



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito Penal do Inimigo e seus Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Paloma Bispo dos Santos

Rio de Janeiro
2009

PALOMA BISPO DOS SANTOS

O Direito Penal do Inimigo e seus Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola de 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

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paloma Bispo dos Santos

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado
de Capitais (IBMEC). Advogada e Juíza Leiga.

Resumo: o presente artigo traz abordagem acerca da polêmica Teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada na década de 1980, porém disseminada sobretudo a partir do século XV, apresentada como solução à crescente onda de criminalidade que assola as grandes cidades do mundo, apresentando seus fundamentos ideológicos e seus desdobramentos no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Inimigo; Bem Jurídico Penal; Culpabilidade; Garantias Processuais; Direito Penal.

Sumário: Introdução. 1 - O Bem Jurídico Penal. 2 - Direito Penal do Fato. 3 - Direito Penal do Autor. 4 - O Autor do Crime e o Contrato Social. 5 - Velocidades do Direito Penal e a Teoria dos Sistemas Sociais. 6 - O Direito Penal do Inimigo. 7 - O Direito Penal do Inimigo e o Ordenamento Jurídico Pátrio. 8 - Críticas ao Direito Penal do Inimigo. 9 - Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Santa Inquisição foi criada na Idade Média com o intuito de processar e julgar os indivíduos considerados como ameaçadores ao Direito Canônico. Permitia-se à época que os suspeitos fossem perseguidos e condenados às mais variadas penas, inclusive à prisão perpétua e à morte na fogueira diante de expectadores.

As idéias hoje propagadas pela Teoria do Direito Penal do Inimigo representam algo já historicamente bastante conhecido e suscitam inquietações, já que, em síntese simplista, defendem a possibilidade de punição determinada pessoa com base em sua grande periculosidade, pelo perigo que representada ao Estado.

Neste contexto, torna-se necessário distinguir o cidadão, indivíduo que pode eventualmente infringir uma norma vigente, sem colocar em risco o Estado e o inimigo, sujeito permanentemente perigoso, o qual representa um mal para o Estado, sendo ele desconsiderado inclusive como pessoa.

Atualmente, em muitos ordenamentos jurídicos, inclusive em Estados Democráticos, observa-se a adoção de institutos típicos do Direito Penal do inimigo, com vistas a incrementar a eficácia do Estado no combate à criminalidade crescente.

O Direito Penal do Inimigo ganha cada vez mais espaço nas sociedades contemporâneas, principalmente por meio dos veículos de comunicação, que, em alguns casos, chegam ao extremo de tratar um suspeito ou acusado como inimigo da sociedade, pressionando o Estado à adoção de medidas mais severas, por vezes drásticas para diminuir os índices de violência.

Assim sendo, torna-se imperioso realizar uma aferição da influência da Teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa a ser realizada visa, portanto, a analisar expansão do Direito Penal do Inimigo na sociedade brasileira. Parte do pressuposto de que é crescente a utilização do Direito Penal como válvula de escape para os problemas sociais, bem como visa a uma análise crítica dos argumentos defendidos pela teoria.

Em que pese a existência de diversas críticas contra a teoria defendida por JAKOBS (2008), vale ressaltar que ela traz a lume problemáticas atuais, discussões essas que serão levadas a efeito no artigo que se segue.

Por fim, buscou-se, com o presente trabalho, analisar a aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo em Estados Democráticos, que se baseiam sobretudo em princípios obtidos após lutas históricas, como a dignidade humana e o devido processo legal.

1 – O BEM JURÍDICO PENAL

O Direito é um fenômeno dinâmico, aberto às transformações que a sociedade sofre. Do mesmo modo, igualmente não é estático o conceito de bem jurídico, mas sim mutável, de modo a acompanhar a evolução do homem, da sociedade e do Estado.

A Teoria do Delito tradicionalmente associou a idéia de bem jurídico penal aos bens e/ou interesses cuja maior proteção se mostrava imperiosa, tendo em vista a possibilidade de outros ramos do Direito, em algum momento, se mostrarem incompetentes para garantir sua segurança. O bem jurídico penalmente tutelado seria, pois, a relação de disponibilidade existente entre um indivíduo e um objeto, relação essa protegida pelo Estado, mediante a tipificação penal de condutas que visem, de algum modo, a atingi-la.

Para ser merecedor de tutela pelo Direito Penal, o bem jurídico deve ser fundamental no meio social, de modo que uma lesão a ele possa afetar direta ou indiretamente a vida do homem e o próprio funcionamento da sociedade. Torna-se necessária a existência um valor a ser defendido, visando a evitar a criação de tipos penais artificiais, de forma que o bem jurídico se revela de importância vital para delimitação do atura estatal.

BINDING, *apud* GRECO (2007), formulou que o conceito de bem jurídico penal depende do juízo de valor estabelecido pelo legislador, que elegerá a atuação protetiva do direito penal sobre determinado bem ou interesse.

VON LISZT, *apud* GRECO (2007) defende existir uma situação pré-jurídica, na qual é possível observar a relevância do bem ou do interesse na sociedade, o que garante que a função do direito penal advém da necessidade em garantir a manutenção da ordem jurídica e da segurança da sociedade. A formulação defendida por VON LISZT, pela qual se verifica que o Direito Penal se ocupa com a proteção de determinados valores em caráter especialíssimo, como medida extrema, já que invocado apenas quando outros meios se mostrem insuficientes, demonstra o caráter subsidiário da pena.

O sistema funcional idealizado por JAKOBS (2008) rompeu radicalmente com a moldura tradicional concebida para o conceito de bem jurídico penal, ao trazer um novo delineamento, o que causa a desagregação de sua associação a valores culturalmente cultivados em determinada comunidade para transferi-la à própria norma penal, que, segundo o autor, deveria ser o único objeto de proteção do Direito Penal. A pena, desse modo, se limita à função de confirmadora do Direito vigente ou, de modo mais específico, da norma

penal violada, sendo incapaz de lidar com os problemas sociais e com a necessidade de isonomia material entre as pessoas.

JAKOBS (2008) determina como pressuposto de seu sistema a existência de um Estado Democrático de Direito, segundo o qual a sociedade possui o mínimo de convergência valorativa, *i.e.*, uma identidade acerca das necessidades sociais. A partir desta unidade social criou seu funcionalismo sistêmico, segundo o qual seu ordenamento jurídico deve ser aferido a partir de sua configuração concreta.

Torna-se imperioso observar que este sistema evita se submeter a análises subjetivas sobre o comportamento humano, pois, colocando-se face a um Estado Democrático, pressupõe a legitimidade das normas vigentes, sobretudo em razão da compreensão e aceitação geral.

A partir do sentimento social lastreado na necessidade de observância de tais normas, nascem no seio social as expectativas de condutas. Toda conduta que vá de encontro à normatização penal se mostra, sob última análise, uma traição à expectativa socialmente criada, sendo necessário que se inflija uma pena para demonstrar a manutenção da validade e da força da norma.

O funcionalismo sistêmico, portanto, elege como prioridade a reciprocidade entre os membros da sociedade, em detrimento da análise individual de cada membro, o que revela uma verdadeira perda de humanidade do Direito Penal, que passa a buscar atingir um maior nível de objetivismo. Este se desvencilha das tradicionais aferições acerca do comportamento da vítima, das circunstâncias pessoais do agente e das conseqüências danosas do fato, uma vez que se afasta da proteção aos valores de maior relevância social, e passa a se ater apenas à proteção da validade da norma penal.

2 – DIREITO PENAL DO FATO

ROXIN, *apud* GRECO (2007), assegura que um ordenamento jurídico típico de um Estado de Direito deve se utilizar da aplicação do Direito Penal do Fato, segundo o qual a análise da culpabilidade recai sobre a relação do autor com a conduta concretamente praticada, e não sobre a personalidade do agente ou sua periculosidade.

A opção pelo Direito Penal do Fato implicará em ater a culpabilidade apenas ao juízo de reprovabilidade feita sobre a conduta típica e antijurídica realizada pelo agente, de modo que se atribui apenas o desvalor do injusto penal ao seu autor.

Essa teoria fundamenta-se sobretudo no princípio da culpabilidade, cujo pilar sustentador é a dignidade da pessoa humana, que se desdobra em três prismas fundamentais os quais faz-se necessária uma breve análise:

a) *elemento integrante do conceito analítico de crime*: o conceito analítico ou estratificado de crime, segundo TAVARES, *apud* MORAES (2007), consiste em uma conduta típica, ilícita e culpável. Observado que a conduta do agente é típica e ilícita, i.e., injusta, passa-se à aferição da reprovabilidade do ato, por meio da análise de sua culpabilidade.

ROXIN, *apud* GRECO (2008), sustenta que a qualificação como injusto expressa que o fato realizado pelo autor é desaprovado pelo direito, mas não o autoriza a concluir que aquele deva responder pessoalmente por isso, pois que esta questão deve ser decidida em um terceiro nível de valoração: o da culpabilidade.

A análise da culpabilidade do agente dependerá de perquirição acerca da possibilidade do conhecimento do injusto, da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa da praticada.

b) *critério regulador da pena*: após assegurado que a conduta do agente é típica, ilícita e culpável, certo é que lhe deverá ser aplicada uma sanção. Caberá ao julgador, no processo de individualização e dosagem da pena a ser imposta, ponderar o grau de reprovabilidade da conduta realizada pelo agente.

No Direito Penal Brasileiro, impõe-se ao juiz que percorra o método trifásico instituído pelo artigo 68 do Código Penal. Tal dispositivo determina a análise pormenorizada das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do mesmo diploma, que prevê a culpabilidade.

c) *princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva*: para que haja a prática de um ato criminoso, seja comissivo ou omissivo, imperioso é que a conduta tenha sido praticada dolosa ou culposamente, caso contrário não se admite que houve ao menos conduta.

Assim, conforme o Direito Penal do Fato, a culpabilidade determinará um juízo sobre a relação do autor com o fato que praticou, e não sobre o estilo de vida que optou — sua personalidade — ou do perigo que possa representar à sociedade.

3 – DIREITO PENAL DO AUTOR

A Teoria do Direito Penal do Autor parte de um amplo adiantamento da punibilidade: ao ordenamento jurídico-penal cabe antever o fato futuro, ou seja, a conduta criminosa a ser cometida, no lugar da limitação à observância do fato ocorrido no passado.

O delito é observado como sintoma de uma personalidade perniciosa do indivíduo, fruto de sua má condução de vida. Com base nessa premissa, é possível, inclusive, defender o castigo de um indivíduo antes mesmo da prática de um delito, pois o que é verdadeiramente analisado é o modo de vida, como sintoma de sua personalidade voltada ao crime.

A pena se associa de modo imediato à periculosidade do indivíduo, e não à reprovabilidade de sua conduta, o que permite concluir que a sanção se justifica na necessidade de extirpar um “mal social”.

BRUNONI (2007) sustenta com maestria que a tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas ser ladrão; não se proíbe matar, mas ser homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal.

A partir desta fundamentação, torna-se automática a criminalização da simples má opção de vida ou semblante de periculosidade, selecionando-se indivíduos socialmente estereotipados, como prostitutas, dependentes tóxicos e ébrios, já que se trata de censura na conduta de vida ou no caráter do sujeito, e não no fato concretamente realizado, que se encontra no pretérito.

Verifica-se a utilização do Direito Penal do Autor com vistas a legitimar os movimentos nazista e fascista, e mesmo na atual “guerra contra o terror” estadunidense, uma vez que os problemas de segurança nacional são atribuídos sobretudo a membros de determinados grupos raciais, religiosos e étnicos, denotando seu caráter preconceituoso.

Conforme leciona ZAFFARONI (2007), consiste na antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios) e na desproporção das conseqüências jurídicas (penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida).

É a partir destes contornos da Teoria do Direito Penal do Autor que Jakobs delinea sua Teoria do Direito Penal do Inimigo, conforme será observado.

4 – O AUTOR DO CRIME E O CONTRATO SOCIAL

A idéia de um Direito Penal que se divide em dois, um aplicado a criminosos eventuais e outro àqueles que são potencialmente tendentes à atividade criminosa, perdendo seu status de cidadãos e considerados, portanto, inimigos da coletividade, remonta à idéia de contrato social preconizada por Hobbes, Kant e Rousseau.

O “Leviatã” de HOBBS apregoava que o homem, em estado de natureza, vivia em situação permanente de beligerância, num estado de guerra entre todos e todos. Daí a necessidade de se agregar socialmente e de garantir a sobrevivência do grupo através de regras de convivência.

Ao Estado cabe a obrigação de evitar a luta entre os indivíduos; aquele indivíduo que contrariasse as regras era considerado traidor e desconsiderado da sociedade, pois sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a coesão social antes assumida como necessária à sobrevivência.

O escrito “Para Paz Perpétua”, de KANT, defende a utilização de um procedimento diferenciado ao homem que não aceita se submeter às regras. O filósofo acreditava que existe uma predisposição à maldade em todas as pessoas e o estado de natureza, independente das leis exteriores, é o de guerra permanente. Aquele que oferece ameaça constante, que não se submete à civilidade, logo, não pode ser tratado como pessoa.

BOBBIO (2002) descreve com autoridade o pensamento kantiano quando afirma que a guerra justa é somente a que um Estado empreende para se defender de um inimigo injusto, cuja vontade manifesta trai uma máxima que impossibilitaria qualquer estado de paz entre os povos e perpetuaria o estado de natureza.

A Teoria do Contrato Social, preconizada por Rousseau, entende o crime como uma violação ao contrato social e o autor do fato como alguém que, em razão de sua opção, fica impossibilitado de participar dos benefícios advindos daquele contrato, uma vez que abdica uma relação jurídica assegurada pela vontade geral. Nesse sentido, todo aquele que ataca o direito socialmente legitimado não faz jus a ser membro do Estado, se colocando em posição de ataque a este.

Com a conduta delituosa do indivíduo, a Teoria do Contrato Social defende a formação de uma dicotomia radical entre o cidadão, sujeito de direitos, e o inimigo, aquele que praticou o injusto. Este, ao infringir o contrato social com a prática de um ato ilícito, se posiciona em guerra contra o Estado, devendo padecer como inimigo.

De uma forma geral, todos os filósofos citados sustentam que frente ao inimigo, a melhor alternativa é utilizar coação física, mesmo que se possa chegar às vias da guerra.

Esta coação pode ficar limitada, de acordo com o interesse do Estado, mormente para não impedir um posterior acordo de paz.

5 – VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

O tema acerca das "velocidades" do Direito Penal foi concebido por SANCHEZ (2002), que o divide em três, utilizando-se como critério a possibilidade de manutenção de garantias qualificadas em caso de cominação com penas privativas de liberdade. O ponto de partida se encontra nas variações ocorridas a partir do modelo clássico, inspirados nos ideais iluministas.

Certo é, conforme apontado, que o Direito Penal atualmente tem se afastado do idealizado à época do Iluminismo, quando seu fim precípua era a proteção dos cidadãos em face da tirania do Estado e sua maior característica foi a adoção à pena privativa de liberdade e à defesa às garantias individuais, momento denominado doutrinariamente como “Direito Penal de Primeira Velocidade”, típico de um modelo de Estado liberal-clássico.

Com o decorrer do tempo, aumentou a força dos pensadores que apregoam o fim da pena privativa de liberdade, com sua substituição por penas alternativas, sobretudo as pecuniárias e restritivas de direitos, sob o fundamento de que a criminalidade crescente e, conseqüentemente, a criação de novos tipos penais, apenas levariam o Estado ao caos, chegando a um ponto de inviabilidade econômica e política. No que se denominou “Direito Penal de Segunda Velocidade” ocorre, portanto, que devem as garantias ser relativizadas, mas em contrapartida, devem ser aplicadas penas mais brandas, excluindo-se em alguns casos a pena restritiva de liberdade.

Nessa linha, a Terceira Velocidade do Direito Penal traz uma mescla às duas anteriores, propondo a utilização da pena privativa de liberdade, do mesmo modo que faz a Primeira Velocidade, contudo permitindo a flexibilização de garantias materiais e processuais, conforme a Segunda, explicitada por SANCHEZ (2002) como o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais.

A Terceira Velocidade se volta a um Direito Penal preocupado com a crescente criminalidade e com seu efetivo combate.

A classificação entre as velocidades do Direito Penal permite verificar que, a partir da segunda, a idéia de flexibilização das garantias historicamente conquistadas começou a ser cogitada, diante de poucos questionamentos e críticas contra tal prática.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, conforme será demonstrado, enquadra-se nesta última classificação.

A Teoria dos Sistemas Sociais, por seu turno, foi preconizada pelo sociólogo alemão Luhmann, que interpreta a sociedade como um sistema, a partir de analogia a conceitos típicos de estudos biológicos.

Segundo a Biologia, a *autopoiesis* significa que um sistema complexo reproduz seus elementos, dentro de um processo, através da colaboração de seus próprios elementos já existentes, o que demonstra se tratar de processo fechado, voltado para si.

LUHMANN, *apud* MORAES (2008), sustenta que as comunicações dos sistemas sociais se reproduzem através de comunicações. No que tange ao Direito, sustenta que o sistema social deve ter como paradigma a dicotomia “lícito/ilícito”, reduzindo o funcionamento do ordenamento jurídico a esta divisão, a partir da qual deve se desdobrar.

Segundo o autor, o Direito é um sistema especializado na generalização congruente de expectativas normativas, com a função de reduzir a complexidade social, não se imiscuindo no trabalho de reorganizar a sociedade, mas apenas limitando seu funcionamento ao binário “lícito/ilícito”.

As premissas avançadas pela Teoria dos Sistemas Sociais foram utilizadas como ponto de partida para a criação da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

6 – O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi inicialmente idealizada por Günther Jakobs na Alemanha no ano de 1985 e, desde então, não parou de crescer e se disseminar pelo mundo. Jakobs se utiliza de construções consagradas de grandes filósofos como Rousseau, Hobbes e Kant para sustentar sua teoria, buscando agregar valor e força aos seus argumentos.

Deve-se ponderar que o Direito Penal do Inimigo, conforme idealizado, é um conjunto de regras jurídico-penais passível de aplicação apenas diante de um Estado Democrático, uma vez que apenas neste os membros são adeptos das normas por vontade própria, sem que haja coação como ocorre em um Estado Totalitário.

JAKOBS (2008) demonstra, desse modo, ser necessário que as normas emanadas do Estado sejam legitimamente reconhecidas pela sociedade, tendo em vista ser o Direito Penal do Inimigo um Direito de Exceção, nascido a partir de necessidades pontuais. Num Estado não Democrático, no qual os inimigos podem ser vistos em todas as partes, o Direito Penal do Inimigo poderia erroneamente ser adotado como regra.

Segundo o funcionalismo sistêmico, para que o ordenamento jurídico determine a organização de uma sociedade, há a expectativa de que cada indivíduo aja de acordo com a norma, de modo a permitir uma situação de segurança, sob pena de esvaimento da vigência da norma.

Ocorre, contudo, que é limitada a expectativa social quanto à prática de comportamentos corretos por seus membros, sendo necessário que o Direito assegure que o desrespeito às normas acarretará uma sanção.

A sanção penal surge, nesse contexto, como resposta ao crime: tendo o indivíduo desautorizado a norma, agredido sua eficácia, a pena demonstra que o ato criminoso foi irrelevante e que a norma mantém sua força, vigorando inalterada, mantendo a forma social de antes do fato.

A pena também surge com o objetivo de impedir que o indivíduo, já que preso, possa cometer outro crime.

JACKOBS (2008) enfatiza que a pena como coação deve ser aplicada apenas ao indivíduo perigoso, e não ao sujeito de direito. Para que seja determinado quem se enquadra sob esta denominação, o olhar deve voltar-se não apenas para trás, ou seja, para o fato praticado a ser julgado, mas também e sobretudo para frente, analisando-se de o indivíduo é um provável infrator contumaz, podendo gerar efeitos perigosos à coletividade.

Posto isso, com o objetivo de alcançar a estabilidade do ordenamento penal, passa-se a enfatizar a periculosidade do indivíduo, em detrimento da culpabilidade, baseando-se a relação com o inimigo não pelo Direito, mas pela coação.

Malgrado o afastamento do Direito ao inimigo, a ele deve ser mantida a aplicação de parte do ordenamento jurídico, de modo a possibilitar o dever de ressarcir, tendo em vista que deveres pressupõem a existência de personalidade. Ao criminoso é proibido abandonar arbitrariamente a sociedade por meio de seu fato.

É direito do Estado se proteger contra seus inimigos, entendidos esses como os indivíduos que praticam delitos habitualmente. E não apenas isso: os verdadeiros cidadãos têm o direito de exigir do Estado que tome medidas apropriadas diante do inimigo.

Observado que, em um Estado Democrático, há expectativa social quanto à prática de comportamentos corretos por parte dos membros, quando a expectativa é frustrada de modo duradouro por determinado indivíduo, não haveria mais motivo para tratá-lo como pessoa.

O legislador, ao criar a normatização penal, deve atentar à edição de uma legislação de combate, sobretudo para os casos da criminalidade econômica, do terrorismo, do crime organizado e dos atentados à liberdade sexual.

Assim, os inimigos devem perder o direito às garantias legais. Uma vez que não são capazes de se adaptar às normas, devem ser afastados e ficar sob a tutela do Estado, perdendo o *status* de cidadão.

Aos cidadãos delinquentes, aqueles que infringem a norma penal (ressalte-se: a título excepcional), haverá proteção e julgamento assegurando-se todas as garantias penais; aos inimigos, faz-se necessário que se inflija coação para neutralizar suas atitudes e seu potencial ofensivo e prejudicial.

Quem não oferece segurança suficiente não deve ser tratado como pessoa, sob pena de o Estado vulnerar o direito à segurança da sociedade; deve, por isso, ser punido de acordo com o perigo e a ameaça que representa, com uma medida preventiva e, logicamente, prospectiva.

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual todos devem ser tratados como pessoas pelo Direito, portanto, necessita de uma condição: sempre que todos cumpram com seus deveres.

JAKOBS (2008) afirma que o Direito Penal do Cidadão é aplicável ao indivíduo que mantém a vigência da norma, enquanto que ao Direito Penal do inimigo cabe o combate a perigos. isto representa uma transferência do Direito Penal do Fato para um Direito Penal do Autor, já que o que é reprovável ao autor não é que tenha cometido um delito, mas o simples fato de o autor ser considerado subversivo é objeto de censura legal.

Fica demonstrada, portanto, uma face mais punitiva do Direito Penal, na qual observa-se que o autor é um inimigo da paz social e do Estado e, em razão disso, é legal e legitimamente aceito que deve ser-lhe imposta uma sanção de maior rigor.

O inimigo é aquele que, de forma duradoura e reincidente, abandona o direito, o que gera insegurança acerca de seu comportamento pessoal e do risco que pode causar à sociedade. As condições para uma convivência social aceitável serão atingidas apenas com a

neutralização deste indivíduo do resto da sociedade, o que faz com que ele perca a condição de cidadão.

JAKOBS (2008) explicita, ainda, 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 como um legítimo direito dos cidadãos. Aquele que não demonstra que agirá de acordo com as normas, que não oferece segurança, não pode ser tratado como pessoa pelo Estado, mas como inimigo, situação que embasa um tratamento diferenciado.

A sociedade é formada por pessoas, e aqueles indivíduos que não compartilham da mesma responsabilidade não podem ser considerados do mesmo modo. Todo indivíduo que pretenda ser tratado como pessoa assim deverá se comportar.

Os inimigos, uma vez que se afastam permanentemente do Direito e negam sua cidadania não fazem jus ao tratamento conferido às pessoas. Assim, uma vez que não se enquadram aos sujeitos do processo penal do Estado de Direito, a eles deve ser aplicado procedimento de guerra.

Ademais, seria inconcebível sustentar a eficácia da pena privativa de liberdade caso esta se converta em reação freqüente a fatos criminosos, pois perde sua pretensão de garantir segurança.

Em razão disso, a Teoria do Direito Penal do inimigo defende uma antecipação da punibilidade, com a transferência do fato típico para a previsão de fatos que ainda serão produzidos e a mudança da legislação penal com vistas a um efetivo combate à delinquência, mesmo que para isso fosse necessário relativizar o princípio da legalidade, de modo a permitir que sejam criados tipos penais mais abertos e flexíveis.

Cabe ao Estado, ao antecipar a punibilidade, criar tipos que prevejam os atos preparatórios ou mesmo criar crimes de mera conduta e de perigo abstrato, estes, conforme Jakobs, completamente imprescindíveis, pois, sem segurança cognitiva nos âmbitos esboçados, dificilmente cabe imaginar uma sociedade ordenada.

A flexibilização das garantias penais e processuais é outra adoção imprescindível ao combate aos inimigos. Há que se mencionar a possibilidade de investigações secretas, escutas telefônicas e infiltração de agentes secretos, exemplos que demonstram o rompimento com o modelo garantidor obtido após lutas históricas.

Tais medidas de enfrentamento devem ser imputadas ao inimigo à medida em que esse se afasta do Direito; significa que não há estruturação fechada, podendo a aplicação das medidas varias de acordo com a periculosidade.

Em resumo, as características preponderantes da Teoria do Direito Penal do Inimigo são: a defesa a uma atuação prospectiva do Direito Penal, *i.e.*, que o inimigo seja punido também em razão do delito que pode vir a cometer; a perda do *status* de cidadão e o tratamento do indivíduo como inimigo da sociedade, capaz de gerar grandes distúrbios à paz social; o inimigo deve ser punido com base na periculosidade e não na culpabilidade e na reprovabilidade do fato; e, por fim, as garantias processuais e penais devem ser relativizadas minimizadas, tendo em vista a urgência na neutralização dos inimigos na sociedade.

7 – O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

As teses do Direito Penal do Inimigo geraram repercussão no Brasil. É notória a verdadeira inflação que as normas jurídico-penais têm sofrido nas últimas décadas, com o objetivo de atender ao anseio social pela contenção do fenômeno da violência.

Face aos índices crescentes de criminalidade, exemplificada pela taxa de mortalidade em razão de homicídios, que cresceu 130% entre os anos de 1980 e 2000, o Estado se propôs à adoção de medidas paliativas; apelou ao direito penal como forma de resolução do problema, negando-se a enfrentar o problema por meio de políticas públicas preventivas.

Neste contexto, sobretudo a partir da década de 90, houve uma onda de criminalização de condutas até então consideradas penalmente irrelevantes e de aumento da pena de crimes que tenham sido objeto de maior repúdio social.

É possível perceber que o Brasil apresenta campo fértil para a disseminação do Direito Penal do Inimigo, porém de modo deturpado em relação ao que defende Jakobs, uma vez que procura pela solução de problemas sócio-econômicos através de leis incriminadoras.

Esse verdadeiro fenômeno de “inchaço” jurídico penal pode ser inicialmente exemplificado com a edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), cuja redação original previa o regime integralmente fechado para cumprimento de pena, demonstrando a adoção, pelo legislador, de uma “política de guerra”, com supressão de garantias fundamentais como necessidade da individualização e da humanidade da pena.

Outro exemplo dentro da própria Lei de Crimes Hediondos reside no fato da possibilidade de a tentativa de homicídio simples, que pressupõe que o agente adentre na

esfera dos atos executórios, ser punida com pena menor que o crime de formação de quadrilha com vistas à prática de crimes hediondos (artigo 8º da Lei n. 8.072/90), no qual o tipo se resume a atos meramente preparatórios.

Do mesmo modo, a Lei 9.614/98, conhecida como “Lei do Abate de Aviões”, instituiu verdadeira pena de morte sem que haja o estado declarado de guerra e o asseguramento do devido processo legal. Segundo tal lei, cabe à análise da autoridade administrativa a possibilidade de destruir aeronaves em vôo consideradas hostis, violando o disposto no inciso LIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será processado nem sentenciado se não pela autoridade competente.

A política de enfrentamento do inimigo iminente é corroborada pelo Decreto n. 5144/04, estabelece os procedimentos que deverão ser seguidos pela Força Aérea Brasileira em relação às “aeronaves suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins”, antes de sua destruição, limitando-se aos aviões clandestinos civis, nacionais ou estrangeiros.

Em 2003, foi editada a Lei n. 10.792, que alterou o artigo 52 da Lei de Execuções Penais ao introduzir o chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), passando a prever a possibilidade de abrigar o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, com duração de 360 dias, passível de repetição.

O dispositivo traz a possibilidade de submeter o sujeito, desde o princípio da execução de sua pena, à uma situação de isolamento completo, em cela individual.

É notório que a segregação do indivíduo não ocorre em razão do fato praticado, mas a partir de análise prospectiva do perigo que possa causar, o que demonstra a necessidade de neutralização do “mal”, mesmo que isso signifique flexibilizar a garantia constitucional do respeito à integridade física e moral e do impedimento de tratamento desumano ou degradante, estampada no artigo 5º, incisos XLIX e III, posto que 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”.

Não é difícil refletir sobre a razão da edição dessa lei. Com efeito, há uma sensação de medo generalizado na sociedade brasileira, provocado pela existência dos citados alarmantes índices de criminalidade, de modo que mesmo os estabelecimentos prisionais transformaram-se em pontos de referência das organizações criminosas, de onde partem ordens e diretrizes para a realização de diversos delitos, tornando-se portanto um “ninho” de inimigos.

Atualmente também se verifica o uso indiscriminado de escutas telefônica, regulamentadas pela Lei n. 9.296/96. A vulgarização deste instrumento, que deveria ser o último recurso numa investigação, é tão latente que se tornou alvo de denúncia pelos veículos de comunicação, que tornaram público que a Polícia não utiliza costumeiramente a prática da investigação física na apuração de inquéritos, mas escutas telefônicas, muitas delas abertamente elaboradas de maneira irregular, sem fundamentação legal.

MORAES (2008) destaca, inclusive, de modo surpreendente, a existência de um modelo de procedimento festejado pela maioria da doutrina e da jurisprudência, porém totalmente dissociado dos princípios penais clássicos, tendo criado brecha para a ocorrência de outros, estatuído pela Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais. O citado autor argumenta 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 sem a produção da necessária prova e o exercício da ampla defesa.

Segundo o citado autor, tornaram-se banais tipos penais de menor potencial ofensivo, tendo em vista o fato de se encontrar menos dificuldade em lavrar um Termo Circunstanciado e encaminhar o autor do fato e a vítima ao Poder Judiciário, do que investigar se houve realmente a ocorrência do delito, de modo a tornar legítima a perseguição.

Outros exemplos marcantes desse fenômeno de adoção paulatina do Direito Penal do Inimigo pelo ordenamento jurídico brasileiro são: Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei n. 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo); Lei n. 8.176/90 (Crimes contra a Ordem Econômica); Lei n. 8.212/91 (Crimes contra Seguridade Social); Lei n. 9.034/95 (Organizações Criminosas); Lei n. 9.100 (Crimes Eleitorais); Lei n. 9.434/97 (Crimes Relativos à Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano); Lei n. 9.455/97 (Crimes de Tortura); Lei n. 9.53/97 (Crimes de Trânsito); Lei 9.605/98 (Crimes contra o Meio Ambiente); Lei n. 8.613/98 (Crimes de Lavagem de Dinheiro); Lei n. 9.677/98 (Crimes contra a Saúde Pública); Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento); Lei 11.343/06 (Lei Anti-drogas).

Mesmo na atuação do Poder Judiciário há diversos exemplos de tratamento diferenciado aos “inimigos”, seja através da submissão de indiciados ou réus a julgamento público, com exposição nos veículos de comunicação, seja através da aceleração do procedimento criminal desrespeitando a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Todos os exemplos se utilizam de traços marcantes do Direito Penal do Inimigo, seja através da tipificação de crimes de mera conduta, seja de crimes de perigo abstrato, que antecipam a intervenção do Direito Penal para momentos anteriores à lesão e ao risco ao bem

jurídico. O crime, assim, se assemelha a uma simples violação do dever de observar uma norma, concentrando-se mais no desvalor da ação do que no desvalor do resultado.

Tal fato demonstra que o Direito Penal perdeu grande parte do seu caráter de *ultima ratio* e de sua característica de intervenção mínima, posto que passou a ser acionado pela simples violação de deveres e para a proteção de valores abstratos, arbitrariamente definidos pelo legislador.

9 – CRÍTICA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Fato não é adotado plenamente por nenhum ordenamento jurídico. Todavia, o que tem se observado é a crescente penalização do indivíduo em razão de suas escolhas pessoais, em uma tentativa de legitimar profunda ofensa a todo um conjunto de princípios fundamentais assegurados após séculos de luta.

Conseqüentemente, tal ofensa deve ser interpretada como um retrocesso no campo dos direitos fundamentais.

O primeiro mandamento extraído do princípio da culpabilidade é a adoção do Direito Penal do Fato. Não se permite a tipificação do modo de ser, posto que não se deve julgar a pessoa, mas exclusivamente sua conduta injusta.

PIERANGELLI (2007) bem observa que um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o Direito é uma ordem reguladora de conduta humana.

O princípio da culpabilidade determina que não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser sem que isso atente contra sua esfera de liberdade de se auto determinar. O Direito Penal deve partir, portanto, do fato, não dando liberdade para que se crie a responsabilização de outros aspectos que não sejam condutas objetivamente perceptíveis.

Alguns Estados europeus e os Estados Unidos se utilizaram de métodos típicos do Direito Penal do Inimigo em sua luta contra o “terror”, exemplificando-se as ações no Iraque e a prisão de Guantánamo, em que se mantém presos diversos “inimigos” sem que haja ao menos incriminação formal.

O problema é que todas as vezes em que são abertas exceções às conquistas humanas e às suas garantias fundamentais, nasce a possibilidade de, pouco a pouco, todos os ideais serem novamente tolhidos.

Com efeito, o Estado deve intervir para manter a segurança da sociedade, bem como evitar danos aos bens por ela mais estimados. Ocorre, entretanto, que um Estado que adote as práticas do Direito Penal do Inimigo pode se considerar caminhando no sentido de verdadeiro retorno à barbárie.

Não se pode associar a ampla condenação de um indivíduo ao conceito de Justiça sem que se respeitem os princípios e garantias constitucionais obtidos após tanta luta, sob pena de macular o próprio valor da dignidade humana.

A punição do criminoso e a segurança do Estado são de fato muito relevantes, porém não devem ser alcançadas a qualquer custo, sob pena de instituir que os fins legitimariam os meios.

Essa involução não se justifica, principalmente porque o Estado Democrático de Direito tem como seu pilar fundamental a afirmação da dignidade do ser humano.

O Direito Penal deve buscar o bem comum, mas esse só pode ser atingido dentro de um sistema de legalidade, dentro de limites que derivam dos direitos humanos inerentes à dignidade humana, superiores ao Estado.

São, sob esse *prima*, inconstitucionais todas as manifestações jurídico-penais quando resultarem na desproporcionalidade injustificada e na carência de razoabilidade.

O princípio do Estado de Direito não admite a legitimação de nenhuma exceção. Assim, a pertinência da discussão é tamanha na função de encontrar soluções que substituam o atual sistema jurídico sem comprometer os princípios iluministas e nem experimentar os riscos de um terrorismo estatal. A maior responsabilidade tem o Poder Judiciário, a quem cabe a defesa de nossos princípios e garantias processuais constitucionais penais, de maneira a impedir que leis contrárias ao nosso sistema constitucional venham a ser aplicadas.

10 – CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que a sociedade, atualmente, clama por uma solução rápida aos alarmantes índices criminais e que a Teoria formulada por Jakobs pode parecer, em um primeiro momento, a melhor solução.

Tornou-se evidente, no decorrer do texto, que a legislação penal brasileira recente, em geral, tem ingressado em um ciclo vicioso de responder à violência com violência. A repulsa ao modelo dogmático funcionalista-sistêmico é uma exigência que se formula de modo

urgente, visto que o esquecimento da condição humana do autor do delito proposta pela dogmática do Direito Penal do Inimigo é o que permite construções legislativas de matizes menos garantistas.

O aumento da criminalização indubitavelmente faz crescer o medo da sociedade, mas a utilização de respostas rápidas e simplistas acarretam sobretudo o aumento da marginalização de setores propositadamente escolhidos como “inimigos”.

Qualquer norma que desrespeite a dignidade humana deve ser expurgada da ordem jurídica, já que padece de inconstitucionalidade, devendo-se impor apenas que o ordenamento penal e processual penal se guie pelo respeito aos direitos e às garantias individuais, impedindo-se a submissão dos indivíduos a toda e qualquer espécie de arbítrio.

Não há qualquer premissa do funcionalismo sistêmico que traga justiça ao ordenamento pátrio. Admitir tais teses significa criar condenação sumária do réu “inimigo”, em um sistema que apresenta deficiências como o brasileiro, que é extremamente influenciado pela mídia e que tem cada vez mais relativizado procedimentos e permitido a condenação de pessoas “perigosas” como forma de afastar a impunidade.

REFERÊNCIAS:

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política, vol. 2. Brasília. Ed. UNB, 2002.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio da Culpabilidade**. Curitiba. Ed. Juruá, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Críticas à tese do direito penal do inimigo**. Disponível em <www.ultimainstancia.com.br/noticias/ler_noticia.php?idNoticia=5504>. Acesso em 25 de maio de 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Niterói. Ed. Impetus, 2007.

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. **Los Discursos de Emergencia y la Tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo**. Disponível em <www.carlosparma.com.ar>. Acesso em 17 de maio de 2009.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Gunter, MÉLIA, Manuel Cancio. **Derecho Penal Del Inimigo**. Madrid. Ed. Civitas, 2003.

[MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal. Curitiba. Ed. Juruá, 2008.](#)

[MOREIRA, Rômulo de Andrade. O monstro RDD. É melhor chamar de Regime Diferenciado da Desesperança. Disponível em <www.conjur.estadao.com.br>. Acesso em 03 de junho de 2009.](#)

PIERANGELI, José Henrique, [ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral. Rio de Janeiro. Ed. RT, 2007.](#)

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal — Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

[ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro. Ed. Revan, 2007.](#)