

JOSÉ HUGO GRANGEIRO JÚNIOR

DIREITO PENAL DO INIMIGO: UM NOVO PARADIGMA DE
POLÍTICA CRIMINAL (EXPANSÃO E REFLEXOS NA REALIDADE
BRASILEIRA)

Monografia apresentada à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará como
requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Cândido Lustosa
Bittencourt de Albuquerque.

FORTALEZA
2009

JOSÉ HUGO GRANGEIRO JÚNIOR

DIREITO PENAL DO INIMIGO: UM NOVO PARADIGMA DE
POLÍTICA CRIMINAL (EXPANSÃO E REFLEXOS NA REALIDADE
BRASILEIRA)

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque. (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho.
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestranda Martha Priscylla Monteiro Joca Martins.
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus avós, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Senhor, autor e criador de tudo. Aquele que nunca afastou seu olhar de mim e sempre, com seu braço forte, realizou prodígios em minha vida.

Aos meus inigualáveis pais Hugo e Adelsia por todos esses anos de renúncia e amor incondicional, ensinando-me todos os caminhos que conduzem à formação do caráter de um homem de bem.

À minha tia Adeilza por toda dedicação, amor e força dados durante minha vida.

Aos meus irmãos Alex e Isabel e a toda minha família.

À Dilena Lenita por todo amor, amizade, companheirismo, incentivo e crença em meu potencial.

À Universidade do Porto e ao Professor Paulo Ferreira da Cunha por todo acolhimento e pela oportunidade de estudar em umas das melhores instituições de ensino superior da Europa.

Ao meu orientador Professor Cândido pela atenção, entusiasmo e confiança na produção deste trabalho.

Aos amigos eternos da inesquecível turma 2009.1, os quais levarei para sempre em meu coração por tudo o que vivemos juntos.

Até aqui nos ajudou o Senhor. (I Sm
7:12b)

RESUMO

Este trabalho tem por objeto a análise da terceira velocidade do Direito Penal, hoje consubstanciada no assim chamado 'Direito Penal do Inimigo', tese de Günther Jakobs que reflete a maior polêmica da atualidade dentro da dogmática penal.

Para tanto, serão indicados traços característicos da sociedade moderna, como sociedade de risco, globalização e o próprio Direito penal na era globalizada, sempre com a intenção de demonstrar que, a partir desses novos paradigmas, houve relevante transformação da dogmática penal tradicional.

Ademais, acentuamos como a teoria surgiu, em um primeiro plano, como crítica diante da constatação de legislações e políticas criminais que já vinham se utilizando destes parâmetros e, em segundo lugar, como a crítica se transmudou em algo tido por Jakobs como inevitável, reforçado pelos atentados terroristas ocorridos em todo o mundo.

Ao final, enfrentaremos a difícil tarefa de analisar a expansão de um Direito Penal do inimigo nos Estados Democráticos, principalmente no Brasil assim como os riscos de se ignorar sua existência.

Palavras-chave: globalização; sociedade moderna; Direito Penal do Inimigo

ABSTRACT

This work is designed to analyze *Criminal Law third speed*, nowadays with consubstantiation in the so called 'Enemy Criminal Law', Günther Jakobs thesis that reflects the largest controversies of criminal law theories.

Therefore, following modern society characteristic traces we will be considering: risk society, globalization and Criminal Law in global age, always with the purpose to demonstrate that, starting with this new paradigms, there was a significant transformation of traditional criminal theories.

We furthermore stressed how the theory arose in a first plane, as a criticism in response to the discovery of criminal legislations and policies that were already making use of such parameters and, in a second plane, how the criticism turned into something held by Jakobs as inevitable, reinforced by terrorist attacks perpetrated throughout the world.

In the end, we face the difficult task of analyzing the expansion of a criminal law of the enemy in the Democratic States, especially in Brazil and the risk of ignoring its existence.

Key-words: globalization; modern society; Enemy Criminal Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAP. I (CONTEXTO DA SOCIEDADE MODERNA E AS NOVAS DEMANDAS PENAIS)	11
1.1 Expressão do Direito Penal na sociedade contemporânea	11
1.2 Visão da terceira velocidade do Direito Penal e seu reflexo na hipertrofia legislativa brasileira	14
1.3 Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (a base sociológica para o Direito Penal do Inimigo)	17
CAP. II (O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS BASES TEÓRICAS)	20
2.1 Origem, conceito e significado	20
2.2 O Suporte Filosófico	25
2.3 Pessoa x Inimigo	27
2.4 Direito Penal do autor x Direito Penal do fato	29
CAP. III (O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS)	32
3.1 Os traços principais da teoria de Jakobs	32
3.2 A antecipação da tutela penal	34
3.2.1 A punição dos atos preparatórios e os tipos de mera conduta	35
3.3 A relativização de garantias penais e processuais	37
CAP. IV (CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO E À SUA EXPANSÃO NAS POLÍTICAS CRIMINAIS BRASILEIRAS)	40
4.1 Síntese da crítica	40
4.2 Críticas aos modelos de “Direito Penal do Inimigo” na política criminal moderna.	44
4.2.1 Exemplos estrangeiros	44
4.2.2 Os reflexos na realidade brasileira	47
4.2.2.1 A lei 9.614/98 “Lei do Abate”	50
4.2.2.2 O caso Daniel Dantas	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Com os acontecimentos internacionais, principalmente após o ataque terrorista em 11 de setembro nas torres gêmeas, se observam novas políticas criminais, que deixam de lado princípios de garantia e que punem pela pessoa, não pelo fato por ela cometido, aparecendo uma nova figura no direito penal, o Inimigo ou também o Não-cidadão.

A chamada teoria do Direito Penal do Inimigo foi primeiramente ventilada em 1999 por Günther Jakobs que, já em 2003, abandonou a postura descritiva do tema, se colocando de forma afirmativa, legitimadora e justificadora, através do seu livro: “Derecho penal del enemigo”.

Analisar a presença e expansão do Direito Penal do Inimigo na sociedade brasileira, partindo do pressuposto de que há um crescimento vertiginoso da utilização do Direito Penal como válvula de escape para os problemas sócio-econômicos vivenciados pelos brasileiros é, sem sombra de dúvidas, uma necessidade da comunidade jurídica brasileira contemporânea, bem como, de todos que estão envolvidos no contexto do crescente problema da violência em nosso país.

Hoje, é fácil observar que os legisladores vêm, paulatinamente, adquirindo uma tendência voltada para o enrijecimento da norma penal com medidas mais duras e que, por vezes, evitam enfrentar o problema da violência com os olhos voltados para o cerne da questão, qual sejam, as fracas políticas sociais.

Podemos observar claras influências do Direito Penal defendido por Jakobs e seus seguidores no contexto penal brasileiro que, apesar de tímidas, vêm abrindo espaço para que os legisladores possam utilizar-se, cada vez mais, das flexibilizações dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito para moldar as políticas criminais de acordo com as idéias de combate aos inimigos da sociedade.

Desta forma, apesar de haver uma série de críticas em relação à novidade da teoria defendida por Jakobs, vale ressaltar que ela traz à tona problemáticas atuais e que, a despeito de já terem sido apresentadas por outros autores, toma uma nova forma após a sistematização elaborada pelo penalista.

Diante das considerações acima levantadas, a fim de discutir o conflito existente entre os direitos fundamentais tão exaltados no Estado Democrático de Direito e as idéias levantadas pelos doutrinadores do Direito Penal do Inimigo, analisaremos os dois lados da moeda buscando uma conciliação para as divergências apresentadas.

Neste diapasão, o presente trabalho tentará contribuir, ainda que de forma singela, com os estudos já existentes sobre tão instigante temática, sempre com o fito de zelar pela harmonização entre os Direitos Fundamentais e as Políticas Penais contemporâneas, coadunando com os princípios e ideais de justiça vigentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

CAP. I - O CONTEXTO DA SOCIEDADE MODERNA E AS NOVAS DEMANDAS PENAIS

1.1. Expressão do Direito Penal na sociedade contemporânea.

Hoje temos a prova de que se equivocaram aqueles que entendiam que os prenúncios da modernidade e da globalização econômica não atingiriam a órbita penal.

Autores, como Pimentel, já previam as novas aspirações do Direito Penal moderno:

Já podemos entrever, no horizonte do porvir, um novo Direito Penal, diverso nas concepções do crime e da pena (...) Será, sem dúvida, um direito preventivo por excelência, em que o ideal de evitar-se o crime se sobreporá aos interesses na sua punição. Mas, ainda estamos caminhando na planície. Predominam, ainda, os resquícios da idéia de vingança, através dos efeitos retributivos da pena.¹

Gomes, na obra “O Direito Penal na Era da Globalização”, destaca as características do atual contexto da sociedade, descrita por ele como pós-industrial, de risco e globalizada:

- a deliberada política de criminalização;
- as freqüentes e parciais alterações pelo legislador da Parte Especial do Código Penal através de leis penais especiais, com intensificação dos movimentos de descodificação;
- a proteção funcional dos bens jurídicos, com preferência para os bens difusos, forjados muitas vezes de forma vaga e imprecisa;
- a ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato, com uma relativização do conceito de bem jurídico-penal;
- o menosprezo ao princípio da lesividade ou ofensividade;
- o uso do Direito Penal como instrumento de “política de segurança”, em contradição com sua natureza subsidiária e fragmentária;
- a transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas (autoria e participação, consumação e tentativa, dolo e imprudência etc.) fundadas na imputação objetiva e subjetiva do delito, inclusive porque a imputação individual acaba constituindo obstáculo para a eficácia da nova política criminal de prevenção;
- a responsabilidade penal da pessoa jurídica;
- o endurecimento da fase executiva da pena, inclusive por meio de inconstitucionais medidas provisórias;
- a privatização e terceirização da Justiça.²

1 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera Conduta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 172-173

2 GOMES, Luiz Flávio. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 10, 2002, p. 25-33

Podemos, hoje, observar que para alcançar a meta da efetividade, o próprio processo penal está sofrendo profundas alterações, quase sempre orientadas para a aceleração do procedimento, agilização da instrução e rapidez da Justiça, desrespeitando direitos e garantias fundamentais em nome da operatividade da intervenção penal.

Dessas características mencionadas, duas devem ser ressaltadas como marcas desse período: a tipificação vaga dos novos bens e interesses e a utilização imprecisa e ampla da técnica de tipificação de delitos como, por exemplo, os de perigo abstrato.

Além das novas demandas de criminalização, o prevencionismo tem ditado uma nova ótica à política criminal que vem, por vezes, criminalizando infrações meramente administrativas, tipificando meros atos preparatórios e abusando do uso dos tipos omissivos impróprios e de normas penais em branco.

Foucault, baseado no modelo clássico e iluminista que, ao que parece, é incongruente com este cenário atual, já advertia:

(...) é preciso que as infrações sejam bem definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração intolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar. Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens.³

Contudo, a utilização exclusiva do Direito Penal clássico não tem, aparentemente, como relacionar a natureza dos bens jurídicos transindividuais, à necessidade de repressão aos graves crimes (terrorismo, organizações criminosas, lavagem de capitais, etc.), além dos crimes advindos da modernidade (crimes de informática, etc.).

Não restam dúvidas de que a lei deveria regular a intervenção pré-delitual com minúcia e prudência. Do contrário, as condições da vida moderna, cada vez mais

3 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 25ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002, p. 73-74

entrelaçadas nacional e internacionalmente, darão espaço, paulatinamente, às crescentes intromissões policiais, baseadas na irrestrita adoção de tipos amplos e abertos.

Na contemporaneidade penal, recorrer aos tipos de perigo é uma tendência natural, assim como o uso de uma configuração cada vez mais abstrata ou formalista.

Portanto, nesta política criminal voltada para prevenção e combate da criminalidade e para a tutela de uma sociedade cada vez mais complexa, o Princípio da Precaução tem sido cada vez mais usado.

Com a constante proliferação de leis penais que tentam acompanhar a velocidade das novas demandas, será possível termos um Direito Penal que seja efetivamente respeitado e legitimado pela sociedade?

Reale ao tratar da efetividade do Direito, leciona que:

a sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina 'assentimento costumeiro', que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. O certo é, porém, que não há normas jurídicas sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo.⁴

É inegável que possuímos uma legislação penal confusa e incongruente que alimenta o descrédito da população, aumentando a sensação de impunidade e insegurança. A classe política e os discursos criminológicos vêm elaborando leis, cada vez mais assistemáticas e incongruentes.

4 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 112-113

1.2. Visão da terceira velocidade do Direito Penal e seu reflexo na hipertrofia legislativa brasileira.

Antes de adentrarmos propriamente no tema proposto, necessário se faz analisar aquelas que são chamadas as três velocidades do Direito penal, tendo em vista que a terceira e última é a que se enquadra no que Jakobs chama de Direito Penal do Inimigo.

Silva Sánchez constata que o Direito Penal na atualidade não opera de forma homogênea. O autor expõe com perspicácia um processo de diferenciação dos ritmos do Direito Penal no que tange à agilidade, desformalização e redução de garantias. Aponta um núcleo do Direito Penal, representado pelas infrações para as quais se impõem penas privativas de liberdade. Nesse núcleo sobrepõem os procedimentos mais formais e garantistas. Por outro lado, surge um segmento de infrações penais para as quais não se cogita, via de regra, penas privativas de liberdade, comportando, assim, uma certa desformalização e redução de garantias.

De forma sucinta e conforme o entendimento do doutrinador Silva Sánchez, existem três "velocidades" para o Direito Penal:⁵

a) Direito Penal de primeira velocidade: trata-se do modelo de Direito Penal liberal-clássico, que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais indiscutíveis.

b) Direito Penal de segunda velocidade: cuida-se do modelo que incorpora duas tendências (aparentemente antagônicas), a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção de medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.).

No Brasil, começou a ser introduzido o Direito penal na segunda velocidade com a Reforma Penal de 1984 e se consolidou com a edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099, de 1995).

5 JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 5 de maio. 2009, p. 02.

c) Direito Penal de terceira velocidade: refere-se a uma mescla entre as características acima, em que se utiliza da pena privativa de liberdade (como o faz o Direito Penal de primeira velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (o que ocorre no âmbito do Direito Penal de segunda velocidade).

Neste caso, tratar-se-iam de infrações penais graves, com previsão de penas privativas de liberdade rigorosas, mas para as quais, mesmo assim, seria admitida uma desformalização e sensível redução de garantias penais e processuais.

Essa tendência pode ser vista em algumas recentes leis brasileiras, como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072, de 1990, que, por exemplo, aumentou consideravelmente a pena de vários delitos, estabeleceu o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado com lapso temporal mais rigoroso para a progressão de regime e suprimiu, ou tentou suprimir, algumas prerrogativas processuais (exemplo: a liberdade provisória); a Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034, de 1995), dentre outras.

Para realçar os exemplos acima, é mister fazermos uma exposição das leis brasileiras no âmbito penal as quais vêm denunciando, de forma clara, a hipertrofia legislativa, símbolo da sociedade pós-industrial e que, como já dissemos, a descontrolada edição de leis é facilmente constatada por meio de um exercício meramente descritivo de leis criadas, seja para atender às novas demandas penais, seja para o combate da nova criminalidade.

Vejamos alguns exemplos:

- Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976 (Lei de Tóxicos) - Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Crime Organizado (alterada pelas Leis n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, n.º 9.804, de 30 junho de 1999 e n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002)
- Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) - Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.
- Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Preconceito Racial) - Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor (alterada pela Lei n.º 9.459, de 13/05/97)
- Lei n.º 8.072, de 25 julho de 1990 - Dispõe sobre os Crimes Hediondos, regulamenta o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras Providências (alterada pelas Leis n.º 9.695/98 e n.º 8.930/94).
- Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)

- Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 - Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.
- Lei n.º 8.176, de 08 de fevereiro de 1991 - Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis.
- Lei n.º 9.034, de 03 de maio de 1995 - Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (alterada pelas Leis n.º 9.303/96 e n.º 10.217, de 11.04.01)
- Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 - Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências (alterada pela Lei n.º 10.455, de 13 de maio de 2002 e Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal).
- Lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996, é a que regulamentou o inciso XII do artigo 5º, CF, prevendo a forma pela qual o judiciário deveria autorizar a interceptação telefônica.
- Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997 - Define os crimes de tortura e dá outras providências.
- Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências (alterada pela Lei n.º 9.985, de 18.07.00.
- Lei n.º 10.217, de 11 de abril de 2001, publicada no Diário Oficial de 12 de abril do corrente, que autoriza a infiltração de agentes policiais, para o fim de se obter prova em investigação criminal, desde que com autorização judicial, além de outras poucas disposições. Essa lei nova modificou os artigos 1º e 2º da Lei n.º 9.034 de 3 de maio de 1995 e dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, inserindo, ainda, a possibilidade de captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, com autorização judicial.
- Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) - Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.
- Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003 - Altera a Lei n.º 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências, instituindo o regime disciplinar diferenciado.
- Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do desarmamento) - Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm -, define crimes e dá outras providências.

Esta legislação, criada tanto para alcançar novas demandas da sociedade moderna, como para atender demandas de combate ao crime organizado vem, inequivocamente, alterando a concepção dos tipos penais e os instrumentos processuais para a necessária persecução.

Outra alteração é com relação às clássicas garantias penais e processuais típicas do Direito Penal numa clara e paulatina influência das velocidades do direito penal que vêm permeando as legislações com seus conceitos e confirmando as tendências e as carências sociais do mundo moderno.

1.3. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (a base sociológica para o Direito Penal do Inimigo).

Para Luhmann, o mundo contemporâneo é composto por vários sistemas (sendo a sociedade o sistema central) que se relacionam e se interligam de forma complexa, através da comunicação entre si.

Para haver complexidade, é preciso haver uma grande quantidade de elementos de relações que dão vazão a mais possibilidades do que as que podem ser atualizadas. Contudo, segundo o autor, muitas dessas complexidades estão crescendo de forma desestruturada no sistema social e, para a evolução dos sistemas como um todo, é necessário que, de forma isolada, eles se configurem mais organizadamente. É o que Luhmann chama de autopoiese .

Reduzia o que há de complexo em um sistema não implica transformá-lo em um sistema extremamente simples. Na verdade, aumenta-se a complexidade estruturada (fortifica-a), diminuindo a complexidade desestruturada, que leva ao caos. O Direito busca diminuir a complexidade internamente desestruturada.

Ao empregar os sistemas autopoieticos ao direito, Luhmann consegue reduzir a complexidade social. De tal modo, os estudos de Luhmann apregoam que o direito, em seu viés autopoietico, se (re)cria com base nos seus próprios elementos. Sua auto-referência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo, movendo-se com base em seu código binário (direito/não-direito). Tal característica permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual.⁶

A função da norma jurídica, desse modo, é orientar a redução das complexidades das relações vitais da sociedade mediante uma formulação abstrata e indeterminada que corresponde ao panorama simbolizante da sociedade pós-moderna.

O próprio Luhmann para facilitar a compreensão da finalidade que destaca ao Direito, assevera:

⁶ TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 34.

O comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e não orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na dimensão social essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. (...) Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação dos diversos planos da abstração.⁷

Para Luhmann, portanto, o Direito aspira somente assegurar as expectativas. Em um mundo que, em princípio, é incontrolável, as expectativas em relação ao Direito e as posturas que podem contar com consenso social são pontos fortes na Teoria dos Sistemas. A norma autoriza a reagir com o interesse de se adequar uma realidade ao Direito, seja para prevenir um desvio, seja para reparar os efeitos de um dano.

Neste sentido, vale registrar sua própria ilustração:

Na medida em que o sentido da norma não sustenta mais a unidade da segurança das expectativas e do guia de comportamento, a sociedade reage com a diferenciação e a especificação da função. A pretensão do jurista concernente à função de engenharia social se demonstra como colocada apressadamente. A questão não é se o direito pode assumir a função de programação social e de guia de comportamento, mas como o direito pode se adequar ao fato de que estas funções devem ser desenvolvidas em medida crescente 'em outro âmbito da sociedade'.

(...) Quando o legislador se propõe a proteger um bosque, edita uma lei. Porém, se não se verificar os efeitos (direito, ou sociais) previstos, mas justamente os não previstos, quando a função de guia de comportamento não se realiza, esta situação é tomada como um efeito factual externo ao direito. Com isto o direito não se torna não direito ou injusto, e disto não decorre a invalidade da norma. Se confirma, na realidade, a função da normatividade: estabilizar em caso de desilusão e imunizar quanto as conseqüências (segurança de expectativas).⁸

Sabendo, no entanto, que em se tratando de relações sociais, não temos uma contingência simples, a estrutura do Direito (formada por expectativas) deve, com sua

7 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, v. 75, Tempo Brasileiro, 1983, p. 109-110.

8 LUHMANN, *Op.Cit.* p. 81-82.

funcionalidade específica reduzir a complexidade apresentada pela sociedade, a fim de superar as crises sociais modernas.

CAP. II - O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS BASES TEÓRICAS

2.1. Origem, Conceito e Significado.

Günter Jakobs, um dos mais respeitados e polêmicos juristas da atualidade, idealizou o funcionalismo sistêmico pautado na Teoria dos Sistemas de Luhmann.

Sua teoria defende que o direito penal tem a função primordial de reafirmar a vigência da norma. A rigor esta é sua descrição do Direito Penal da normalidade.

Jakobs inicialmente elaborava uma referência crítica à tendência de se criminalizar o estado prévio à lesão de um bem jurídico.

Jakobs afirma que o direito penal deixou de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra um inimigo. Como consequência inevitável, já advertira que, frente a um Direito Penal do Inimigo, não existe hoje uma alternativa palpável.

Assim, antes de tecermos críticas à concepção de Günter Jakobs, é necessário compreender o conceito correto sobre as teorias deste autor.

Günter Jakobs aponta para um direito penal menos formalista e menos garantista com relação a certos infratores, dando forma ao que chama de um Direito Penal do Inimigo, em contraposição a um Direito Penal do Cidadão. Na visão de Jakobs, o direito penal cumpre a função de garantir a identidade normativa e a constituição da sociedade, de modo que a repressão empregada contra o transgressor reafirma a vigência e a validade das normas.

Nessa medida, a sanção vai de encontro à intenção do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante.

Por isso, quando a conduta e a subjetividade do agente neguem de forma muito intensa as normas sociais, ele seria excluído da proteção legal comum, tornando-se uma "não-pessoa".

Para Jakobs, o conceito de pessoa está diretamente ligado à atuação e à postura do agente perante a sociedade e as normas que a regem. Não é uma qualidade inerente qualquer do indivíduo que lhe conferiria o "status" de pessoa (racionalidade, pertencimento ao gênero humano, etc.), mas, sim, sua atitude perante a sociedade e as normas. Assim sendo, todo aquele que negue a racionalidade de modo demasiadamente evidente ou estabeleça sua própria identidade de forma independente das condições de uma comunidade jurídica, já não pode ser tratado razoavelmente como pessoa de direito, pelo menos não neste momento.

Perdida a qualidade de pessoa de direito, sabemos as limitações quanto às formalidades legais e garantias que podem a partir desse ponto ser impostas ao infrator.

A teoria de Jakobs pode ser vista em dois momentos distintos.

Em um primeiro momento podemos destacar que o autor se preocupou em destacar os delitos praticados dentro da ordem econômica. Já no segundo momento, observamos uma fase mais orientada para os delitos graves contra os bens jurídicos individuais, especialmente aqueles envolvendo atos de terrorismo.

Meliá distingue tais fases aduzindo que a noção de Direito Penal do Inimigo proposta por Jakobs na primeira fase (1985) é consideravelmente mais ampla (incluindo setores de regulação mais próximos ao direito penal da colocação em risco, delitos dentro da atividade econômica) que na segunda fase (a partir de 1999), mais orientada por delitos graves contra bens jurídicos individuais (de modo paradigmático, o terrorismo).⁹

Em seus últimos escritos, Jakobs aparenta ter abandonado claramente sua postura crítica e meramente descritiva, passando a defender uma tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.

Parte da doutrina aponta que essa mudança de pensamento do autor deve-se, sobretudo, aos atentados terroristas de Nova Iorque e Madri.

9 MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Organização e Tradução: André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, 2005; versão em espanhol: Derecho penal del enemigo, Madri: Civitas, 2003, p. 69.

Portanto o autor passa a ser um claro defensor deste modelo de Direito Penal de terceira velocidade.

Nesse diapasão, podemos afirmar que a reflexão de Jakobs retrocede ao que os socialistas chamam de “estado da natureza”, ou seja, é o estado no qual o agente não se enquadra civilmente à sociedade. Desta maneira, aquele que se encontra em estado de natureza não oferece nenhuma garantia de que seguirá os preceitos normativos e, ainda, se trata de um indivíduo que persevera na falta absoluta de legalidade de seus atos. Assim, segundo Jakobs, quem se comporta em estado de natureza não receberá do Estado um tratamento como se atuasse no estado civil; aquele que se comporta de maneira permanente por fora do pacto social não receberá tratamento dentro dele.

Autores como Sánchez observam que a expressão Direito Penal do Inimigo não representaria, propriamente, uma novidade. Em 1882, Von Liszt, em seu célebre Programa de Marburgo, empregou palavras semelhantes diante da concepção da civilização industrial para explicar o exercício do poder punitivo estatal como uma guerra à criminalidade.¹⁰

Ademais, podemos observar que a distinção entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal excepcional para os inimigos já fora feita no ápice do regime totalitário nazista e, recentemente, foi retomada por Jakobs, ainda que na vigência de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, qualquer paralelismo com regimes totalitários ou a simples comparação das similitudes com teorias antigas por certo, impede a observação do suporte metodológico diverso utilizado por Jakobs e, principalmente, a constatação de que ele, em verdade, apresenta uma crítica à hipertrofia legislativa e às alterações que vinham sendo impostas à dogmática penal atual.

De forma intencional e pejorativa (ao se adotar terminologia que facilmente seria hostilizada), Jakobs pretendia demonstrar que a legislação penal, sobretudo em países como a Alemanha, já estava contaminada por caracteres que ele definia como um

10 SÁNCHEZ, Jesús-Maria **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002.

modelo de Direito Penal, completamente diferente dos paradigmas do modelo liberal-clássico.

Observando a crescente institucionalização e aparente legitimação desses novos parâmetros nos ordenamentos jurídicos modernos, em vez de simplesmente legitimá-los e adotá-los (como pretendem fazer crer alguns apressados críticos), Jakobs parece concluir que o retrocesso aos paradigmas exclusivamente clássicos seria impossível. Dessa forma, advertiu para a necessidade de se delimitar e diferenciar dois modelos de Direito Penal, do cidadão e do inimigo, de forma a evitar a completa contaminação do modelo atual.

Essa primeira conclusão parece nítida diante de uma observação preocupante feita pelo próprio Jakobs, no sentido de que uma grande parte do Direito Penal do Cidadão já se entrelaçara com o Direito Penal do Inimigo.

Fincadas tais ressalvas, é possível analisar sua teoria sem juízos apriorísticos, para aí sim facultar uma análise crítica racional de sua construção e de sua metodologia. Dirá Jakobs:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.¹¹

Apresentada a noção inicial, é necessário, com respaldo nesse mesmo autor, dizer que nem sempre tal denominação pretende ser pejorativa. Certamente, segundo ele, “um Direito penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes”.¹²

11 JAKOBS, Günther. **La Ciencia Del Derecho Penal ante las exigencias del presente**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho, Tradução: Teresa Manso Porto, 2000, p.33.

12 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 33-34.

A essência desta conceituação, afirma Meliá:

está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala¹³ com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

Não se fala mais aqui em manter a ordem das pessoas que trazem irritações internas ao sistema social, senão do restabelecimento de condições aceitáveis deste, por meio da neutralização daqueles que não oferecem uma garantia mínima para que na prática possam ser tratados como pessoas. Ou no dizer de Jakobs: “sem uma segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida”.¹⁴

Em apertada síntese, o Direito Penal do Inimigo representa uma batalha cujo caráter limitado ou total depende também de quanto se tema o inimigo. O próprio Jakobs adverte que tudo isso soa demasiado chocante, e certamente é, uma vez que se trata da impossibilidade de uma juridicidade completa para contradizer a equivalência entre racionalidade e personalidade.

Ainda conforme o entendimento de Jakobs, somente com a última *ratio de* KANT, segundo a qual qualquer um pode ser obrigado a tomar parte de uma relação jurídica com garantias do Estado (ou do pacto social), “não se foge do problema de como proceder, frente àqueles que não se desejam ver obrigados nem se mantêm separados e, portanto, persistem como um entorno perturbador, como inimigos”.¹⁵

13 MELIÁ, Manuel Cancio. *Op.Cit.* p. 36.

14 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 45.

15 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 67.

2.2. O Suporte Filosófico

Podemos sintetizar, baseados na Teoria do Contrato Social, como salienta Gomes, o suporte filosófico utilizado por Jakobs para a construção de seu Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, esta em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o 'estado comunitário-legal', deve ser tratado como inimigo (Kant).¹⁶

Com efeito, Jakobs inicia a construção de sua teoria, afirmando que no direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinqüente é um inimigo (Rosseau, Fichte). Pela necessidade de se manter um destinatário das expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por princípio, o *status* de cidadão para aqueles que *não* se desviam (Hobbes, Kant).

Assim, ele parte da idéia de pensadores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato. Tais pensadores entendem o delito como uma infração ao contrato social, de maneira que o delinqüente já não pode mais usufruir dos seus benefícios pois, a partir dessa violação, já não participa mais de uma relação jurídica com os demais. A ressalva, dirá Jakobs, é que a violação deverá ser contumaz, e não isolada.

O malfeitor, segundo Rosseau, que ataca o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra contra ele, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência é assim representada: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”¹⁷. De modo similar, argumenta Fichte que:

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Op.Cit.* p. 57.

¹⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. VirtualBooks. Formato: e-book/rb, Código:RCM, ed. eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002, Trad. Rolando Roque da Silva, p. 26.

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos.

Jakobs introduz as concepções de Rosseau e Fichte, mas destaca que não as aceita plenamente, por entender que “a separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata”.¹⁸ E continua:

Um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinqüente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinqüente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinqüente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.¹⁹

Hobbes faz a seguinte afirmação sobre o delinqüente em sua função de cidadão:

o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.²⁰

Já Kant, que fez uso do modelo contratual como idéia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) para o estado estatal. Na construção kantiana, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã.

Seguindo este raciocínio, o próprio Jakobs ampara-se na resposta dada por Kant no tocante àqueles que não se deixam obrigar. Assim como Hobbes, Kant conhece

18 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 25.

19 JAKOBS, Günther.. *Op.Cit.* p. 25-26.

20 HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2005. p, 32.

um Direito Penal do Cidadão contra pessoas que, a princípio, não delinquem de modo persistente e um Direito Penal do Inimigo contra quem se desvia por princípio. Aquele deixa íntegro o *status* de pessoa, já este exclui.

Nesse sentido, o indivíduo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele, deixando de ser ‘pessoa’. Logo, deve morrer como tal (Rousseau); perde todos os seus direitos (Fichte); deve ser castigado como inimigo (Hobbes e Kant).

Baseado nesses pressupostos, Jakobs passa a diferenciar dois modelos de Direito Penal destinados a diferentes tipos de indivíduos, deixando claro que o indivíduo que, por princípio ou de maneira permanente, comporta-se de modo desviado frente à ordem jurídica sem oferecer garantia de conduzir-se como pessoa, deverá ser tratado como inimigo.

Sendo assim, para a fiel compreensão da concepção de Jakobs, é fundamental a percepção acerca do seu conceito de pessoa.

2.3. Pessoa x Inimigo

O Direito Penal do Inimigo, conforme já assinalado, é um Direito Penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos.

É preciso recordar que a teoria de Jakobs é pautada pela Teoria dos Sistemas Sociais, que tem por base a comunicação. Portanto, a pessoa existe em função de sua relação social:

Nesse esteio, explicita Jakobs que:

quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena,

não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.²¹

Em outros termos, segundo Jakobs, “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de comportamento pessoal”.²² Sem tal garantia, o Estado não deve tratá-lo como pessoa, mas como um inimigo social; já que do contrário, vulneraria o direito à segurança dos demais. Seria, para o autor, completamente errôneo hostilizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do Inimigo.

Eis que, sem um mínimo de cognição, a sociedade constituída juridicamente não funciona; ou, mais precisamente, não somente a norma, mas também a pessoa necessita de uma base cognitiva.

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.

Jakobs exemplifica a assertiva, dizendo que:

além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.²³

Ressalva o autor que isso não significa que tudo seria permitido ou que se sucederiam ações desmedidas; antes, seria possível que aos inimigos se reconheça uma personalidade potencial, de tal modo que na disputa contra eles não se possa ultrapassar a medida do necessário.

21 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 49-50.

22 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 42.

23 JAKOBS, **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003, p. 55.

Quando, porém, um indivíduo não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, ele não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa, permanecendo, pois, no estado de natureza; ou seja, um estado de ausência de normas, de liberdade excessiva.

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta essa característica por meio de sua conduta.

Se a característica do inimigo é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios mais severos, segundo a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como inimigos; são aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias de que vão continuar fiéis à norma. Assim, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de pessoa. Uma vez que não se amoldam em sujeitos processuais não fazem jus a um procedimento penal comum, mas sim a um procedimento diferenciado e mais rígido.

2.4. Direito Penal do autor X Direito Penal do fato

Estudar a legitimidade de um Direito Penal do Inimigo representa, portanto, o retorno à antiga dialética sobre a legitimidade de um Direito Penal do autor em detrimento do modelo de Direito Penal do fato.

Como é sabido, na construção de um sistema punitivo, é possível tomar por base o fato ou o autor. Quando o fato é tomado de forma exclusiva e pura, dá-se o que a

doutrina chama de Direito Penal do fato, no extremo oposto, tomando-se exclusivamente o autor, revela-se o Direito Penal do autor.

Entre os posicionamentos radicais e extremos, situam-se as correntes moderadas em prol de um Direito Penal do fato que considere também o autor, como se verifica no Brasil.

Zaffaroni aduz que:

além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal de autor que, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento.²⁴

Meliá, aliás, ao tratar da incompatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo com o princípio do Direito Penal do fato, já afirmou que:

na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado na 'atitude interna' do autor. (...) não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de 'antecipação' das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os 'inimigos' – mais que na definição de um 'fato'.²⁵

Zaffaroni explica que, ainda que não haja um critério unitário acerca do que representa o Direito Penal do autor, seria possível dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, ele revelaria uma corrupção do Direito Penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma forma de ser do autor, esta sim considerada delitiva:

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 133

25 MELIÁ, Manuel Cancio. *Op.Cit.* p. 80.

O ato teria valor de sintoma de personalidade: o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto como o 'ser ladrão', não se condena tanto o homicídio²⁶ como o 'ser homicida', o estupro como o 'ser delinqüente sexual', etc.

A doutrina de Zaffaroni critica o extremismo do Direito Penal (puro) do autor, que se revela na concepção subjetiva do direito penal com o intuito de transformar a punição e o próprio delito, até então assentados em dados objetivos, para atingirem a pessoa do réu e não suas ações.

26 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op.Cit.* p. 117-118.

CAP. III - O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

3.1. Os traços principais da teoria de Jakobs.

Visando combater os inimigos, as sociedades modernas têm recorrido a regulamentações jurídicas de características tais que permitiriam identificá-las facilmente como típicas de um Direito Penal do Inimigo. Seriam elas:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações, como nos explícitos casos europeus e norte-americanos, que se autodenominam de leis de luta ou de combate;
- d) restrição de garantias penais e processuais
- e) determinadas regulamentações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

O próprio Jakobs descreve as principais características desse modelo de política criminal como:

- a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas;
- b) falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa)
- c) mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica.²⁷

27 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 55-57.

Meliá aduz que o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos básicos:

- a) ordenamento jurídico-penal prospectivo (adiantamento da punibilidade);
- b) penas desproporcionalmente altas, o que equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada
- c) relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.²⁸

Assim, podemos interpretar que as principais bandeiras do Direito Penal do Inimigo orientam-se por algumas características principais, as quais ousamos apontar:

- a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas);
- b) inobservância de princípios básicos, como o da ofensividade da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.;
- c) aumento desproporcional de penas;
- d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos);
- e) endurecimento sem causa da execução penal;
- f) exagerada antecipação da tutela penal;
- g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais;
- h) infiltração de agentes policiais no meio das organizações criminosas;
- i) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei, etc.).

Observando tais características, fica fácil observar vários modelos e institutos já adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro e sempre questionados pelos defensores de um Direito Penal baseado nas garantias fundamentais.

²⁸ MELIÁ, Manuel Cancio. *Op.Cit.* p. 67.

Seria possível, contudo, o retorno ao modelo exclusivamente clássico, diante da insuperável necessidade de enfrentamento das novas demandas penais e da criminalidade organizada? De outra parte, algumas dessas características já não foram incorporadas aos ordenamentos jurídicos há algum tempo, sem que fossem consideradas antiliberais ou ilegítimas?

Buscaremos respostas para tais indagações, embora estas dependam da análise de algumas dessas características. Destacaremos algumas das principais.

3.2. A antecipação da tutela penal.

O crescente uso da antecipação da tutela punitiva estatal nas políticas de segurança modernas é algo incontestável. Não há mais como negar que os legisladores, sob a afirmativa de combater a criminalidade, vêm fazendo uso de tal meio para tornar o Direito Penal o mais preventivo possível. A lei que pretende regular a intervenção pré-delitual deverá fazê-lo com minúcia e prudência.

A ampliação da intervenção punitiva caracteriza-se, sobretudo, pelo procedimento de antecipar a ingerência penal do Estado, contrariando a tradicional criminalização, albergada pelos postulados do Direito Penal de inspiração iluminista que defendem garantias fundamentais inerentes ao indivíduo.

Com estes termos, o adiantamento da punibilidade combate com penas mais elevadas e limitação de garantias processuais àqueles que o Estado não trata como cidadãos, ao menos segundo os parâmetros clássicos. O próprio Jakobs advertira que dessa forma o poder estatal revela simples ameaça a seus inimigos.

3.2.1. A punição dos atos preparatórios e os tipos de mera conduta

Ao tratar da antecipação da tutela penal, é inevitável discutir sobre um assunto já tão polemizado pela doutrina: a punibilidade de atos preparatórios e a tipificação de crimes de mera conduta.

A punição de crimes de mera conduta é inegavelmente de ordem preventiva. A mera intenção dessa conduta basta para torná-la objeto de reprovação, por parte do legislador, em face da presunção de dano ou de perigo, sendo indiferente que chegue, ou não, a produzir qualquer resultado.

Tal assertiva, que aparenta ser recente, já é percebida há tempos na legislação pátria, que há algumas décadas, é rica em tipos penais desta natureza: ato obsceno, inúmeras contravenções penais, crimes contra a saúde pública (omissão de notificação de doença), desobediência, perigo para a vida de outrem, violação de domicílio, dentre outros.

Em se tratando da criminalização de atos preparatórios, Hungria já justificara sua necessidade para a associação em quadrilha ou bando, aduzindo de forma harmônica ao contexto social da época que

a delinqüência associada ou de grupo fêz-se, na atualidade, um alarmante fenômeno de hostilidade contra a ordem jurídico-social. Certos indivíduos que, por circunstâncias múltiplas, notadamente por influência de um ambiente criminógeno, a agravar-lhes a inconformação com a própria incapacidade de êxito pelos meios honestos, coligam-se como militantes inimigos da sociedade, formando entre si estáveis associações para o crime e entregando-se, pelo encorajamento e auxílio recíprocos, a todas as audácias e a todos os riscos. É o banditismo organizado. Seus componentes, chefes ou gregários, incubos ou súcubos, são, via de regra, homens sem fé nem lei, que não conhecem outra moral além dos aberrantes “pontos de honra” com que requintam a solidariedade para o malefício. Pela mútua sugestão e pelo fermento de imoralidade no seio do “bando” ou “quadrilha”, fazem do crime o seu meio de luta pela vida, caracterizando-se por singular impiedade, afrontoso desplante,²⁹ menosprezo a todos os preconceitos, ou extrema insensibilidade ética.

29 HUNGRIA Hoffbauer, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. I, Tomo 1, p. 175.

No Brasil, a punição de atos preparatórios se verifica, dentre outros, com o tipo penal de apetrechos para falsificação de moeda (art. 291 do Código Penal), bem como previsão específica na Lei de Tóxicos (art. 13 da Lei 6.368/76), ou no caso dos tipos de posse ou porte de armas de fogo. Trata-se de singelas ilustrações que remetem à pergunta: seria possível, na atualidade, extirpar tais figuras típicas do ordenamento pátrio?

Outro bom exemplo seria o crime do art. 52 da Lei 9.605/98, no qual o simples fato de agente penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente já constitui o delito.

O próprio Jakobs, no mesmo sentido, afirma que

o grande descuido com que é tratada essa matéria se faz visível no instrumento conceitual da dogmática do direito penal: significativamente o conceito de consumação é um conceito formal, isto é, a consumação se orienta pela formação do tipo, não a critérios materiais, e em relação a isso resulta materialmente inseguro determinar já em termos gerais o que é o estado prévio. Em outros termos, o Direito Penal de um Estado de liberdades não trata do controle dos aspectos acerca do interno somente é permitida para a interpretação daqueles fenômenos externos que já são, de qualquer modo, perturbadores. Se tais formas de conduta são tomadas como motivo para investigar o contexto subjetivo, com a mesma justificativa – ou, para dizer em termos mais precisos, com a mesma falta de justificativa -, poderia ser tomado qualquer outro motivo arbitrário: suspeita-se da existência de maus pensamentos, mas posto que não seria legítimo isso ser valorado, por si só,³⁰ como uma perturbação, toma-se algo socialmente adequado como pretexto.

Procurando legitimar determinadas antecipações de punibilidade, Jakobs elenca várias explicações plausíveis:

- a) tendência à subjetivação que se nutre, por sua vez, de diversas fontes - o princípio da culpabilidade, a orientação ao autor, a personalização do injusto;
- b) argumentos preventivo-policiais a favor dessas antecipações (“antecipa-se a consumação para conceder à polícia a possibilidade de intervir no momento propício para fazê-lo; pois com a antecipação da punibilidade se ampliam os limites do permitido para a prevenção na medida do permitido para a repressão”³¹).

30 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 118-119.

31 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 110.

Independentemente dos argumentos, forçoso registrar, para oportuna reflexão, a assertiva lógica do próprio Jakobs: “quem castiga por fatos futuros já não tem nenhum motivo para deixar impunes os pensamentos” e, pois, “despojar desse modo o sujeito de sua esfera privada já não corresponde aí direito penal de cidadãos, e sim ao direito penal de inimigos”³².

Pelas próprias palavras do autor fica nítido que o que ele mesmo batizou de Direito Penal do Inimigo faz-se cada vez mais presente na realidade jurídica e social brasileira.

3.3. A relativização de garantias penais e processuais

Além da antecipação da punibilidade e desproporcionalidade das penas, vale ressaltar que a relativização de garantias penais e processuais vem se consumando como um ponto crucial, tanto para enfrentar a criminalidade organizada e o terrorismo, quanto para “amenizar” problemas de funcionamento da própria Justiça.

No enfrentamento de crimes típicos da modernidade (praticados via internet, por associações criminosas, muitas vezes transnacionais, com forte arsenal bélico contrabandeado, etc.), as dificuldades de persecução e prova são muitas. Daí porque, segundo Sánchez:

nesses âmbitos em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente à da relativização das garantias substantivas e processuais.³³

32 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 130-131.

33 SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Op.Cit.* p. 150.

A ilegitimidade ou não de flexibilizar garantias penais e processuais são pontos importantes no estudo deste tema e que geram acirradas e calorosas discussões entre os estudiosos do assunto.

Nesse sentido, há que se mencionar a intervenção nas telecomunicações, as investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados como exemplos típicos de um direito processual de enfrentamento, de luta e de guerra ao inimigo ou, ao menos, de um modelo divorciado do modelo clássico e garantístico, até então paradigmático.

O próprio Jakobs observa que:

como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito; o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. (...) Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se³⁴ riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (...).

Não obstante, é necessário consignar que boa parte dos críticos deste Direito Penal e Processual de exceção são aqueles que defendem a adoção de um modelo de Política Criminal completamente divorciada dos princípios clássicos. Exemplo disso é a Lei brasileira dos ‘Juizados Especiais Criminais’ (Lei nº 9.099/95), que, a pretexto de afastar a incidência da pena de prisão para infrações de menor potencial ofensivo, flexibilizou a garantia do devido processo legal, permitindo a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direitos sem a produção da necessária prova e o exercício de ampla defesa.

Esta forma de informalização da Justiça nos estados contemporâneos, além dos problemas já constatados, ao menos no caso brasileiro, parece ter legitimado, na prática, a banalização da própria tipificação das infrações sujeitas ao procedimento célere, haja vista que hoje é mais fácil lavrar um termo circunstanciado e encaminhar os envolvidos ao Poder Judiciário do que averiguar se, efetivamente, houve infração penal que justifique a continuidade da persecução.

34 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 40.

Esse tipo de legislação, enaltecido por muitos daqueles que criticam um modelo de Direito Penal do Inimigo, não teria contribuído para legitimar e institucionalizar um modelo de Direito Penal que flexibilizasse garantias penais e processuais? Por outro lado, já é certo que tais características, tanto no direito material, quanto no processual, estão presentes na legislação do mundo contemporâneo como no caso das políticas criminais brasileiras.

CAP. IV - CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO E À SUA EXPANSÃO NAS POLÍTICAS CRIMINAIS BRASILEIRAS

4.1. Síntese da Crítica.

Analisar e criticar o Direito Penal Inimigo pressupõe a observância dos argumentos deduzidos por Zaffaroni, possivelmente um dos mais contumazes críticos da teoria de Jakobs. As críticas a seguir, foram didaticamente resumidas e apresentadas por Gomes sob o título “Reação de Zaffaroni ao Direito Penal do inimigo”³⁵ e retrata a conferência feita em São Paulo, no dia 14 de agosto de 2004³⁶; senão vejamos:

- (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 ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído;
- (l) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classe: riqueza e miséria continuam tendo que necessariamente conviver;

35 GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, out. 2004.

36 Conferência realizada na sede do IELF (Instituto coordenado por Luiz Flávio Gomes), Disponível em <<http://www.portalielf.com.br/>>, Acesso em 11 de maio. 2009.

(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 E. U. A, 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 E.U.A. contavam com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países;

(t) com Reagan começa a indústria da prisionização;

(u) hoje os E.U.A. 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 à custa desse sistema; com isso o índice de desempregado foi reduzido. E como os E. U. A. 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 E.U.A, eis que 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 novo inimigo.

Tomando posse de tais premissas, entende Zaffaroni que a população está inequivocamente aterrorizada, sendo a difusão do medo fundamental para o exercício desse tipo de poder punitivo.

Nesses termos, o Direito Penal surgiria como solução para aniquilar o inimigo servindo tal discurso como remédio utilizado por políticos demagogos. Além disso, segundo o autor, na atualidade, o Direito Penal tornou-se um produto de mercado, um puro discurso publicitário.

Gomes, claramente motivado pela análise crítica de Zaffaroni, apresenta sua censura à tese do Direito Penal do Inimigo que, por sua sistematização e didática, serve de norte para elaborarmos nosso pensamento crítico:

(a) o que Jakobs denomina de Direito penal do inimigo, como bem sublinhou Meliá, é nada mais que um exemplo de Direito penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele 'é' e faz oposição ao Direito penal do fato, que pune o agente pelo que ele 'fez'. A máxima expressão do Direito penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova 'demonização' de alguns grupos de delinqüentes;

(b) Se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que 'Direito penal do cidadão é um pleonasma, enquanto Direito penal do inimigo é uma contradição'. O Direito penal do inimigo é um 'não Direito', que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;

(c) não se reprovava (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo);

(d) é um Direito penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que propugnavam (inclusive) pelo fim das penas e imposição massiva das medidas de segurança);

(e) o Direito penal do inimigo não repele a idéia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados);

(f) não se segue o processo democrático (devido processo legal) sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica 'de guerra' (de intolerância, de 'vale tudo' contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito;

(g) perdem lugar as garantias penais e processuais;

(h) o Direito penal do inimigo constitui, desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais;

(i) é fruto, ademais, do Direito penal simbólico somado ao Direito penal punitivista. A expansão do Direito penal é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Esse Direito penal 'do legislador' é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como 'produto' o tal de Direito penal do inimigo;

(j) as manifestações do Direito penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e

criticava a onda punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva; fruto disso é o Direito penal do inimigo);

(l) mas esse Direito penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (Estado de Defesa e de Sítio);

(m) a criminalidade etiquetada como inimigo não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afeta bens jurídicos relevantes, causa grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado);

(n) logo, contra ela só se justifica o Direito penal da normalidade (leia-se: do Estado de Direito);

(o) tratar o criminoso comum como ‘criminoso de guerra’ é tudo que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.), temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do ‘vale tudo’) conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade.³⁷

Baseados nas críticas formuladas, podemos deduzir que os paradigmas preconizados pela teoria de Jakobs evidenciam aos seus inimigos toda a incompetência Estatal ao reagir com irracionalidade e ao diferenciar o cidadão normal do outro.

Gomes, naquilo que denomina Direito excepcional, pode, a rigor, traduzir exatamente as características do modelo de política criminal da modernidade atualmente rotulado de Direito Penal do Inimigo:

(...) os tipos penais são cada vez mais abertos e pune-se não mais o fato senão determinados tipos de autor; já não se trata de um direito penal do fato (do crime), senão do réu (do criminoso); já não se pune pelo que o agente fez, senão pelo que é; o processo já não é informativo (Beccaria), senão ofensivo; o juiz já não é mais imparcial, senão um inquisidor em busca do inimigo; o processo foi transformado em terreno de luta e o juiz em instrumento de ataque; busca-se a confissão a todo custo, principalmente por meio de segregação do suspeito; prende-se para se descobrir o suspeito, numa inversão abominável da praxe regida pelo estado de direito; permite-se todo tipo de acordo, estimula-se a delação, dá-se prêmio ao delator, a fase de execução da pena foi amplamente administrativizada (tornou-se discricionária) etc.³⁸

37 GOMES, Luiz Flávio. *Op.Cit.* p. 09.

38 *apud* GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. **Crime organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46-47

Como se percebe, as críticas ao Direito Penal do Inimigo dirigem-se, necessariamente, à censura que grande parte da doutrina faz sobre os novos paradigmas do Direito Penal da modernidade: simbolismo excessivo, flexibilização de garantias e princípios, retomada de políticas criminais mais preocupadas com o autor do que com o fato e funcionalização do Direito Penal que, baseada na busca da eficiência preventiva, originou políticas criminais típicas de um Direito Penal de terceira velocidade, no intuito de combater a criminalidade organizada e do terrorismo.

4.2. Críticas aos modelos de Direito Penal do Inimigo na política criminal moderna.

4.2.1. Exemplos Estrangeiros

Pelo mundo inteiro podemos observar a difusão de políticas criminais que coadunam com as idéias de Jakobs. Nações desenvolvidas e economicamente fortes vêm traçando metas para enrijecer o sistema penal de suas nações na busca de barrar o avanço da criminalidade.

Na Itália, um autor chamado Ferrajoli traça interessante quadro das três fases da emergência penal, retratando políticas criminais que se perfilam no chamado Direito Penal do Inimigo:

- a) **o direito especial de polícia** (de 1974 a 1978, as leis excepcionais não tiveram qualquer relação com o terrorismo nem com a criminalidade organizada de forma geral. (...) Ambas as leis foram emanadas quando o terrorismo ainda não havia se manifestado de forma sanguinolenta e para fazer frente, segundo o slogan de campanha política que acompanhou a respectiva emanção, ao genérico fenômeno da ‘criminalidade avassaladora’;
- b) **o direito penal político especial** (uma legislação antiterrorista e um direito penal político de exceção em sentido próprio nascem apenas no final de 1979 por meio de novas leis e sobretudo das novas praxes judiciárias. Nesta segunda fase a feição supletiva se inverte: é a magistratura, e não a polícia, que assume por inteiro o peso da luta contra o terrorismo e à qual se endereça a atenção e a sustentação das forças políticas);
- c) **o direito penal diferenciado** (estas feridas não cicatrizaram. Elas mudaram, muito mais do que a lei, a cultura dos juízes, consolidando-se nas

praxes e na deontologia profissional. (...) As praxes da emergência antiterrorista difundiram-se por inteiro no sistema penal, caracterizando as duas linhas de tendência: de um lado, a diferenciação e a subjetivação penal por tipo de autor ou de imputado ou de detento, e, portanto, a generalização da especialidade mediante o desenvolvimento de mais direitos penais especiais e diferenciados; de outro lado, o crescimento da discricionariedade nas fases *ante e post iudicium*, segundo módulos transacionais idôneos a conferir a máxima flexibilidade seja ao rito como à pena, com a conseqüência perda de centralização do juízo assim como do nexa causal ilegal entre pena e crime.³⁹

Mais recentemente, sobretudo após os atentados terroristas de Nova Iorque, os Estados Unidos têm dado evidências deste novo modelo de política criminal, nomeada por eles de “reacionária”. Para os americanos, a adoção de medidas de segurança voltadas para a prevenção e exclusão de garantias tornou-se uma prática corriqueira no que eles chamam, hipocritamente, de “guerra contra o terror”.

Na Espanha, a reforma penal de 1995 iniciou-se elevando o limite máximo de cumprimento de penas ao patamar de 40 (quarenta) anos.

No país ibérico, sequer foi preciso ampliar os poderes de investigação policial, uma vez que a discricionariedade policial é absoluta desde a aprovação da Lei de proteção da segurança cidadão e a Lei que disciplina o uso de vídeo-vigilância em lugares públicos (Leis n^os 1/1992 e 4/1997).⁴⁰

Os Tribunais têm sido cada vez mais chamados a enfrentar a constitucionalidade de legislações ou atos normativos, típicos de um Direito Penal do Inimigo. Um bom exemplo é a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que em sua sentença de 03.03.2004, declarou inconstitucional a regulação de 1999 que permitia graves intromissões que empregavam como meios de prova gravações de conversações no âmbito da intimidade (*grosse Lauschangriffe*), por não cumprir

39 *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *Op.Cit.* p. 13.

40 CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da ‘Tolerancia Zero’ ao ‘Direito Penal do Inimigo’**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>, Acesso em 11 de maio de 2009, Tradução: Themis Maria Pacheco de Carvalho.

determinadas garantias e requisitos derivados do princípio de legalidade e de proporcionalidade.⁴¹

A Câmara dos Lordes inglesa, em 2004, sentenciou que a Lei antiterrorista inglesa de 2001, que permitia a detenção governamental sem limite temporário de estrangeiros suspeitos de terrorismo, infringia, dentre outros direitos da Convenção Européia, o direito à igualdade jurídica entre estrangeiros e cidadãos e ao devido processo e proteção judicial efetiva.⁴²

Podemos verificar uma decisão jurisprudencial prolatada pela Suprema Corte Constitucional da Colômbia referindo-se ao Direito Penal do Inimigo.

A decisão - sentença n° C-939/02, datada de 31.10.2002 - enfrentou a constitucionalidade de um ato normativo que adotava medidas em matéria penal e processual contra as organizações criminosas.

Basicamente, este ato era fundamentado no art. 44 da Lei n° 137 de 1994, que permitia ao governo, durante o “estado de comoção nacional, tipificar penalmente condutas, aumentar e reduzir penas”. Fundamentado nisto, o Presidente da Colômbia editou o Decreto n° 1.900/02, que tinha por objetivo estabelecer tipos penais relacionados a contrabando e depósito de produtos derivados ou componentes de combustíveis, a furtos, assim como medidas processuais relacionadas à captura de combustíveis furtados, depositados ilegalmente ou contrabandeados.

Fazendo clara alusão à concepção de Jakobs, a Suprema Corte colombiana entendeu que seus fundamentos eram incompatíveis com valores e princípios da Constituição Federal.⁴³

Já em 2006, o Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Alemão, na decisão “*1BvR 357/05*”, julgou inconstitucional a chamada Lei de Segurança Aérea, que permitia a derrubada de aviões suspeitos de terrorismo como última medida (*ultima ratio*). O tribunal, por entender tratar-se tal medida de pleno reflexo do Direito Penal do

41 CONDE, Francisco Muñoz. *Op.Cit.* p. 05

42 CONDE, Francisco Muñoz. *Op.Cit.* p. 07

43 CONDE, Francisco Muñoz. *Op.Cit.* p. 07-08

Inimigo, afirmou que tal ato normativo violaria o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Ressaltamos aqui a importância desta decisão para o direito penal brasileiro, visto que medida de segurança similar, mais conhecida como “Lei do Abate”, foi elaborada com relação à derrubada de aviões suspeitos de tráfico de drogas no espaço aéreo brasileiro, mais especificamente na Amazônia. Tal medida de segurança será discutida mais a frente.

4.2.2. Os reflexos na realidade Brasileira

Ainda que de forma tímida, parte da doutrina, desde a previsão constitucional de um tratamento diferenciado aos denominados crimes hediondos e equiparados, manifesta-se criticamente a adoção de políticas criminais duras, o que, hodiernamente, pela relevância que vem ganhando o tema poderiam de forma cuidadosa ser seladas como típicas de um Direito Penal do Inimigo.

Mais recentemente, o tratamento diferenciado a presos perigosos no sistema de execução de penas, por força do advento da Lei nº 10.792/03, foi duramente criticado e, como era de esperar, rapidamente associado à concepção de Direito Penal do Inimigo.

Pacheco de Carvalho, por exemplo, ao expor seu pensamento sobre o regime disciplinar diferenciado afirma que:

Traçados os limites entre um Direito penal que não tem preocupação outra com o delinqüente que não apenas a de excluí-lo do convívio social, um Direito penal que julga que os conflitos sociais devem ser resolvidos como sendo uma operação de guerra e ‘quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação’ e um outro Direito penal no qual como ‘elemento social se inclui a exigência de que o condenado não seja expulso da sociedade, mas que conserve a possibilidade de sua reintegração social’.⁴⁴

Assim, o autor rotulou explicitamente o referido instituto como parâmetro típico de um Direito Penal do Inimigo.

44 *Apud* CONDE, Francisco Muñoz. *Op.Cit.* p. 37.

A nova redação do artigo 52 *caput* da LEP que lhe foi dada pela Lei 10.792/03 preceitua: “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 (...)”.

Neste caso, necessário se faz a observação de que além da exigência da prática de ato doloso ser algo vago e impreciso, a lei fala somente na prática, não exigindo a existência de condenação anterior pelo mesmo, o que romperia com o princípio de presunção de inocência e ampla defesa.

Trata-se, portanto, da imposição de sanção disciplinar por apresentar o preso um alto risco para o sistema penitenciário ou para a sociedade, além de permitir o arbítrio, afirmando a punição pré-delitual, uma punição aplicada não por um fato típico e antijurídico, mas sim, pela figura do autor.

Contudo, o problema é mais grave quando se observa o conteúdo dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, que estabelecem literalmente:

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

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

Aparece aqui a possibilidade de se receber o sujeito no sistema de execução penal, desde o princípio, submetido a um esquema de isolamento completo, em cela individual, sem mais razões do que as que derivam de um juízo de valor que pouco ou nada tem a haver com um Direito penal do fato e muito mais com um Direito penal do autor.

A submissão ao regime diferenciado deriva da presença de um alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Porém, que outra fonte de risco social ou penitenciário pode decorrer de ações que não sejam faltas

nem delitos? A simples suspeita? E mais, a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado?

Porém, se o juízo é de suspeita, não há certeza a respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução.

Além disso, existe algo que convém destacar: 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 suspeitos de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de 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).

Há um estado de medo permanente na sociedade brasileira, provocado pela existência de alarmantes índices de criminalidade que, além do mais, tem invadido as cadeias e subvertido o próprio sistema de execuções penais, convertendo os próprios estabelecimentos prisionais em pontos de referência das organizações criminosas, de onde partem ordens e diretrizes para a realização de certas ações delitivas.

Isto, associado à crescente influência dos bandos criminosos, principalmente em locais onde se acumulam milhares de pessoas em condições de vida desumanas, tem feito com que as instâncias estatais de controle social reajam de modo já conhecido: a edição reiterada de mais legislação penal, progressivamente restritiva e ofensiva para as garantias fundamentais.

Trata-se evidentemente de uma Política Criminal equivocada e que tem a pretensão de converter o Direito penal em um portador de ilusões de segurança social, não resultando em nada mais do que a reprodução e multiplicação da violência.

4.2.2.1. A lei 9.614/98 “Lei do Abate”

Outra prova incontestável dos reflexos das idéias jakobsianas em nosso país, como já destacamos anteriormente, é a Lei Nº 9.614, de 05.03.1998, conhecida como “Lei do Abate” ou “Lei do Tiro de Destruição”, que discorre sobre medidas extremas no espaço aéreo brasileiro quando houver suspeita sobre as aeronaves e seu envolvimento com o tráfico de drogas.

Regulamenta esta lei que aeronaves brasileiras têm autorização para abater aeronaves de outros países, voando em território brasileiro, quando não se identificarem nem responderem ordens de pouso.

A Lei nº 9.614/98 acrescentou um parágrafo ao artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, modificando-o consideravelmente e, por conta disso, vem dando margem a uma crescente discussão.

Com o acréscimo do parágrafo 2º, e a re-numeração do 2º como 3º, o texto legal do referido art. 303, da Lei nº 7.565, de 18.12.1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), passou a ser o seguinte:

CAPÍTULO IV

DA DETENÇÃO, INTERDIÇÃO E APREENSÃO DE AERONAVE

Art.303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou de Polícia Federal, nos seguintes casos:

I- se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II- se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III- para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV- para verificação de sua carga no caso de restrição legal (art. 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do art. 21);

V- para averiguação de ilícito.

§ 1º. A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe foi indicado.

§ 2º. Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada (parágrafo acrescido pela Lei 9.614/98) (grifo nosso)

§ 3º. (omissis).

Que perigo real traz um monomotor desarmado sobrevoando a floresta amazônica? Não lhe são tiradas todas as garantias processuais, além de haver um adiantamento da punibilidade com a maior pena existente, a pena de morte?

Não estaria o Estado direcionando a pena a um perigo futuro, eliminando a figura deste agente? Fica óbvio que o Estado não o esteja tratando como cidadão, e sim como inimigo.

É certo que nossa Constituição não fornece fundamentos para medidas de tal monta e que a constitucionalidade de leis que venham a ferir os direitos fundamentais tão louvados em nossa Constituição Cidadã, deverá ser observada com atenção, pois é certo que a repressão vem ganhando cada vez mais espaço no direito penal pelo mundo e não será diferente em nosso ordenamento pátrio.

Parafrazeando Hungria: “Nós, imitando ou repetindo as civilizações européias, somos uns primitivos, porque estamos ainda na fase do mimetismo”.⁴⁵

45 HUNGRIA Hoffbauer, Nelson. *Op.Cit.* p. 143.

4.2.2.2. O caso Daniel Dantas

A Polícia Federal (PF) prendeu de forma preventiva, no dia 8 de julho de 2008, o banqueiro Daniel Dantas na operação denominada Satiagraha (palavra que significa busca da verdade), que começou a investigar desdobramentos do caso mensalão, mas que se estendeu a fatos anteriores, vindos desde o Governo Fernando Henrique Cardoso.

O advogado de Daniel Dantas, Nélcio Machado, disse que a prisão do banqueiro, decretada pela 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo, especializada em crimes financeiros e lavagem de dinheiro, seria "arbitrária e desnecessária".

Na Operação Satiagraha, executada nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia e em Brasília, foram presos além do banqueiro Daniel Dantas, dono do grupo Opportunity, sua irmã e seu ex-cunhado, dez dirigentes do grupo Opportunity, o presidente do grupo Opportunity, além de advogados, outros empresários e, inclusive, o ex-prefeito de São Paulo, Celso Pitta.

De acordo com a Polícia Federal, essas prisões são o resultado de investigações iniciadas há cerca de quatro anos, e a operação Satiagraha é um desdobramento das investigações do escândalo do mensalão e fatos anteriores, ocorridos desde 1996.

O resultado prático dessa operação foi o afastamento, determinado pela cúpula da Polícia Federal, dos três delegados incumbidos das investigações e a instauração de inquérito administrativo contra o juiz federal envolvido no caso por ordem do Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, o ministro Tarso Genro (Justiça) pediu a abertura de sindicância para apurar se houve abusos de agentes da Polícia Federal durante a operação. O ministro reconheceu abusos na operação.

Os presos são acusados pelos crimes de lavagem de dinheiro, corrupção, evasão de divisas, sonegação fiscal e formação de quadrilha. Dantas também irá responder pelos crimes de espionagem e tentativa de corrupção contra um delegado federal.

O Ministério Público Federal acusa o banqueiro Daniel Dantas de tentar subornar um delegado federal envolvido no caso para que ele tirasse alguns nomes do inquérito da PF. Duas pessoas teriam, supostamente a mando de Dantas, oferecido R\$ 1 milhão para o delegado. Uma delas foi presa durante a operação, e a outra entregou-se à Polícia Federal. Ambas foram indiciadas por corrupção ativa.

Escutas telefônicas e interceptação de dados autorizadas pela justiça levaram as investigações policiais ao grupo de Dantas, que, segundo a PF, usava uma infinidade de empresas de fachada para encobrir desvios de dinheiro público. O esquema de Dantas era tão complexo que nem ele sabia o volume de dinheiro que operava, segundo afirmações do delegado da PF que coordenou a investigação.

Além de evasão e formação de quadrilha, o grupo de Dantas teria cometido os crimes de gestão fraudulenta, concessão de empréstimos vedados (empréstimos entre empresas do mesmo grupo) e corrupção ativa. Existem suspeitas de que recursos públicos oriundos das privatizações tenham sido enviados ilegalmente por Daniel Dantas ao exterior. A polícia estima que, entre 1992 e 2004, o grupo girou mais de R\$ 2 bilhões através do Opportunity Fund.

Diante de tais fatos e das idéias acerca dos inimigos da sociedade e da norma, não seria Daniel Dantas um evidente inimigo da sociedade?

Se observarmos os critérios usados pelos defensores do Direito Penal do Inimigo para enquadrar os não-cidadãos, não haverá dúvidas quanto à adequação do exemplo acima àquilo que a teoria de Jakobs combate tão veementemente.

Jakobs, ao mencionar exemplos de sujeitos que podem ser qualificados como inimigos, não deixa dúvidas de que o banqueiro em questão é um contumaz inimigo da sociedade:

O inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais; o antigo delinqüente habitual “perigoso” segundo o § 20 do Código Penal alemão), ou em sua ocupação profissional (delinqüência econômica, delinqüência organizada e também, especialmente, tráfico de drogas), ou principalmente através de uma organização (terrorismo, delinqüência organizada, novamente o tráfico de drogas ou o antigo “complô de assassinato”), isto é, em qualquer caso, de uma forma supostamente duradoura, tem abandonado o direito e, portanto, não garante a mínima

certeza de segurança de comportamento pessoal e demonstra este déficit através de seu comportamento.⁴⁶

Contudo, o nosso Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus ao banqueiro e, vale ressaltar, em tempo recorde. Ora, onde estarão as influências do Direito Penal do Inimigo para os crimes dos poderosos? Ou será que no Brasil a teoria dos inimigos só veio para marginalizar ainda mais aqueles que já são excluídos de políticas sociais que tentam reincluí-los ao convívio social?

Fica claro que apesar da hipertrofia legislativa que, em nosso país, tenta, frustadamente, combater a violência, os crimes de colarinho branco ainda não são enfrentados com seriedade e o Legislativo, e, muitas vezes, o Judiciário, tão preocupados em encontrar inimigos responsáveis pelo caos social, fecham os olhos para os crimes de grande monta.

46 JAKOBS, Günther. *Op.Cit.* p. 75-76.

CONCLUSÃO

Observando os novos anseios da sociedade contemporânea é inevitável refletirmos se ainda é possível, para enfrentar os desafios deste novel contexto, a preservação de uma ordem jurídica respeitosa das garantias dos Estados Democráticos de Direito. Ou se faz, para tanto, necessário um Direito em que mister se fará o sacrifício das liberdades e garantias individuais.

É forçoso reconhecermos que não existem eficazes meios de se investigar a criminalidade moderna, da era pós-industrial e informatizada com o Direito Penal e Processual clássicos, pois pensar o contrário seria fechar os olhos para o novo contexto da sociedade atual.

Vê-se, portanto, que a discussão acerca da legitimação de um Direito Penal do Inimigo reflete, na realidade, a própria crise em que vive a sociedade moderna em todas as suas áreas de controle social.

Ao estudarmos o Direito Penal do Inimigo percebemos que a crise atual do Direito penal é, antes de tudo, uma crise de filosofia, uma crise de princípios. O Direito Penal na atualidade está à mercê da mercantilização dos valores da Justiça.

Tal crise, além de retratar a realidade contemporânea, tem como conseqüência penal o surgimento de legislações de emergência e de políticas criminais de exceção. Ou seja, o Direito Penal da modernidade está, indubitavelmente, permeado por características e parâmetros típicos de um modelo de Direito Penal do Inimigo.

Fica então a pergunta: se esse Direito Penal de terceira velocidade tem se mostrado, na prática, como inevitável, não seria fundamental delimitá-lo? E desta forma reconhecê-lo, impondo-o limites?

Parece, dessa forma, que a identificação das características de um Direito Penal do Inimigo já presente nas legislações contemporâneas, inclusive na legislação pátria, seria o primeiro e irremediável passo a ser tomado, como forma de evitar a contaminação de todo o sistema penal por modelos de exceção.

Desta maneira, nada poderia ser mais injusto e equivocado do que acusar Jakobs de pretensões ao autoritarismo e à formulação de uma teorização justificadora do arbítrio e da crueldade penais. Ao analisarmos com mais atenção suas idéias, fica claro em suas exposições que apenas constata uma tendência do Direito Penal atual e procuram justamente evitar que ela possa contaminar todo o ordenamento indistintamente.

O autor, sob comento, assume que o Direito Penal vai sendo permeado insidiosamente pela redução das garantias e formalidades e que esse processo não permite uma reação que o detenha. A única saída que vislumbra é a contenção parcial dessa tendência, de modo que procura delimitar situações extremas em que esse novo Direito Penal minimalista quanto às garantias poderia ser aplicado.

O intento do autor é blindar uma significativa parcela do Direito Penal contra a contaminação autoritária, isolando-a a determinados setores, uma vez que as demandas atuais da própria sociedade perante o Direito Penal a tornariam inevitável.

Sánchez é bem explícito quando indica o fato de que as chamadas legislações de emergência vão dominando o Direito Penal, conformando aquilo que Moccia denominou de “perene emergência”. Nesse contexto, um:

Direito Penal de Terceira Velocidade não deixaria de ser encarado como um "mal" (como, aliás, todo o Direito Penal), mas se apresentaria como um "mal menor" ante a possibilidade de um domínio absoluto de um Direito Penal não-garantista.⁴⁷

Diverso não é o pensamento de Jakobs que deixa claro que um Direito Penal do Inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso do que a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaça todo o Direito Penal com fragmentos de regulamentações próprias do Direito Penal do inimigo.

Realmente, as intenções do penalista em estudo são admiráveis. Visam criar uma represa contra a inundação do autoritarismo, da despersonalização do homem,

47 SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Op.Cit.* p. 67.

procurando ao menos controlá-la, já que não seria possível evitá-la. No entanto, como ensina desde antanho a sabedoria popular, "de boas intenções o inferno está cheio".

O grande equívoco de Jakobs é, em seu esforço, tentar racionalizar o irracional. Desta forma, acaba abrindo as portas para um Direito Penal autoritário e anti-garantista que, aí sim, passará a ser incontrolável e se alastrará como uma praga por todo o ordenamento jurídico-penal.

Enfim, o debate acerca da legitimidade e da necessidade de um Direito Penal do Inimigo vai além das barreiras da fundamentação constitucional e legal clássicas. Inegavelmente, há argumentos jurídicos favoráveis e contrários, que passam pelo atual contexto social, pela ponderação de interesses ou mesmo pela relativização de direitos a partir da proporcionalidade, o certo é que o debate retrata a própria crise da humanidade que se torna cada vez mais complexa.

Esse é o grave desafio que se apresenta para este novo milênio.

REFERÊNCIAS

CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da ‘Tolerancia Zero’ ao ‘Direito Penal do Inimigo’**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>, Acesso em 11 de maio de 2009, Tradução: Themis Maria Pacheco de Carvalho.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 25ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, out. de 2004.

_____. **Reação de Zaffaroni ao direito penal do inimigo**. Disponível em <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=6000&kw=DIREITO+PENAL+DO+INIMiGO>, Acesso em 12 de maio de 2009.

_____. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 10, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. **Crime organizado – Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2005.

HUNGRIA Hoffbauer, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. I, Tomo 1.

JAKOBS, **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003.

_____. **La Ciencia Del Derecho Penal ante las exigencias del presente**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal Y Filosofía del Derecho, Tradução: Teresa Manso Porto, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 05 de maio. 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, v. 75, Tempo Brasileiro, 1983.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Organização e Tradução: André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, 2005; versão em espanhol: Derecho penal del enemigo, Madri: Civitas, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera Conduta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. VirtualBooks. Formato: e-book/rb, Código:RCM, ed. eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002, Trad. Rolando Roque da Silva.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Revan, 2003.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ HUGO GRANGEIRO JÚNIOR

DIREITO PENAL DO INIMIGO: UM NOVO PARADIGMA DE
POLÍTICA CRIMINAL (EXPANSÃO E REFLEXOS NA REALIDADE
BRASILEIRA)

FORTALEZA
2009