



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Direito Penal do Inimigo - Controvérsias e sua Aplicabilidade

Juliana Cristina de Oliveira Buchas

Rio de Janeiro

2009

JULIANA CRISTINA DE OLIVEIRA BUCHAS

Direito Penal do Inimigo - Controvérsias e sua Aplicabilidade

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro

2009

DIREITO PENAL DO INIMIGO - CONTROVÉRSIAS E SUA APLICABILIDADE

Juliana Cristina de Oliveira Buchas

Graduada pela Universidade Cândido Mendes,
Centro, Advogada.

Resumo: com o surgimento de novos delitos decorrentes dos riscos pós modernos e a expansão do Direito Penal, como consequência do aumento das tipificações, surgiu uma situação em que o Direito tem que acompanhar a evolução dos criminosos e se adequar juridicamente para proteger a sociedade. Por esses motivos, doutrinadores como Günter Jakobs, da Alemanha, defendem que a teoria do "Direito Penal do inimigo", que consiste na separação dos criminosos em duas categorias: os primeiros continuariam a gozar do *status* de cidadão, e uma vez que infringissem a lei, teriam ainda o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico estabelecido, com as garantias penais e processuais penais asseguradas, os outros, no entanto, seriam chamados de inimigos do Estado, cabendo a estes um tratamento rígido e diferenciado, sem que fossem asseguradas quaisquer garantias destinadas aos cidadãos. Os inimigos perderiam os direitos e às garantias legais, e dentre esses inimigos o doutrinador cita os terroristas, traficantes, membros de organizações criminosas, dentre outros.

Palavras - chaves: Direito Penal, Inimigo, Cidadão, Garantias

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Histórico e Surgimento do Estado Democrático de Direito. Incompatibilidade com o Direito Penal do Inimigo 3- Tutela do Direito Penal. 4 – Culpabilidade: Direito Penal do Autor e Direito Penal do Fato. 5 – Bases da Teoria. 6 – Surgimento e Criação da Teoria. 7 – Velocidades do Direito Penal: Relação com o Direito Penal do Inimigo. 8 - Características. 9- Críticas. 10 – Pontos positivos. 11 – Aplicabilidade no Brasil. 12 – Conclusão. Referências

1-INTRODUÇÃO

Este artigo visa a abordar a teoria do Direito Penal do Inimigo, teoria essa que é muito polêmica e tem causado uma profunda controvérsia no meio jurídico e despertado o interesse de muitos estudiosos do Brasil e do exterior.

Um dos objetivos deste trabalho é apontar um breve histórico da implementação do Estado Democrático de Direito, passando à análise das garantias penais e processuais penais conquistadas, e traçar um paralelo com o crescimento da criminalidade, que gerou um movimento no sentido de supressão destas garantias para aqueles considerados pelo Estado como “agentes de alta periculosidade” ou também considerados inimigos do Estado.

Também serão apontados, ao longo do trabalho, de forma breve, posicionamentos favoráveis à aplicação da teoria e posicionamentos contrários à sua adoção, com suas respectivas razões.

Essa teoria do doutrinador alemão Jakobs (2008), denominada como "Direito Penal do Inimigo" vem, há mais de 20 anos, tomando forma e sendo disseminada pelo mundo, conseguindo fazer adeptos e chamando a atenção de muitos.

Em suma, os inimigos perdem o direito às garantias legais. Não sendo capazes de adaptar-se às regras da sociedade, devem ser afastados, ficando sob a tutela do Estado, perdendo o *status* de cidadão.

O Direito Penal do Inimigo é conhecido também, de acordo com Sanchez (2002), como direito penal de terceira velocidade, como se verá adiante e significa a punição com base no autor e não no ato praticado. Inclusive, essa última denominação ganhou grande evidência na atualidade, por conta dos atentados terroristas que tem ocorrido em todo o mundo. Atentados que levaram alguns países a adotarem punições que, na maioria das vezes, suprimem os direitos humanos, inclusive o direito à vida.

Jakobs vale-se dos pensamentos de grandes filósofos como Rousseau (1978), Hobbes(1984) e Kant(1993) para sustentar suas teorias, buscando agregar valor e força aos seus argumentos.

Assim, os cidadãos delinquentes terão proteção e julgamento legal. Já os inimigos enfrentarão coação para neutralizar suas atitudes e seu potencial ofensivo e prejudicial à sociedade.

A sociedade em geral, principalmente os que sentiram na pele a ação de criminosos precisam de uma solução rápida aos problemas criminais, e para estes, a teoria de Jakobs poderá parecer, num primeiro momento, uma solução quase perfeita.

Jakobs aponta os pilares que fundamentam sua teoria, que são: antecipação da punição do inimigo, a desproporcionalidade das penas e relativização ou supressão de certas garantias processuais e a criação de leis severas direcionadas à indivíduos dessa específica engenharia de controle social. Tal teoria poderia funcionar perfeitamente em uma sociedade que tivesse condições e capacidades especiais para distinguir entre os que mereceriam serem chamados de cidadãos e os que deveria ser considerados os inimigos.

Atente-se, porém, ao fato de que os órgãos competentes não possuem condições ou mecanismos para julgarmos com precisão e justiça, tampouco arcamos com as responsabilidades que esta teoria traria ao mundo.

Esbarra-se no mesmo problema, por exemplo, da pena de morte, em que muitos condenados são inocentes e, ainda, no retrocesso que representaria voltarmos à representação da inquisição, onde foram considerados inimigos quem não atendia aos ditames do Estado e da Igreja, e do Holocausto, em que uma nação foi considerada o inimigo e, independentemente de seus atos, os nascidos judeus eram condenados aos maus tratos e à morte.

Portanto, faz-se necessária a análise da controvérsia que fundamenta a teoria do direito penal do inimigo, uma vez que ainda que não reconhecida de forma patente no ordenamento jurídico brasileiro, existe forte tendência à criação de mecanismos que acarretem a aplicação da citada teoria ainda que de forma “camuflada”.

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise histórica do surgimento do estado democrático de direito, que possibilitou a proteção de bens jurídicos selecionados por meio do direito penal, fazendo um contraponto com a teoria do direito penal do inimigo, que apresenta como uma das características a redução ou completa supressão das garantias conquistadas ao longo dos anos.

2-HISTÓRICO E SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Historicamente, vale mencionar que nem sempre vigorou nas sociedades o chamado Estado Democrático de Direito previsto atualmente na Constituição no art. 1º. Esse, na verdade, foi uma conquista do povo que se consolidou com muita luta contra os poderes soberanos.

A título de exemplo, na Idade média, por volta do século XIII, barbaridades foram cometidas durante a Inquisição. Nesta época, pessoas foram presas, condenadas e muitas vezes queimadas na fogueira em plena praça pública sob o argumento de atentarem contra a Igreja Católica e o Direito Canônico.

Aqueles que eram processados durante a inquisição não tinham muitas chances de defesa, sendo que muitas vezes nem sabiam o porquê de sua prisão. Eram simplesmente julgados pela mesma pessoa que as acusava e as defendia.

Nesse tempo, não se falava em contraditório, ampla defesa e muito menos em devido processo legal. Foi nesta época que surgiu o sistema processual inquisitivo, onde não havia uma separação das funções processuais de acusação, defesa e julgamento, sendo essas funções concentradas nas mãos de uma só pessoa, o chamado juiz inquisidor.

Durante o regime absolutista, o poder era todo concentrado nas mãos do soberano rei, de maneira que não eram assegurados direitos ao povo.

Apenas em 1215, com a Magna Carta do Rei João Sem Terra foram concedidos alguns direitos a determinados cidadãos, principalmente aos nobres. Cabe afirmar que tais direitos não eram assegurados, em sua maioria, ao proletariado.

Com o passar do tempo, influenciado pelas idéias iluministas, o povo passou a se rebelar contra a concentração do poder em uma só pessoa.

O Iluminismo defendia a idéia de que a razão do poder não está em Deus, mas sim no homem. Como consequência, o chamado terceiro estado se revoltou contra a minoria no poder constituída pela nobreza e pelo clero, dando origem à Revolução Francesa de 1789.

O período pós Revolução Francesa marca o nascimento do movimento do Constitucionalismo.

Esse movimento não tinha o objetivo de ofertar uma Constituição aos Estados. O objetivo do constitucionalismo era fornecer constituições escritas aos Estados.

Historicamente, pode-se observar que as primeiras constituições escritas foram as constituições dos EUA em 1787 e a francesa em 1789.

Outra consequência importante das revoluções liberais foi o surgimento do Estado de Direito, que pregava que tanto os governantes como os governados deviam obediência às leis.

No entanto, a idéia de Estado de Direito foi desvirtuada de seu sentido durante a Segunda Guerra Mundial, onde vários judeus foram mortos por Hitler com fundamento na lei alemã (Estado de Direito), pois o positivismo pregava total obediência às leis, ainda que tais leis fossem manifestamente contrárias aos ideais de moral e da noção de Estado de Direito.

A partir deste momento histórico, passou-se a diferenciar lei vigente de lei válida, pois, acima das leis há valores que devem ser respeitados e obedecidos.

Portanto, após a Segunda Guerra Mundial passou-se a falar em Estado Democrático de Direito, em que todos, inclusive os governantes, devem obediência às leis, desde que essas atendam aos valores igualdade, liberdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana,

valores estes atualmente consagrados na Constituição pátria. Desse modo, o poder do Estado passou a ser limitado, respeitando-se o Estado de Direito.

Atualmente, em virtude da forte influência dos Direitos Humanos nas Constituições vigentes no mundo, a doutrina moderna defende a existência de não só um Estado Social Democrático, mas também de um Estado Humanitário de Direito.

3- TUTELA DO DIREITO PENAL

A existência do direito penal é de extrema importância para um bom desenvolvimento da sociedade. A existência de penas pré-estabelecidas é fundamental para o controle da sociedade, evitando-se, assim, que as pessoas se desvirtuem do caminho traçado e objetivado pelas leis.

O objetivo principal do direito penal é justamente proteger aqueles valores tidos como mais importantes para o cotidiano de uma sociedade e nisso traduz-se o princípio da intervenção mínima que será tratado adiante. Deste modo, criam-se leis que levam o indivíduo a agir em conformidade com as regras predeterminadas pelo Estado.

Em resumo, o direito penal atua primeiramente de forma preventiva, fazendo com que o indivíduo evite se desvirtuar dos caminhos previamente determinados pelas leis por receio de ser punido por sua conduta que não se adequa ao determinado pela norma. Num segundo momento, havendo essa transgressão da lei, o direito penal atua de maneira repressiva, e faz com que o indivíduo não volte a delinquir, punindo-o, conforme os ditames legais.

Portanto, praticada uma infração penal, surge exclusivamente para o Estado o direito de punir, conhecido como *ius puniendi*. Contudo, esse direito não pode ser exercido a

qualquer custo, é preciso que se respeitem as garantias fundamentais pertencentes a todos cidadãos, mesmo aqueles que atuam de maneira contrária as regras impostas pelo Estado.

Assim, pode-se afirmar que o direito penal é uma forma de controle social, controle esse que não pode, todavia, ser ilimitado, devendo ser devidamente regulamentado, principalmente pelo fato de consistir uma forma de invasão do Estado no direito de liberdade de cada indivíduo.

Ademais, vale destacar que a correta aplicação da sanção penal é de interesse de toda a sociedade, tendo em vista que o direito penal tem por objetivo, precipuamente, manter o equilíbrio e a ordem social.

O Direito Penal, assim como os demais ramos do Direito, possui alguns princípios que o fundamentam e o embasam. Dentre eles, estão os princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

O princípio da intervenção mínima, que tem como destinatários principais o legislador e o intérprete do direito, consiste na recomendação de moderação no momento da escolha das condutas dignas de receber proteção penal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Assim, só estarão no âmbito de proteção do direito penal os bens e direitos que não puderem ser tutelados pelos demais ramos do direito.

Desta forma, busca-se evitar a penalização de qualquer bagatela. Tal princípio ampara o entendimento daqueles que pregam o direito penal mínimo. Do princípio da intervenção mínima, decorrem dois outros princípios anteriormente mencionados, quais sejam: princípio da fragmentariedade e princípio da subsidiariedade.

Primeiramente, o princípio da fragmentariedade, também conhecido como caráter fragmentário do direito penal, consiste no fato de que nem todos os ilícitos passíveis de serem praticados configuram infrações penais, mas tão somente aqueles que atentam contra valores fundamentais para a manutenção da sociedade e do ser humano.

Já no que tange ao princípio da subsidiariedade, pode-se afirmar que tal princípio consiste no fato de o direito penal constituir um ramo subsidiário, ou seja, tal ramo do direito só se preocupa com determinadas condutas que violem bens jurídicos relevantes para a vida

em sociedade, quando tais bens não puderem ser eficazmente protegidos pelos demais ramos do direito.

Além dos princípios citados, é sabido que o Direito Penal deve assegurar a todos os indivíduos garantias expressamente previstas pela Constituição da República, dentre as quais se destacam as garantias do contraditório, da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana, dentre outras.

4- CULPABILIDADE: DIREITO PENAL DO FATO E DIREITO PENAL DO AUTOR

No ordenamento jurídico pátrio adota-se como padrão para a imposição de pena ao delinquentes o direito penal do fato e não o direito penal do autor.

A culpabilidade sempre se refere a um determinado fato praticado, de modo a respeitar a autonomia da vontade do autor. No chamado direito penal do fato, a culpabilidade constitui um juízo de valor sobre a relação do agente delinquentes para com o fato praticado por ele, não importando a forma do referido agente conduzir sua vida, a sua personalidade, seus hábitos, suas preferências, dentre outros fatores.

É possível extrair do princípio da culpabilidade que o legislador brasileiro optou pelo direito penal do fato, não sendo possível, portanto, sancionar o caráter ou o modo de ser de determinada pessoa, pois o direito penal não se preocupa em julgar as pessoas, mas sim os seus atos.

No direito penal do fato, a culpabilidade é formada por uma relação entre o autor e o fato concretamente realizado, pouco importando a personalidade, ou a forma como o agente conduz a sua vida.

O direito penal do fato, como já diz a própria nomenclatura, consiste na aferição da necessidade da imposição de pena em razão do fato ou conduta praticada, no que se diferencia do direito penal do autor.

Para os defensores do direito penal do autor, a aplicação da pena é feita de acordo com a personalidade do agente criminoso, pouco importando o fato delitivo por ele praticado.

A culpabilidade é sempre referida a um fato determinado, respeitando-se a autonomia de vontade do autor. No Direito Penal do fato, a culpabilidade constitui um juízo sobre a relação do autor com o fato concretamente realizado, e não em função da forma de conduzir sua vida, da sua personalidade ou dos perigos que no futuro lhe esperam.

O Direito Penal deve partir do dogma do fato, de tal modo que não caiba a responsabilização de outros aspectos que não sejam condutas objetivamente perceptíveis.

Ainda que na prática existam várias disposições legisladas que se amoldam a uma concepção ligada ao Direito Penal do autor, como a reincidência, personalidade e antecedentes criminais, isso deve ser adotado com muita cautela, uma vez que o princípio da culpabilidade possui status constitucional, mesmo não se encontrando no rol dos princípios constitucionais expressos, de modo que seu maior desdobramento é a não recepção de uma culpabilidade que resulte em um direito penal do autor.

Portanto, segundo o direito penal do fato, não é possível tipificar ou sancionar o modo de ser, pois no âmbito do direito penal, não se deve julgar a pessoa, mas exclusivamente seus atos.

Contudo, a adoção pelo ordenamento jurídico pátrio do direito penal do fato é uma conquista recente, já que dados históricos revelam que a preferência foi sempre no sentido da adoção do direito penal do autor, estigmatizando o agente delinqüente como um agente perigoso.

Na Escola Positiva os fatores que determinavam a criminalidade eram analisados desde a perspectiva do sujeito. Os positivistas acreditavam ser possível comprovar que fatores que levam a um indivíduo delinqüir são psíquico-orgânicos, com o que reduziam o âmbito da criminalidade quase que totalmente ao patológico. Portanto, determinadas anomalias faziam

do tipo delinqüente um tipo patológico. Na Escola Positiva, o autor é considerado um ser inferior e degenerado, e o delito fruto do “estado de perigosidade” deste mesmo autor.

O que se deve reprovar não é o ato, mas a existência em si mesma. Para Brunoni (2007), a culpabilidade é substituída pela aferição do grau de determinação. O delito não passa de um sinal ou sintoma da personalidade pernicioso e perigoso do autor, fruto de sua má condução de vida. Em suma, o positivismo naturalista deu cobertura a uma política de defesa social que legitimou o Estado a afastar todas as garantias e direitos das pessoas que cometessem delitos e fossem consideradas agentes perigosos.

O chamado Direito Penal do autor, que se aproxima muito da idéia de Direito Penal do Inimigo, tem por principal finalidade detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Assim, segundo Brunoni (2007) não se puniria o “subtrair” coisa alheia móvel, mas o fato do agente “ser” ladrão; não se proíbe matar, mas “ser” assassino, dentre outros exemplos.

Com o Direito Penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. Não que seja desprezado o fato, mas este passa a funcionar como mero ponto de partida ou como pressuposto da aplicação da pena.

Com a inserção no ordenamento jurídico de direito penal do autor, afastando a aplicação ora vigente, do direito penal do fato, em regra, também se possibilita a criminalização da má vida ou estado perigoso, independentemente da ocorrência do delito. Tal criminalização se dá por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados como possíveis criminosos: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, dentre outros. Possibilita também a aplicação de penas em função de determinadas características do autor, como por exemplo o fato do autor ser criminoso reincidente, habitual, profissional.

Como tipos de autor se destacam o tipo normativo de autor e o tipo criminológico de autor. De acordo com a concepção do tipo normativo de autor, o fato somente se aplica ao tipo no caso de se ajustar à imagem ou modelo do autor: o que se faz é comparar o fato concreto com o modelo de conduta representado da ação que se espera de um típico autor do delito. É normativo, portanto, porque estabelece uma escala de valores da qual se utiliza como base para valorar os fatos realizados pelo autor. Diferentemente, na concepção do tipo

criminológico de autor, o que conta não é um juízo de valor, mas sim a constatação empírica de que a personalidade do autor assume as mesmas características do criminoso habitual.

O Direito Penal de autor, além de violar o princípio de legalidade revisto no art.5º II da Constituição, ao possibilitar que sejam censurados atos anteriores estranhos ao delito, macula o próprio valor da dignidade humana. O discurso do Direito Penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoa, uma vez que o criminalizado é considerado um ser inferior, seja moral, seja mecanicamente, devendo, pois, ser censurado ou neutralizado.

Por tais motivos e por se antecipar a condenação de determinadas pessoas consideradas perigosas pelo Estado, das quais são suprimidas garantias penais e processuais penais, grande parte da doutrina pátria, à exemplo de Gomes(2007), Greco(2008), dentre outros, refuta a aplicação do direito penal do autor, assim como o faz no que se refere ao direito penal do inimigo, como veremos a seguir.

A doutrina sustenta, inclusive, ser preciso mudar a visão do Direito Penal e situar o fato delituoso ao lado e por cima da pessoa do agente. Para tanto, faz-se necessário que se realize uma análise crítica da legislação infraconstitucional de maneira que sejam desconsideradas as manifestações de Direito penal de autor, principalmente quando da aferição da pena. Tampouco é possível a combinação do direito penal do fato com o direito penal de autor, a fim de se possibilitar a reprovação de ambos os aspectos.

5- BASES DA TEORIA

A grande base filosófica da teoria preconizada por Jakobs(2008) vem dos filósofos Rousseau (1978), Kant (1993), Hobbes (1984), dentre outros filósofos.

Rousseau (1978), por exemplo, afirma que qualquer malfeitor que ataque os direitos sociais deixa de ser membro do Estado, tendo em vista que se encontra em guerra com este. A

consequência é a seguinte: “Ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”.

Na mesma linha de pensamento, também é sustentado que quem abandona o contrato cidadão em um ponto, perde todos os direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.

Rousseau (1978) em o Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens, afirma que a maioria dos males da humanidade é obra nossa e poderiam ter sido evitados conservando a maneira de viver simples, uniforme e solitária que era prescrita pela natureza.

Hobbes(1984), em princípio, mantém o delinqüente como cidadão, com todos os direitos e garantias que lhe são inerentes. O cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status de cidadão. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, do que é considerado como alta traição. Entende que a natureza deste crime está no afastamento da submissão às regras da vida em sociedade, o que significa uma recaída no estado de natureza. E aqueles que incorrem em tal delito não devem ser castigados como súbditos, mas como inimigos.

Kant(1993) foi quem fez o uso do modelo contratual como idéia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado.

Na construção do citado filósofo, toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã.

Portanto de uma forma geral todos os filósofos praticamente entendem que o Direito Penal do Cidadão é o direito de todos, e o Direito Penal do Inimigo é daqueles que se comportam verdadeiramente como inimigos do Estado.

Essa coação pode ficar limitada em um duplo sentido, ou seja, em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, ou seja, restringir todos os direitos e garantias, devendo fazê-lo, tão somente, quando se mostrar necessário, principalmente em função da possibilidade de um acordo de paz entre o Estado e aquele até então considerado inimigo do Estado.

De qualquer forma, nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo só serve para coagi-lo e para coagir os demais que pensem em se comportar como ele.

O Direito penal do inimigo do cidadão mantém a vigência da norma, já o Direito Penal do Inimigo combate supostos perigos existentes, passíveis de serem praticados pelos “inimigos do Estado”.

6- SURGIMENTO E CRIAÇÃO DA TEORIA

Com o crescimento desenfreado da criminalidade no Brasil e nos demais países e em decorrência de alguns acontecimentos internacionais que tiveram repercussão mundial, como foi o caso do ataque terrorista em 11 de setembro de 2001 nas Torres Gêmeas/*World Trade Center*, em Nova York, puderam ser observadas novas políticas criminais, que deixam de lado princípios de garantia, que punem pela pessoa, e não pelo fato por ela cometido, aparecendo uma nova figura no direito penal, o inimigo ou o também chamado não-cidadão.

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi criada pelo alemão Jakobs(2008), o qual sustenta que há duas espécies de direito penal: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo.

O direito penal do cidadão é aplicado àquelas pessoas que delinqüem, mas que não chegam a apresentar um grande perigo para o Estado. O cidadão comete um deslize e se afasta momentaneamente da observância da lei. Nesses casos, o indivíduo que comete um delito deve ser respeitado e também lhe devem ser asseguradas todas as garantias processuais e penais.

Por outro lado, o direito penal do inimigo deve ser aplicado nos casos de pessoas que se afastam permanentemente do Direito. O inimigo representa uma grande ameaça ao próprio Estado, pondo em constante risco a paz social que é de interesse de todos.

O Direito Penal do Inimigo defende que aquele que se propõe a agir de maneira contrária à lei, acaba agindo de maneira contrária ao próprio Estado e, deste modo, deve ser encarado como um inimigo, tendo, como consequência, suprimidas algumas de suas garantias fundamentais. A pessoa que não se enquadra ao estado de cidadania também não faz jus aos direitos assegurados aos cidadãos e, portanto, são tratados de modo diferenciado pela Justiça.

De acordo com essa teoria, o inimigo não pode ser tratado como pessoa. Da mesma forma, não pode ser considerado como sujeito de direito, mas apenas como objeto de direito, já que o inimigo é tido como não-pessoa.

Molina (2008) e Gomes (2008) defendem que tem concorrido para o sistema protecionista apregoado também pelo direito penal do inimigo o fracasso que vem sendo observado no modelo repressivo clássico.

Filosoficamente, o Direito Penal do Inimigo encontra base nas lições de Rousseau (1978), que defende que o indivíduo que não obedece ao contrato social estabelecido entre o Estado e o povo, deve ser considerado à margem da sociedade, não podendo ser tratado como "súdito", mas sim como inimigo.

Já para Kant (1993), aquele que se recusa peremptoriamente a participar da vida comunitária, não pode ser tratado como pessoa, pois configura constante ameaça à paz social, devendo ser punido como inimigo do Estado, pois é assim que se comporta.

Vale destacar que o direito penal do inimigo segue a mesma linha do funcionalismo sistêmico de Jakobs (2008). De acordo com esse modelo, o direito penal teria a função precípua de proteger a norma, sendo que a proteção aos bens jurídicos só aconteceria de maneira indireta. Contudo, o grande problema do funcionalismo sistêmico é justamente a excessiva proteção dada à norma, o que poderia causar grandes injustiças, uma vez que a norma protegida pode ser inconstitucional.

O Direito Penal do Inimigo, que conforme afirmado anteriormente surgiu de uma constatação de Jakobs (2008), tratou-se de uma idéia que já era encontrada inclusive nos

pensamentos de Rousseau (1978) no seu contrato social que entendia que qualquer malfeitor que atacasse o direito social, deixaria de ser membro do Estado, estando desta forma em guerra com este, e, portanto deveria morrer como inimigo e não como cidadão.

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

Jakobs(2008) prega que existiriam sistemas sociais, onde ou a pessoa aceitaria as regras desse sistema ou iria contra essas regras, não se enquadrando a elas, tornando-se um não-cidadão, pois teria como inimigo o Estado, não teria para si o Direito Penal do Cidadão e sim o Direito Penal do Inimigo.

O estudioso inclui no direito do cidadão o criminoso comum, pois esse tem o dever de reparar o dano causado, não podendo despedir-se da sociedade por seu ato, a condenação desse criminoso revalidaria a norma penal, o delinqüente comum não tem como inimigo a Instituição Estado, não quer derrubar os poderes desse, só teria quebrado uma regra convencionada no sistema, não estando contra o sistema social, não se dirige contra a permanência do Estado, nem contra suas instituições.

Estariam, portanto, fora do sistema os terroristas, o crime organizado, os criminosos ambientais, os criminosos que praticam sonegação fiscal, dentre outros, que por sua ação põem em risco toda a nação, uma vez que praticam crimes contra o Estado. Seus agentes ativos devem ser tratados como inimigos, devendo ser punidos com medidas de segurança, considerado não o passado, mas o futuro, punindo não pelo fato, mas pela pessoa, pois o Estado estaria buscando segurança frente a estes indivíduos considerados extremamente perigosos.

Jakobs (2008) acredita que o cidadão tem direito de exigir do Estado adote medidas adequadas, isto é, os cidadãos têm o direito a exigir segurança de maneira que o fim da obediência à norma é a proteção.

O citado autor fundamenta a tese criada na antecipação da punição dos inimigos, na desproporcionalidade das penas e relativização ou supressão de determinadas garantias

processuais, bem como criação de leis mais severas para punir os criminosos considerados mais perigosos e teoricamente sem chance de ressocialização.

O referido doutrinador, criador da teoria ora em comento, se refere ao inimigo como alguém que não busca o ingresso no Estado, na vida em sociedade, de maneira que a ele não pode ser concedido o mesmo tratamento destinado ao cidadão que ocasionalmente infringiu a lei penal, a quem devem ser concedidas todas as garantias penais e processuais penais.

Portanto, a distinção que ora se faz entre o cidadão e o inimigo é essencial para que se possa entender as idéias pregadas por Jakobs (2008).

Inimigo é aquele que se afasta de forma permanente do Direito e não demonstra que vai seguir fiel à norma. Assim, o indivíduo que não aceita se encaixar nas normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, não pode ser tratado como pessoa, uma vez que não preenche as características daquelas que merecem a proteção penal e processual penal de um Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, o inimigo não pode ser considerado um sujeito processual, de maneira que as garantias processuais da ampla defesa, do contraditório, de constituir advogado pra apresentar defesa técnica não serão oportunizadas a ele. Contra o inimigo, não se destina um procedimento penal legal, mas sim um procedimento de guerra, posto que este não apresenta intenção de se integrar à sociedade, cumprindo os ditames impostos pela lei.

O Direito Penal do inimigo tem como característica se pautar pelo modelo de direito penal do autor, que se diferencia do direito penal do fato. Este defende que o indivíduo deve ser punido por aquilo que ele fez e de acordo com a sua culpabilidade. Aquele, todavia, defende que o indivíduo deve ser punido apenas pelo o que ele é, independentemente daquilo que ele fez.

Um grande exemplo de direito penal do autor ocorreu durante o nazismo de Hitler, quando muitas pessoas foram mortas apenas pelo fato de serem judeus e não por haverem transgredido as leis vigentes na época, o que foi amparado na época com a falsa percepção de obediência às leis e na idéia falsa de Estado de Direito. De acordo com a teoria em análise, o inimigo não pode ser punido com pena, mas sim com medida de segurança, uma vez que sobre o inimigo recai um juízo de periculosidade e não de culpabilidade.

Portanto, o que se analisa no Direito Penal do Inimigo é a possibilidade de um indivíduo vir a delinquir. Observa-se, portanto, apenas o futuro do inimigo, o que ele pode fazer, o perigo que ele causa à sociedade e não o seu passado, ou seja, o que ele fez efetivamente.

Jakobs (2008) defende que o objetivo do Direito Penal do Inimigo não é somente a garantia da vigência da norma, mas sim a eliminação de um perigo para o Estado. Assim, certo de que a teoria visa a eliminar um perigo, a punibilidade deve avançar no sentido de se punir também os atos preparatórios e até a cogitação de um crime.

7- VELOCIDADES DO DIREITO PENAL - RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A nomenclatura direito penal do inimigo também é conhecida como direito penal de terceira velocidade, nomenclatura adotada por Sanchez (2002) e que será estudada adiante, que significa a punição com base no autor e não no ato praticado.

Contudo, atualmente, essa denominação ganhou um maior destaque, devido à onda de criminalidade e terrorismo que assola o mundo. Desta maneira, determinados países começaram a adotar uma forma de punição bastante radical, na qual a maioria dos direitos humanos é restringida de modo absoluto, inclusive o direito à vida quando o autor do fato delituoso é considerado um inimigo do Estado.

De acordo com Jakobs (2008), o inimigo seria aquele criminoso que comete delitos econômicos, terroristas, crimes organizados, bem como delitos sexuais e outras infrações penais perigosas.

O direito penal do inimigo é na realidade uma forma de direito que serve para combater determinadas classes. Assim, a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida do indivíduo.

O chamado Direito Penal do inimigo é o Direito Penal que deve ser atribuído ao inimigo e não ao cidadão. Logo, o inimigo por não agir como cidadão não deve ser encarado sequer como ser humano, mas como mero indivíduo, pois se insere em categoria de inimigo da própria humanidade em si.

Esses inimigos potenciais da raça humana, entre eles os terroristas e os membros dos grandes cartéis organizados do crime, teriam contra si o peso das ações estatais na implementação de políticas criminais supranacionais, não gozando dos mesmos direitos de defesa pertencentes ao cidadão comum. Desta forma, garantias processuais menores ou mesmo ausência de qualquer garantia, antecipações de tutelas prisionais, penas exacerbadas, desprezo ao direito penal da culpa em prol do Direito Penal da periculosidade, dentre outras, estavam entre as linhas de implementação de suas medidas contra o “inimigo”.

O problema é que todas as vezes que o ser humano abre exceções em conquistas humanas e em seus ideais democráticos, possibilita que os entes de força tolham tais conquistas com o passar do tempo.

O estudioso Sanchez (2002) viu a possibilidade das práticas do Direito Penal do inimigo vazarem aos outros “Direitos Penais” como o Direito Penal econômico e o Direito Penal clássico.

Por tal motivo, o citado estudioso lançou, então, uma interessante terminologia para definir a forma em que o Direito Penal deveria manifestar-se em nossa sociedade pós-industrial.

Ele cria as chamadas velocidades do Direito Penal.

Para Sanchez (2002), há três velocidades de direito penal: o direito penal de primeira velocidade se utiliza de pena privativa de liberdade, mas sempre com a observância das

garantias processuais fundamentais; o direito penal de segunda velocidade se utiliza de uma mitigação das garantias processuais, mas com a adoção de medidas alternativas à prisão, e por último, o direito penal de terceira velocidade que se utiliza de pena privativa de liberdade e também de medidas que flexibilizam as garantias processuais fundamentais.

Nesse último caso, ou seja, no direito penal de terceira velocidade, é que se encontra uma afinidade com a teoria do Direito Penal do Inimigo preconizada por Jakobs (2008).

Assim, pode-se afirmar que as duas teorias possuem o mesmo fim, qual seja: dar um tratamento diferenciado aos indivíduos tidos como mais perigosos, suprimindo algumas de suas garantias fundamentais em benefício da sociedade.

Assim, para Sanchez (2002), uma primeira velocidade seria atribuída ao Direito Penal clássico, naqueles casos em que há determinação de penas de prisão (pena privativa de liberdade). Essa velocidade ocorreria com o atendimento de todas as garantias inerentes à salvaguarda dos direitos de defesa do cidadão, dentre as quais podem ser citadas a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Uma segunda velocidade seria atribuída à grande maioria dos crimes econômicos, resultando em maior alcance da tutela estatal, flexibilizando garantias tais como: responsabilização objetiva e coletiva de dirigentes, responsabilidade penal da pessoa jurídica, a fim de que a persecução penal atinja o mais rápido possível e com maior velocidade os poderosos grupos econômicos que são cada vez mais intocáveis em sua forma multinacional de atuação. Nestes crimes não haveria cominação de penas de prisão, mas penas restritivas de direitos e multas, o que o tornaria mais próximo do direito administrativo.

O referido estudioso entende que assim a exigência social por punição dos entes econômicos e coletivos, dando-se de forma rápida e eficaz, traria maior paz social e sensação de satisfação da coletividade diante da eficácia estatal na punição dos delitos praticados pelos poderosos grupos, fechando o círculo do que se pretende dentro da política criminal: efetiva punição e conseqüente redução dos índices de criminalidade dentro do processo de controle social.

Já no que tange a chamada terceira velocidade, vale afirmar que seria reservada ao Direito Penal do inimigo, não desprezando a figura criada por Jakobs, mas vendo-a como algo

real, presente em nossa sociedade pós-industrial, em momento de clamor mundial por segurança e bem estar social.

Em síntese, assim se dividem as três velocidades do direito penal pregadas por Sanchez (2002):

I) 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 fundamenta em garantias individuais inafastáveis.

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

No Brasil, o Direito Penal na segunda velocidade começou a ser introduzido com a Reforma Penal de 1984, consolidando-se com a edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099, de 1995 e Lei 10259/01).

III) Direito Penal de terceira velocidade: refere-se a uma mistura entre as características acima, vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade, assim 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.

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 progressão de regime e a Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034, de 1995), dentre outras.

A idéia de Sanchez (2002) consiste em tentar afastar o Direito Penal clássico das investidas do Direito Penal do inimigo, pois observa o cruel e perigoso poder das exceções, não obstante o clamor público seja no sentido de se tratar o criminoso como inimigo do Estado.

8 - CARACTERÍSTICAS

Na Teoria pura do Direito Penal do Inimigo, o inimigo é considerado uma coisa e é anulado, não sendo considerado mais um cidadão e nem mesmo um sujeito processual. Contra ele não se justifica um procedimento penal legal, mas sim um “procedimento de guerra”.

Quem não oferece segurança suficiente de um comportamento pessoal não deve ser tratado como pessoa, pois se assim fosse, o Estado vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. O inimigo do Estado deverá, portanto, ser punido observando o perigo e a ameaça que este representa no futuro, como forma de medida preventiva, e prospectiva (para o futuro).

No Brasil, o Regime Disciplinar Diferenciado, previsto na Lei de Execuções Penais, Lei nº7210/84, é um reflexo significativo do Direito Penal do Inimigo, sendo considerado por grande parte da doutrina como sendo norma inconstitucional.

Bitencourt (2009) sustenta que o RDD constitui verdadeira sanção criminal, promove a destruição moral, física e psicológica do preso, que, submetido a isolamento prolongado, pode apresentar distúrbios afetivos profundos e irreversíveis.

Para o citado autor, o regime disciplinar diferenciado viola o objeto ressocializador do sentenciado, vigente na sociedade contemporânea desde o Iluminismo, da mesma maneira que viola o Princípio da Humanidade da Pena.

Trata-se, portanto, tal situação específica da punição não pelo fato criminoso, regra do nosso ordenamento jurídico, mas pela análise do autor acerca de seu grau de periculosidade, aplicando um direito penal prospectivo.

Portanto, a característica principal do Direito Penal do Inimigo, consiste em separar os criminosos em dois grupos: Aos cidadãos, são aplicadas todas as garantias penais e

processuais penais asseguradas pela Constituição e pelas leis que são inerentes ao seu “estado de cidadão”. Por outro lado, aos inimigos, que são entendidos como aqueles que rompem com o “contrato social, ou seja, mostram total falta de submissão às normas estipuladas pelo Estado, as garantias conferidas aos cidadãos devem ser diminuídas ou até mesmo completamente suprimidas, pois não merecem nenhuma proteção do Estado.

9 - CRÍTICAS

Muitas são as críticas acerca desta Teoria, se remetendo a um Direito Penal nazista, que não se adequa com o Estado Democrático de Direito. Os críticos desta Teoria também se referem a não observância dos princípios e garantias penais.

Alguns doutrinadores, à exemplo de Gomes(2007) e Greco (2008) rejeitam a Teoria do Direito Penal do Inimigo por inúmeros motivos, dentre os quais podemos destacar alguns que seguem abaixo.

O Direito Penal do Inimigo ofende a Constituição, pois essa não admite que alguém seja tratado pelo Direito como mero objeto de coação, despido de sua condição de pessoa ou de sujeito de direitos.

O modelo decorrente do Direito Penal do Inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade.

O fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do Inimigo não significa que ele possa existir conceitualmente, como uma categoria válida dentro de um sistema jurídico.

Os chamados "inimigos" não possuem a "especial periculosidade" apregoada pelos defensores do Direito Penal do Inimigo, no sentido de praticarem atos que põe em sob ameaça a existência do Estado. O risco que esses os chamados inimigos produzem se dá mais no plano simbólico do que no real.

A melhor forma de reagir contra o inimigo é confirmar a vigência do ordenamento jurídico, confirmando a vigência da norma. Portanto, é válido demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa e não como objeto de direito.

É válido lembrar que, como consequência da adoção da teoria ora em análise, é admitida a flexibilização de princípios, como da legalidade, da presunção de inocência e da lesividade, contraditório, ampla defesa, devido processo legal e também como consequência lógica da sua adoção, pode vir a ocorrer o aumento desproporcional das penas, o abuso de medidas cautelares, dentre outras situações contrárias ao Estado Democrático de Direito.

Em suma, pode-se afirmar que o intuito principal da teoria do Direito Penal do Inimigo é atuar de maneira preventiva contra aquelas pessoas que demonstram, de maneira inequívoca, que se afastaram do Direito e que não mais aderem ao contrato social.

Tais pessoas, por configurarem uma ameaça para o Estado, devem ser submetidas a um tratamento diferenciado, com a finalidade de preservar o equilíbrio e a paz social por ora ameaçada.

Como já foi dito anteriormente, um Estado Democrático de Direito se caracteriza principalmente pelo fato de, tanto os governados como os governantes, se submeterem às leis.

Cabe ao Estado a função de aplicar as leis, disciplinando as relações em sociedade, contudo, o direito de punir do Estado encontra limites nos direitos fundamentais dos cidadãos. Desse modo, grande parte da doutrina, dentre os quais podem ser citados os estudiosos Luiz Flávio Gomes, Eugenio Raul Zaffaroni, Rogério Greco, dentre outros critica severamente a teoria do Direito Penal do Inimigo. Segundo esse entendimento, a teoria adrede mencionada conflita com os princípios constitucionais estabelecidos na Constituição da República.

Tais autores sustentam que em um Estado Democrático de Direito não se pode vislumbrar a possibilidade de um indivíduo ser tratado como um objeto de direito e não como um sujeito de direito. Da mesma forma, tratar um criminoso como inimigo, suprimindo-lhe garantias como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, é totalmente inconstitucional.

Do mesmo modo, os direitos fundamentais consistem em uma conquista da humanidade, que deve ser protegida, promovida e até melhorada pelo Estado. Assim, seria um retrocesso a limitação de direitos fundamentais simplesmente com o objetivo de punir mais facilmente aqueles que violarem as leis. Agindo dessa forma, cria-se um verdadeiro estado de guerra que é incompatível com o vigente Estado de Direito, conquistado ao longo de muitos anos.

Vale lembrar que a função do direito penal não é punir, mas sim buscar o equilíbrio social através da justiça. O legítimo direito penal deve existir para tutelar e preservar os bens jurídicos mais importantes, e não para servir de instrumento de guerra. A partir do momento em que o Estado trata alguns criminosos como inimigos, passa a agir como verdadeiro terrorista, inclusive igualando-se àqueles que deseja “combater”.

Outra crítica que é feita pelos autores supramencionados ao Direito Penal do Inimigo é pelo fato de adotar a teoria do direito penal do autor. Conforme já exposto neste trabalho, o direito penal do autor pune o indivíduo pelo o que ele é, e não pelo o que ele fez. Cria-se, assim, um direito penal discriminatório, racista e preconceituoso, uma vez que passa a tratar um cidadão possuidor de direitos como mero objeto e não como pessoa.

Ademais, o direito penal do autor atua de maneira tão repressiva que acaba punindo o agente pela simples cogitação do crime, ou seja, pune-se o mero pensamento. Assim, o direito penal passa a controlar, inclusive, tudo que se passa na cabeça das pessoas, o que fere vários princípios penais, como o da lesividade, da ofensividade e da materialização do fato, inclusive acabando com a necessidade de se observar o fracionamento dos momentos do crime, uma vez que a mera cogitação e atos preparatórios seriam punidos, ainda que o crime não tivesse sequer sido tentado.

A teoria ora em estudo faz com que ocorram excessos por parte do Estado, levando-se a uma necessidade de punição exacerbada, o que acaba por destruir o princípio constitucional

da razoabilidade, dentre outros princípios já comentados anteriormente (fragmentariedade, subsidiariedade, intervenção mínima, lesividade, etc.) colocando-se em risco o Estado de Direito.

Portanto, na visão dos autores citados, o Direito Penal do Inimigo é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, configurando-se como um verdadeiro retrocesso para a sociedade, uma vez que o *ius puniendi* do Estado não pode ser exercido de forma discricionária, encontrando seus limites nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, preservando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana presente expressamente no art. 1º, inciso III da Magna Carta.

Por fim, ressaltam que o Direito Penal do Inimigo, ao retroceder excessivamente na punição de determinados comportamentos, contraria um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do direito penal do fato, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos ou atitudes internas do autor.

10- PONTOS POSITIVOS

Apesar das severas críticas feitas pela doutrina em geral, também é possível observar alguns pontos positivos na teoria do Direito Penal do Inimigo. Dessa forma, a aplicação moderada dessa teoria poderia se compatibilizar com um Estado de Direito.

Atualmente, a criminalidade tem se desenvolvido de maneira impressionante, atingindo um nível de organização jamais visto. Diante desse fato, é indispensável que o Estado e as leis também evoluam, possibilitando uma eficaz repressão ao crime, já que tem sido observado que as leis atuais não atendem mais as necessidades existentes de repressão.

Na tentativa de se reprimir de forma mais severa a criminalidade, já se pode encontrar no ordenamento jurídico brasileiro alguns exemplos da teoria em debate.

As normas que poderiam ser denominadas de leis de terceira velocidade do direito penal acabam limitando algumas garantias do delinqüente e possibilitando uma maior eficiência na aplicação da lei penal. São exemplos de leis nesse sentido: lei do abate de aviões (Lei 9614/98), lei de crimes hediondos (Lei 8072/90), lei contra as organizações criminosas (Lei 9034/95) e também o instituto do regime disciplinar diferenciado (RDD) instituído pela Lei 10792/03 e previsto na lei de execução penal (Lei nº 7210/84).

A visão de alguns autores favoráveis à teoria em análise é de que são válidas as iniciativas do legislador no sentido de fornecer à Justiça instrumentos mais eficientes no combate ao crime. Para esses autores, não se pode deixar o Estado com as mãos amarradas frente aos criminosos simplesmente para garantir os direitos humanos desses, quando os direitos humanos das vítimas não foram protegidos.

Assim, certo de que nenhum direito é absoluto, também é preciso que se flexibilizem algumas garantias daqueles criminosos que oferecem um maior perigo para a sociedade. A experiência comprova que alguns criminosos não podem mais ser regenerados ou ressocializados, afastando-se de maneira permanente do Direito e violando de maneira drástica o contrato social.

Para essas pessoas que não mais aceitam conviver em sociedade e que não fazem a menor questão de respeitar as normas estabelecidas em um Estado de Direito, deve-se aplicar um direito penal diferenciado. Assim, cada criminoso deve ser reprimido de acordo com a sua condição, pois é impossível reprimir organizações criminosas altamente qualificadas sem que se faça uso de medidas extraordinárias. Desta forma, a atuação da justiça deve se adequar a atuação dos criminosos.

Vale observar que tal entendimento encontra amparo na própria Constituição através dos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Ora, tratar um indivíduo que oferece grande perigo ao Estado de maneira diferenciada, nada mais é do que tratar desigualmente os desiguais. Desse modo, é essencial que o Estado se valha de instrumentos como a infiltração de agentes em organizações criminosas e de interceptações telefônicas sempre que as circunstâncias exigirem.

Ao agir dessa forma o Estado estará atuando de modo proporcional, mitigando alguns direitos daqueles que se afastam de modo permanente do Direito, em favor daqueles que se comportam de acordo com a lei.

O que não se pode admitir é que se coloque em risco a paz social e até a segurança daqueles que têm a função de garantir a segurança da comunidade simplesmente com a desculpa de se proteger os direitos humanos dos delinqüentes.

Diante do exposto, deve-se analisar com relativa cautela a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Não se pode negar que os direitos fundamentais são essenciais para o desenvolvimento da sociedade e que, portanto, devem ser observados e respeitados. Todavia, esses direitos não são absolutos, podendo ser relativizados de acordo com o caso concreto através do princípio da proporcionalidade ou ponderação de interesses.

Assim, conclui-se, pois, que o Direito Penal do Inimigo possui aspectos positivos que o compatibilizam com um Estado Democrático de Direito. É preciso que a Justiça se adeque à criminalidade existente na atualidade, tratando alguns criminosos com uma maior rigidez, protegendo-se, assim, aqueles que atuam conforme o Direito e que não romperam com o contrato social.

Ao agir dessa maneira, estar-se-á se efetivando o princípio da igualdade previsto na Constituição da República, fazendo-se também a verdadeira justiça e garantindo a paz social que é constantemente ameaçada pela criminalidade cada vez mais organizada.

11- APLICABILIDADE NO BRASIL

O Direito Penal do Inimigo é muito criticado pela doutrina e, por se tratar de tema extremamente novo, ainda não há notícia de sua aplicação, em sentido estrito, na jurisprudência. No entanto, vale ressaltar que, apesar da maior parte da doutrina afastar a aplicação da referida teoria por entendê-la violadora de princípios e normas constitucionais, sabe-se que cresce a cada dia o movimento de pessoas leigas e até de estudiosos que simpatizam com a aplicação da teoria ora em comento.

Ademais, cabe ressaltar que não obstante a falta de aplicabilidade plena da teoria em foco, de uma maneira mais branda do que a teoria prevê, pode se perceber alguns reflexos do direito penal do inimigo no Brasil como, por exemplo, o Regime Disciplinar Diferenciado

instituído pela Lei n. 10.792, de 31 de Dezembro de 2003, como já foi mencionado anteriormente. Também como reflexo, apresentam-se a possibilidade de infiltração policial, e também o flagrante, que é controlado e regulamentado pela Lei nº 9.034/95, lei que combate as Organizações Criminosas.

12 – CONCLUSÃO

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria que prevê punições mais severas e uma tutela jurisdicional penal mais célere ao indivíduo, que segundo a teoria após passar por alguns estágios de criminalidade, se torna inimigo do Estado.

Como já fora afirmado ao longo deste trabalho, a teoria prevê a separação dos criminosos em duas categorias. Uma primeira categoria abrangeria aqueles que continuariam a gozar do status de cidadão. No entanto, uma segunda categoria abrangeria aqueles que fossem enquadrados como de inimigos do Estado, de maneira que caberia a esses um tratamento rígido e diferenciado.

Os inimigos perderiam os direitos e as garantias previstas em lei, e sofreriam uma punição mais rápida e rígida. Como exemplo de quem seria considerado inimigo, pode-se citar os terroristas, grupo que cresce a cada dia em todo o mundo, e está se tornando cada vez mais comum na atualidade.

Como já fora detalhado anteriormente, alguns doutrinadores brasileiros criticam a teoria, alegando dentre inúmeros motivos a falta de observância aos Direitos Humanos.

Assim, no Brasil essa teoria não poderia ser aplicada em razão do art 5º da Constituição Federal, que dispõe que todos são iguais perante a lei sem qualquer diferenciação. Logo, não se poderia fazer a diferenciação proposta pela referida teoria entre

inimigo ou cidadão. Apesar da forte objeção à teoria em comento, essa tem seus reflexos inseridos no ordenamento jurídico e pode ser citado como exemplo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Portanto, pode-se concluir que existem dois fortes entendimentos doutrinários.

Um primeiro, majoritário e contrário à teoria, que alega como motivo principal a falta de observâncias aos Direitos Humanos e o conflito com o art 5º, da Constituição Federal.

Por outro lado, o entendimento minoritário, com conteúdo favorável à teoria desenvolvida por Jakobs, concordando que para se instaurar a ordem social, em alguns casos específicos, deve aplicar-se um tratamento diferenciado a indivíduos criminosos. Para os defensores da citada teoria, o que se deve, portanto, é aplicar com cautela a Teoria do Direito Penal do Inimigo, na tentativa de proteger a sociedade daqueles criminosos que cometem o delito não por causa de uma deficiência decorrente dos distúrbios sociais, mas pela necessidade de se tornar efetiva a simples e pura essência do ato.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V.1. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2009

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. V. 1. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2008

GOMES, Luiz Flávio Gomes; MOLINA, Antonio García Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais*. V. 1. São Paulo: RT. 2007

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V. 1. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2008.

GUNTHER, Jakobs. *Direito Penal do Inimigo*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural. 1984

KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1993.

MARTIN, Luis Gracia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. V. 10. São Paulo: RT. 2007.

MOLINA, Antonio García Pablos de e Gomes, Luiz Flávio. *Criminologia*. . V.5. 6 ed. São Paulo: RT. 2008

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: RT. 2002