláusulas deste contrato [...] embora não tenham nunca sido anunciadas, são elas sempre as mesmas, embora tacitamente aceitas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, cada qual entra de novo na posse de seus direitos primitivos e recupera sua liberdade natural, perdendo a convencional em virtude daquela que renunciou.

Compartilha do mesmo entendimento Fichte, esclarecendo que o contrato social deve ser sempre atendido, portanto ao romper com o contrato, ainda que por culpa, não faz mais jus a ele, perdendo, inclusive seu status de cidadão (volta ao estado natural), conforme entendimento de Fichte (*apud* JAKOBS, 2009, p. 4): “quem por vontade ou impudência abandona o contrato civil [...] perde a rigor todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, quedando-se destituído de direitos”.

Destoando deste entendimento, Jakobs defende que, a princípio, o Direito deve manter como cidadão, ou seja, como pessoa, aquele que descumpre a norma, pois dessa forma o criminoso tem a oportunidade de acertar-se novamente com a sociedade e também ressarcir o Estado pelos danos causados.

Apesar de também defensor do contrato social, Hobbes já reconhecia a necessidade de se manter infratores dentro do direito, por esta razão diferencia aqueles que transgridem a norma entre o delinqüente cidadão e o alto traidor. Aquele deve ser combatido, todavia não é um risco ao estado, devendo ser condenado segundo as leis vigentes, já este não se submete por princípio ao ordenamento jurídico, busca combater o Estado, devendo ser tratado como inimigo. Hobbes, (1965, p. 187):

Os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas. Dado que o inimigo ou nunca esteve sujeito a lei e portanto não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade.

Seguindo as mesmas idéias, Kant ensina que um cidadão pode compelir o outro a cumprir uma constituição, pois aquele que deseja permanecer em estado de natureza está prejudicando os direitos dos demais, portanto, deve ser tratado como inimigo.

Fazendo uma síntese do entendimento desses últimos teóricos Jakobs (2009, p. 7) observa: “Hobbes e Kant conhecem, portanto, um direito Penal do Cidadão – contra pessoas que não delinqüem de modo contumaz por princípio – e um Direito Penal do Inimigo contra aqueles que se desviam por princípio”.

Diante dessa construção teórica, evidencia-se que a teoria defendida por Jakobs vê o criminoso como um cidadão que ao ferir a norma é chamado a reparar seu erro e o inimigo é aquele que não mais orienta sua vida segundo o direito tornando-se permanentemente perigoso. Distinguindo cidadãos de inimigos estar-se-á preservando o Estado de Direito que

para dar respostas ao avanço da criminalidade não precisa aplicar medidas excepcionais, ferindo o direito dos cidadãos.

3.3 SITUAÇÃO DE COEXISTÊNCIA ENTRE O DIREITO PENAL DO CIDADÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO:

O direito penal próprio de um Estado Democrático de Direito não é capaz de resolver os problemas criados pelos novos riscos, tendo em vista que todos devem ser tratados como cidadãos, aplicando indistintamente uma pena proporcional, justa, respeitando direitos e garantias assegurados pela Constituição. Dessa forma, os “inimigos” estariam imunes ao isolamento, a vigilância dos meios de comunicação, as investigações secretas, aos agentes infiltrados e demais medidas similares. Este direito penal assemelha-se a um ideal de direito penal do cidadão, que na prática não se presta ao papel de resolver os problemas sociais e dar segurança aos cidadãos. Por isso, a forma de prevê o Estado de Direito não define como será na realidade. Conforme as palavras de Jakobs e Meliá (2006, p. 74-75 *apud* SANTOS, 2009, p. 34): “Quem defende a posição de que no Estado de Direito ‘*Tudo*’ deve converter-se em realidade, sem concessões, deveria saber que esse ‘*Tudo*’, na realidade concreta vê-se acompanhado por um ‘*Nada*’” (grifos originais).

Ainda segundo esta visão, as leis não podem ser aplicadas indistintamente, já que assim, ou falharão por não dar o tratamento adequado ao “inimigo”, em virtude do respeito as garantias asseguradas ou falharão por aplicar um tratamento severo e desproporcional a todos. Deve-se, portanto, ao definir as normas, distinguir quais são aplicáveis somente aos inimigos e quais são aplicáveis aos cidadãos, sob pena de contaminar o direito penal do cidadão. Estas normas de exceção não configuram afronta ao Estado de Direito, pois somente representam perigo quando estiverem disfarçadas de normas aplicáveis a todos os cidadãos.

Por todo o exposto, Jakobs defende que devem conviver o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão, apesar de serem teorias opostas, pois tendo como parâmetro a realidade, estes tipos fechados, perfeitos e opostos não existem, já que estão entrelaçados, formando um tipo misto, entre ambos.

Sendo a realidade bastante complexa, não se pode olvidar que há exceções ao Estado de Direito, encobrir essa realidade acaba por misturar o que é regra e o que é exceção. O Estado de Direito deve-se manter intacto, não se violando por conta de ataques de seus “inimigos”, por isso pode manter características do direito penal do inimigo como exceção, e somente o

conhecimento das características dessas espécies de direito penal demonstrarão o que é regra e o que é exceção no Estado de Direito, permitindo a aplicação limitada ao necessário dos institutos do direito penal do inimigo e em conformidade com o direito penal do cidadão se proceda a um tratamento adequado da pessoa infratora, protegendo reflexamente o Estado Democrático de Direito que não precisa ser violado para penalizar os novos delitos. Nas palavras de Jakobs (2009, p. XXVII):

O direito penal do inimigo é um direito de exceção, um direito de necessidade do Estado de Direito. Somente é possível determiná-lo como direito penal do inimigo em um Estado de Direito; Em um Estado de Não-Direito ele não constitui uma singularidade, pois este vê inimigos em toda parte.

Nesse diapasão, podemos constatar que para Jakobs o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo são tendências opostas que convivem em um mesmo contexto. De um lado estaria o tratamento do cidadão e de outro o trato com o inimigo.

Há doutrinadores que adotam posição diametralmente oposta, como Meliá (2006, p. 151 *apud* SANTOS, 2009, p. 37) defendendo que essas medidas de exceção não podem prosperar dentro de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a adoção do direito penal do inimigo vulnera a culpabilidade quando pune atos preparatórios, fere o princípio da dignidade da pessoa humana com o tratamento de não-pessoas aos inimigos. Deve-se considerar que o Estado Democrático de Direito tem outras formas para solucionar os problemas criados pelos novos riscos, que são legalmente estabelecidos, mantém as garantias individuais e são mais efetivos, como exemplo medidas políticas, medidas policiais e o uso adequado do serviço de inteligência.

Um Estado Democrático de Direitos não deve aceitar essa diferenciação de indivíduos entre cidadãos e inimigos, tendo em vista que o conceito de inimigo é bastante vago e indeterminado, possibilitando que qualquer um venha a ser taxado de inimigo, ficando ao arbítrio do intérprete, podendo ser inimigo quem defende determinadas idéias, ou em virtude da raça, opção política, etc.

Dessa forma, independente da gravidade do delito, o infrator deve ser tratado como sujeito de direitos, pois não há razão que justifique a opressão de determinadas pessoas, a quebra dos princípios fundamentais da pessoa humana, o fim das garantias penais e processuais.

3.4 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:

O modelo punitivo de Günther Jakobs é marcado pelo punitivismo e pelo simbolismo. Este siue relaciona com a discrepância existente entre o pretendido pelas leis e o vivenciado. Assim, o Estado afirma valores apenas para acalmar a população dando a falsa idéia de que a aplicação da lei penal mais rígida suprime ações criminosas, todavia não gera efeito protetivo concreto, pois são incapazes de resolver os problemas que se desenvolveram com a sociedade. O Estado, por meio das normas mais severas, “vende” a falsa idéia de que está tudo sob controle, a ilusão de que há segurança e os cidadãos podem seguir confiando no sistema penal, disfarçando a incapacidade do Estado de resolver os conflitos criados por ele mesmo. Aquele se destina a garantir tranqüilidade através de normas inócuas, recrudescimento das penas e novos tipos penais definidos a critério da política criminal.

As características do direito penal do inimigo advém da união entre esses dois elementos, a saber:

Jakobs defende que o objetivo do direito penal é eliminar o perigo, justificando a forma de punição do inimigo marcada pela desproporção entre o fato criminoso e a medida aplicada, que deve ser a mais severa possível (punitivismo exacerbado); a criação de novos tipos penais, caracterizando uma inflação legislativa de tipos abertos, sem bem jurídico definido; O inimigo deve ser punido com medida de segurança e não com pena; O inimigo é objeto de coação, sua punição faz-se levando em conta o perigo que ele representa para a sociedade e não a culpabilidade, ou seja, leva-se em conta o que o infrator é (direito penal do autor) e não o que ele fez (direito penal do fato).

Além dessas, o inimigo tem as garantias processuais diminuídas ou suprimidas, por exemplo: acesso aos autos do inquérito policial, direito de solicitar produção de provas, direito de se comunicar com seu advogado. Além de ser admitido contra ele prova ilícitas, infiltração de agentes policiais, utilização arbitrária de interceptações telefônicas, quebra de sigilos bancário, fiscal, dados. Portanto, não é submetido a um devido processo legal.

No direito penal dirigido a cidadão, o autor do delito somente é punido no momento em que percorrendo o *iter criminis* adentra a fase de execução, no direito penal dirigido a inimigos os atos preparatórios já são punidos, pois o que se considera é a periculosidade do agente, antecipando a tutela do Estado para fatos futuros.

3.5 IDENTIFICAÇÃO DO INIMIGO:

Todos os indivíduos gozam inicialmente do status de sujeito de direitos e são considerados como pessoas, fazendo jus a direitos e arcando com deveres que o Estado confia que serão cumpridos. Esses deveres constituem uma “dívida portátil” de dirigir seu comportamento com fidelidade a norma. Nas precisas palavras de Jakobs (2009, p. 58): “essa dívida não é senão o dever kantiano de se colocar em um estado de civilidade: aquele que negligência o cumprimento é um desertor do qual se deve tomar distância; ele não é punível per se, mas a convivência com ele é insuportável”.

O que permite a convivência em sociedade é a confiança de que todos os cidadãos cumprirão sua dívida portátil, entretanto se por suas atitudes o comprometimento do cidadão não goza mais de credibilidade, seus deveres tornam-se ilimitados, mesmo o Estado não mais confiando que serão cumpridos e seus direitos começam a ser subtraídos, até o ponto em que deixará de ser sujeito de direitos e se tornará inimigo.

A teoria do direito penal do inimigo defende que o criminoso, em regra, não perde seu status de sujeito de direitos com a prática de apenas um crime, mantendo um *modus vivendi* ainda suportável sendo-lhe aplicada uma pena, o que proporcionará um acerto de contas com a sociedade e a posterior ressocialização do condenado, neste caso a violação da norma apenas atingiu o bem jurídico, mas não foi suficiente para desestabilizar a eficácia da norma, e a penalidade reafirma a validade e a força da lei violada.

Já o inimigo é aquele que procede de forma alheia a lei, como se o ordenamento jurídico não lhe dissesse respeito, podendo vir a atingir a eficácia da norma, uma vez que ele é adversário por princípio do Estado, mas mesmo este que pelo seu proceder tornou-se inimigo pode retornar ao status de cidadão através de uma mudança de comportamento e o comprometimento com a dívida portátil, entretanto esta decisão, entre ser sujeito de direitos ou inimigo, não fica ao arbítrio do criminoso, pelo contrário, cabe a sociedade. É dever do Estado proporcionar as normas eficácia efetiva, garantindo que o ordenamento jurídico seja capaz de orientar o cotidiano. Com a prática de um crime a norma somente manterá a sua força orientadora se o Estado reprimir a conduta delituosa, de outra sorte, perderá sua força diretora se o sujeito não fornecer expectativa de que cumprirá sua dívida portátil, então esta decisão jamais ficará nas mãos do criminoso.

Corroborando essa visão Luhmann, cujos ensinamentos são refletidos por Jakobs (2009, p. 33): “Assim sendo uma norma não é socialmente válida apenas quando é obedecida, mas

também quando é sustentada contrafaticamente, pois, em ambos os casos, ela cumpre a função de oferecer segurança as expectativas”. O citado autor (2009, p. 30-31) exemplifica:

Exemplificando, a resposta à pergunta de como se deve proceder com uma bicicleta esportiva cara que se utiliza para ir para a universidade: ‘Não importando onde esteja, ela não pode ser roubada, e, se o for, o ladrão deverá ser punido’ etc. A pessoa em questão orienta-se por essa regra e estaciona a bicicleta sem qualquer tranca; ela é roubada, mas a informação estava correta, pois ela não podia ser roubada, e o ladrão, que desapareceu sem ser conhecido, deve ser punido etc.

Não basta para os cidadãos apenas a existência das normas, é necessário que na prática essas leis sejam respeitadas, implementadas e que efetivamente orientem o cotidiano, ou seja tenham eficácia efetiva, para tanto, é preciso que os destinatários da norma orientem-se segundo o direito, este é o alicerce cognitivo. Se o indivíduo não oferece o alicerce cognitivo para a norma, esta deixa de orientar as condutas e perde sua eficácia. Cabe ao indivíduo fornecer esse alicerce, procedendo com fidelidade jurídica, se não o faz, é tratado como fonte de perigos.

No exemplo dado por Jakobs (2009, p. 58) não se confiaria um caixa a um defraudador, pois ele foi excluído do círculo de pessoas a que se destinam as expectativas normativas, não é mais confiável, é considerado um foco de perigos.

3.6 DIFERENÇAS ENTRE O CIDADÃO E O INIMIGO:

Os indivíduos podem fazer parte do conceito de pessoa ou de não-pessoa. Essa diferenciação é proveniente de uma construção social. Dessa forma, para ser pessoa é necessário que o indivíduo cumpra com seu papel social, sendo capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, que são as expectativas normativas, as quais, somente se dirigem àqueles que oferecem o alicerce cognitivo, ou seja, os denominados de pessoas. Acerca dessa distinção Moraes (2009, p. 191), afirma: “Inexistindo essa garantia ou se ela é expressamente negada, o Direito Penal passa, de uma reação da sociedade ante o crime de um de seus membros, a uma reação contra um inimigo”.

O termo pessoa deriva de *persona*, que significa máscara, portanto, para ser pessoa deve representar o papel de cumpridor das normas. Já o indivíduo denominado de não-pessoa ou

inimigo é aquele que não mais oferece garantias de que irá comportar-se segundo o ordenamento jurídico, tornando-se uma fonte de perigos para a sociedade.

A conduta pessoal, ou seja, a forma como o indivíduo conduz sua vida é que poderá defini-lo como inimigo. Normalmente, são aqueles que se tornaram parte de estruturas criminosas organizadas tais como: terrorismo, tráfico de substâncias entorpecentes, criminalidade econômica. A participação nestes crimes demonstra que o indivíduo é adversário da sociedade e desvirtuou-se totalmente do direito, sem chances de retornar.

A teoria do direito penal do inimigo revela diferenças de tratamento entre o cidadão delinqüente e o inimigo. As quais serão explicitadas a seguir:

Ao cidadão delinqüente é aplicada uma pena, com o objetivo de manter a vigência da norma e, em relação ao inimigo impõe-se uma espécie de medida de segurança, a fim de combater o perigo que ele representa. A Medida de Segurança tem como base de cálculo a periculosidade do agente, o objetivo é impedir a prática de novos delitos contra a sociedade, ou seja, visa o futuro, por isso, é prospectiva, já a pena tem como base a culpabilidade do agente, levando em conta o fato ocorrido, o passado por isso retrospectiva. É o entendimento de Santos (2009, p. 44):

A formação de amplo adiantamento da punibilidade. Vale dizer, o 'direito' punitivo do inimigo baseia-se, não num fato passado como deveria ser, senão num fato futuro. É um 'direito' penal direcionado ao futuro, como uma espécie de direito vigilante, de direito de terror.

O cidadão é sujeito de direitos, e com a prática de um delito mantém seu status de pessoa enquanto o inimigo é objeto de coação, considerado não-pessoa.

O cidadão que vier a delinqüir tem sua pena aferida na proporção de sua culpabilidade, enquanto o inimigo na proporção de sua periculosidade. Essa diferenciação fora discutida pela escola clássica e positivista do direito penal. Para aquela a pena deveria ser proporcional a gravidade do delito, para esta a proporcionalidade da pena é medida pelo grau de "temibilidade" do indivíduo. Quanto a temibilidade o positivista Aragão (1952, p. 217), afirma que:

A temibilidade do delinqüente e não a gravidade do delito, é que deve servir de base e critério para a medida da pena, considerada como um remédio, um meio de defesa social; quanto maior for a temibilidade do criminoso tanto mais intensa e viva deve ser a reação social; isto é: a gravidade do delito está na razão direta do grau de temibilidade do delinqüente; A temibilidade do delinqüente é maior ou menor conforme é maior ou menor sua inadaptação ou idoneidade a vida social: quanto mais anti-social mais temível é o indivíduo, porque maior é o mal que dele se pode esperar.

A periculosidade é um desajuste no comportamento do indivíduo tornando grande a possibilidade deste vir a cometer delitos.

Para Marques (2000, p. 106-107) a formação da personalidade do indivíduo criminoso, depende de duas espécies de fatores: “fatores subjetivos ou pessoais, e fatores objetivos ou ambientais. Subjetivos são aqueles coeficientes de periculosidade que o indivíduo traz em si mesmo, e objetivos os que resultam das relações do indivíduo com o ambiente”.

Apesar de soar estranha a diferenciação entre pessoa e não-pessoa, Jakobs defende que somente com esta distinção se atingirá a finalidade das leis e permitirá a delimitação dos institutos marcadamente típicos do direito penal do inimigo dentro do ordenamento jurídico pátrio, permitindo a edição de leis distintas para cidadãos e para inimigos.

3.7 DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO PENAL DO AUTOR E O DIREITO PENAL DO FATO:

Periculosidade e culpabilidade remontam a discussão entre direito penal do autor e direito penal do fato. Segundo Zaffaroni (1997, p. 119): “todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto todo direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou de ato”.

Para averiguar a punição do delito pode-se ter como base o autor do crime, punindo a pessoa pelo que ela representa, ou o fato, levando em conta exclusivamente o ato cometido.

O direito penal do inimigo se assemelha ao direito penal do autor, tendo em vista que se propõe a combater grupos determinados de pessoas, sendo relevante não apenas o ato violador praticado, mas a fidelidade do indivíduo ao ordenamento. Conforme a lição de Crespo (2004, p. 12):

O direito penal do inimigo toda vez que fixa objetivos primordiais no combate a determinados grupos de pessoas, abandona o princípio básico do direito penal do fato, convertendo-se em manifestação das tendências autoritárias do já historicamente conhecido direito penal do autor.

Muitos Estados adotam teorias moderadas, mesclando características do direito penal do autor e do direito penal do fato, como o Brasil, em que o crime é definido segundo o ato praticado, mas a punição leva em consideração características pessoais do infrator como exemplo a reincidência.

3.8 OS PRETENSOS INIMIGOS NA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL:

Aqueles que representam uma ameaça a ordem Estatal podem vir a ser considerados inimigos. Dessa forma, o direito penal do inimigo encontra relevância, pois supre o sentimento de insegurança da população, disfarçando a incompetência do Estado em resolver conflitos, relacionados à origem do fenômeno criminal.

Ao longo da história mundial vários foram os eleitos como inimigos da sociedade, somente mudando a denominação dada a eles, mas mantendo as características de tratamento, por exemplo: discriminando seres humanos, punindo como não pessoas e identificando como perigosos. Este tratamento tem sido legitimado pela ordem política e confirmado pelo direito. Nesse mesmo teor Zaffaroni (2007, p. 11):

[...] o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal [...] não consiste apenas numa verificação de dados de fato, revelados pela história e pela sociologia, mas também de dados de direito, posto que tanto as leis quanto a doutrina jurídica legitimam esse tratamento diferenciado.

Durante o período mercantilista, as metrópoles dominavam as colônias retirando todas as riquezas e utilizando a mão-de-obra escrava. Aqueles que bem aceitavam essa estrutura de dominação eram assegurados direitos e considerados pessoas, entretanto aqueles que se insurgiram contra o Estado eram considerados inimigos, portanto a eles cabia um tratamento de guerra, sem direito a um processo eram punidos com esquarteramento público e força.

Com a revolução industrial houve uma migração do campo para as cidades para trabalhar nas indústrias, de forma que os setores empresariais tinham a sua disposição mão-de-obra numerosa, pagando um salário insuficiente para as necessidades básicas da vida, com péssimas condições de trabalho, proporcionando o maior lucro aos donos dos meios de produção (burguesia capitalista). As condições de vida na cidade desencadearam uma crescente criminalidade e para contê-la, abandonou-se a punição da pena de morte, já que assim, perderiam a mão-de-obra a ser explorada e passaram a condenar os indesejados inimigos da sociedade ao cárcere, onde puderam ser úteis a sociedade, através do trabalho carcerário.

O período entreguerras foi época de difusão das ideologias nacional-socialistas, representadas em maior expressão pelo nazi-facismo. O facismo, em que o Duce era Mussoline, caracterizava-se por ser um regime totalitário e conservador, que ignorava as

diferentes categorias de indivíduos. O führer Hitler desenvolveu na Alemanha a ideologia nazista que atribuía aos judeus a culpa pela perda da 1ª guerra mundial e dava um caráter racista ao nacionalismo, considerando os judeus, os estrangeiros, os imperfeitos físico e mentalmente, os incapazes e os depravados como raça inferior e vidas não valiosas, tratando-os como inimigos do Estado, sendo perseguidos e eliminados do convívio social, com o envio para campos de concentração, destruindo suas casas e sinagogas, reservando um Estado de terror e medo para seus inimigos. Dessa forma, acreditavam estar protegendo a superioridade de seus cidadãos, a raça ariana. Para a defesa dessa teoria, o nazismo apoiou-se no Darwinismo social.

O direito penal na União Soviética passou a defender um sistema de leis penais perigosas.

O inimigo na Europa trata-se do imigrante, que se insere naquelas sociedades dividindo espaço com as camadas mais desfavorecidas, dificultando a ajuda que estes países oferecem aos natos mais pobres, aumentando a pobreza daqueles países.

Os Estados Unidos da América para justificar seu avanço imperialista precisavam de um inimigo para combater, e a partir do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas, o inimigo ficou identificado, os terroristas, justificando a dominação e invasão aos países árabes (possuidores da matéria-prima valiosa, o petróleo), bem como as medidas repressoras típicas de guerra, com a caça as organizações terroristas e a matança indiscriminada de seus membros e de pessoas inocentes. O terrorista é punido não por sua conduta, mas em razão do que o terrorismo representa, a fim de intimidar os demais membros da organização terrorista.

Os Estados Unidos da América vêm travando uma guerra contra o terrorismo, em que são aceitas como normais as condutas que violam direitos fundamentais, os tratados internacionais, a prática de torturas físicas e psicológicas, a incomunicabilidade dos presos e demais atrocidades que implicam em um tratamento desumano aos presos, como tem acontecido na prisão de Guantánamo, mantida pelos Estados Unidos em Cuba e para onde são levados os presos terroristas.

Apesar das inúmeras críticas ao direito penal do inimigo, principalmente por sua incompatibilidade com Estados de Direito, os Estados Unidos apresentam-se como difusores desta teoria. Por exemplo, a operação militar americana que resultou no homicídio de Osama Bin Laden, principal inimigo americano e líder da Al Qaeda. O presidente Barack Obama autorizou a invasão ao Paquistão, a violação do domicílio da Osama, o assassinato de pessoas inocentes (danos colaterais), o assassinato de Osama e posteriormente, jogar seu corpo no

mar. Por tudo isso, este episódio representou grave violação ao devido processo legal, a dignidade da pessoa humana e abriu um precedente para o desrespeito à soberania dos países, aos tratados internacionais, aos direitos fundamentais do indivíduo, à declaração universal dos direitos do homem, ao pacto de San José da Costa Rica e ao Tribunal Penal Internacional.

De fato, é inaceitável a conduta de grupos terroristas que seqüestram aviões e assassinam pessoas inocentes para defender a sua causa, mas a conduta dos EUA é igualmente cruel, arbitrária e fere o Estado de Direito. Portanto essas condutas só podem ser vistas como exceções que não devem prosperar, tendo em vista que sem as garantias asseguradas pelo Estado Democrático de Direito não pode haver convivência segura entre os cidadãos.

4 A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Estado de Direito surge sob a influência das revoluções liberais que limitaram o poder do Estado, visto que todos devem obediência às leis, as quais devem estar em consonância com os princípios fundamentais. O Estado detém o *ius puniendi*, que encontra limites nos direitos fundamentais do cidadão.

4.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

A Constituição Federal de 1988 professa que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Este, por sua vez, estrutura-se em torno da proteção aos seres humanos. Assim, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, que traz ainda um extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos previstos em seu artigo 5º, erigidos, inclusive, a condição de cláusula pétrea. Esses direitos fundamentais configuram os valores que norteiam todo o ordenamento jurídico, razão pela qual as normas e as interpretações feitas pelos operadores do direito devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar do ordenamento jurídico, tendo em vista que dele se extraem os demais direitos fundamentais. Assim, a Constituição Federal de 1988 atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana limita o direito de punir do Estado. O inciso XLVII do art. 5º da CF, diz, portanto que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. A pena deve ser necessária e suficiente para impedir as violações à norma (prevenção do crime) e para reprimir a conduta delituosa praticada (reprovação do crime).

O modelo punitivo de Jakobs vai de encontro a este princípio já que se baseia na teoria funcionalista de Luhmann, que diferencia os indivíduos entre pessoas e não-pessoas, e o indivíduo só alcança a dignidade se corresponder as expectativas normativas, é inaceitável a

aplicação desse tratamento por Estado Democrático de Direito, pois conforme o preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) os direitos essenciais da pessoa humana tem como fundamento os atributos da pessoa humana. O art. 1º da supracitada convenção preleciona:

Art. 1º- Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma (...)

2. Para efeitos desta convenção, pessoa é todo ser humano.

Não se pode conceber que o Estado aplique a punição restringindo as garantias dos indivíduos, só pelo fato do descumprimento da norma, ainda mais levando em consideração que muitos casos de transgressões as normas advêm do fato de que o Estado não consegue prover o individuo dos meios necessários para uma vida digna, por exemplo, um salário mínimo adequado, condições de saúde, de trabalho, de moradia, direito ao lazer, a educação. Agindo assim, o individuo se transforma em um potencial transgressor da norma, ou seja, o Estado gerou um mal, a partir da sua incompetência e não é capaz de combatê-lo, por isso não pode punir retirando as garantias.

O punitivismo exacerbado, a inflação legislativa, a criminalização de atos preparatórios e tipos penais abstratos revelam normas penais em descompasso com as verdadeiras exigências sociais, significam unicamente coação que por si só não traz a garantia da estabilidade social.

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, XXXIX da CF: “Não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”. Este princípio limita e legitima o exercício do poder público no Estado Democrático de Direito. Dessa forma, ainda que o Estado seja o titular do *ius puniendi*, deve punir segundo as leis vigentes e não pode fazer uso da punição de forma arbitrária. Sob o pretexto de combater a criminalidade não pode haver supressão dos direitos fundamentais.

Uma das funções do princípio da legalidade é a proibição de leis penais vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Num Estado de Direito surge a necessidade de uma legislação penal clara, definindo o âmbito de incidência da norma e impedindo o cometimento de abusos por parte do Estado. Dessa forma, tipos penais em branco e normas que protegem bens jurídicos difusos, de difícil determinação representam um perigo ao Estado de Direito, tendo em vista que o infrator tem que saber qual conduta o tipo penal está proibindo, não podendo ficar ao arbítrio do intérprete, já que ele podia amoldar esse

tipo penal conforme seus interesses pessoais, caracterizando, portanto, uma afronta ao princípio da legalidade.

Outra vertente da legalidade é a irretroatividade das leis mais severas (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). As novas leis que agravem a penalidade ou inaugurem novos tipos penais tem eficácia *ex nunc*.

Por fim, para ter aplicabilidade e eficácia a norma deve reunir vigência e validade. Aquela relaciona-se com a legalidade formal, ou seja, a obediência ao procedimento formal de edição das leis, esta relaciona-se com a legalidade material, portanto, deve a lei estar em conformidade com os princípios fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

A luz do princípio da igualdade, preleciona o caput do art. 5º da Constituição Federal de 88: “Todos são iguais perante a lei [...]”, este princípio deve ser interpretado de forma a proporcionar um tratamento igual para os iguais e um tratamento desigual para os desiguais, na medida de suas desigualdades. Proibindo, portanto, a edição de leis que estabeleçam tratamento discriminatório entre pessoas iguais e somente permite o tratamento desproporcional quando há razoabilidade para a discriminação.

Dessa forma, revelava-se desarrazoada a diferenciação dos indivíduos, feita pelo direito penal do inimigo, entre pessoas e não-pessoas, tendo em vista que esse tratamento discriminatório não encontra amparo na Constituição Federal. Portanto, ainda que o indivíduo tenha violado uma norma é inconcebível retirar seus direitos e garantias fundamentais sob a alegativa de preservar a coletividade.

A Carta Política afirma em seu art. 5º, LIV que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este princípio reúne várias garantias processuais, quais sejam: inafastabilidade da jurisdição, contraditório, ampla defesa, vedação da prova ilícita, direito ao silêncio e não auto-incriminação, vedação da revisão *pro societate*, juiz natural, proibição de juízo ou tribunal de exceção, publicidade do processo e motivação das decisões. Nas precisas palavras do ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, proferidas no HC nº 94016/SP:

O exame da garantia constitucional do *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ‘*ex post facto*’; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j)

direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

O Estado de Direito respeita o princípio do devido processo legal, a fim de proteger as garantias individuais contra o arbítrio do poder do Estatal. Dessa forma, para que uma pessoa seja privada da liberdade e de seus bens deve ser submetida ao Poder Judiciário que atuará respeitando o direito do acusado ao silêncio, a não auto-incriminação, a ampla defesa, ao juiz natural, a presunção de inocência, entre outros direitos acima expostos que configuram o devido processo legal. No direito penal do inimigo todas essas garantias são negadas ao infrator, sendo tratado como mero objeto.

O princípio da lesividade orienta o legislador, no sentido de que somente as condutas que realmente afetem bens jurídicos é que podem sofrer os rigores da lei penal. Assim, a conduta deve ser típica formal e materialmente. Esta exige que a conduta do agente seja efetivamente ofensiva ao bem jurídico tutelado pela norma, aquela exige que a conduta tenha todos os requisitos formais definidos no tipo, adequando-se perfeitamente a ele. Para que uma conduta seja definida como crime deve ser lesiva ou colocar em perigo concreto os bens jurídicos tutelados, por isso não é aceitável a punição de atos preparatórios, salvo quando por si só configuram um delito.

Nesse sentido, Grecco (2007, p. 53) citando Nilo Batista, afirma que as quatro principais funções do princípio da lesividade são:

- a) proibir a incriminação da atitude interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

O supracitado autor (2007, p. 53-54) explica que são três as vertentes deste princípio, a saber:

A primeira das vertentes do princípio da lesividade pode ser expressa pelo brocardo latino *Cogitationis poenam nemo patitur*, ou seja, ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais [...]. O Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois que não excedem ao âmbito do próprio autor [...] a terceira função do princípio da lesividade é a de impedir que o agente seja punido por aquilo que ele é, e não por aquilo que ele fez.

O direito penal do inimigo privilegia a punição tendo como parâmetro a pessoa infratora da norma, ou seja, direito penal do autor, destoando do direito penal do fato consagrado pela constituição cidadã, a qual estabelece que a punição deve ter por baliza o fato praticado.

O princípio da proporcionalidade implicitamente previsto norteia tanto a atividade legislativa, quanto a atividade de juiz no momento da aplicação da pena individualizando-a de forma que seja proporcional ao fato praticado. O legislador ao editar a lei deve estabelecer o preceito secundário proporcional à gravidade do delito.

No direito penal o princípio da proporcionalidade serve sobremaneira para balizar a sanção a ser aplicada diante de cada fato criminoso, pois sob a égide de um estado democrático de direito não se admite a desarrazoada imposição de sanções.

Este princípio não está presente no direito penal do inimigo, em que não há penas, mas medidas de segurança, as quais são impostas da maneira mais severa possível com inobservância do delito praticado ou da importância do bem, levando em consideração o perigo que o inimigo representa e não a sua culpabilidade no caso específico.

Um Estado Democrático de Direito quando da aplicação da pena deve atender ao princípio da individualização da pena, o qual passa por três momentos. O primeiro é feito pelo legislador, que de acordo com os critérios de política criminal escolhe os bens jurídicos que devem ser tutelados e comina a eles, uma pena em abstrato, variando a intensidade da pena em conformidade com a importância do bem. O segundo é feito pelo juiz no momento da aplicação da pena, seguindo um critério trifásico, ou seja, inicialmente fixa a pena-base, depois faz incidir as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena. O terceiro é feito quando da execução da pena, oportunidade em que os presos são classificados segundo suas condições pessoais, atestadas em exame criminológico, para o mais adequado cumprimento da pena.

A individualização da pena existe para que esta cumpra a sua função de reintegrar o criminoso reabilitado na sociedade, portanto, totalmente destoante finalidade da punição para a teoria do direito pena do inimigo, qual seja, eliminar o inimigo do convívio social, tendo em vista que ele por seu comportamento não mais oferece garantias de que irá comportar-se segundo o ordenamento jurídico, tornando-se uma fonte de perigos para a sociedade, portanto, este princípio não encontra amparo no direito penal do inimigo.

Em Estados Democráticos de Direito, a intensidade com que a pena é aplicada varia conforme a importância do bem jurídico tutelado, segundo a culpabilidade do infrator. No direito penal do inimigo a punição é aplicada considerando a periculosidade do inimigo, ou seja, a possibilidade de ele vir a cometer delitos.

O princípio da culpabilidade não está expresso na Constituição, mas advém do princípio da dignidade da pessoa humana. Diz respeito à quantificação da pena que deve ser regulada pela culpabilidade do agente, devendo a pena respeitar o limite da reprovação do fato praticado. Acerca da fixação da pena, o art. 59 do código penal estabelece:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Por isso, o princípio da culpabilidade não admite penas desproporcionais, arbitrárias, desvinculadas do ato praticado, tendo em vista que não são penas merecidas, tampouco são penas que visam corrigir o agente e exercer uma influência positiva, no sentido de reintegrá-lo a sociedade. Esse tipo de punição só é aplicável no direito penal do inimigo, que não pune o infrator conforme a sua culpabilidade pelo ato típico e ilícito praticado, mas o pune em conformidade com o perigo que ele representa para a sociedade.

O princípio da intervenção mínima tem relação com o objetivo fundamental do direito penal que é a proteção de bens mais relevantes e essenciais a sociedade. Assim, o legislador por critério político escolherá os bens jurídicos que devem ser tutelados pelo direito penal, todavia essa escolha deve considerar que o direito penal só deve proteger aquilo que os demais ramos do direito não conseguiram proteger, que são os bens mais importantes para a sociedade, por isso, a intervenção mínima ou *ultima ratio*.

Guiando-se por este princípio, a atividade legislativa está limitada, de forma que as leis penais precisam demonstrar a necessidade e a efetividade de punição.

Diante da complexidade da sociedade moderna, o direito penal passa a tutelar os mais diversos bens (meio ambiente, sistema econômico, direitos do consumidor, delitos virtuais, saúde pública, etc), ampliando a abrangência do direito penal. Dessa forma, o bem jurídico perde sua função limitadora e garantista, assumindo um caráter vago e difuso com amplo campo de atuação, o direito penal adquire a característica de *prima ratio*. Essas mudanças são características do direito penal do inimigo e revelam a mitigação do princípio da intervenção mínima.

4.2 OS INSTITUTOS QUE POSSUEM CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUBSISTEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL:

Apesar da patente incompatibilidade do direito penal do inimigo com os princípios fundamentais estabelecidos pelo Estado de Direito, tendo em vista que este respeita os direitos fundamentais dos cidadãos e a subordinação de todos à lei, não se pode olvidar que o ordenamento jurídico nacional está contaminado com normas que deixam de conceder os benefícios processuais, com normas excessivamente severas e desproporcionais, com a expansão indiscriminada de tipos penais em branco, com a punição de atos preparatórios, entre outras características que fazem dessas leis representantes do punitivismo defendido por Jakobs.

Listar-se-á a seguir um rol exemplificativo de normas com características do direito penal do inimigo que permeiam o ordenamento jurídico nacional detalhando apenas as mais relevantes. Pode-se citar: O regime disciplinar diferenciado; a não progressão de regimes aplicada aos crimes hediondos; os delitos de perigo abstrato; os tipos penais em branco; o uso de algemas; a lei 7170/83 (lei da segurança nacional) em seu art. 20 fala de atos de terrorismo, fere o princípio da legalidade, é uma expressão incerta, vaga, indeterminada; a lei 9.034/95 que dispõe sobre a utilização dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas; a lei de improbidade administrativa, lei 8.429/92, está repleta de tipos penais em branco; a lei 11.343/06, nova lei de drogas, ao vedar em seu art. 44 a concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico de substância entorpecente; o Estatuto do Desarmamento, lei 10.826/03, em seu art. 21 vedava a concessão de liberdade provisória, inclusive este artigo foi declarado inconstitucional pelo STF na ADI 3.112/DF, tendo em vista que este dispositivo fere a presunção de inocência e o devido processo legal.

4.2.1 Regime disciplinar diferenciado e o direito penal do inimigo

A Lei de Execuções Penais ao tratar das faltas disciplinares prevê em seu art. 52 o regime disciplinar diferenciado:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas.

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º. Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Regime Disciplinar Diferenciado - RDD revela feições do direito penal do inimigo, pois analisando as causas que autorizam a aplicação, ou seja, a prática de crime doloso com a subversão da ordem ou disciplina interna, percebe-se que não é assegurado a este infrator um devido processo legal e a mera prática já enseja a imposição de uma pena demasiadamente severa. Depreende-se ainda do caput do art. 52 da Lei 7.210 que para ser submetido ao RDD o preso deve praticar um tipo vago e indeterminado, assim, depende da interpretação do julgador definir se a conduta é subversiva da ordem ou disciplina interna.

No § 1º percebemos a aplicação do direito penal do inimigo, pois preleciona que podem ser submetidos ao RDD os presos provisórios ou definitivos que representem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal e da sociedade. A penalidade é estabelecida em conformidade com a periculosidade do infrator e não com a culpabilidade diante do fato praticado, com o evidente objetivo de separar os inimigos.

O § 2º também revela traços do direito penal do inimigo, pois é necessário apenas fundadas suspeitas de envolvimento em organizações criminosas, quadrilha ou bando para que o preso seja submetido ao RDD, pena de altíssima gravidade, totalmente desproporcional com quem é apenas suspeito.

Acerca do RDD assevera Busato (2005, *online*):

Todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são 'suspeitas' de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal do autor, onde 'não importa o que se faz ou omite (o fato) e sim quem – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor)'.¹

Pelo acima exposto, conclui-se que o RDD é uma expressão do direito penal do inimigo e fere o princípio da presunção de inocência, pois o suposto infrator pode ser isolado preventivamente pelo prazo máximo de 10 dias apenas por determinação do diretor do estabelecimento prisional, conforme preleciona o art. 60 da lei 10792, portanto, sem que haja condenação com trânsito em julgado.. Lesiona o princípio da legalidade, pois o tipo abriga expressões vagas que abrem espaço para o cometimento de abusos no cumprimento da pena. Atinge também o princípio da proporcionalidade, pois comparando a penalidade por esta infração com outros delitos de maior potencial lesivo, percebe-se que estes possuem penas mais brandas. Por fim, macula o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a forma como está previsto o RDD atribui um tratamento desumano e degradante, em descompasso com o fim ressocializador da pena, já que o que se pretende com o RDD é apenas isolar o inimigo, sem levar em conta que um dia este criminoso retornará a conviver com os outros presos e com o restante da sociedade e com toda certeza estará muito mais perigoso do que quando foi isolado, portanto, o RDD revela-se incompatível com a Constituição Federal Brasileira.

4.2.2 Direito penal do inimigo e a progressão de regimes nos crimes hediondos

Por muito tempo a jurisprudência reconheceu a constitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos), entretanto em 23/02/2006, julgando o Habeas Corpus nº 82.959-7, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a norma que impedia a progressão de regime nos crimes hediondos, tendo afastado o óbice a progressão. Esta decisão foi proferida de forma incidental, entretanto o Pretório Constitucional modulando os efeitos da sentença atribuiu-lhe efeitos *erga omnes*. Art. 2º, § 1º da lei 8.072/90: “A pena por crime prevista neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”

Excerto da lavra do ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, relator do HC nº 82.959-7:

É que tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

O princípio da individualização da pena visa atribuir uma penalidade que seja suficiente para prevenir e para reprimir o delito, bem como visa orientar a fase da execução da pena de acordo com as peculiaridades do condenado, para que esta cumpra sua finalidade que é a reinserção do condenado reabilitado na sociedade. Dessa forma, a definição do regime prisional e as alterações neste regime ao longo do cumprimento da pena fazem parte do primado da individualização da pena. Nesse sentido o voto do já citado relator:

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

A então não progressividade do regime de cumprimento de pena foi considerada a disposição mais severa da lei de crimes hediondos e fere sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o condenado era submetido a um período longo cumprindo a pena privativa de liberdade em um ambiente hostil, desestimulando o bom comportamento carcerário, pois o preso não teria esperança de retornar ao convívio social. O supracitado ministro também criticou a não progressividade, esclarecendo que não prepara o condenado para o retorno a sociedade:

Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Esta matéria assaz polêmica fora superada com a edição da lei 11.464/07 que possibilitou a progressão de regime nos crimes hediondos. A nova redação do art. 2º da lei 8.072/90 assim dispõe:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
(...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (grifo nosso)

Por todo o exposto, a inconstitucionalidade da então não progressão de regime nos crimes hediondos revelava que esta norma feria princípios fundamentais do Estado de Direito, quais sejam: a isonomia, a dignidade da pessoa humana, a individualização da pena, reduzia as garantias do indivíduo e tratava o condenado como não-pessoa, assemelhando-se ao direito penal do inimigo.

4.2.3 O direito penal do inimigo e os crimes de perigo abstrato

Os delitos de perigo abstrato são aqueles em que há a consumação a partir do momento em que o bem é exposto ao perigo de vir a ser lesionado.

São exemplos de delitos de perigo abstrato o crime de omissão de socorro previsto no art. 135 do Código Penal Brasileiro:

Art. 135 Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

Além de vários delitos de trânsito, como o previsto no art. 306 do CTB: “Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Acerca desses delitos Streck (2001, p. 54) aduz que:

Ora, será demais lembrar que somente a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado? Caso contrário, estará o Estado estabelecendo responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas in abstracto, violando os já explicitados princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, conquistas do Estado Democrático de Direito.

É patente a ofensa ao princípio da lesividade, como exposto anteriormente, visto que a punição dos delitos de perigo abstrato tem como parâmetro a periculosidade da conduta, punindo a presunção de perigo sem lesionar bem jurídico tutelado, ou seja, o infrator é punido pelo que ele representa, demonstrando ser uma característica do direito penal do autor, compatibilizando-se com a teoria do direito penal do inimigo. Esses delitos são alvo de críticas por parte da doutrina, a exemplo de Francisco Assis Toledo (2000, p.19):

A criação legal de figuras delitivas que não impliquem lesão real ou potencial a bens jurídicos seria, com efeito, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar. Apesar disso, não se pode negar a existência de resíduos dessas figuras em certos tipos penais, ou em alguns códigos vigentes. A punição da tentativa impossível, contemplada em vários países latino-americanos (não no Brasil) e na atual legislação penal alemã, é um exemplo de punição do ânimo. Os denominados crimes de perigo abstrato são outro exemplo.

Outro ponto de convergência entre os delitos de perigo abstrato e o punitivismo de Jakobs diz respeito ao bem jurídico tutelado, qual seja: a vigência da norma, pois para que haja a punição nos delitos de perigo abstratos basta simplesmente que a conduta configure uma violação a norma, ainda que na prática não ocorra dano a nenhum bem jurídico.

4.2.4 O direito penal do inimigo e a midiaticização em torno do evento criminoso

O poder de persuasão da mídia na grande massa é notório, e quando as informações prestadas são usadas de forma irresponsável, explorando com sensacionalismo o momento da prisão, formando um espetáculo midiático em torno do evento prisional de forma que a imagem do preso é exposta ao público que atribui a autoria do delito àquela pessoa, aliando isso ao uso de algemas, expõe o preso à humilhação pública e causa dano imensurável a sua imagem, tendo em vista que naquele momento ele está sendo condenado pela opinião pública, podendo inclusive influenciar na decisão judicial da causa, pois nem mesmo os membros do Poder Judiciário estão imunes às pressões sociais, apesar do ordenamento jurídico consagrar a total imparcialidade.

Esta atitude fere, portanto, diversos princípios entre os quais, a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, o direito ao contraditório e a ampla defesa.

O uso de algemas ainda não está regulamentado em lei específica, mas o Pretório Excelso já se pronunciou sobre o tema afirmando a ministra Carmen Lúcia no HC nº 89.429/RO:

A prisão não é espetáculo [...] o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional e que deve ser adotado nos casos e com as finalidades seguintes: a) para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.

Posteriormente visando regulamentar o tema o STF edita a súmula vinculante nº 11:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Uso de algemas é destinado para casos em que esta medida seja indispensável, aplicado de forma proporcional. Portanto deve-se evitar o uso desmedido de algemas, tendo em vista que constitui medida vexatória, puro exibicionismo incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Reitera-se que os institutos acima citados servem apenas como exemplos, pois o ordenamento jurídico nacional conta com diversas leis com características do direito penal do inimigo, que foram editadas a fim de combater a nova criminalidade e os novos riscos (criminalidade econômica, crime organizado, terrorismo, etc.)

4.3 CRÍTICAS A TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS:

O direito penal do inimigo tem suscitado intensos debates e muitos autores nacionais e estrangeiros se posicionam contrários a esta teoria e, portanto, tecem severas críticas ao modelo punitivo de Günther Jakobs, como Gomes (2005, *online*) que entende que esta teoria é um exemplo de direito penal do autor, caracterizando-se por uma “demonização” dos delinquentes; o direito penal do inimigo não poderia estar presente na legislação de nenhum Estado Democrático de Direito, já que sequer pode ser considerado como um direito; leva-se em conta a periculosidade do agente, dessa forma, pena e medida de segurança deixam de ser distintas o que não encontra amparo no ordenamento jurídico nacional que prevê medida de segurança apenas para inimputáveis; trata-se de um direito penal prospectivo, assemelhando-se ao punitivismo criminológico de Lombroso, Ferri, Garófalo; as penas são desproporcionais aos danos praticados; o direito penal do inimigo segue o procedimento de guerra em detrimento ao devido processo legal; defende o fim das garantias penais e processuais penais; é um direito penal de terceira velocidade; revela um punitivismo exagerado com antecipação da punição, bens jurídicos vagos; trata-se de um direito penal inconstitucional, pois o Brasil só aceita medidas excepcionais em um período anormal como o Estado de Defesa e o Estado de Sítio; apesar da prática de crimes bárbaros, com requintes de crueldade, estes delitos praticados pelos pretensos inimigos não colocam em risco o Estado, razão pela qual deve lhes ser aplicado o

direito penal do cidadão. Arremata o autor, afirmando que o direito penal do inimigo conduz a excessos, destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático de Direito.

Eugenio Raul Zaffaroni também critica ao direito penal do inimigo (palestra na rede ILFE em São Paulo em 14 de agosto de 2004) que foram explicitadas por Gomes (2005, *online*):

(a) para dominar, o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; (b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em estado de polícia (que se opõe, claro, ao estado de direito); (c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); (d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); (e) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.; (f) em nome de Cristo começaram a queimar os inimigos; (g) para inventar uma 'cruzada' penal ou uma 'guerra' deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Sadam Hussein); (h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo Satã; (i) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo); (j) o criminoso é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; (l) durante a Revolução Industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classes: riqueza e miséria continuam tendo que conviver necessariamente; (m) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do estado de polícia) desde essa época é o marginalizado; (n) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução Francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto; (o) no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; (p) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.); (q) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo); (r) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos EUA, sobretudo a partir da Queda do Muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional; (s) até 1980 os EUA contava com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; (t) com Reagan começa a indústria da prisionização; (u) hoje os EUA contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem às custas desse sistema; com isso o índice de desemprego foi reduzido. E como os EUA podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a 'máquina de rodar dólares'; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os EUA: não possuem a máquina de fazer dólares; (v) o Direito Penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV); (x) das TVs é preciso 'sair sangue' (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.); (z) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo; (aa) a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (bb) o Direito Penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (cc) o político apresenta o Direito Penal como o primeiro remédio para isso; (dd) o Direito Penal tornou-se um produto de mercado; (ee) o Direito Penal na atualidade não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda; é a mídia que domina o Estado, não o Estado que se sobrepõe a ela; (ff) os juízes estão apavorados; juiz garantista tem de enfrentar a mídia.

Luisi (2007, p. 113) relata a crítica de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli:

[...] os paradigmas preconizados pelo direito penal do inimigo mostram aos seus inimigos toda incompetência estatal ao reagir com irracionalidade ao diferenciar o cidadão normal do outro. E mais '[...] há que se preservar as garantias constitucionais substanciais e formais, sob pena de não ser direito penal legítimo. A supressão e a relativização das garantias constitucionais despersonalizam o ser humano fomentando a metodologia do terror, repressiva de idéias, de certo grupo de autores, e não de fatos' (grifos originais).

Ainda Luisi (2007, p. 112) sintetizando a crítica de Cornelius Prittwitz, afirma que:

O dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotaram entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito.

Conclui-se ser bastante perigosa a adoção do sistema punitivo defendido por Günther Jakobs, pois configuraria o fim do garantismo penal, já que trata o homem como “não-pessoa” em razão de sua periculosidade. Dessa forma, o direito penal do inimigo mitiga direitos e contraria diversos princípios consagrados pelo Estado de Direito, que foram acima detalhados. Assim, o direito penal do inimigo contradiz o Estado Democrático de Direito.

4.4 A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

O direito penal do inimigo vai de encontro aos princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988, limitando os direitos fundamentais, suprimindo as garantias constitucionais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal. Este modelo punitivo antecipa a punibilidade para atos preparatórios, penalizando a cogitação do crime e ferindo, portanto, o princípio constitucional da lesividade, ofensividade e materialização do fato. Há um punitivismo exacerbado, que fere a razoabilidade. Tem-se um poder punitivo exercido discricionariamente, quando devia ter limites nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição. Adoção do direito penal do autor, um direito penal discriminatório, racista e preconceituoso. Cria-se um estado de polícia, um instrumento de guerra totalmente incompatível com o Estado de Direito. Revela-se inconstitucional o

tratamento de inimigo dado ao criminoso, pois num Estado de Direito ele deve ser tratado como sujeito de direitos e não como objeto de direitos.

Nenhum Estado Democrático de Direito pode aplicar o direito penal do inimigo, tendo em vista que traria insegurança jurídica, na medida em que o conceito de inimigo é vago, podendo ser definido segundo o sentimento de insegurança da sociedade, dissociado do efetivo perigo que o infrator representa para a sociedade, assim qualquer do povo poderia ser enquadrado neste perfil por defender determinada idéia, por lutar por uma causa, por pertencer a uma raça ou ter uma ideologia partidária.

Diante de todo o exposto, podemos concluir que o direito penal do inimigo é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, configurando um retrocesso com o único objetivo de punir, por outro lado o Estado Democrático de Direito serve não só para punir, mas também buscar o equilíbrio social, tutelando os bens jurídicos mais importantes.

5 CONCLUSÃO

O direito penal evolui adequando-se aos anseios sociais. Dessa forma, o direito penal clássico sucumbiu em face do direito penal moderno mais contextualizado com a complexidade da sociedade moderna, marcada pela globalização e pelos novos riscos (crime organizado, terrorismo, crimes virtuais, crimes ambientais, criminalidade econômica, dentre outros).

Ocorre que o direito penal tornou-se a solução para todos os problemas sociais, ampliando sua proteção para além dos bens jurídicos essenciais e passando a tutelar as mais diversas áreas, havendo uma expansão dos bens jurídicos. Dessa forma, o direito penal perde a característica de *ultima ratio* e se transforma em *prima ratio*, configurando uma banalização do instrumento criminal, abrangendo leis penais em branco, ampliando o conceito de bens jurídicos, transformando-os em bens vagos e carentes de determinação, configurando a mitigação dos princípios da intervenção mínima, da ofensividade, da legalidade-culpabilidade, da necessidade. Havendo o surgimento de normas que antecipam a punibilidade com sanções desproporcionais às infrações praticadas e surge a teoria funcionalista em que o único bem jurídico tutelado é a vigência da norma.

Deve-se ter em mente que, todas essas mudanças advindas com o direito penal moderno proporcionaram o surgimento da teoria do direito penal do inimigo preconizada pelo jurista alemão Günther Jakobs, a qual caracteriza-se por vislumbrar a personalidade do autor do delito e não o fato delitivo, configurando como base desta teoria a diferenciação preconceituosa entre cidadão e inimigo do Estado. Além dessas características, tem-se que esta teoria é marcada pela desproporção entre o fato criminoso e a medida aplicada, que deve ser a mais severa possível. Há inflação legislativa de tipos abertos, sem bem jurídico definido. Mitigação das garantias penais e processuais do infrator. Ao inimigo é aplicada uma espécie de medida de segurança, a fim de combater o perigo que ele representa, o objetivo é impedir a prática de novos delitos contra a sociedade, ou seja, visa o futuro, por isso, é prospectiva.

Percebe-se, cada vez mais, presentes no ordenamento jurídico brasileiro dispositivos que trazem a marca do direito penal do inimigo, por sua rigidez, desproporção com a culpabilidade do infrator e sua aplicação pessoal, direcionada ao indivíduo, quais sejam, o Regime Disciplinar Diferenciado, o cumprimento integral da pena em regime fechado aplicada aos crimes hediondos, os tipos penais abertos, os delitos de perigo abstrato, o uso de

algemas, a Lei 9.034/95 (lei das organizações criminosas), Lei 8.429/92 (lei de improbidade administrativa), entre outros institutos. Esse crescimento deu-se como uma resposta ao avanço da criminalidade, bem como de maneira a atender aos anseios de uma sociedade abalada por crimes cruéis que pugna pelo recrudescimento do sistema penal.

Depreende-se do presente trabalho que a teoria do direito penal do inimigo é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que fere demasiadamente diversos princípios consagrados na Constituição Cidadã, especificamente, a dignidade da pessoa humana, a intervenção mínima, a presunção de inocência, lesividade, legalidade, devido processo legal, igualdade, proporcionalidade, individualização da pena, culpabilidade entre outros.

A teoria do direito penal do inimigo encontra apoio na sociedade que acredita que o direito penal é feito para os outros, os “inimigos”, por isso defende um punitivismo exacerbado, a punição de atos preparatórios, de tipos penais abertos, pela imposição de penas desproporcionais, aplicadas segundo a periculosidade do agente infrator e não segundo sua culpabilidade diante do ato delitivo, preferindo, portanto, o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. Entretanto, o conceito de inimigo é vago e indeterminado podendo ser inimigos aqueles que defendem determinadas idéias ou aqueles que pertencem a um partido ou por serem de determinada raça ou religião. Dessa forma, o conceito amolda-se segundo a vontade do intérprete da lei, já que não há um conceito claro de inimigo.

Por fim, ressalte-se que o direito penal do inimigo não pode ser aplicado em um Estado que não deu condições mínimas de sobrevivência aos infratores (salário digno, educação, moradia, saúde, segurança, dentre outros direitos), ou seja, não deu possibilidade de se tornarem cidadãos. Não podendo agora cobrar cidadania destes indivíduos, tampouco tratá-los como inimigos, pois assim estaria retribuindo com um mal algo gerado por sua própria incompetência.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Antônio Muniz Sodré. **As três escaladas penais**: clássica, antropológica e crítica. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A, 1952.

BECK, Ulrich. **O que é globalização**: equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo, 1974. v. 34. (Os Pensadores).

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9503.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2011.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>>. Acesso em: 10 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82959/SP-São Paulo, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em: 23/02/2006, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 01 set. 2006 pp – 00018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 89429/RO - Rondônia, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgado em: 22/08/2006, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 02 fev. 2007 pp-00114. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94016/SP – São Paulo, Relator: Min. Celso de Melo, Segunda Turma, Julgado em: 16/09/2008, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 26 fev. 2009pp23502. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>>. Acesso em: 05 set. 2011

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0011vinculante.htm>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 4 set. 2011.

CALLEGARI, André Luís *et al.* Introdução a obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luiz; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito penal e o funcionalismo**. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CRESPO, Eduardo Demétrio. Do Direito Penal Liberal ao Direito Penal do Inimigo. In: **Ciências Penais**, vol. I, São Paulo, 2004, p. 12.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização, criminalidade dos poderosos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 8, n. 31, p. 107, jul./set. 2000.

GOMES, Luís Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). **Revista Jurídica Unicoc**, ano II, nº 2, 2005. ISSN 1807-023X. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 10 set. 2011.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 1965.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Organização e introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUIZI, Luiz. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético. In: STRECK, Lênio Luiz; CALLEGARI, André Luís (Org.). **O direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium. 2000. v. III.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal**: o Direito Penal do Inimigo. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1971 .

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANNINI NETO, Francisco. **Direito penal do inimigo e estado democrático de direito**: compatibilidade. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

STRECK, Lênio Luis. O “Crime de Porte de Arma” à Luz da Princiologia Constitucional e do Controle de Constitucionalidade: Três Soluções à Luz da Hermenêutica. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**, ano 1, nº 01, p. 52/63, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. In: GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Coord.). *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **O Inimigo do Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.