

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO PENAL E
PROCESSUAL PENAL

VANDA DE OLIVEIRA TOUOUNOGLU

DIREITO PENAL DO INIMIGO ANTE AS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS

SÃO PAULO
2013

VANDA DE OLIVEIRA TOUOUNOGLU

DIREITO PENAL DO INIMIGO ANTE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Trabalho de Monografia Jurídica submetido à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como parte dos requisitos necessários para a obtenção de especialização em Direito, na área de Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação da Professora Dra. Eloísa de Sousa Arruda.

**SÃO PAULO
2013**

VANDA DE OLIVEIRA TOUOUNOGLOU

DIREITO PENAL DO INIMIGO ANTE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Trabalho de Monografia Jurídica submetido à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como parte dos requisitos necessários para a obtenção de especialização em Direito, na área de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Aprovado em:

_____ / ____ / _____

Orientadora Dra. Eloísa de Sousa Arruda

Doutora em Direito das Relações Sociais, área de concentração Direito Penal, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Coordenador Dr. Antônio Carlos da Ponte

Doutor em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Coordenador PhD Marco Antônio Marques da Silva

PhD em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**SÃO PAULO
2013**

*Dedico a aquele que habita no esconderijo do
Altíssimo, e descansa à sombra do Onipotente (Sal 91:1),
ao Todo-Poderoso, Leão de Judá (Ap 5:5), ao Criador e
Salvador, Deus meu, Senhor dos senhores, o Senhor dos
exércitos, ao Rei da Glória, o SENHOR, forte e poderoso,
o Senhor, poderoso nas batalhas (Sal 24), ao Deus Forte,
Pai da Eternidade, Príncipe da Paz (Is 9:6), ao Senhor da
minha vida – a ti Jesus Cristo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus amados e maravilhosos pais, Rosalvo Augusto e Anália, os irmãos queridos, Walter, Vilma, Wilton e Fábio pelo estímulo e encorajamento, aos meus caros colegas da UPLE do TRF 3ª Região – pessoas especialmente amigas e generosas, à minha ilustre orientadora Dra. Eloísa Sousa Arruda, pela solicitude e interesse, que muito acrescentou a este trabalho, ao meu grande colaborador, o profissional eficiente José Andrade e, finalmente agradeço ao meu marido, amigo e o meu amor, Ramon – sem ele não seria possível a realização deste trabalho.

RESUMO

O Direito Penal, caracterizado como um conjunto de normas jurídicas tem como fim, possibilitar o convívio social através do estabelecimento de ilícitos penais e suas correspondentes sanções. A convivência humana, sem esse lastro limitador e regulador, como se demonstrou ao longo da história, não seria pacificamente possível e tampouco se realizaria a justiça.

Não se pode, todavia, conceber que ao Direito Penal seja cabível selecionar qualquer conduta humana e chancela-la como ilícita. O poder incriminador estatal está, ou pelo menos deveria estar, limitado pelo princípio da intervenção mínima ou da última ratio. A relevância desses bens jurídicos e suas correlativas tutelas não podem violentar os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados.

Contudo, pressupostos do Direito Penal garantista, por vezes, são subvertidos por teorias legitimadoras da exclusão social e por construções teóricas baseadas em um Direito Penal simbólico, nitidamente caracterizado pelas teses do Direito Penal do Inimigo. O Direito sancionador aplicado assume, nesses casos, a teoria do Direito Penal do autor, afastando-se do fato. Pune-se a pessoa de modo exemplar e exacerbado pelo que ela é, e não pela conduta praticada.

Com embasamento na Teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada do penalista alemão Günther Jakobs. Objetiva-se demonstrar sua inconstitucionalidade no atual ordenamento jurídico pátrio. Elucidando real espírito do Direito Penal do Inimigo, o qual tenta a sua afirmação nos países periféricos, asseverando que o Direito Penal é único, sem cabimento da dicotomia proposta por Jakobs E ainda evidenciar que nenhum ramo jurídico pode suprimir direitos e garantias fundamentais do ser humano em busca de uma pretensa pacificação social e combate à criminalidade moderna. Relatando também que o homem não pode ter a sua personalidade desconsiderada como que o autor da teoria em baila.

Luigi Ferrajoli, por seu lado, formulou a Teoria do Garantismo Penal e reconheceu que não se deve indagar sobre a alma do acusado, nem tampouco fundamentar decisões na pessoa deste, mas apenas e tão somente investigar seus comportamentos proibidos. O cerne da questão, portanto, é a possibilidade de coadunar o Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático no qual as suas garantias fundamentais são asseguradas na Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Inconstitucionalidade. Garantias Constitucionais. Política Criminal.

ABSTRACT

Criminal law, characterized as a set of legal rules has as an objective, enabling social interaction through the establishment of criminal offenses and their corresponding penalties. The human society, without this limited and ballast regulator, as demonstrated throughout history, would not be possible nor peacefully take place justice. It can't, however, conceive that the criminal law is applicable selecting any human conduct and sealitaun lawful. The power incriminating of the state is, or at least should be, limited by the principle of minimum intervention or ultima ratio. The relevance of these legal rights and their correlative guardianships can not violate the fundamental rights and guarantees enshrined constitutional. However, the assumptions of the Criminal Law sometimes are subverted by legitimating theories of social exclusion and theoretical constructs based on a symbolic Criminal Law, clearly characterized by the theses of Criminal Law of the Enemy. The sanctioned applied in these cases law assumes, the theory of criminal authorw's law and being away from the fact. And the person is punished such as example one and exacerbated by what it is, and not by the conduct practiced. With reliance on the Theory of Criminal Law of the Enemy, designed the German punitive Gunther Jakobs and It aims to demonstrate its unconstitutionality in the current national legal system. Elucidating real spirit of the Criminal Law of the Enemy, who tries his statement in the peripheral countries, asserting that criminal law is unique, not fitting the dichotomy proposed by Jakobs Günther to show that no branch can suppress legal rights and guarantees fundamental human in search of an alleged social pacification and combat modern crime. Also reporting that the man cannot have his personality disregarded as the author of the theory on questoin. Luigi Ferrajoli, in turn, formulated the Theory of Criminal Garantism and recognized that we should not inquire into the soul of the accused, nor base decision on this person, but only and solely to investigate their behavior prohibited. The point, therefore, is the possibility of consistent Criminal Law of the Enemy in a democratic state in which their fundamental guarantees are secured by the Federal Constitution.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Unconstitutionality. Constitutional Guarantees. Criminal Policy.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Características conceituais dos dois polos penais	17
Tabela 2: Como devem ser tratados os inimigos.....	23
Tabela 3: Fundamentos filosóficos do Direito Penal do Inimigo.....	28

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DIREITO PENAL DO INIMIGO	13
2.1 <i>Origem</i>	13
2.2 <i>Conceito.....</i>	15
2.3 <i>Direito Penal do Cidadão versus Direito Penal do Inimigo.....</i>	16
2.3.1 <i>Inimigo versus Pessoa</i>	19
2.3.2 <i>Características essenciais do Direito Penal do Inimigo</i>	28
2.4 <i>Estado atual da política criminal.....</i>	35
2.4.1 <i>Expansão do Direito Penal</i>	35
2.4.2 <i>A terceira velocidade do Direito Penal.....</i>	42
2.5 <i>Direito Penal do Inimigo e os reflexos no mundo</i>	44
2.5.1 <i>Metodologia – Direito Penal excepcional.....</i>	44
2.5.2 <i>Terrorismo no primeiro mundo e manifestações do direito penal do inimigo</i>	49
2.6 <i>Direito Penal do Inimigo no Brasil.....</i>	53
2.6.1 <i>A criminalidade organizada – Criação de novas Leis.....</i>	53
2.6.2 <i>Leis penais excepcionais para atender ao clamor social</i>	56
3. CRÍTICA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO	60
3.1 <i>Sinopse da Crítica</i>	60
3.2 <i>Censura ao ‘Direito Penal simbólico’</i>	66
3.3 <i>Direito Penal do autor - Modelos</i>	73
3.4 <i>Crítica ao Direito Penal do Inimigo proposto pelo alemão Günther Jakobs</i>	78
3.4.1 <i>Considerações iniciais.....</i>	78
3.4.2 <i>Direito Penal do Inimigo como contradição em seus atos</i>	79
3.4.3 <i>O Direito Penal do Inimigo diante da função da pena na sociedade.....</i>	90
3.5 <i>Crítica à Legislação Processual Penal pautada no modelo de Jakobs</i>	93
3.6 <i>Crítica à legislação Processual Penal pautada no modelo de Günther.....</i>	96
3.6.1 <i>Exemplos nos países estrangeiros</i>	96
3.6.2 <i>Exemplos no Brasil.....</i>	101
4. DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	105
4.1 <i>Considerações Iniciais</i>	105
4.2 <i>Uma breve análise histórica do poder punitivo</i>	106
4.2.1 <i>A Inquisição</i>	107
4.2.2 <i>A Revolução Francesa – Século XVIII.....</i>	107
4.2.3 <i>O Nazismo.....</i>	108

4.2.4	Os atentados de 11 de setembro de 2001	108
4.3	<i>A reafirmação dos Direitos Humanos</i>	109
4.3.1	Internacionalização dos Direitos Fundamentais.....	109
4.3.2	A experiência brasileira	110
4.4	<i>Garantias e Direitos Fundamentais</i>	111
4.4.1	Distinção entre Garantias e Direitos.....	111
4.4.2	Conceitos.....	112
4.4.3	Características dos Direitos Fundamentais.....	113
4.4.4	As quatro categorias dos Direitos Fundamentais.....	114
4.5	<i>Estado Democrático de Direito</i>	116
4.5.1	Estado Democrático de Direito – Evolução	116
4.5.2	O Brasil como Estado Democrático de Direito	118
4.6	<i>Eficiência e garantismo e o princípio de proporcionalidade</i>	121
4.7	<i>Incompatibilidade entre Direito Penal do Inimigo e o Estado democrático de direito</i> .	126
4.7.1	A dignidade da pessoa humana no Direito brasileiro	126
4.7.2	Direito Penal do Inimigo e as garantias constitucionais no Estado Democrático de direito	129
4.7.3	Inconstitucionalidade do Direito Penal do Inimigo.....	134
5.	CONCLUSÃO	139
	REFERÊNCIAS	143
	ANEXOS	153

1. INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo a criminalidade no mundo está aumentando assustadoramente. Assim, a sociedade, com esse fenômeno sente-se cada vez mais vulnerável, com a sensação de insegurança e impunidade.

Para tentar solucionar o problema de vários países, já adotaram diversas políticas criminais; todas com a mesma finalidade, como por exemplo, podemos mencionar as mais famosas: o Movimento da Lei e da Ordem, da Janela Quebrada e da Tolerância Zero.

Todos teriam como concepção a adoção de um Direito Penal Máximo. Seguindo a mesma corrente de tentar elucidar a questão, o alemão Günther Jakobs, discípulo de Welzel, idealizou o funcionalismo sistêmico com base na Teoria dos Sistemas de Luhmann, apresentando o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*, em alemão). Para Jakobs, aqueles que são considerados inimigos da sociedade, como por exemplo, terroristas, delinquentes organizados, dentre outros elencados em sua obra, devem ser tratados de forma excepcional, pois quem não convive de forma sociável, não se deve sujeitar às mesmas regras de que o faz.

A despeito de está inserido no ordenamento jurídico Penal brasileiro de forma branda, pretende-se demonstrar que uma análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo, revela um Direito Penal contrário ao direito e garantias fundamentais proposto na Carta Magna de 1988. A política criminal extremada e suas implicações no meio social apresenta um verdadeiro ultraje ao fundamento primaz da dignidade da pessoa humana, que inspirou o legislador constituinte brasileiro. Esse valor súpero, reconhecido pela disciplina normativa pátria é afrontado pelo pensamento do autor, enervando, destarte, a real função do Direito Penal.

Da atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, no veemente fervor do século XXI, o acolhimento da Teoria do Direito Penal do Inimigo acarretaria consequências drásticas para o cidadão, pois que os direitos e garantias conquistados, ao longo dos tempos, são atacados por essa política extremista, deslegitimando o *jus puniendi* do Estado.

O Direito Penal não pode ser entendido como a solução de todos os conflitos e mazelas da sociedade. Seus pressupostos garantistas e da intervenção mínima, não podem ser decompostos por teorias legitimadoras da exclusão social e por decisões judiciais baseadas em um Direito Penal simbólico, nitidamente distinguido, caracterizado pelas teses do Direito Penal do Inimigo, onde o Direito sancionador aplicado assumiria, nesses casos, a teoria do Direito Penal do autor.

A obra *Direito Penal do Inimigo*, de Günther Jakobs, é o fio condutor do debate. Nela o jurista alemão explicita as bases de suas investigações e assevera que tanto o Direito Penal do Inimigo, quanto o Direito Penal do Cidadão, não podem ser afastados de forma taxativa, pois representam tendências opostas de um único contexto do Direito Penal.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 Origem

Günther Jakobs, discípulo do Welzel tido como o mais respeitável jurista da atualidade, idealizou o funcionalismo sistêmico com alicerce na Teoria dos Sistemas de Luhmann, a qual tem por finalidade reafirmar a vigência da norma. A rigor o direito penal da normalidade denominado por ele próprio como Direito Penal do Cidadão.

A discussão a respeito do Direito Penal alemão, no ano de 1985, numa palestra proferida em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt levou Günther Jakobs a perceber e criticar o desenvolvimento do Direito Penal parcial que se instalava no ordenamento e que assim se denominou “Direito Penal do Inimigo”¹.

Porém, na Conferência do Milênio em Berlim, no ano de 1999, com muito mais publicidade, Jakobs transformou suas anteriores críticas, em defesa, trazendo então o conceito definitivo de Direito Penal do Inimigo, alçando muitos questionamentos não apenas na Alemanha, mas também nas regiões de língua portuguesa e espanhola².

Assim, o que se notou foi que, em um primeiro momento, em 1985, a crítica se sustentava por um Direito Penal do Inimigo para o sistema jurídico penal mais amplo, e já em 1999 se destacou por ser, conforme Jakobs, a aplicação somente para reprimir e combater a delitos de grande risco contra bens jurídicos individuais.

¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo e a Terceira...**, p. 181.

² PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco...**, cit.

Porém, 2003 Jakobs publica sua obra '*Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*', evidenciando seu posicionamento, qual seja, aplicação do Direito Penal do Inimigo somente em casos excepcionais, para casos relacionados ao terrorismo, levando em conta o ataques de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque.

Nesse raciocínio, Binato Júnior (2007, p. 122) em sua dissertação de mestrado resume Jakobs:

Podemos dizer que, em 1985, Jakobs adota uma postura descritiva, porém crítica; em 1999, adota uma postura cautelosa, todavia de aceitação parcial, e, finalmente em 2003 passa a defender a adoção do Direito Penal do Inimigo diante do contexto “guerra” entre as “nações civilizadas” e os “terroristas”³.

Em março de 2005, houve um congresso bastante amplo sobre o tema na Alemanha, momento em que Jakobs apareceu claramente como defensor deste modelo de terceira velocidade. Neste aspecto, Alejandro Aponte ressalta:

Sobre esta última etapa, pode advertir-se, claramente, uma radicalização da postura de Jakobs⁴.

Segundo Silva Sánchez, o Direito Penal sofre um processo de expansão, onde se percebe três velocidades⁵.

³ BINATO JÚNIOR, Otávio. **Do Estado Social ao Estado...**, p. 122.

⁴ APONTE, Alejandro Cardona. **Derecho penal Del enemigo...**, p. 21-22.

⁵ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito...**, p. 150.

2.2 Conceito

O Direito Penal do Inimigo, nome dado por Günther Jakobs, consiste na política criminal pautada pela excessiva antecipação da tutela penal (criminalização de atos preparatórios, adoção de tipos de perigo abstrato etc.), pelo uso indiscriminado da pena privativa de liberdade e pela flexibilização de garantias penais e processuais. Essa política criminal visa combater indivíduos que, de forma contumaz, se portam como ‘inimigos da sociedade’. Para esses, não bastariam regras clássicas de responsabilização criminal, mas métodos de enfrentamento de uma periculosidade que não se coaduna com quem aceita o pacto social.

Sánchez destaca que “o Direito do Inimigo – poder-se-ia conjecturar – seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos. Isso, ainda que tais medidas se revelassem com frequência sob a aparência formal de penas”⁶.

Jakobs, ao explicitar diretamente seu conceito, afirma que “são regras jurídico-penais que como suas correlatas, as regras do Direito Penal do Cidadão, somente são concebíveis enquanto tipos ideais”. Para ele, o Direito Penal do Inimigo é, essencialmente, “violência silenciosa; o Direito Penal do Cidadão é, sobretudo, a comunicação sobre a vigência da norma”⁷.

O Direito Penal do Cidadão tem como missão a garantia da vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade; o Direito Penal do Inimigo, por seu lado, tem como função a eliminação de perigos, logo, é pura coação, sendo o direito daqueles que se contra-põem ao inimigo. O Direito Penal do Inimigo constitui reação do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, as quais veem desaparecer seus direitos e garantias, isso de forma instrumental⁸.

Meliá afirma que “a política criminal fática da atualidade pode ser resumida em expansão do Direito Penal. Com isso, estamos criminalizando estados prévios de lesões aos bens

⁶ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito Pena...**, p. 150.

⁷ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e Introdução Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17.

⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del...**, p. 97.

jurídicos, cominando penas desproporcionalmente elevadas. É um Direito Penal de proteção de riscos com características antiliberais”⁹.

Meliá ao analisar o conceito de Direito Penal do Inimigo tem o intuito de determinar seu conteúdo e sua relevância sistemática. Assim, toma como relevante a imbricação do fenômeno da evolução político-criminal geral, isto é, sua genealogia. Esboçam ainda, duas razões fundamentais pelas quais o conceito de Direito Penal do Inimigo só pode ser concebido como instrumento para identificar, de forma assertiva, o não direito penal presente nas legislações positivas. Conclui Meliá que a essência do conceito do Direito Penal do Inimigo se constitui em uma reação de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos. Assim, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos¹⁰.

Nucci define o Direito Penal do Inimigo como um modelo, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados como inimigos (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, membros de organizações criminosas, dentre outros). Estes não merecem do Estado às mesmas garantias fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais dos membros da sociedade civilizada. As punições devem ser severas e, se necessário, desproporcionais à gravidade do delito. O mais importante é segregar aqueles que estão em constante “guerra” com o Estado¹¹.

2.3 Direito Penal do Cidadão versus Direito Penal do Inimigo

Para Jakobs, o Direito Criminal tem dois polos ilhados que precisam ser demonstrados: o do cidadão e o do inimigo. A denominação Direito Penal do Inimigo, segundo ele, não pretende ser pejorativa, mas indica uma insuficiência da pacificação concretizada, em face da

⁹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais...**, p. 15-26.

¹⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 79.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado...**, cit.

objetividade, dizendo que esta insuficiência não pode ser atribuída aos pacificadores, nem aos rebeldes ¹².

Dois pólos, postos dentro de um único contexto jurídico-penal, não se contrapõem em duas esferas isoladas do Direito Penal (Direito Penal do Cidadão / Direito Penal do Inimigo), mas são dois polos de um só mundo, sendo possível que essas tendências se sobreponham, uma a outra e o trate como fonte inimiga ou meio de intimidação. A proposta de Jakobs é que se reconheça essa comunicabilidade. Os dois polos podem ser conceituados com as seguintes características:

Tabela 1: Características conceituais dos dois polos penais

Os Direitos Penais	
DIREITO PENAL DO INIMIGO	DIREITO PENAL DO CIDADÃO
<ul style="list-style-type: none"> • O indivíduo é visto pelo Estado como um perigo ao próprio Estado. • Fonte de perigo. Coação física. Está em guerra com o Estado. • Meio para intimidar outrem. • É contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado. • Não dá garantias de fidelidade de Direito. 	<ul style="list-style-type: none"> • O delinquente é visto pelo Estado como pessoa. • Deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais. • Vale a integridade, o DIREITO PENAL DO CIDADÃO é de todos. • Vale o devido processo legal.

Fonte: GRECO (2006, p. 716) ¹³

A pena é coação de diversas classes mescladas em íntima combinação. A coação porta um significado: resposta ao fato. O fato: é um ato da pessoa racional. Esse ato significa algo: desautorização da normal. A pena significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma prossegue, mantendo-se a sociedade ¹⁴.

Assim, “tanto o fato quanto a coação Penal são meios de interação simbólica”. Certifica-se ainda de que a pena não só tem significado como também produz algo físico que é a

¹² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo...*, p. 20.

¹³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Direito Penal do inimigo e Criminalidade...*, cit.

¹⁴ *Ibidem*.

“prevenção especial segura, durante o lapso da pena privativa de liberdade”, devido ao seu efeito de “segurança”¹⁵.

Argumentando, Alessandra Greco prossegue:

[...] sendo assim, a coação não pretende significar nada, mas “quer ser efetiva”, pois ela não é dirigida ao cidadão, à pessoa de direito, mas ao sujeito perigoso. E isso, se percebe quando o efeito da pena privativa de liberdade passa à custódia de segurança, enquanto medida de segurança, quando se leva em conta o fato passado, mas, sobretudo o futuro, pois o sujeito vai continuar a cometer delitos de gravidade e de efeitos perigosos. Exemplifica-se apontando que no lugar de uma pessoa que por si é capaz, que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso e a ele cabe medida de segurança, de modo efetivo, a coação propriamente dita¹⁶.

Assim, ela justifica que:

[...] o ‘Direito’ está em ambos os conceitos, os quais são diferentes e, por causa da filosofia da Idade Moderna é que se tem condições de abordar o problema, examinando aquilo que é e pode ser¹⁷.

O Direito Penal do Inimigo é então, em resumo, entendido como aquele que:

- a) determina ser o inimigo uma não-pessoa (se estabelecendo com ele uma relação de coação de guerra);
- b) visa combater perigos;
- c) atua por meio de medida de segurança;
- d) trabalha com Direito Penal do autor (pune a periculosidade do agente);
- e) é essencialmente preventivo;

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

- f) antecipa a tutela Penal para punir atos preparatórios (perigo) e, por fim, é um Direito anti-garantista;
- g) não promove a estabilização de normas (prevenção punitiva), mas atribui a determinados grupos o *status* de infratores e age entendendo-os como tal, sendo interceptadores de pronto, em um estado inicial. É, pois, o Direito Penal do Inimigo um Direito Penal do autor e não do fato.

Já o Direito Penal do Cidadão, que reconhece e tem expectativas em relação ao direito, está inserida a prevenção geral punitiva (teoria da pena), enquanto que ao inimigo, resta um Direito Penal que busca apenas a neutralização, pois não há qualquer relação desses com o ordenamento e nem quaisquer expectativas.

Não se está mais, então, reafirmando a vigência da norma, mas, com relação ao Direito Penal do Inimigo, se está garantindo que a sociedade perdure, mantenha-se, em face desses indivíduos.

O Direito Penal do Cidadão, nessa ótica, estaria destinado a regular a vida daqueles que prometem lealdade jurídica e não delinquem de “modo contumaz por princípio – e um Direito Penal do Inimigo contra aqueles que se desviam por princípio; este exclui, enquanto aquele deixa intocado o *status* de pessoa” (GRECO, 2006, p. 23).

2.3.1 Inimigo versus Pessoa

O conceito de inimigo, fundamento do Direito Penal do Inimigo defendido por Günther Jakobs, não é recente; há muitos filósofos que trataram de conceituá-los. Para Kant “o estado de natureza é estado de guerra”¹⁸, sendo a paz possível apenas a partir do Estado civil. No estado natural, os homens representam entre si ameaças mútuas. Em um Estado civil, espera-se, a partir do controle social, que não haverá por parte de outros homens, hostilidades.

¹⁸ BONHO, Luciana Tramontin. **Noções Introdutórias sobre...**, cit.

Espera-se que não haja riscos à segurança nas relações entre os homens. Um homem entenderá o outro como seu inimigo por não assegurar-lhe segurança em razão da ausência de participação do estado legal comum.

O estado de paz entre homens que vivem juntos não é um Estado Natural (*status naturalis*), que é mais um estado de guerra, ou seja, um estado no qual ainda que as hostilidades não estejam declaradas, nota-se uma constante ameaça. O estado de paz deve, portanto, ser instaurado, pois a omissão de hostilidade não é ainda garantia de paz e, se um vizinho não dá segurança ao outro (o que somente pode acontecer em um estado legal), cada um pode considerar como inimigo o que lhe exigiu esta segurança¹⁹.

Nas palavras de Kant “eu posso obrigá-lo a entrar em um estado social-legal ou afastar-se do meu lado” (WEFFORT, 1991, p. 53-54). Então, se um homem permanece em estado de natureza é considerada legítima qualquer ação que seja hostil em relação a ele, mesmo que não tenha cometido nenhum delito, pois ao estar fora do Estado civil, considera-se como constante ameaça à paz, a sua presença.

Hobbes entende que é inimigo aquele que quebra seus vínculos com a sociedade civil e retorna à vida em estado de natureza, entendendo estado de natureza como “a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida” (HOBBS, 1999).

Para Hobbes, portanto, o estado natural é um estado de guerra permanente onde os homens são inimigos entre si, podendo, como inimigos tudo contra todos, pois em estado de guerra não há leis, não há justo ou injusto e sequer bem ou mal (HOBBS, 1999).

Com intuito de abandonar este estado, os homens reuniram-se e fundaram o Estado (a partir do contrato social), desejosos de uma vida mais segura, mesmo que implicando em uma redução de sua liberdade, tornando-se assim cidadãos.

¹⁹ PIM, Joám Evans; KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua...**, cit.

Assim, as leis civis, feitas para os cidadãos, que pactuaram em favor da constituição do Estado, são dirigidas apenas aos cidadãos, enquanto que os inimigos, que negaram a autoridade do Estado, podem ser tratados como os representantes do Estado desejarem.

O inimigo, que não esteve sujeito, ou se esteve, renunciou às leis da sociedade, pratica atos de agressividade que tornam legítimos qualquer reação por parte do Estado, pois se em estado natural permanecem, serão tratados segundo preceitos naturais e não sob as leis civis.

Um ato a um homem que não é cidadão, se em nome do bem do que o são, é perfeitamente legítimo, tratando-se de um ato contra um inimigo, perfeitamente aceito quando representar um benefício ao Estado. Segundo Hobbes “é legítimo fazer guerra, em virtude do direito de natureza original no qual a espada não julga [...] nem tem outro respeito ou clemência senão o que contribui para o bem do seu povo” (HOBBS, 1999).

O Direito é que permite a convivência social e, portanto, regula o vínculo entre pessoas e seus respectivos direitos e deveres. A relação com o inimigo não observa os mesmos parâmetros, posto que ele não esteja inserido nesse vínculo jurídico. Assim, o tratamento a ele destinado não é determinado pelo Direito. Aos inimigos, a coação. Jakobs fundamenta ainda, com apoio em Hobbes e Kant, que o *status* de cidadão não é necessariamente algo que não se pode perder, posto que “não se trata como pessoa quem me ‘ameaça... constantemente’, quem não se deixa coagir ao estado de civilidade” (JAKOBS, 2008, p. 41).

Para que um sujeito possa ser considerado pessoa, na perspectiva de Jakobs, deve se comportar de tal maneira que nele se observe participação, comprometimento, e lealdade jurídica suficiente. A convivência social cria expectativas de comportamento pessoal e quando essas expectativas são frustradas de maneira duradoura, isto é, o indivíduo “não age de maneira relativamente confiável prestando e prometendo lealdade jurídica, deixaria de ser considerada pessoa, seria um indivíduo perigoso a quem o Direito Penal do Inimigo se destinaria” (JAKOBS, 2008).

2.3.1.1 A definição do inimigo

O Estado, na visão de Jakobs, tem dois caminhos possíveis para atuar em relação aos criminosos. Assim, podem ser vistos como pessoas que cometeram falhas, que erraram, e a eles seriam destinados todo arcabouço jurídico do Direito Penal do Cidadão. Todavia, podem também ser considerados indivíduos perigosos e, portanto, precisam ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, para estes, a solução é a coação.

A definição do inimigo, portanto, está a depender do comportamento do sujeito diante do ordenamento jurídico. A promessa de lealdade jurídica e a oferta de segurança suficiente de que se comportará tal qual o prometido é que garante ao sujeito o *status* de pessoa.

Quem não faz essa promessa de forma credível, será tendencialmente gerido por outrem; seus direitos serão subtraídos. Seus deveres permanecem ilimitados (ainda que, cognitivamente, não se conte mais com o cumprimento dos deveres), caso contrário, ele não seria criminoso por não existir uma violação do dever.

As prescrições legais orientam o agir do sujeito e a adequação de seu comportamento ao socialmente esperado é que possibilita a vigência da norma perante o grupo social. Na ausência dessa garantia, o Direito Penal, que até então seria apenas uma reação da sociedade diante do delito praticado por um dos seus membros, passa a ser uma reação contra o inimigo. Assim expõe Jakobs e Alessandra Greco explicita citando o autor:

Quem não oferece segurança cognitiva suficiente (procedimento pessoal) será tratado como inimigo pelo Estado (do contrário vulneraria o direito de segurança dos considerados cidadãos) (GRECO, 2006, p. 721).

Assegura ainda que “o grau adequado de fidelidade ao direito não é determinado segundo o estado psíquico do sujeito, mas é estabelecido como parâmetro objetivo por meio de uma pretensão dirigida a cada cidadão; mais exatamente, em razão desta pretensão se trata de um cidadão, uma pessoa” (JAKOBS, 2008).

Sánchez, com fundamento nas proposições de Jakobs, evidencia que [...] o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional, ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta (SÁNCHEZ, 2002).

A condição de pessoa precisa ser conquistada e mantida pelos indivíduos para que possam ser tratados como pessoa. O Direito Penal do Cidadão, segundo Jakobs, nas palavras de Alessandra Greco:

Não participa de conceito de cidadão (pessoa) aquele que não admite ingressar no estado de cidadania [...] cabe ao Estado não reconhecer seus direitos ainda que juridicamente ordenados [...] (GRECO, 2006, p. 721).

Alerta ainda que: “um inimigo não precisa ser necessariamente um inimigo total; ele pode muito bem ser um inimigo parcial” (JAKOBS, 2008).

Tabela 2: Como devem ser tratados os inimigos

COMO DEVEM SER TRATADOS OS INIMIGOS
<ul style="list-style-type: none"> • Não participa de conceito de cidadão (pessoa) aquele que não admite ingressar no estado de cidadania. • O inimigo não é um sujeito processual (não se comunica com o seu advogado constituído). • Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos ainda que juridicamente ordenado. • Não justifica um procedimento penal legal, mas de guerra. • Quem não oferecer segurança cognitiva suficiente (procedimento pessoal) será tratado como inimigo pelo Estado (do contrário vulneraria o direito de segurança dos considerados cidadãos).

Fonte: GRECO (2006, p. 721)²⁰

²⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Direito Penal do inimigo...**, p. 721.

2.3.1.2 Incursão na jusfilosofia

O doutrinador alemão Günther Jakobs, cujo entendimento se fundamenta nas políticas públicas de combate à criminalidade nacional e/ou internacional, vai buscar a base filosófica dessa teoria recente, na influência de ilustres personagens da ciência jurídica, a saber: Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant.

Citando Kant, Jakobs informa que todo direito está vinculado a uma autorização para emprego da força e a coação mais intensa, sendo esta, a criminal. E, citando Rousseau, diz que qualquer malfeitor que ataque o direito social deveria de ser membro do Estado, posto que se ache em guerra com ele, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor.

Alexandre de Moraes citando Gomes sintetiza o suporte filosófico utilizado por Jakobs para a construção do seu “Direito Penal do Inimigo”, da seguinte forma:

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

Para os filósofos Rousseau (2006, p. 43) e Fichte (1960) apud Jakobs (2008, p. 25), basicamente, todos aqueles que delinquirem não poderia ser tratado como cidadão, porém Jakobs (2009, p. 26) absteve-se dessa definição por dois motivos por ele elencados, sendo o primeiro, a ressocialização do delinquente, e para isso, se torna necessário manter o *status* de pessoa; e o outro seria o de reparação.

Já para Hobbes (1999, p. 231) e Kant (2006), somente poderão ser tratados como inimigos aqueles que, por sua vontade, trair o contrato social ou não se sujeitar a constituição

cidadã (Kant). Jakobs se aproximou mais definição de Kant, pois para ele o inimigo não estaria totalmente excluído de todos os Direitos, caso que acontece na concepção de Hobbes em relação aos grandes traidores.

Assim, Jakobs utilizaria como base jus filosófica as teorias de Hobbes e Kant, tendo em vista que o de Hobbes (1999, p. 231), tem o conceito de que o inimigo é aquele que trai a constituição do Estado, e a de Kant (2006, p. 166) extraiu que, o inimigo é aquele que fere a manutenção da ordem social.

Acertadamente, Moraes (2011, p. 195) o definiu:

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como ‘Inimigos’; aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fiéis à norma.

Portanto, para Jakobs, segundo interpretação de Greco (2006, p.23), todos aqueles que não se submetem a um estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de pessoa, sendo a eles aplicados o mesmo Direito Penal e processual Penal, mas sim, como o próprio define um Direito de guerra.

Com efeito, Jakobs inicia a constituição de sua teoria, afirmando que o Direito Natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinquente é um inimigo (Rousseau, Fichte). Para manter um destinatário das expectativas da norma, entretanto, é preferível manter, por princípio, o *status* de cidadão para aquele que não se desviam (Hobbes, Kant).

Desta forma, segundo Moraes (2011, p. 187), ele parte da ideia de pensadores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante contrato. Tais pensadores entendem o delito como uma infração ao contrato social, de modo que, o delinquente já não pode mais usufruir dos seus benefícios: a partir dessa violação, já não participa mais de uma relação jurídica com os demais. Em ressalva, Jakobs dirá que a violação deverá ser contumaz, não isolada.

O malfeitor, segundo Rousseau (1712-1778)²¹, que ataca o direito social “deixa de ser membro do Estado, posto que se encontre em guerra contra ele”. A consequência é assim representada: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”. Deste modo idêntico, argumenta Fichte (1762-1814)²² que: “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que o contrato se contava com sua prudência, seja, de modo voluntário, ou, por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos”²³.

Jakobs, a despeito de introduzir as concepções de Rousseau e Fichte, não as endossa por entender que “a separação radical entre cidadão e seu direito, por um lado, é o injusto do inimigo, por outro é, demasiadamente abstrata”²⁴. E prossegue: “um ordenamento jurídico deve manter dentro do direito também o criminoso, e isso, por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar-se com a sociedade, e para isso, de manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso, sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder a reparação e também os deveres, tendo como pressuposto a existência de personalidade; dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através do seu ato”²⁵.

Hobbes (1999), por sua vez, com conhecimento dessas ressalvas apontadas por Jakobs, também mantinha em princípio o delinquente em sua função de cidadão: “o cidadão não pode eliminar por si mesmo o seu *status*”. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: “pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza, e aquele que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigo”²⁶.

Já Kant (2006), não fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natu-

²¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social...**, cit.

²² FICHTE, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. apud GRACIA MARTÍN, Luis, 1960, § 20, p. 253 op. cit.

²³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo...*, p. 25-26.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*. p. 26-27.

²⁶ *Ibidem*. p. 27.

reza (fictício) para o estado estatal. Na sua construção, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã²⁷.

A liberdade para Kant é a liberdade de agir segundo as leis: “as leis descrevem relações de causa e efeito. Portanto, os homens são livres quando causados a agir [...] liberdade é ausência de determinação extrema do comportamento. Se as ações causadas, obedecem às leis; e se essas leis não são extremamente impostas, só podem se autoimpostas”²⁸.

E justamente por isso que, segundo Kant, “quando unidos para legislar os membros da sociedade civil são denominados cidadãos”²⁹. Deduz Jakobs que, o “*status*” de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder e que a separação radical entre o cidadão e o seu Direito de um lado e o injusto do inimigo do outro lado, é muito abstrata.

Um ordenamento jurídico deve manter também dentro do Direito o criminoso, para que este possa restabelecer-se como pessoa, como cidadão, enfim, recuperar sua situação dentro do Direito, seus deveres e obrigações, já que não pode arbitrariamente desvincular-se da sociedade definitivamente através do seu ato.

Hobbes ao tratar sobre o contrato de submissão por meio da violência, que não se deve entender como um contrato, mas uma metáfora para que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. Hobbes mantém o delinquente em sua função de cidadão. O cidadão não pode eliminar por si o seu *status* (HOBBS, 1999).

É diferente quando se trata de uma rebelião, que são comparados a uma traição, e em sendo considerados traidores do Estado, são tidos como inimigos e por isso mesmo, não são tratados como súditos (cidadãos). Apenas o réu de alta traição é o inimigo (HOBBS, 1999).

Para Kant, o modelo contratual regulador e limitador do poder do Estado estão na passagem do “estado de natureza do indivíduo”, fictício, para o estado estatal no qual toda pessoa pode obrigar outra a entrar em uma constituição cidadã. Mas a dúvida colocada por Jakobs é sobre aquela pessoa que não se deixa obrigar [...] essa é tida como inimigo, pois é uma questão de princípios que recusa a aceitar o estado comunitário legal (Kant e Hobbes).

²⁷ Ibidem. p. 28.

²⁸ WEFFORT, Francisco Correa. **Os Clássicos da Política...**, p. 53-54.

²⁹ Ibidem. p. 62.

Tabela 3: Fundamentos filosóficos do Direito Penal do Inimigo

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO
<ul style="list-style-type: none"> • Inimigo não é membro do Estado. Está em guerra com o Estado (Rousseau). • Deve morrer (Rousseau). • O inimigo perde seus direitos (Fichte). • O criminoso deve ser castigado como inimigo e não como súdito (Hobbes). • Quem ameaça a sociedade e o Estado e não aceita “o estado comunitário legal” deve ser tratado como inimigo. Exclui-lhe o <i>status</i> de pessoa (Kant e Hobbes).

Fonte: GRECO (2006, p. 718) ³⁰

2.3.2 Características essenciais do Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal tutela bens jurídicos e regula as relações dos indivíduos em sociedade e tem como uma de suas principais características, a finalidade preventiva. As regras do jogo são lançadas, estão aí, caracterizando a chamada prevenção genérica. Esta confere os parâmetros gerais da sociedade e visa motivar todos os indivíduos a não infringirem a ordem jurídico-penal. Entretanto, se ainda assim esta for violada, ao indivíduo infrator será imposta a sanção efetiva, atuando sobre ele de forma a restabelecer o equilíbrio. Nesse momento, tem-se a prevenção especial.

Jakobs entende que as fundamentações teóricas do Direito Penal podem ser muito bem construídas e transmitirem segurança. Entretanto, é possível perceber que há certo distanciamento entre o modelo jurídico-penal ideal e o Direito Penal vivido. Nesse contexto, é certo que todos devem ser tratados como pessoa, mas isso “é um mero postulado, um modelo [...] é preciso distinguir um Direito postulado – não importando o quão convincente seja –, um Direito-modelo e a estrutura normativa real de uma sociedade. Pode ser que o primeiro oriente no futuro, ‘mentalmente’, mas somente o segundo orienta no respectivo ‘aqui e agora’” ³¹.

³⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Direito Penal do inimigo**..., p. 718.

³¹ BINATO JÚNIOR, Otávio. **Do Estado Social ao Estado Penal**..., p. 136.

Otávio Binato Júnior, em excelente dissertação de mestrado, aponta três características básicas do Direito Penal do Inimigo que, praticamente, todos os autores que debatem o tema assinalam:

- a) o adiantamento das barreiras de punibilidade para estágios bastante afastados da efetiva lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados;
- b) um significativo aumento de pena dos tipos penais que integram estas legislações;
- c) a diminuição ou mesmo eliminação de algumas das garantias processuais básicas, gerando um verdadeiro Processo Penal do Inimigo.

Sánchez aponta basicamente as mesmas características e aduz que estas “seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção Penal, isto é, mudança de perspectiva do fato passando a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-pena à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais” (SÁNCHEZ, 2002).

Meliá sintetiza as proposições de Jakobs e reafirma as características básicas por este enumeradas:

O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas³².

³² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del ...*, p. 67.

2.3.2.1 Amplo adiantamento da Punibilidade

Destaca-se neste tópico que com o adiantamento da punibilidade que se quer é a punição dos atos preparatórios e dos delitos de mera conduta.

Desta forma, Greco (2006, p.246) define atos preparatórios como a seleção de meios aptos a chegar ao resultado por ele pretendido e, delitos de mera conduta, como sendo o simples comportamento previsto no tipo, não sendo exigido qualquer resultado.

Assim, a punibilidade avança para o âmbito da preparação, que é a pena frente aos atos exteriorizados do cidadão e a pena no âmbito de fatos futuros, para os atos preparatórios do inimigo que deve ser interceptado desde o estado prévio, no combate forte e decisivo contra a sua periculosidade, que materialmente trata-se de uma custódia de segurança antecipada denominada pena.

Logo se deduz que a punição dos atos preparatórios e a tipificação dos delitos de mera conduta são como afirma Moraes, de ordem preventiva.

Para o enfrentamento dos inimigos, as sociedades modernas têm recorrido a regulações jurídicas de características tais que permitiram identifica-las facilmente como próprias do Direito Penal do Inimigo:

- a) antecipação da punibilidade de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade de penas;
- c) legitimação, como nos explícitos casos europeus que se autodenominam de ‘leis de luta ou de combate’;
- d) restrições de garantias penais e processuais;
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução Penal, como o regime disciplinar diferenciado adotado, recentemente, no Brasil.

Para Alexandre de Moraes, a punibilidade dos atos preparatórios e a tipificação de crimes de mera conduta são polemizadas pela doutrina. E, ele prossegue dizendo:

A punição de atos de mera conduta é inegavelmente de ordem preventiva³³.

E ele continua, referindo-se a Manoel Pedro Pimentel (1968, p. 91-92)³⁴:

A idoneidade dessa conduta basta para tratá-la como objeto de reprovação, por parte do legislador, em face de presunção de dano ou de perigo, sendo indiferente que chegue, ou não, a produzir qualquer resultado³⁵.

Ao analisar o ordenamento brasileiro, é ampla a existência de tipos que punem atos preparatórios, como nos casos de quadrilhas ou bando, associação para o tráfico a posse de instrumentos destinados usualmente à prática de furto, dentre outros exemplos. Dos crimes de mera conduta, citemos, por exemplo, a violação de domicílio.

2.3.2.2 Penas previstas desproporcionalmente altas

Gracia Martín (2007, p. 89) define esta característica, como a desproporcionalidade de pena. Havendo a punição de atos preparatórios com o mesmo rigor de que se o fato fosse consumado, e que no sistema brasileiro só há punição se não houver ao menos o começo de execução (forma tentada). Para a teoria, a punição poderia ocorrer desde os atos preparatórios,

³³ MORAES, Alexandre. **Direito Penal do...**, p. 196.

³⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera...**, p. 91-92.

³⁵ *Ibidem*. p. 199.

a qual seria punida da mesma forma, sem nenhuma redução de pena, se o fato fosse consumado.

Com a preocupação de Jakobs com a culpabilidade do indivíduo, se percebe que se busca então a punição com base em um Direito Penal do autor e não o do fato, como é o tradicional Direito Penal.

Binato Júnior (2007, p.141) analisando a ideia de Jakobs, evidencia:

A justificativa de Jakobs que legitima, em última análise, este aumento de pena independentemente de culpabilidade, é o fato de que, para o penalista alemão, o “*quantum*” de pena necessário não deve guardar relação com a culpabilidade do indivíduo, mas sim com a quantidade de pena necessária para estabilização normativa da sociedade (Direito Penal do Cidadão) e com o grau de periculosidade fornecida pelo inimigo (Direito Penal do Inimigo)³⁶.

Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, passa a ser um exemplo da aplicação do Direito Penal do Inimigo, o aumento de punição para alguns crimes; é exatamente o que quer Jakobs com a sua teoria.

2.3.2.3 Relativização ou exclusão das garantias penais processuais

Esta é a característica em que surgem mais críticas, isso por se tratar de um assunto mais delicado no mundo Penal, tanto que ao analisar a nossa Constituição Federal de 1988, é vasto o número de garantias elencadas, como o princípio da legalidade, a Presunção de Inocência, Devido Processo Legal, dentre outros que na concepção de Jakobs, sofre uma diminuição em sua aplicação aos inimigos.

³⁶ BINATO JÚNIOR, Otávio. *Do Estado Social ao Estado...*, cit.

Para Binato Júnior (2007, p.142):

A diminuição das garantias processuais para o Inimigo tem como objetivo, facilitar mais condenação dos Inimigos para poder livrar o Estado de fornecer todas as garantias existentes para seus cidadãos ³⁷.

Meliá (2007, p.95) apresenta como crítica de que com o Direito Processual do Inimigo não se quer pode provar a ocorrência da conduta delituosa, mas sim, que tal indivíduo é um Inimigo da sociedade, não se tornando assim, efetiva como o Direito Penal clássico ³⁸.

Ao analisar algumas Leis esparsas no Brasil, pode se notar a existência desse processo Penal do Inimigo apontado pelo espanhol, tendo como exemplo a Lei nº 9034/95 a qual trata sobre o crime organizado o qual em seu artigo 2º permite à ação controlada (Flagrante Prorrogado) a interceptação telefônica e a infiltração para o fim de investigação, como também, em seu artigo 3º a não concessão da liberdade provisória aos que tenha efetiva participação na organização criminosa, dentre outras peculiaridades.

No ordenamento jurídico brasileiro pede-se flexibilização de garantias com a finalidade de inibir os crimes de maior gravidade, onde os legisladores brasileiros criaram Leis, que se forem analisadas na ótica de Jakobs, trazem resquícios do Direito Penal do Inimigo.

Autores como Lavorenti (2010, p.209) trata a Lei de Crimes Hediondos como principal exemplo brasileiro do movimento da Lei e da ordem, não estando de todo errado, de forma que tal medida de repressão se assemelha como o Direito Penal do Inimigo, podendo até se dizer que o Direito Penal Máximo seria um gênero, e o movimento da Lei e da ordem e Direito Penal do Inimigo, seriam espécies.

Porém, o enfoque que deve se dar no momento é em relação à teoria de Jakobs nas principais legislações esparsas do ordenamento jurídico Penal brasileiro, sendo a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.078/90), Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), onde as duas primeiras não criam novos tipos penais, somente regulamenta um

³⁷ Ibidem. p. 142.

³⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções...**, cit.

tratamento diferente aos que se enquadram às definições expostas. Diferentemente da Lei de Drogas, que trás não só tipos novos, mas também um tratamento diferenciado para os que cometerem as condutas descritas nos tipos.

No que tange a relativização ou até exclusão das garantias constitucionais no Estado Nacional, sabiamente, Alessandra Orcesi Pedro Greco se posiciona:

As manifestações do Direito Penal do Inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onde punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou direita repressiva; fruto disso é o Direito Penal do Inimigo). Mas esse Direito Penal do Inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (Estado de Defesa e de Sítio). A criminalidade etiquetada como inimiga não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causam grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado). Logo, contra ela só se justifica o Direito Penal da normalidade (leia-se do Estado de Direito). Tratar o criminoso comum como “criminoso de guerra” é tudo que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do “vale tudo”) conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático (2006, p. 727).

Podemos dizer que a essência do conceito de Direito Penal do Inimigo, está na constituição de uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

O Direito Penal do Inimigo, trata de inimigos no sentido pseudo-religioso e não na acepção tradicional-militar. A identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, não é uma identificação de fonte de perigo e sim o exercício da função normativa do agente. Na concepção pseudo-religiosa, a carga genética do punitivismo se combina com o Direito Penal simbólico, caracterizando assim, Direito Penal do Inimigo.

Sendo assim, não é um determinado fato que está na base da tipificação penal, mas também, outros elementos, contanto que sirvam à caracterização do autor como pertencente à categoria dos inimigos.

2.4 Estado atual da política criminal

2.4.1 Expansão do Direito Penal

Meliá apresenta sua contraposição à exposição de Jakobs:

Após os atentados de 11 de setembro de 2001, o “mundo ocidental”, passou a discutir de forma contundente o dia a dia jurídico-político, passando a reformar setores de regulação que já existiam de forma rápida, chegando cada vez mais breves também ao Código Penal ³⁹.

Meliá, na construção da sua análise sobre a política criminal, por meio de um diagnóstico da expansão do Direito Penal conclui que, estes fenômenos expansivos são o chamado Direito Penal simbólico e punitivismo, pois ambas as linhas de evolução constituem a linhagem do Direito Penal do Inimigo. O Direito Penal simbólico seria, portanto, um fenômeno de neocriminalização, a respeito dos quais se afirma de forma crítica, que tão só cumprem efeitos meramente simbólicos, e os elementos deste direito possuem a mesma essência do Direito Penal. Salienta o autor que na parte especial deste direito simbolista, certos tipos penais nos quais se criminaliza meros atos de comunicação, como exemplo, os delitos de instigação ao ódio racial ou os de exaltação ou justificação de autores de determinados delitos.

Esta parte especial, a qual se refere Meliá, indica com toda clareza que o direito penal simbólico não só implica uma colocação em cena por parte de determinados agentes

³⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo...**, p. 49-50.

políticos, mas que, ademais, de certo modo é também a sociedade em seu conjunto a que leva a cabo uma representação. Entretanto, enfatiza o autor, certo e evidente é que são justamente ao contrário, em tais casos não se confirma uma determinada identidade social, mas que esta se pretende construir mediante o direito penal ⁴⁰.

Dando enfoque ao fenômeno do punitivismo, ressalta Meliá que a promulgação de normas penais meramente simbólicas não atenderia ao verdadeiro alcance das normas, pois o direito penal não aparece meramente como instrumento capaz de produzir a tranquilidade das pessoas mediante mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não serem aplicadas, mas diante de processos de criminalização a introdução de normas penais novas com a intenção de promover sua efetiva aplicação, ou seja, processo que conduzem a norma penal que só assim são aplicadas, ou verifica-se o endurecimento das normas penais já existentes. Neste sentido, a realidade do direito positivo leva o legislador a reagir com firmeza dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da luta contra a criminalidade, isto é, com um incremento das penas previstas ⁴¹.

Relacionado o punitivismo com direito penal simbólico, evidencia-se que ambos os fenômenos não são suscetíveis de serem separados nitidamente. O que ocorre na realidade é que na realidade, a denominação de direito penal simbólico não se refere a um grupo bem definido de infrações penais, caracterizadas por sua inaplicabilidade, pela falta de incidência real na solução, em termos instrumentais. Tão só identifica a especial importância outorgada pelo legislador, aos aspectos de comunicação política, em curto prazo, na aprovação das respectivas normas ⁴².

O direito penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência de norma penal persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como outros, não integrados nesta identidade, mediante exclusão do outro. Para isso, também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exa-

⁴⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*..., p. 59-61.

⁴¹ *Ibidem*. p. 65-66.

⁴² *Ibidem*.

cerbado, em escala, especialmente, a conduta em questão já esta apenada. Portanto, o direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal ⁴³.

Meliá ao analisar o fenômeno do Direito Penal do Inimigo nas legislações atuais, assevera, concluindo, que não é consequência de um fator externo à própria evolução dos sistemas jurídico-penais. Analisando o desenvolvimento e os estudos político-criminais prévios à atual onda de Direito penal do inimigo nos diários oficiais mostra que sua origem tem suas raízes em momentos históricos anteriores ao atual. Não se trata de um fenômeno conjuntural e não é devido a fatores exógenos, o atual Direito penal do inimigo não é um simples retorno a uma política criminal autoritária, mas uma fase evolutiva nova.

Alessandra Orcesi Pedro Greco, brilhantemente, se manifesta sobre a política criminal caracterizada, principalmente, pela expansão do Direito Penal:

Podemos constatar esta expansão através de uma simplória constatação, a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado ao redor do elenco nuclear de normais penais, um conjunto de tipos penais que, visto desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de criminalização no estado prévio, a lesões de bens jurídicos, onde temos penas e consequentemente sanções desproporcionalmente altas. Em suma, na evolução atual, tanto do Direito Penal material, quanto do Penal Processual, constatamos em seus conjuntos um horizonte político-criminal traços de um Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais. Para entendermos melhor, vamos comentar brevemente, os fenômenos expansivos que mostram tal evolução político criminal atual. Temos então, o Direito Penal simbólico e o ressurgir do punitivismo que irão compor a linhagem do Direito Penal do Inimigo. Fenômenos neocriminalização, onde criticamente diz que tão meramente se cumpram efeitos simbólicos “Hassmer”. Para Hassmer, temos a criação da suspeita de que não considera a dureza muito real e nada simbólica das vivências de quem se vê submetido à presunção penal, delito, processado, acusado, condenado, encarcerado. Vislumbrando a ideia de que ao infligir um dano concreto com a pena, para obter efeitos um pouco mais que simbólicos. Todavia, o Direito Penal simbólico faz parte do Direito Penal, sendo incorreto dizer que tal fenômeno não está entrelaçado ao mesmo. O que Jakobs denomina de Direito Penal do Inimigo como bem sublinhou Meliá (Derecho penal del enemigo, Jakobs, Günther e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003, p.59 e ss.), é nada mais que um exemplo de Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele “é” e faz oposição ao Direito Penal do fato que pune o agente pelo que ele faz. A máxima expressão do Direito Penal de autor, deu-se durante o nazismo, desse modo, o Di-

⁴³ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito...**, p. 150.

reito Penal do Inimigo relembra esse trágico período; é uma nova “demonização” de alguns grupos de delinquentes ⁴⁴.

Alessandra Greco enfatiza ainda que:

Não se reprovava (segundo o Direito Penal do Inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso, a pena e medida de segurança deixam de serem realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo). É um Direito Penal prospectivo em lugar do retrospectivo Direito Penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que propugnavam (inclusive) pelo fim das penas e imposição massiva das medidas de segurança). O Direito Penal do Inimigo não repele a ideia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados). Não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra. O Direito Penal do Inimigo constitui, desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais. É fruto, ademais, do Direito Penal simbólico somado ao Direito Penal punitivista (Cancio Meliá). A expansão do Direito Penal (Silvia Sánchez, *A expansão do Direito Penal*, trad. De Luiz Otávio Rocha, São Paulo, RT, 2002) é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Esse Direito Penal “do legislador” é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como “produto” o tal de Direito Penal do Inimigo ⁴⁵.

O Direito Penal do Inimigo não é só um determinado fato, que está na base da tipificação penal, mas também outros elementos, contanto que sirvam à caracterização do autor como pertencente à categoria dos inimigos.

O Direito Penal foi e vem sendo cada vez mais projetado para combater o inimigo. Apresentado pela sociedade com um discurso eminentemente emocional e promocional; o Di-

⁴⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Direito Penal do inimigo e Criminalidade...**, p. 725.

⁴⁵ *Ibidem.* p. 726.

reito Penal está longe de ser remédio para a violência e criminalidade, pois o Estado, obtentor do poder punitivo, é grandemente influenciado pela mídia.

Na realidade, é viável para o Estado e para a mídia, continuar projetando o inimigo e o sofrimento da vítima nos noticiários, pois com todo esse sensacionalismo, a mídia se mantém em alta e o Estado se mantém no poder punitivo, podendo escolher o inimigo da vez.

No Brasil, um fenômeno de insegurança coletiva, exacerbado pela mídia, exige uma aplicação de “justiça” diferenciada daquela estabelecida por um Estado de Direito. Essa cultura deseja processos sumários, sem ritos e extra-institucionais. Trata-se, de supressão de direitos e garantias individuais, em função de uma exigida segurança social, sem observar-se que é justamente a atenção e o respeito demonstrados a estes. O sistema penal brasileiro mostra-se seletivo, centralizando seu foco em inimigos pré-concebidos, dando a eles tratamento distinto do conferido aos demais delinquentes ⁴⁶.

Há um estado de medo permanente na sociedade brasileira, provocado pela existência de alarmantes índices de criminalidade fazendo com que os criminosos invadam as cadeias e subvertido o próprio sistema de execuções penais, convertendo os próprios estabelecimentos prisionais em pontos de referência das organizações criminosas, de onde partem ordens e diretrizes para a realização de certas ações delitivas. Isto, associado à crescente influência dos bandos criminosos, principalmente em locais com grande concentração de pessoas vivendo em condições de vidas desumanas, tem feito com que as instâncias estatais de controle social reajam de modo conhecido, a edição reiterada de mais legislação penal, progressivamente restritiva e ofensiva às garantias fundamentais ⁴⁷.

Diplomas legais duramente repressivos vêm sendo elaborados, a exemplo do caso da regulamentação do Regime Disciplinar Diferenciado, vinculado a uma política criminal equivocada, de ingresso em um ciclo vicioso de responder à violência com mais violência. O embasamento para esta situação é objetivamente a mesma que se utiliza para justificar o Direito Penal do Inimigo, ou seja, indivíduos que agem à margem do ordenamento jurídico, gerando grave risco. Está formado um ciclo que se repete ⁴⁸.

⁴⁶ CALHAU, Lélío Braga. **A mídia e o Direito Penal do Inimigo...**, cit.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal...**, cit.

O Direito Penal simbólico está na mesma linha do Direito Penal do Inimigo, sendo que a “parte especial” deste tipifica como graves condutas que constituem meros atos de comunicação, por exemplo, a apologia ao crime ⁴⁹.

Isso faz recordar a lição de Maria Lúcia Karam, que afirma que a criminalização da publicidade enganosa ou abusiva encerra irônico paradoxo, pois a mais eficaz e perversa praticada com base em propaganda enganosa é a “venda” do sistema penal ⁵⁰.

Meliá chama a atenção para transformações legislativas havidas na Espanha a partir do ano de 1978, exemplificando com o aumento da pena, na reforma de 1995, em que o tráfico de psicotrópicos passou a ter pena correspondente à do homicídio praticado mediante negligência grave e à do aborto sem o consentimento da mãe. Ele afirma que o punitivismo, também, encontra solo fértil nos Estados Unidos da América ⁵¹.

O Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm relação fraternal O Direito Penal do Inimigo é uma continuação disso. A preocupação não é somente com o fato, identifica e estigmatiza, também, o autor do fato.

É lamentável verificar que a cultura policialesca não é exclusiva da República Federativa do Brasil. A Constituição desta, traduzindo tal cultura, reduz à segurança pública ao aparelho policial (art. 144), quando muitos outros meios de prevenção e restauração da ordem pública, atingida por violações à segurança pública, deveriam ser contemplados e fomentados nas culturas dos povos.

É interessante notar como a teoria do Direito penal do inimigo encontrou grande espaço para o debate na América Latina, sendo que Meliá chama a atenção para o seu acolhimento em Estados de frágil posição democrática, v.g., Colômbia. Todavia, o autor sustenta que o Direito penal do inimigo:

- a) não se volta aos fatos, preferindo demonizar pessoas;

⁴⁹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias...**, p. 196.

⁵⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit.. p. 80-83.

⁵¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo...*, p. 90-91.

- b) consequentemente, transforma o Direito criminal do fato em Direito criminal do autor ⁵².

Na doutrina tradicional, o Direito Penal do fato é compreendido como um princípio liberal excluído de responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos e, dessa forma, afastando um Direito Penal orientado pelos posicionamentos internos do autor.

O punitivismo é um dos instrumentos do Direito Penal simbólico, assim como, são os movimentos de lei e ordem. Esse simbolismo se dá, marcadamente, pela falência da prevenção geral, a qual segundo a lição de Roxin, não ocorre. Então se torna oportuna a lição de Zaffaroni e Pierangeli:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma "forma de ser" do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o "ser ladrão" ⁵³.

A ilegitimidade das premissas do Direito Penal do autor, pela sua própria contradição, afasta também a possibilidade de fundamentação do denominado Direito Penal do Inimigo. Apesar de não haver possibilidade da negação do *status* de pessoa em nosso Direito pátrio e, portanto, no plano jurídico abstrato, é inconcebível a admissibilidade de seus postulados. Isso não quer dizer que concretamente não existam decisões que, ora explícitas ora conjuguem elementos de Direito Penal do autor e Direito Penal do Inimigo ⁵⁴.

⁵² Ibidem. p. 100-105.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal...**, p. 117-118.

⁵⁴ Ibidem. p. 127.

2.4.2 A terceira velocidade do Direito Penal

A expansão do Direito Penal é o fenômeno mais evidente ao âmbito punitivo nos últimos anos. O Direito Penal do Inimigo constitui, pois, um direito de terceira velocidade, que caracteriza pela imposição de pena de prisão sem as garantias penais e processuais.

Prosseguindo, Silva Sánchez posiciona-se:

No momento atual estão se diferenciando duas velocidades no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade e no qual se devem manter de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se somente penas pecuniárias ou restritivas de direito – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo –, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras clássicos a menor gravidade das sanções. Independentemente de que tal proposta possa parecer acertada ou não – uma questão que excede destas breves considerações –, a imagem das duas velocidades induz imediatamente a pensar no Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade, no qual coexistiram a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a flexibilização dos princípios político-criminais e as regras de imputação⁵⁵.

Parece claro que em todos os campos importantes do Direito Penal do Inimigo, o que ocorre não é se conduzir com cautela e se propagar com frieza operações de combate, mas desenvolver-se uma cruzada contra delinquentes perigosos.

O tema “velocidades” do Direito Penal é tratado pelo professor Silva Sánchez, que divide o Direito Penal em três velocidades: Direito Penal de primeira, segunda e terceira velocidade.

⁵⁵ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito...**, cit.

Entende-se por Direito Penal de primeira velocidade o modelo que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, embora fundado em garantias individuais irrenunciáveis.

O modelo adotado pelo Direito Penal de segunda velocidade incorpora duas tendências, quais sejam: a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão que, no Brasil, se consolidou com a edição da Lei n° 9.099, de 1995.

Nessa linha, o Direito Penal da terceira velocidade utiliza-se da pena privativa de liberdade (como 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 integralmente fechado e suprimiu, ou tentou suprimir, algumas prerrogativas processuais (exemplo: a liberdade provisória), e a Lei do Crime Organizado (Lei n° 9.034, de 1995), entre outras.

Citando Silva Sánchez, Meliá diz que existem três “velocidades” que orientam o ordenamento jurídico-criminal, a saber:

- a) impõe respeito às garantias do Direito material e do Direito processual penal clássico para os fatos apenáveis com penas privativas de liberdade;
- b) versa sobre delitos que só admitem penas pecuniárias e penas restritivas de direitos, exigindo adaptações para solução amigável dos delitos de menor gravidade;
- c) é o Direito Penal do Inimigo, que flexibiliza os princípios político-criminais e as regras de imputação⁵⁶.

⁵⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del...*, p. 97.

Em suma, o Direito Penal do Inimigo se encontra como terceira velocidade do Direito Penal, ou seja, a primeira velocidade preferencia a pena privativa da liberdade, a de segunda velocidade as penas restritivas de direito, e por fim, a de terceira velocidade refere-se à mescla das duas velocidades anteriores.

Citando Jakobs, Meliá fala em “Direito Penal simbólico” e, citando Silva Sánchez, fala em “ressurgir do punitivismo”. Nesse ponto, parece-me que ele pretendeu prestigiar o amigo, visto que Claus Roxin (nascido em Hamburgo, em 15/05/1931) antecedeu Günther Jakobs (*Mönchenglabbach*, 27/07/1937) no estudo do Direito, bem como em enfrentar aspectos relevantes do simbolismo do sistema jurídico-criminal. O Direito Penal simbólico se caracteriza por discursos falaciosos (*verbi gratia*, “tolerância zero”), fruto de ânsia da população por segurança.

2.5 Direito Penal do Inimigo e os reflexos no mundo

2.5.1 Metodologia – Direito Penal excepcional

Alexandre de Moraes, assertivamente, citando ⁵⁷ Francisco Conde Muñoz, destaca que:

Exemplos desse Direito penal excepcional têm existido sempre desde as origens da Codificação penal no século XIX, quando desde o primeiro momento se teve que recorrer às leis penais excepcionais contrárias ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros Códigos penais ⁵⁸.

⁵⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 234-235.

⁵⁸ CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial do direito...**, cit.

A grande novidade, além da metodologia utilizada, é possivelmente, como ressalta Conde, que:

Este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a darem-se também nos Estados Democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e, sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal ⁵⁹.

Tal constatação também vem sendo feita pelo Centro de Estudos Legais e Sociais, afiliado à Comissão Internacional de Juristas de Genebra:

Muchos de los países en los que el fenómeno terrorista adquirió dimensiones importantes, cayeron en la tentación de adoptar legislaciones penales de emergencia que tienden a afectar gravemente al sistema de garantías procesales y sustantivas y se mantienen muy lejos de los estándares internacionales del debido proceso legal. Así mismo, el modelo penal de emergencia terrorista muestra también la vocación expansiva inherente a toda legislación de excepción, propagándose a través de normas penales especiales que demuestran su potencial aplicación, aún dentro de las formalidades del Estado de Derecho, a cualquier supuesto que requiera ser reprimido ⁶⁰.

Nesse mesmo sentido, retomando as considerações sobre a política criminal espanhola, Conde acentua que algumas das reformas penais do Código Penal espanhol introduzida em 2003, refletem claramente as características que, segundo Jakobs, correspondem a este tipo de Direito Penal de terceira velocidade:

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, afiliado á "Comisión Internacional de Juristas (Genebra)", "Liga Internacional por los Derechos Humanos (New York)", "Correponales de La Federación de Ligas de Derechos Humanos (FIDH - Paris)", "Miembros de La Organización Mundial Contra La Tortura (OMCT-Ginebra)". Disponível em <http://www.cels.org.ar/Site_cels/documentos/a_docs_trabajo/1_justicia/b_fuerzas/Ley_antiterrorista.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2011.

Como exemplos de penas desproporcionadas, junto as que desde muito tempo podem aplicar-se em caso de tráfico de drogas e terrorismo (crf. Por exemplo, respeito ao tráfico de drogas, arts. 368, 369, 370; e respeito ao terrorismo, arts. 571 e ss.), teremos agora a nova regulação dos delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros, que no art. 318 bis permite impor penas que podem chegar aos 15 anos de prisão, em caso de tráfico ilegal ou imigração clandestina, quando o propósito for a exploração sexual de pessoas, se realize com ânimo de lucro, e o culpado pertença a uma organização ou associação, inclusive de caráter transitório, que se dedique a realização de tais atividades; ou até 17 anos e seis meses de prisão quando se trate de chefes, administradores ou encarregados de ditas organizações ou associações. Um regime de dureza extrema, nunca havia antes, se prescindimos agora da pena de morte, com a pena de prisão na Espanha, representa o novo regime da prolongação de dita pena até quarenta anos, sem a possibilidade de redução e concessão de liberdade condicional, tal como estabelecem agora os arts. 78 e 90, depois da reforma de 30 de junho de 2003, que entrou em vigor no mesmo dia de sua publicação, para os delitos de terrorismo. Como exemplo de antecipação da intervenção do Direito penal a suposto afastados, inclusive da posta em perigo do bem jurídico, temos os preceitos relativos à apologia do genocídio (art.607, 2) e a indireta do terrorismo, através de seu enaltecimento ou justificação (art.578), ou penalização da convocatória de *referendus ilegais* (art.506 bis), e da concessão de ajudas ou subvenções a partidos políticos dissolvidos ou suspensos por resolução judicial (art.576 bis), introduzida de forma sub-reptícia na Lei Orgânica 20/2003, de 23 de dezembro de 2003, aproveitando uma Lei de acompanhamento à Lei de Orçamentos ⁶¹.

Já nos Estados Unidos, ressalta Damásio:

Redobram as medidas de segurança a partir de rígido controle dos espaços portuários. Ressurgiram os valores patrióticos, até então rebaixados pelo consumismo e pelo multiculturalismo. A militarização da vida americana tornou-se um fato. Intensificou-se o poderio do complexo industrial-militar. Os Estados Unidos, que já haviam rasgado tratados sobre mísseis assinados com a Rússia e negligenciado o Protocolo de Kyoto sobre o meio ambiente, recusaram o Tribunal Penal Internacional, ficando, então, livres para recriar o Projeto Guerra nas Estrelas, na forma de escudo antimíssil, reativando a corrida armamentista de alta sofisticação tecnológica ⁶².

⁶¹ CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas...**, cit.

⁶² JESUS, Damásio de. **Breves considerações sobre a prevenção ao terrorismo no Brasil e no Mercosul: opúsculo distribuído no evento.** In: JUSTIÇA CRIMINAL EM TEMPOS DE TERROR, 2004, São Paulo: Auditório Júlio Fabbrini Mirabete, Escola Superior do Ministério Público, 2004. p. 9.

Símbolos desta política criminal americana são evidentemente o ‘Combate Inimigo’ e o *Patriot Act*⁶³. O estatuto do ‘combatente inimigo’ permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo indefinidamente e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar perante a Justiça Civil, sobretudo os de ter um advogado e receber visitas. Enquanto o *Patriot Act* corresponde a um abrangente pacote legislativo antiterror que viola, segundo entidades de defesa dos direitos civis, uma série de liberdades individuais, valendo destacar, a título ilustrativo, a permissão de monitoramento de registros de bibliotecas para saber quem empresta determinados tipos de livro.

No tocante a este último ato normativo, Vizzotto (2005) assevera que tal Ato representou a reação mais visível e imediata tomada pelo governo americano para combater os atos de terrorismo perpetrados no fatídico dia 11 de setembro de 2001. Assinada pelo presidente George W. Bush em 26 de outubro de 2001, após rápida e quase unânime aprovação do Senado, a citada lei expande o nível de atuação de agências nacionais de segurança (*FBI - Federal Bureau of Investigation*), bem como das internacionais de inteligência (*CIA – Central Intelligence Agency*), conferindo-lhes poderes até então inéditos. Seu objetivo principal era o de prender os responsáveis pelo ataque; atualmente, visa evitar ocorrências de igual natureza no território norte-americano:

O texto integral, composto por 342 páginas, aborda mais de quinze estatutos, e, além de autorizar agentes federais a rastrear e interceptar comunicações de eventuais terroristas traz as seguintes inovações: (a) torna mais rigorosas leis federais contra lavagem de dinheiro; (b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; (c) cria novos crimes federais; (d) aumenta a pena de outros crimes anteriormente tipificados; e (e) institui algumas mudanças de procedimento, principalmente para autores de crimes de terrorismo⁶⁴.

⁶³ Também conhecido como *USAPA (United States Patriot Act*, acrônimo para *Uniting and Strengthening America by providing Appropriate Tools Required to intercept and Obstruct Terrorism* e Lei Pública nº 107-56. Disponível em: <<http://news.findlaw.com/cnn/docs/terrorism/hr3162.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2011. Deve-se, aqui, destacar o teor da sigla - "unindo e fortalecendo a América ao conceder instrumentos adequados exigidos para interceptar e obstruir o terrorismo", tendo a própria nomenclatura do ato um caráter ideológico e emblemático. No mesmo sentido veja-se: CONDE. *De nuevo*..., p. 18)

⁶⁴ VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro: Breve análise de dispositivos polêmicos do *Patriot Act***. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6037>>. Acesso em: 29 jul. 2012.

Não obstante, Riquer e Palácios ressaltam alguns exemplos sobre o tratamento dado ao ‘inimigo’, ao ‘estrangeiro’ e ‘aqueles que se encontram fora do contrato social’, tirado da ordem do Presidente dos Estados Unidos, datada 13/11/2001. Tal ordem permite a instauração de tribunais militares secretos que se ocupem de julgar os ‘não cidadãos’ acusados de terrorismo ⁶⁵.

A França, por sua vez, com a Lei de 31/10/2001 sobre ‘segurança cotidiana’, ampliou o poder policial de intervenção na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, assim como estendeu a competência do Estado para intervir e controlar a comunicação de possíveis terroristas, embora, ao que parece, não tenha resolvido nem mesmo a questão básica de exclusão social de imigrantes ⁶⁶.

De igual forma, vem operando o governo britânico. Lembra Contreras:

Al igual que sucede con la italiana y francesa, la legislación británica en esta materia gravita en torno a un concepto de terrorismo internacional ampliado y la concesión de poderes desorbitados a la policía; junto a ello, utiliza especialmente el concepto de terrorismo centrado en el inmigrante ilegal ⁶⁷.

De outra parte, parece acertada a análise de Maierovitch, segundo a qual “o governo do premiê Tony Blair trouxe o terrorismo de Estado para dentro de casa”, isto é, “concedeu, com base em meras suposições, licença para matar à *Scotland Yard* e às arapongas do serviço secreto, conhecido como MI5” ⁶⁸.

⁶⁵ RIQUER, Fabián Luis; PALÁCIOS, Leonardo P. *El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes em la ley*. Madri. Revista Universitária, Ano V, nº 3 jun. 2003, p. 1-8, Disponível em: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf>>. Acesso em: 25 de mar. 2012.

⁶⁶ Cf. inúmeros incêndios a veículos e incidentes ocorridos em diversas cidades francesas durante todo o mês de novembro de 2005, com ampla cobertura da imprensa mundial.

⁶⁷ CONTRERAS, Guillermo Portilla. *El derecho...*, cit.

⁶⁸ MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. Terrorismo de Estado. **Folha de S. Paulo**. 12 jul. 2005, p. A11.

Com efeito, o perigo de se implantar uma política criminal de terceira velocidade, sem racionalismo, limites pensados, claramente traçados e debatidos, por certo, refletem o infeliz episódio que vitimou o brasileiro Jean Charles de Menezes:

[...] O sucedido com o brasileiro mostra o erro de enfrentar o terrorismo, que é espécie do gênero crime organizado, com as mesmas armas desumanas, na base da lei de talião. Jean Charles foi alvejado por oito projéteis. Sete deles na cabeça e outro no ombro, este último a revelar erro de pontaria. [...] pelo que se sabem, as chamadas forças de ordem britânicas estão autorizadas a atirar na cabeça, para depois conferir as suspeitas. Segundo oficiais do Exército israelense, o petardo recebido na cabeça interrompe os comandos cerebrais transmitidos aos músculos. Dessa maneira, um terrorista suicida atingido no cérebro fica incapacitado de acionar o detonador de explosivos carregados junto ao corpo [...] para a polícia britânica, a desconfiança vira suspeita em face de diferenças étnicas, de fisionomias orientais, de credo religioso islâmico e de condições sociais. Jean Charles era moreno e estrangeiro, ou seja, vestia o manequim básico do terrorista internacional. [...] O dever de todo policial é enfrentar o perigo e não se portar como um assassino ⁶⁹.

2.5.2 Terrorismo no primeiro mundo e manifestações do direito penal do inimigo

Alessandra Greco (2006, p. 731) manifestando-se quanto aos reflexos do Direito Penal do Inimigo no mundo, noticia, segundo:

Notícia que o Reino Unido deverá adotar medidas contra o terror, que consistem na deportação ou proibição de entrada no país de estrangeiros considerados extremistas. Essas novas regras anunciadas pelo primeiro-ministro britânico Tony Blair, poderão alterar a política de direitos humanos adotados pelo planeta. O governo britânico vai propor um plano de combate ao terrorismo que envolverá os seguintes pontos principais:

⁶⁹ WFM-Folha de S. Paulo. **Terrorismo de Estado, especial para a Folha de S. Paulo**. 20 ago. 2007. Disponível em: <http://ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=8&data%5Bid_materia%5D=555>. Acesso em: 13 dez. 2012.

- a) aumentar as possibilidades para deportação de estrangeiros, abrangendo a promoção ao ódio, a defesa da violência para promoção de crenças pessoais ou o reconhecimento como legítimo do uso desta violência;
- b) criação do crime de negligência ou glorificação ao terrorismo;
- c) recusar asilo para qualquer pessoa que tenha conexão com o terrorismo;
- d) aumento dos poderes do governo para cassar a cidadania de pessoas naturalizadas, caso elas participem de atos extremistas; estuda aumentar os poderes da polícia para manter presos por três meses suspeitos de terrorismo, sem acusação;
- e) será feita uma lista de comportamentos inaceitáveis pelo governo britânico.

Segundo Blair, as novas medidas têm como foco principal cidadãos estrangeiros, porque as autoridades britânicas acreditam que a ideologia do terror venha, sobretudo de fora. Entretanto, cidadãos britânicos envolvidos em atividades consideradas inaceitáveis deverão ser presos ou vigiados ⁷⁰.

Há alguns anos o governo britânico vem sendo alvo de críticas dos defensores do combate ao extremismo islâmico, pois deu acolhida a muçulmanos, recebendo o apelido de “Londonistão”, em referência ao Afeganistão.

Segundo especialistas, a legislação de direitos humanos em vigor do Reino Unido dificulta a deportação de estrangeiros que vivem legalmente no país. Por ser signatário da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o governo britânico não pode expulsar cidadãos que correm risco de ser torturados ou mortos em seus países de origem. Blair afirmou, no entanto, que emendas a essa legislação poderão ser realizadas para facilitar os processos de expulsão ⁷¹.

Se a nova estrutura legal de combate ao terrorismo for adotada no Reino Unido, será mais dura do que aquela adotada pelos EUA após os atentados de 11 de setembro.

⁷⁰ FRAGA, Érica Com “raiva”, Blair lança duro pacote antiterror. Folha de São Paulo, São Paulo, 6 ago. 2005, Folha Mundo, p. A-15.

⁷¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Direito Penal do...**, p. 732.

Nos EUA, a legislação antiterror é mais voltada para a investigação doméstica de suspeitos e de atividades como lavagem de dinheiro. Porém, não existe um impedimento específico à realização de discursos que defendam o terrorismo. Não há uma lista de pessoas, como ocorrerá no Reino Unido, que serão proibidas de entrar no país por simpatizar ou estar diretamente ligadas ao terrorismo. Na prática, o governo americano tem sido extremamente duro, por exemplo, na concessão de vistos para estrangeiros ⁷².

Entretanto, os Estados Unidos possuem um presídio na baía de Guantânamo aonde o Direito Penal do Inimigo vem sendo aplicado. O governo americano alega que, como o presídio de localiza fora do território americano, os indivíduos ali detidos não possuem direitos constitucionais da mesma forma que os residentes no país ⁷³.

Em 2004, três prisioneiros britânicos foram liberados, relatando os abusos sexuais sofridos, tortura, vítimas de perseguição religiosa e forçados a se drogarem ⁷⁴.

A base naval de Guantânamo – que ocupa cerca de 116 quilômetros quadrados na costa sudeste de Cuba – foi estabelecida por membros da Marinha americana em 6 de junho de 1898, durante a Guerra Hispano-Americana. Ela foi alugada aos Estados Unidos em 2 de julho de 1903, através de um acordo assinado pelo presidente Theodore Roosevelt, por aproximadamente cinco mil dólares anuais, que ainda são pagos ao governo cubano. O terreno só pode ser revertido ao controle cubano caso seja abandonado ou por consentimento mútuo, conforme um acordo renegociado em 1934 ⁷⁵.

A Baía de Guantânamo margeia três lados da base naval e o quarto lado, que é guardado por militares americanos, fica em frente a uma parede de cactos construída nos anos sessenta para impedir cubanos de pedirem asilo. Durante meados dos anos noventa, milhares de refugiados de Cuba e do Haiti foram temporariamente abrigados na base naval ⁷⁶.

Nas últimas décadas, a baía esteve encoberta por uma nuvem de marasmo, mas agora se tornou o epicentro de uma polêmica entre EUA, União Europeia, ONU e defensores de di-

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Direito Penal do...**, p. 733.

reitos humanos. Os EUA utilizam a base de Guantânamo desde janeiro de 2002 para deter prisioneiros da operação militar que derrubou o regime *Taleban* no Afeganistão, e suspeitos de integrar a rede terrorista *Al-Qaeda*. O governo americano não confere aos prisioneiros direitos estabelecidos pela Convenção de Genebra, sob o argumento de que não são “prisioneiros de guerra” e, sim, “combatentes inimigos” – uma definição que não existe no mundo jurídico, mas que na prática colocou os presos num limbo fora das leis internacionais. Guantânamo foi o destino de 158 prisioneiros da *Al-Qaeda* e do *Taleban* presos pelas tropas americanas no Afeganistão. Atualmente, há em Guantânamo cerca de 660 prisioneiros, de 43 países – a maioria é do Afeganistão. Segundo a ONG Centro para os Direitos Constitucionais, há presos com idade de 13 a 15 anos e também com mais de 80 anos (Embaixada Americana) ⁷⁷.

Ainda, com base na análise da pesquisa de Alessandra Greco, serão enumerados vários relatos, os quais poderão ser consultados nas fontes – conforme anexo I –, demonstrando-se os que apenas alguns trechos significativos da prática do Direito Penal do Inimigo e as reações contrárias.

Em conclusão, Alessandra Greco, certifica que:

As três últimas referências jornalísticas – conforme anexo I – revelam três aspectos importantíssimos:

- 1) a adesão de segmentos sociais às medidas extremas e desumanas, entre quais professores de Direito e de Filosofia;
- 2) o efeito contrário que pode produzir a adoção desse tipo de desvios da legalidade e de humanismo;
- 3) a divergência de opiniões sobre a prática de tais atos com a afirmação de que se encontram dentro da legalidade.

Esses pontos são, pelo menos, motivo de grande preocupação, porque mostram o germe de uma histeria coletiva, apoiada por intelectuais e que, medidas que escapam da legalidade, podem produzir reação interna e externa de igual magnitude ou maior. Mostram, ainda, que os que defendem atos semelhantes querem mascarar a atuação com um véu de legalidade, ou seja, torna maleável ou flexível o conceito de leis garantidoras para admitir que na verdade sejam violadas ⁷⁸.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Direito Penal do...**, p. 739.

2.6 Direito Penal do Inimigo no Brasil

2.6.1 A criminalidade organizada – Criação de novas Leis

Alessandra Greco, citando Carolina Dzimidas Haber, posiciona-se sobre a realidade brasileira dizendo que:

Mesmo não vivenciando o terrorismo, o país apresenta um cenário semelhante no tocante ao medo e insegurança. Nos últimos anos diversos fatores apontados pela mídia demonstraram incapacidade do Estado em lidar com o problema da criminalidade. É o caso das sucessivas rebeliões comandadas pelos dirigentes do crime organizado, como por exemplo, o Comando Vermelho, os motivos da FEBEM⁷⁹.

A imprensa, muitas vezes, também contribui para o aumento da sensação de insegurança, principalmente pela exploração de alguns crimes. Pode-se citar o massacre do Carandiru, o assassinato da atriz Daniela Perez, o estudante de medicina que disparou tiros em um *Shopping Center* de São Paulo. Nestes casos, apela-se para a expansão do Direito Penal em sua tentativa de ampliar sua esfera de atuação, conferir maior rigor punitivo à chamada criminalidade moderna, caracterizado pelos crimes organizados, como tráfico de drogas, o terrorismo, a lavagem de dinheiro.

Alexandre de Moraes assegura que já, há alguns anos, foram editadas novas legislações que invariavelmente, apresentam mecanismos e parâmetros penais e processuais diversos do modelo liberal-clássico⁸⁰.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 239-240.

Segue Moraes, dizendo:

A hipertrofia legislativa, símbolo da sociedade pós-industrial no Brasil é facilmente constatada por meio de um exercício meramente descrito de Leis criadas, seja para atender às novas demandas penais, seja para o combate da nova criminalidade⁸¹.

Assim, Alexandre de Moraes menciona alguns exemplos:⁸²

- Lei 6368, de 21/10/1976 (Lei de tóxicos) – dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física e psíquica, e dá outras providências. Crime organizado (alterada pelas leis: Lei 8072, de 25/07/1990, Lei 9.804, de 30/06/1999 e Lei 10.409, de 11/01/2002);
- Lei 7492, de 16/06/1986 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) – define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências;
- Lei 7.716, de 05/01/1989 (Preconceito Racial) – define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (alterada pela Lei 9.459, de 13/05/1997);
- Lei 8.072, de 25/07/1990 – dispõe sobre os Crimes Hediondos, regulamenta o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências (alterada pelas Leis 9695/98 e 8.930/94);
- Lei 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor);
- Lei 8.137, de 27/12/1990 – define crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências;
- Lei 8.176, de 08/02/1991 – define crimes contra a Ordem Econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis;

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem. p.240-241.

- Lei 9.034, de 03/05/1995 – dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (alterada pelas leis: Lei 9.303/96 e 10.217/2001);
- Lei 9.099, de 26/09/1995 – dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências (alterada pela Lei 10.455, de 13/05/2002 e Lei 10.259 de 12/07/2001, que dispõe sobre a Instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal);
- Lei 9.296, de 24/07/1996, é a que regulamentou o inciso XII do art 5º da CF/88, prevendo a forma pela qual o judiciário deveria autorizar a interceptação telefônica;
- Lei 9.455, de 07/04/1997 – define os crimes de tortura e dá outras providências;
- Lei 9.605, de 12/02/1998 – dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências (alterada pela Lei 9.985, de 18/07/2000);
- Lei 10.217, de 11/04/2001, publicada no Diário Oficial de 12 de abril do corrente, que autoriza a infiltração de agentes policiais, para o fim de se obter prova em investigação criminal, desde que com autorização judicial, além de outras poucas disposições. Essa Lei nova modificou os artigos 1º e 2º da Lei 9.034, de 03/05/1995 e dispõe sobre utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, inserindo, ainda, a possibilidade de captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, com autorização judicial;
- Lei 10.741, de 01/10/2003 (Estatuto do Idoso) – dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências;
- Lei 10.792, de 01/12/2003 – altera a Lei 7.210, de 11/06/1984 – Lei de Execução Penal e o dec. Lei 3.689, de 03/10/1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências, instituindo o regime disciplinar diferenciado.

2.6.2 Leis penais excepcionais para atender ao clamor social

Alessandra Greco explicita ainda:

Outra Lei aprovada como resposta ao clamor social pela punição é a Lei de Execução Penal (Lei 10.792/2003) que, em seu art. 52 prevê o regime disciplinar diferenciado. Por esse regime, o preso, seja provisório ou condenado, que cometer falta disciplinar que autorize a punição a esse sistema, poderá permanecer trezentos e sessenta dias, sem prejuízo por nova falta grave, até o limite de um sexto da pena aplicada, em cela individual. Só poderá sair da cela por duas horas diárias para banho de sol e receber visita semanal de duas pessoas, sem contar crianças, nesse período. Tal regime se aplica aos presos que constituam alto risco à ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou indivíduos suspeitos de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Exemplo desse caso é o Fernandinho Beira-Mar, traficante preso no presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes. Diante desses exemplos, o que se verifica é a ocorrência de fatores que, em muito contribuem para a aplicação de uma ideologia punitiva, nos moldes do Direito Penal do Inimigo, desenvolvido por Jakobs⁸³.

A Lei 10.826, de 22/12/2003 (Estatuto do desarmamento) – dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM –, define crimes e da outras providências.

E Moraes conclui, esclarecendo que esta legislação, tanto para alcançar novas demandas da sociedade moderna, quanto para atender demandas de combate ao crime organizado e transacional, vem inequivocamente, alterando tanto a concepção de tipos penais, quanto os instrumentos processuais para a necessária persecução, bem como, as clássicas garantias penais e processuais atípicas do Direito Penal da primeira velocidade, usando a expressão de Sánchez. (MORAES, 2011, p. 241).

⁸³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Direito Penal do...**, p. 740.

Valem, finalmente, considerações sobre a Lei de Abate dada pela professora Alessandra Greco:

Outra manifestação do Direito Penal do Inimigo entre nós está evidente na chamada Lei do Abate (Decreto n° 5144 de 16 de julho de 2004 que regulamentou o §§ 1°, 2° e 3° do art. 303 da Lei n° 7.565, de 19 de dezembro de 1986, dispondo esta sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. O Decreto, fundada na lei, permite a destruição de aviões considerados hostis, com autorização do Presidente da República ou de autoridade delegada e obedecidas certas regras administrativas, ou, em outras palavras, pena de morte sem processo ⁸⁴.

Neste sentido, ainda, Maierovitch – um dos poucos a defender a inconstitucionalidade da medida – salientou que o Presidente da República, ao regulamentar, no combate ao tráfico de drogas, o tipo de abate de aeronaves por suspeita de narcotráfico, disciplinando, ainda, o afundamento de embarcações:

Quanto aos inocentes tripulantes, usa-se a máxima calhorda de que os fins (repressão ao narcotráfico) justificam os meios (morte). Na realidade, tudo não passa de pura militarização, imoderada e excessiva, no enfrentamento da questão das drogas ilegais, com execuções sumárias e decorrentes de suspeitas ⁸⁵.

Trata-se, portanto, de um perfeito retrato da esquerda no poder. É ela que, mormente levantava bandeiras contra a exclusão social, agora faz parte de um consenso:

As manifestações de Direito Penal do Inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade entre a direita e a esquerda punitivista (houve época que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onda de punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à di-

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. A Lei de Abate é uma forma de pena de morte? - ‘Tendências e Debates’. Folha de São Paulo, 2004.

reita repressiva; fruto disso é o Direito Penal do Inimigo) (MORAES, 2011, p. 242).

Na conciliação de políticas criminais de exceção com o modelo liberal-clássico, Moraes veementemente posiciona-se:

Evidente que a adoção de políticas criminais de combate e excepcionais, revelam por si só, as mudanças positivas ou negativas – que está sofrendo a sociedade moderna (MORAES, 2011, p. 242).

Alhures, como destaca Sánchez, a criminalidade dos poderosos e das empresas (*Crime of the Powerful corpore and business crime*), evidencia um erro de perspectiva – 80% da criminalidade permanecem manifestando-se como criminalidade dos marginalizados. Assim, segundo ele:

A aposta que parece decidida por uma expansão do Direito Penal, que englobe a relativização dos princípios de garantias e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercussão sobre a criminalidade geral, incluída a dos “*powerless*”, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas⁸⁶.

O grande desafio da atualidade, segundo Alexandre Moraes, é, portanto, constituir um modelo eficaz de enfrentamento da criminalidade, transnacional com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, e citando Luisi:

Será possível enfrentar a criminalidade organizada, respeitando-se as garantias do Estado democrático de direito, e do seu direito penal substantivo e

⁸⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal...**, p. 53-55.

adjetivo? Ou necessário se faz um direito penal e processual penal de emergência, com sacrifício nas garantias individuais? ⁸⁷

Segundo Kujawski:

A consequência mais lógica, previsível e perigosa desse pipocar indiscriminado do terrorismo particularista, sem hora nem local para irromper, é que se estabeleça, em contrapartida, um terror de Estado, também de alcance universal ⁸⁸.

A propósito, Jakobs tão criticado reconhece que:

A introdução de um cúmulo – praticamente já inalcançável – de linhas e fragmentos de Direito Penal do Inimigo no Direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito ⁸⁹.

Deste modo, o próprio Jakobs assevera que é inegável que um ‘Direito Penal do Inimigo’ claramente delineado é menos perigoso, na perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias de um Direito Penal de terceira velocidade ⁹⁰.

⁸⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. p. 192-193.

⁸⁸ KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Império e Terror...**, p. 9-10.

⁸⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo...**, p. 43.

⁹⁰ *Ibidem*.

3. CRÍTICA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.1 Sinopse da Crítica

Perquerir as críticas sobre o ‘Direito Penal do Inimigo’ pressupõe o registro dos argumentos deduzidos por Zaffaroni, possivelmente um dos mais contumazes críticos da teoria de Jakobs. O ‘abecedário’ a seguir, explicitado e didaticamente resumido por Gomes⁹¹ sob o título ‘Reação de Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo’, retrata a conferência feita em São Paulo, no dia 14/08/2004⁹², no qual sublinhou o que representaria a teoria sob análise:

- a) para dominar o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo;
- b) quando o poder não conta com limites, transformando-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito);
- c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos);
- d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que a vítima era ele (com isso, neutralizou a verdadeira vítima do delito);
- e) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.;

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo...**, cit.

⁹² Conferência realizada na sede do IELF (Intituto coordenado por Luiz Flávio Gomes). Disponível em: <<http://www.portalielf.om.br/>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

- f) em nome de Cristo começaram a queimar os inimigos;
- g) para inventar uma “cruzada” penal ou uma “guerra” deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Saddam Hussein);
- h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã;
- i) conta para isso com o apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo);
- j) o criminoso é ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído;
- k) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classe: riqueza e miséria continuam tendo que necessariamente conviver;
- l) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de Polícia) desde essa época é o marginalizado;
- m) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução Francesa, público é o processo, o castigo passa a ser secreto;
- n) no princípio do século XX, a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça;
- o) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.);
- p) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo);
- q) no final do século XX, o centro do poder se consolida nas mãos dos EUA, sobretudo a partir da queda do muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional;
- r) até 1980, os EUA contavam com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países;
- s) com Reagan começa a indústria da prisionização;

- t) hoje, os EUA contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem à custa desse sistema; com isso, o índice de desempregado foi reduzido. E como os EUA podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a ‘máquina de rodar dólares’; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os EUA, eis que não possuem a máquina de fazer dólares;
- u) o Direito Penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV);
- v) das TVs é preciso “sair sangue” (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.);
- w) difunde-se o terror, e o terrorista passa a ser novo inimigo.

Com o amparo de tais premissas, entende Zaffaroni, que a população está inequivocamente aterrorizada, sendo a difusão do medo fundamental para o exercício desse tipo de poder punitivo. Nesses termos, o Direito Penal surgirá como solução para aniquilar o inimigo, servindo tal discurso como remédio utilizado pelo político demagogo. Além disso, continua o autor, na atualidade o Direito Penal tornou-se um produto de mercado, um “puro discurso publicitário”⁹³.

Gomes⁹⁴, nitidamente inspirado pela análise crítica de Zaffaroni, apresenta sua censura à tese do ‘Direito Penal do Inimigo’ que, pela sistematização didática, serve de norte para a exposição que se segue:

- a) o que Jakobs denomina de Direito Penal do Inimigo, como bem sublinhou Meliá, é nada mais que um exemplo de Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele ‘é’ e faz oposição ao Direito Penal do fato, que pune o agente pelo que ele ‘fez’. A máxima expressão do Direito Penal de autor deu-se durante o nazismo,

⁹³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo...**, cit.

⁹⁴ *Ibidem*.

desse modo, o Direito Penal do Inimigo relembra esse trágico período; é uma nova ‘demonização’ de alguns grupos de delinquentes;

- b) se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado urge concluir que ‘Direito Penal do Cidadão é um pleonismo, enquanto Direito Penal do Inimigo é uma contradição’. O Direito Penal do Inimigo é um ‘não Direito’, que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;
- c) não se reprovava (segundo o Direito Penal do Inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso, pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo);
- d) é um Direito Penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito Penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que propugnavam (inclusive) pelo fim das penas e imposição massiva das medidas de segurança);
- e) o Direito Penal do Inimigo não repete a ideia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados);
- f) não se segue o processo democrático (devido processo legal) sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica ‘de guerra’ (de intolerância, de ‘valeduto’ contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito;
- g) perdem lugar as garantias penais e processuais;
- h) o Direito Penal do Inimigo constitui, desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais;
- i) é fruto, ademais, do Direito Penal simbólico somado ao Direito Penal punitivista. A expansão do Direito Penal é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos

últimos anos. Esse Direito penal ‘do legislador’ é abertamente punitivista (ante-
cipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcio-
nalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado so-
mente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como ‘pro-
duto’ o tal de Direito Penal do Inimigo;

- j) as manifestações do Direito Penal do Inimigo só se tornaram possíveis em razão
do consenso que se obtém, na atualidade entre a direita e a esquerda punitivas
(houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onda
punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva; fruto
disso, é o Direito Penal do Inimigo);
- k) mas esse Direito Penal do Inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se
podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e
de sítio);
- l) a criminalidade etiquetada como inimigo não chega a colocar em risco o Estado
vigente, nem suas instituições essenciais (afeta bens jurídicos relevantes, causa
grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a
própria existência do Estado);
- m) logo, contra ela, só se justifica o Direito Penal da normalidade (leia-se: do Estado
de Direito);
- n) tratar o criminoso comum como ‘criminoso de guerra’ é tudo que ele necessita,
de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade,
flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos que afirmar que
seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da
guerra (da intolerância excessiva, do ‘vale-tudo’) conduz a excessos. Destrói a
razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira
da racionalidade.

No esteio das críticas formuladas, ao traduzirem a obra, objeto principal do estudo,
Callegari e Giacomolli ressaltam que, “o ‘Direito Penal do Inimigo’ abriga dois fenômenos

criminais: o simbolismo do Direito Penal e o punitivismo expansionista capaz de agregar, num mesmo ninho, o conservadorismo e o liberalismo penal”. Ainda segundo esses autores, os paradigmas preconizados pela teoria de Jakobs evidenciam aos seus ‘inimigos’ toda a incompetência estatal ao reagir com irracionalidade e ao diferenciar o cidadão ‘normal’ do ‘outro’⁹⁵.

Gomes e Cervini, aliás, já antecipavam tal análise ao tratar do que denominaram ‘Direito excepcional’, que pode, a rigor, traduzir exatamente as características do modelo de política criminal da modernidade atualmente rotulado de ‘Direito Penal do Inimigo’:

[...] os tipos penais são cada vez mais abertos e pune-se não mais que o fato senão determinados tipos de autor; já não se trata de um Direito Penal do fato (do crime), senão do réu (do criminoso); já não se pune pelo que o agente fez, senão pelo que é; o processo já não é informativo (Beccaria), senão ofensivo; o juiz já não é mais imparcial, senão um inquisidor em busca do inimigo; o processo foi transformado em terreno de luta e o juiz em instrumento de ataque; busca-se a confissão a todo custo, principalmente por meio de segregação do suspeito; prende-se para se descobrir o suspeito, numa inversão abominável da praxe regida pelo Estado de Direito; permite-se todo tipo de acordo, estimula-se a delação, dá-se prêmio ao delator, a fase de execução da pena foi amplamente administrativizada (tornou-se discricionária) etc⁹⁶.

Ao observar as críticas ao Direito Penal do Inimigo Alexandre de Moraes, elucida que estas:

Relacionam-se, necessariamente, à censura que grande parte da doutrina faz acerca dos novos paradigmas do Direito Penal da modernidade: simbolismo excessivo, flexibilização de garantias e princípios, retomada de políticas criminais mais preocupadas com o autor do que com o fato e funcionalização do Direito Penal que, pautada na busca da eficiência preventiva, desencadeou políticas criminais típicas de um Direito Penal de terceira velocidade, máxime para o combate da criminalidade organizada e do terrorismo⁹⁷.

⁹⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo...**, p.17.

⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raú. Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

⁹⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo e a Terceira...**, p. 252.

3.2 Censura ao 'Direito Penal simbólico'

Quanto à censura do Direito Penal simbólico, dissertando a cerca dos movimentos rotulados como movimentos da “Lei e Ordem”, brilhantemente Araújo Júnior observou que, por vezes, aparente, da grave criminalidade “é apresentada pela mídia e por alguns políticos como um fenômeno aterrador que gera insegurança, consequência do trato benigno que a lei dispensa aos criminosos e que, portanto, não a respeitam”⁹⁸. Essa propaganda massiva de fatos atemorizantes, segundo ele, provocaria na população, um verdadeiro estado de pânico, do qual se aproveitam os movimentos políticos, geralmente autoritários, para se apresentarem como possuidores de fórmulas infalíveis contra a onda criminosa que afirmam existir.

Dessa forma, seus defensores alegam que os espetaculares atentados terroristas, o gangsterismo e a violência urbana somente podem ser controlados com leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Esses seriam os únicos remédios eficazes para intimidar e neutralizar os delinquentes e, ademais, os únicos válidos para fazer justiça às vítimas e aos homens de bem, ou seja, aos que não delinquem⁹⁹.

Silva Franco, no mesmo sentido, acentua que:

Os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando a ideia de que seria *mister*, para removê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinquentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda de tradicionais garantias do próprio Direito Penal ou do Direito Processual Penal¹⁰⁰.

⁹⁸ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (org.). **Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo** – Aspectos. In: SISTEMA PENAL PARA O TERCEIRO MILÊNIO (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Revan, 1991.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes...**, cit.

Acrescentem-se ao papel da mídia, um discurso excessivamente preventivo para o Direito Penal e a esperança de que o delito possa ser eliminado da face da terra, o que, segundo Silva Franco ¹⁰¹, fomenta a adoção de políticas criminais que invariavelmente sacrificam direitos e garantias fundamentais.

Admoestrando que o controle do crime organizado deva merecer inegável atenção, Gomes e Cervini alertam que a reação estatal não pode ter por base medidas ou instrumentos inconciliáveis com o Estado Constitucional de Direito. Segundo os autores:

Todo ‘direito de exceção’ configura sério risco para o cidadão, pois é sempre construído em detrimento dos direitos e garantias individuais. Constitui também, sério risco para o Estado Democrático porque, pouco a pouco, vai se incorporando ao direito comum e geral. Nem tudo que a política criminal sugere, em suma, encontra abrigo no *ius positum* ¹⁰².

Aliás, o próprio Jakobs, tão criticado por sua construção teórica, questiona o uso excessivo do Direito Penal para suprir a falta de um consenso valorativo na sociedade:

A única coisa que ponho em dúvida é que seja necessário ou razoável suprir essa necessidade por meio do Direito Penal ¹⁰³.

Citando Alflen da Silva, o ilustre professor Alexandre de Moraes ¹⁰⁴, diz ser inegável que por vezes o Direito Penal tenha assumido a exclusiva posição de instrumento de prevenção, recebendo uma função meramente simbólica que leva a uma dogmática penal típica do ‘Direito Penal do Inimigo’. Tal dogmática carrega consigo uma excessiva antecipação da tutela penal:

¹⁰¹ Ibidem. p. 37-38.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raú. **Crime organizado: enfoques criminológico...**, cit.

¹⁰³ JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal; tradução: André Luis Callegari; colaboração Lúcia Calil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo e a Terceira...**, p. 254.

O emprego cada vez maior de leis penais em branco pela facilidade de regular os riscos modernos, principalmente diante da exigência do abandono de garantias como a certeza da lei penal, postulado decorrente do princípio fundamental da legalidade, representativo da ideia de segurança jurídica como elemento essencial do princípio do Estado de Direito ¹⁰⁵.

E prossegue:

Esse ‘Direito Penal simbólico’ – retrato da era do risco – segundo o autor, caracteriza-se, aliás, pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, criminaliza-se para que seja considerado como socialmente desvalorado, ou seja, de acordo com o Direito Penal clássico, as condutas não eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, enquanto, ao contrário, no Direito Penal do risco proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas ¹⁰⁶.

Alhures, Prittwitz, assinala que este modelo utilizado como instrumento de dominação seria ‘Direito Penal do Inimigo’ na sua forma mais pura e rude:

Não necessita para isto do atalho pelo Direito Penal do risco, que lhe prepara o caminho, e já existia antes do conceito de risco nos submeter ao seu domínio e com isto também ao nosso Direito Penal ¹⁰⁷.

De outra parte, é fundamental repisar que na moderna sociedade da informação, é cada vez mais frequente a inserção da globalização no contexto do apelo ao necessário combate à criminalidade transacional. Isso ocorre “porque na ‘sociedade do risco’ a segurança (contra-

¹⁰⁵ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal...**, cit.

¹⁰⁶ *Ibidem*. p. 87.

¹⁰⁷ PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco...**, p. 44.

conceito de risco) converte-se em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal devem oferecer uma resposta”¹⁰⁸. Assim, Alflen da Silva, adverte:

[...] tudo o que se coloca em vinculação com a criminalidade organizada, isto é, a criminalidade de drogas, lavagem de dinheiro, prostituição e tráfico de pessoas; em segundo lugar, tudo o que é supostamente organizado e criminoso, sempre se caracteriza dessa forma como, por exemplo, a criminalidade ambiental e econômica, corrupção e fraude; e, em terceiro lugar, tudo o que tem uma relação imediata com os pressupostos tecnológicos da globalização, isto é, sobretudo a criminalidade de informática¹⁰⁹.

Ferrajoli, antes mesmo da institucionalização desse cenário, já advertira que a tese dominante no mundo político e na cultura jurídica era a de que o Estado de Direito e as respectivas garantias foram plenamente coerente com a Constituição. Segundo ele,

Este atrelamento tornou difícil o retorno à normalidade, tendo de fato diminuído a diferença entre normalidade e exceção. O sentido comum de direito criado pelas leis de emergência e, sobretudo pela sua ambígua legitimação não ficou alterado. Ficou assentado, por anos, que as leis excepcionais eram no seu conjunto, necessárias politicamente e legítimas constitucionalmente; que por essa razão as garantias processuais de liberdade e de verdade servem para os tempos e os processos ordinários e não para aqueles extraordinários; que em tema de justiça o fim justifica os meios, porque os meios não contam e podem ser mudados ou substituídos aleatoriamente. Esse senso comum permaneceu, e se consolidou, mesmo com a cessação da emergência do terrorismo, que acabou sendo substituída por outras emergências criminais, uma vez que não se rompeu apenas um ou mais princípios, mas o próprio valor dos princípios, demonstrados como flexíveis e, em certos casos, necessariamente colocados de lado: em uma palavra, não mais “princípios”¹¹⁰.

Igualmente, lembra Bianchini, na caracterização da sociedade moderna como de risco, o Direito Penal converteu-se em um instrumento de governo, realizando política estatal e

¹⁰⁸ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais...**, p. 100-101.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo...**, cit.

justificando a intervenção do sistema punitivo antes mesmo que se possa verificar uma lesão ao bem jurídico protegido, o que, segundo a autora, feriria o princípio da culpabilidade ¹¹¹:

Este seria o contributo possível, no entendimento de considerável parcela de juristas, à solução de problemas sociocriminais, como os relativos às agressões ao meio ambiente, à criminalidade organizada (incluídas as preocupações com o tráfico de drogas) e às políticas econômicas, financeira e tributária, dentre outras ¹¹².

A inflação legislativa também é criticada por Reale Júnior que:

Censura a tipificação de meras desobediências às ordens administrativas, e da redução demasiada do âmbito da liberdade, gerando-se, por consequência, imensa insegurança jurídica pela crescente criminalização de infrações administrativas distantes da colocação do bem jurídico em perigo ¹¹³.

Gomes, com os mesmos argumentos, advoga que:

Está vedada a possibilidade de o legislador configurar o delito como uma mera desobediência ou simples infração da norma (imperativa) ou mesmo como simples desvalor da ação (o que se dá no perigo abstrato, por exemplo), sem considerar qualquer ofensa a um bem jurídico ou mesmo a um autêntico bem jurídico ¹¹⁴.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 68.

¹¹² BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

¹¹³ REALE JR., Miguel. **A Inconstitucionalidade da Lei...**, p. 426.

¹¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **O Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. v. 6, p. 35. Série: As Ciências Criminais do Século XXI.

Dessa forma, com respaldo no princípio implícito da ofensividade ¹¹⁵, assevera:

O nulla lex sine iniuria, nesse sentido, é um axioma que complementa a natureza garantista do princípio da legalidade. De certa maneira é um complemento (um *plus*) à exigência liberal e garantista da *lex certa*, que proclama que o tipo penal tem a função de determinar com a maior clareza possível o que está proibido e, por exclusão, o que está permitido. Quanto mais o legislador se aprofunde na concretização do bem jurídico protegido e defina com precisão o tipo de ofensa possível, mais segurança estará outorgando ao tipo penal (é dizer, ao Direito Penal) ¹¹⁶.

Assim, se a modernidade vem se firmando na nova política, de novos exemplos da dogmática penal, com antecipação da punibilidade por meio de tipos de perigo abstrato; punição de atos preparatórios e a adição de normas penais vagas, abertas ou em branco, haveria a possibilidade de enfrentar o incremento da criminalidade violenta, sem que haja punição de crimes, como tráfico de entorpecentes e porte de arma de fogo, delitos típicos desta geração?¹¹⁷ Evidentemente que, não há norma que justifique a impossibilidade constitucional de tais tipos e antecipação em um Estado Democrático de Direito ¹¹⁸.

A exemplo de Hassemer, um dos defensores da retomada exclusiva do modelo liberal clássico, questiona até mesmo a concepção e o alcance dos termos ‘crime organizado’ e terrorismo, afirma que:

Com a ‘criminalidade organizada’, hoje em dia, incessante e enfaticamente relatada, entra em cena um fenômeno ao mesmo tempo encoberto e ameaçador: fala-se nele sem que se saiba ao certo o que é e quem o produz, sabe-se apenas que é altamente explosivo, pensa-se até que pode devorar-nos todos ¹¹⁹.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 37.

¹¹⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 256.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma política criminal**. Três temas de direito penal. Porto Alegre: FESMP, 1993.

Isso, segundo o autor, aliado à criminalidade de massa onde o Estado evidencia sua incapacidade em combater os ilícitos penais, desencadeia uma política criminal meramente efficientista e simbólica, o que demonstra que criminalidade e combate ao crime são temas políticos conservadores e adequados primordialmente a estratégias populistas ¹²⁰.

Adverte Gomes e Cervini:

A sociedade é dividida em duas partes, isto é, há os homens de bem (cumpridores e respeitadores da lei) e há os malvados, os selvagens, os anormais (em linguagem *soft*) ou os ‘bandidos’, os ‘vagabundos’ (em linguagem *hard*) ¹²¹.

Meliá, igualmente, ressalta que:

Quando se argumenta que os fenômenos, frente aos quais reage o ‘Direito Penal do Inimigo’, são perigosos que põem em xeque a existência da sociedade, ou que é a auto exclusão da condição de pessoa, o que gera uma necessidade de proporcionar uma especial segurança cognitiva frente a tais sujeitos, ignora-se, em primeiro lugar, que a percepção dos riscos – como é sabido em sociologia – é uma construção social que não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças ¹²².

Segundo Meliá:

Os fenômenos, frente aos quais reage o ‘Direito Penal do Inimigo’, não tem essa especial ‘periculosidade terminal’ (para a sociedade), como se apregoa deles. [...] Isto é especialmente claro quando se compara a dimensão meramente numérica das lesões de bens jurídicos experimentadas por tais condutas delitivas com outro tipo de infrações penais que se cometem de modo massivo e que entram, em troca, plenamente dentro da ‘normalidade’ ¹²³.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raú. **Crime organizado...**, p. 28.

¹²² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo...**, p. 76.

¹²³ Ibidem. p. 76.

Alhures são respeitados os paradigmas do modelo clássico e iluminista frente à criminalidade organizada e terrorista?

Jakobs demonstra em plausível justificativa para a incriminalização e punibilidade do terrorismo e das associações criminosas, tenta dá uma resposta ao impasse:

Também na aprovação da comissão de delitos cita-se a ‘paz pública’ e, segundo uma opinião estendida a respeito, essa paz resultaria lesionada quando se cria um ‘clima’ em que podem prosperar delitos da mesma índole daqueles que foram objeto de aprovação. Entre outras coisas, também se trataria da proteção de um clima nas normas que sancionam a instigação contra setores da população e a apologia da violência, assim como, a incitação a uma guerra de agressão. Na norma contra a provocação pública, a comissão de delitos se eleva à categoria de objeto de proteção – ao menos junto a algum outro bem jurídico – à ‘paz interna’ e finalmente, se encontra também, a ‘paz pública’, em sua variante de integridade da ordem e da segurança pública, concretamente nas normas contra as associações criminais e terroristas¹²⁴.

É uma justificativa aceitável, porém não atende aos moldes imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito.

3.3 Direito Penal do autor - Modelos

Segundo Alexandre de Moraes, criticar o modelo censurado (e, posteriormente, dito inevitável) de Günther Jakbos, implica, invariavelmente, na identificação da teoria como uma possível linhagem de Direito Penal do autor em detrimento ao modelo voltado ao fato criminoso – paradigma do Direito Penal liberal-clássico¹²⁵.

¹²⁴ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito...**, p. 132-133.

¹²⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 258.

Citando Ferrajoli, Moraes apresenta o posicionamento deste, qual seja:

Nas doutrinas políticas e jurídicas do período nazista, a transformação ética do direito chegou a fazer com que o princípio de legalidade passasse a ser o irracional e decisionista *Führerprinzip*, consentido no ingresso do Direito Penal, de o mais exasperado substancialismo e subjetivismo, mediante as nefastas figuras do ‘tipo normativo do autor’ (*Tätertyp*) ou do ‘inimigo’ (do povo ou do Estado), identificado, a despeito dos fatos cometidos ou não, com base, simplesmente, na atitude interiormente infiel ou antijurídica do réu ¹²⁶.

Do mesmo modo, Gemelli, citado por Marques, marcou que a teoria do *TÄTERTYP*:

Veio mostrar, na orientação que lhe imprimiu Mezger, que não é possível separar-se a ação delituosa do delinquente, nem examinar apenas um desses elementos como se fossem entidades estanques na dinâmica do delito ¹²⁷.

A identificação do ‘Direito Penal do Inimigo’ com o modelo de Direito Penal do autor está, v.g., presente na crítica de Dotti que taxa a “recente onda de fundamentalismo punitivo surgida em nosso país com a excitação de apóstolos da doutrina autoritária de Günther Jakobs”. Segundo ele:

Contrariando o princípio da igualdade de todos perante a lei, sustenta a necessidade de um direito penal do cidadão aplicável a todos os que pertencem a uma ‘comunidade legal’, excluindo-se aqueles que se recusam a participar dela, tentando obter a aniquilação dessa comunidade (os terroristas) ou violando repetida e persistentemente as normas que a regem (criminoso habitual ou por tendência) ¹²⁸.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ MARQUES, José Francisco. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: MILLENNIUM, 2000. v. III. p. 70. op. cit.

¹²⁸ DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror e a Missão...**, p. 9-10.

Para Dotti, o ‘Direito Penal do Inimigo’ nada mais representa que:

A ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob o foco do preconceito social, renovando antigas teorias e práticas com nova roupagem ideológica e escuridão do espírito ¹²⁹, a principal delas atribuída a Mezger.

Neste último aspecto, é necessário registrar que a (suposta) ligação de Mezger com o regime nazista obteve maior divulgação com a publicação da obra de Conde – *Edmund Mezger y derecho penal de su tempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo* ¹³⁰.

Conde relata, ainda, a trajetória de Mezger a partir de 1933, como partidário do nacional-socialismo e como membro nomeado da Comissão de Reforma do Direito Penal, no mesmo ano ¹³¹. Mezger participara, segundo Conde, das discussões em torno da Lei do Delinquente Perigoso de novembro de 1933, que introduziu no Código Penal alemão a medida de custódia de segurança, permitindo manter o indivíduo, depois de cumprida a pena, em um centro de trabalho indeterminado ¹³².

No último período do regime, Machado ressalta a fase em que se pretendeu um endurecimento contra os ‘inimigos’ externos e internos:

Iniciaram-se os trabalhos preparatórios de um Projeto de Lei que não chegou a entrar em vigor, que propunha medidas ainda mais radicais contra os considerados estranhos à comunidade (*Gemeinschaftsfremde*): além do internamento em campos de concentração, introduzia medidas de seleção eugênica

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ CONDE, Muñoz Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo – Estudios sobre el Derecho penal em el Nacionalsocialismo*. 4. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003; v. comentários a respeito de MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Edmund Mezger e o Direito Penal do Nosso Tempo*. São Paulo: Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas. v. 1, n. 1, mai 2005, p. 153-159. op. cit.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem.

(castração e esterilização) não só para quem cometesse delito, mas já para os que apresentassem certas ‘tendência à delinquência’¹³³.

A autora, ressaltando o discurso por vezes excessivamente engajada de Conde, analisa que:

Ele não deixa de tirar desse episódio uma advertência contra as tentativas de afastar o condicionamento político das construções dogmáticas e deixar clara sua simpatia pelas teses de Claus Roxin¹³⁴.

Por outro lado, como que fazendo um paralelo ao período nazista, Conde aproveita essa discussão para voltar os olhos às questões contemporâneas da dogmática penal e dirigir suas críticas à tese funcionalista de Jakobs:

[...] O foco de sua crítica à teoria do delito de Jakobs vai para o caráter exclusivamente normativo da imputação, que além de prescindir de alguns elementos político-criminais que, em sua opinião, são essenciais (como o princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima), não traz em seus pressupostos nenhuma orientação político-criminal, além da própria auto conservação do sistema, podendo adaptar-se a qualquer modelo de Estado ou sistema político-social¹³⁵.

Embora entenda, acertadamente, que a crítica de Conde a Jakobs não se estenda além da menção ao caráter antidemocrático do seu ‘Direito Penal do Inimigo’, Machado, por conta própria, conclui que:

¹³³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Edmndo Mezger e o Direito...**, cit. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 259.

¹³⁴ CONDE, Muñoz Francisco. **Edmund Mezger y el Derecho...**, cit.

¹³⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Edmndo Mezger e o Direito...**, p. 261.

A tese de Jakobs surge hoje, momento em que a dogmática penal encontra-se sob uma dupla pressão: de um lado, pelas demandas de expansão e antecipação da intervenção penal e, de outro, pela defesa da manutenção de um sistema de garantias. Ele parece tentar resolver essa tensão apostando na dicotomia entre o Direito Penal dos cidadãos e o Direito Penal do Inimigo, delimitando campos distintos de aplicação de um e de outro, e traçando um limite, rígido entre os sistemas de penas, vigente para os cidadãos, e o de medidas de segurança, para os inimigos ¹³⁶.

Ademais, no mesmo sentido da doutrina crítica já explicitada, Machado cita algumas leis nacionais, como as que dispõem sobre tóxicos, porte ilegal de armas, crimes ambientais, crime contra as relações de consumo, crimes financeiros, crimes de trânsito e manipulação genética, para também aduzir que:

Esses diplomas referem-se à proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de titularidade difusa e conteúdos abstratos e operacionalizam a tutela penal de maneira distinta da tradicional, por meio do uso recorrente das incriminações de mera conduta e dos tipos de perigo abstrato, que antecipam a intervenção do Direito Penal para momentos muito anteriores à lesão e ao risco ao bem jurídico, deles prescindindo ¹³⁷.

E vai além, questionando que:

Se, até agora, as ideias de um Direito Penal preventivo e a renúncia ao critério da lesividade fizeram com que a tutela pena regredisse da verificação do resultado à simples prática da ação descrita no tipo, a partir daí retroceder um pouco mais e voltar-se simplesmente contra certo grupo de pessoas consideradas perigosas, não parece ser um passo improvável ¹³⁸.

Alexandre de Moraes, com respaldo em Hungria, não seria razoável aceitar que qualquer teoria, pelos simples efeitos similares, ganhe o selo fascista ou nazista. Ele próprio acen-

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

tuava, em defesa às críticas que o Código de 1940 recebera neste aspecto, que a democracia liberal protege os direitos do homem e não os crimes do homem:

Maldita seria a democracia se prestasse a uma política de cumplicidade com a delinquência ¹³⁹.

De qualquer sorte, vale destacar a ressalva de Machado no sentido de que a crítica não deve se restringir à simples associação de:

Um dos lados do debate aos desdobramentos do nacional-socialismo, mas chamar a atenção para o fato de que, se os critérios atuais de legitimação da imputação não respondem mais à realidade do Direito Penal e das políticas criminais, devemos então refletir sobre a necessidade de substituí-los por algum outro que estabeleça limites para o desenvolvimento de tendências autoritárias ¹⁴⁰.

3.4 Crítica ao Direito Penal do Inimigo proposto pelo alemão Günther Jakobs

3.4.1 Considerações iniciais

As mudanças inseridas no contexto estrito do Direito Penal tradicionalmente vinham acompanhadas de profundos debates políticos e teóricos. O sistema jurídico-penal permane-

¹³⁹ HUNGRIA, Néelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9. _____, _____. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1, t.1, p. 52. op. cit. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 261.

¹⁴⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Edmndo Mezger e o Direito...**, cit. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 261.

cia, em sua essência, o mesmo, e as adaptações necessárias vinham sendo inseridas paulatinamente.

Contudo, o fenômeno observado nos últimos anos demonstra um afastamento do modelo tradicional. Para Meliá, houve no mundo ocidental, um desvio, isto é, um afastamento do chamado núcleo duro do ordenamento na direção de um lugar arriscado na vanguarda do dia a dia jurídico-político. Esse afastamento do tradicional Direito Penal vem introduzindo novos conteúdos e reformas de setores de regulação já existentes com grande rapidez. De modo que, os assuntos da confrontação política cotidiana chegam a prazos cada vez mais breves também ao Código Penal. (MELIÁ, 2007).

Tendências essas, que está provocando um processo de criminalização de condutas ainda no seu estado prévio e o estabelecimento de sanções desproporcionais a lesão (ou a perspectiva de lesão) aos bens jurídicos tutelados. (MELIÁ, 2007).

3.4.2 Direito Penal do Inimigo como contradição em seus atos

O modelo apresentado por Jakobs sofreu, e ainda sofre muitas críticas. A própria terminologia adotada – Direito Penal do Inimigo – é alvo das mais variadas manifestações contrárias, mormente, pela carga emocional que o termo ‘inimigo’ carrega em si, afastando-se do fato e voltando o olhar para o autor.

Sobre este esteio, Alexandre de Moraes se manifesta chamando a atenção para a importância de se observar que a própria expressão ‘Direito Penal do Inimigo’, por si só suscita determinados prejuízos pela inquestionável carga ideológica e emocional dos termos ¹⁴¹.

Alexandre de Moraes prossegue quanto à terminologia do ‘Direito Penal do Inimigo’ e cita Prittwitz:

¹⁴¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 262.

Prittwitz, da mesma forma, entende ser igualmente notável e lamentável que a crítica quase unânime e dura que a concepção de Jakobs recebeu da ciência do Direito Penal alemã, somente se restrinja à terminologia: ‘tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas’¹⁴². É de se ressaltar, contudo, que a terminologia utilizada aparenta ter sido cuidadosamente escolhida por Jakobs com a clara intenção provocativa. Tão provocativa que, conforme mencionado, grande parte da doutrina se baseia exclusivamente na terminologia para fazer alusão ao desrespeito de princípios constitucionais e para acentuar a censura à proposta de supressão de garantias para aplicação deste modelo de política criminal¹⁴³.

Quanto à negação do caráter de pessoa ao ‘inimigo’, Moraes, sabiamente, cita Riquer e Palácios, e prossegue sob a colocação de Sánchez:

Riquer e Palácios, a título ilustrativo, iniciam sua análise crítica aduzindo que, ao negar o caráter de pessoa aos taxados ‘inimigos’, Jakobs apresenta sua justificação com base na já mencionada teoria funcionalista de Luhmann e, pois, inclina-se pela desnecessidade de respeitar os direitos humanos, traduzidos em garantias penais e processuais¹⁴⁴. Sánchez, por sua vez, argumenta que esse tipo de política criminal, construída pensando, sobretudo na criminalidade organizada ou na criminalidade de empresa, por si só já seria criticável, eis que o entendimento de que os poderosos não precisam de garantias, ou de que as garantias se conformaram pensando em um delinquente débil frente a um Estado forte e não vice-versa, acabam incidindo sobre todo o Direito Penal¹⁴⁵.

Ademais, Gracia Martín ressalta que, ao pretender insinuar que o ‘Direito Penal do Inimigo’ poderia ter um caráter de ‘Direito’, na medida em que as suas regras imporiam limites ao próprio *jus puniendi* do Estado, Jakobs não resolve a questão da legitimidade de regras jurídicas que afetem a liberdade de seus destinatários sem reconhecê-los como pessoas e, neste esteio, conclui:

¹⁴² Ibidem. p. 262-263. cit. PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco...**, p. 44.

¹⁴³ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 262.

¹⁴⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 263. cit. RIQUER, Fabián Luis; PALÁCIOS, Leonardo P. **El derecho penal del enemigo...**, cit.

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 263. cit. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal...**, p. 54, nota 100.

*Pero si esto es así, entonces, en la lógica interna del discurso de Jakobs, si es posible que aparezcan no-personas, y, de acuerdo con dicha lógica, éstas ya no podrán ser susceptibles precisamente de imputación jurídico-penal. Y si conforme a esa lógica los enemigos son no-personas, entonces tampoco se les imputará ningún delito para poder imponerles una pena como consecuencia y restablecer así la vigencia del ordenamiento jurídico. Esto está suficientemente claro en el discurso de Jakobs. Frente a los enemigos la reacción es pura coacción, y la finalidad de ésta es sólo el aseguramiento cognitivo ante el peligro que representan, no la confirmación de la validez de la norma; a ellos no se les aplica ninguna pena, sino que se les somete y excluye por medio de actos de pura fuerza o coacción*¹⁴⁶.

Outra crítica comumente constatada na atual doutrina de modo geral, está no tocante à diferenciação de ‘pessoa’ e ‘inimigo’ utilizado pelo autor com respaldo na teoria dos sistemas de Luhmann.

Quanto a este aspecto, Conde, citado por Moraes, posicionando criticamente aduzindo quanto à metodologia utilizada por Günther Jakobs acerca do conceito ‘inimigo-pessoa’. Inimigos como ‘não pessoas’ é uma consideração que já conduziu alguma vez à negação do Estado de Direito, quaisquer que sejam os critérios que se utilize para determinar quem é ‘cidadão’ e quem é ‘inimigo’. Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo?¹⁴⁷

Conde ainda questiona seriamente a teoria de Jakobs:

Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo?, ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se

¹⁴⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 07-02, 2005. cit. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 263.

¹⁴⁷ CONDE, Francisco Muñoz. *De Nuevo sobre el ‘Derecho Penal del enemigo’*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 28. cit. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 263.

*puedan derivar, y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica*¹⁴⁸.

Assim, ainda que Conde reconheça o valor de Jakobs ao evidenciar a existência real, e não meramente encoberta, de um ‘Direito Penal do Inimigo’, critica-o por se restringir à mera constatação, sem analisa-lo à luz dos princípios do Estado de Direito¹⁴⁹.

Passemos, assim, a mais uma crítica ao autor no que tange a metodologia utilizada. Zaffaroni, aliando-se a Conde, assevera:

O sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se) seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão-somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar¹⁵⁰.

No entanto, de modo diverso à maioria dos críticos tece, Gracia, uma censura no que se refere à metodologia de Jakobs, com argumento que, se, o Direito Penal do Inimigo se constrói a partir do reconhecimento de seus destinatários como ‘não-pessoas’:

*Entonces parece que habría que partir de la existencia de esta especie de no-personas ya en la realidad previa del Derecho penal del enemigo, pues de lo contrario sería el propio Derecho penal del enemigo el que construiría dicho concepto de un modo completamente autorreferente y, por ello, circular*¹⁵¹. Desde otro punto de vista, los concretos enemigos y no-personas tendrían que estar ya identificados como tales también antes de la aplicación de ese ordenamiento en cada caso, pues de lo contrario no habría modo de saber si el mismo se aplica realmente a un enemigo o a un ciudadano, es decir, a una no-persona o a una persona¹⁵¹.

¹⁴⁸ CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial...**, cit. Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 265.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 84.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito...**, p. 117-118.

¹⁵¹ GRACIA MARTÍN, Luis. **Consideraciones críticas sobre...**, cit. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 266-267.

Segundo sua argumentação:

*Un Derecho sólo puede ser infringido por quien sea destinatario de sus normas y, como reconoce el discurso del Derecho penal del enemigo, sólo puede ser destinatario de una norma jurídica una persona. Por lo tanto, aquél que infringe reiteradamente y de modo permanente el Derecho (del ciudadano), tiene que ser por fuerza una persona*¹⁵².

Enfim, conclui que:

*La construcción de un 'Derecho' penal del enemigo podría ser válida si, a su vez, se aceptara también como válida la diferenciación que hace Jakobs entre persona e individuo en relación precisamente con el Derecho penal, en el sentido de que éste se dirigiría sólo - y, por ello, tendría como sujetos de la imputación jurídico-penal exclusivamente - a las personas*¹⁵³.

No que se referem às críticas dirigidas diretamente a Jakobs, Prittwitz censura a dicotomia feita pelo autor:

Salvar a característica de Estado de Direito no Direito Penal do cidadão, dividindo o Direito Penal hoje em vigor num direito parcial 'do cidadão' e um direito parcial do inimigo¹⁵⁴. Contudo, segundo Prittwitz, esta tentativa está destinada ao fracasso, por entender que 'o Direito Penal como um todo está infectado pelo Direito Penal do Inimigo', sendo, além disso, 'totalmente impensável a reforma de uma parte do Direito Penal para voltar a um Direito Penal do cidadão realmente digno de um Estado de Direito'¹⁵⁵.

Segundo Alexandre de Moraes, o 'Direito Penal do Inimigo', a rigor é um 'não-direito'. Assim, ele firmemente contrário a Prittwitz, assevera:

¹⁵² Ibidem. p. 267.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco...**, p. 42-43.

¹⁵⁵ Ibidem.

Mais do que questionar a possibilidade ou não, de convivência de diferentes sistemas de Direito Penal, fato é que, parte da doutrina afasta peremptoriamente a ideia por admitir que, a rigor, o ‘Direito Penal do Inimigo’ representa um ‘não-direito’¹⁵⁶.

Do mesmo modo, Meliá – coautor e possivelmente o protagonista do primeiro debate formal com Jakobs sobre o tema – afirma que:

O Direito Penal do Inimigo só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real: ‘Direito Penal do Inimigo’ é um pleonasma; ‘Direito Penal do Inimigo’, uma contradição em seus termos. Justifica tal afirmação com dois argumentos: por um lado, a função da pena neste setor, que difere da do Direito Penal ‘verdadeiro’; por outro lado, como consequência do anterior, a falta de orientação com base no princípio do Direito Penal do fato¹⁵⁷.

Riquer e Palácios, do mesmo modo, criticam Jakobs, por reconhecer que o Direito Penal do Inimigo segue regras distintas do Direito Penal e questionam o posicionamento do autor quando diz:

*Que el derecho penal del enemigo sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico – estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto da cuestión de si aquel, una vez indagado en su concepto, se revela como Derecho*¹⁵⁸.

Mais contundente ainda é Fraga, ao asseverar:

Hay que agregar a ello, respecto de la cuestión sobre si el derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, o bien si por el contrario es un no Derecho[44], que el derecho penal del enemigo lejos de proteger bienes jurídicos (o estabilizar normas según la postura minoritaria), lo que hace es de-

¹⁵⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 266.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo...**, p. 54.

¹⁵⁸ RIQUER, Fabián Luis; PALÁCIOS, Leonardo P. **El derecho penal del enemigo...**, cit.

*monizar a determinados grupos de individuos, constituyendo como consecuencia un Derecho Penal de autor[45]. Por ello la respuesta a la criminalidad no convencional, tendría que ser justamente de normalidad, negando su excepcionalidad; conforme a criterios de proporcionalidad e imputación que están en la base del sistema jurídico penal que se conoce como tradicional*¹⁵⁹.

Para Dotti, o terror penal está presente, não apenas pela manifestação através das guilhotinas e dos pelotões de execução, mas também, é terror uma condenação aplicada pelo juiz, quando ao seu arbítrio não são fixados precisamente os limites:

Terror é sinônimo de arbítrio individual e judicial, ao passo que o Direito Penal começa onde acaba o arbítrio¹⁶⁰.

Ratificando o pensamento de Dotti, Meliá se coloca:

Se for certo que a característica especial das condutas frente às quais existe ou se reclama ‘Direito Penal do Inimigo’ está em que afetam elementos de especial vulnerabilidade na identidade social, a resposta jurídica-penalmente funcional não pode estar na troca de paradigmas que supõe o Direito Penal do Inimigo. Precisamente, a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação da normalidade, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação os quais estão na base do sistema jurídico-penal ‘normal’. Assim, se nega ao infrator a capacidade de questionar precisamente, esses elementos essenciais ameaçados¹⁶¹.

¹⁵⁹ FRAGA, Facundo J. Marin. **Derecho penal del enemigo**. Disponível em: <http://www.eldial.com/edicion/cordoba/penal/indice/doctrina/cp050203-a.asp#_ftn57>. Acesso em: 22 jul. 2012.

¹⁶⁰ DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror...**, p. 19.

¹⁶¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo...**, p. 78.

Ele prossegue argumentando que:

A identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por mito que possa parecer, à primeira vista, uma qualificação como ‘outro’, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo: não supõe declará-lo um fenômeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização¹⁶².

Ainda, quanto ao posicionamento de Jakobs, ele é criticado pelo entendimento de que, o Direito Penal do Inimigo não se encontra dentro do ordenamento jurídico – é um ‘não-direito’:

É notório que em muitos lugares do mundo ocorrem vulnerações extremas aos direitos humanos fundamentais. Porém, pode-se afirmar que não existe um estado real de vigência do Direito, eis que se verifica apenas um postulado de realização, pois tais vulnerações não geram como seria de esperar, penas correspondentes¹⁶³.

Neste sentido, Pacheco de Carvalho argumenta que:

*Tratar al autor de ciertos delitos como enemigo es legitimar a la existencia de un Derecho penal de emergencia, con vigencia excepcional y aplicación diferenciada, y tal práctica rompe con los fundamentos de un Derecho penal garantista vigente en el Estado Social y Democrático de Derecho*¹⁶⁴.

¹⁶² Ibidem. p. 78.

¹⁶³ _____. Resenha Crítica. OLIVEIRA, Milena Vieira de; SOUSA, Valter Ribeiro. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. 4. ed. atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

¹⁶⁴ PACHECO DE CARVALHO, Themis Maria. *El ciudadano, el terrorista y el enemigo*. Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com>>. Acesso em 25 mar. 2012.

Assim, ele entende que o tratamento distinto dado ao delinquente ('inimigo'), é reconhecer um Direito Penal de emergência com vigência excepcional e aplicação diversa do Direito da normalidade.

Meliá, da mesma forma, sabiamente acrescenta:

Da perspectiva de um entendimento da pena e do Direito Penal, com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece excepcionalidade à infração do 'inimigo', mediante uma troca de paradigma de princípios e regras de responsabilidade pena, é disfuncional, de acordo com o conceito de Direito Penal ¹⁶⁵.

Censura, deste modo, o Direito Penal do Inimigo como direito, por sua excepcionalidade, pela inversão de regras e responsabilidade penal.

Outrossim, Alexandre de Moraes, interpreta de forma bastante incisiva que:

Ademais, segundo ele, esse significado simbólico específico do 'Direito Penal do Inimigo' abre a perspectiva para uma segunda característica estrutural: não é só um determinado 'fato' o que está na base de tipificação penal, mas também outros elementos, contanto que sirvam à caracterização do autor como pertencente à categoria dos 'inimigos' ¹⁶⁶.

Das afirmações de Meliá, a que mais chama a atenção é a relativa ao fato de que a percepção dos riscos e uma construção social que não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças e que, provavelmente, a função do Direito Penal do Inimigo seja vê-la na criação (artificial) de critérios de identidade entre os que fazem a exclusão, mediante esta mesma exclusão. Isso também se manifestará nas formulações técnicas dos tipos ¹⁶⁷.

¹⁶⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo...**, p. 78.

¹⁶⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 267.

¹⁶⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del...**, p. 100-105.

Meliá, conclui dizendo que o pior do Direito Penal do Inimigo é a sua incompatibilidade com o princípio do fato. Ele chama a atenção para a incompatibilidade do Direito criminal clássico com a tentativa de orientar a responsabilidade com base na “atitude interna do autor”. Diz que devemos observar o que está por detrás da teoria do Direito Penal do Inimigo, a qual inicia com ameaças a terrorista e depois amplia exageradamente seu alcance, o que no deve fazer refletir sobre o risco de sermos incluídos, por algum motivo, no rol de inimigos. Mesmo que essa reflexão se dê somente em espírito, será suficiente para rechaçar o denominado Direito Penal do Inimigo ¹⁶⁸.

Ainda importa ressaltar, as considerações ditas por Aponte no que tange à entrevista concedida por Jakobs na Colômbia. Ocasão em que, o jurista alemão indagado sobre a possibilidade de uma aplicação coerente de sua teoria (funcionalismo sistêmico para um Direito Penal da normalidade) em um país periférico e subdesenvolvido como aquele, isto é, aplicação da sua metodologia baseada em Luhmann em um país em pouco consenso cultural e ético ¹⁶⁹.

Günther ao responder o questionamento, validara:

En un país desgarrado, en el que viven grupos con comprensiones normativas diferentes, no puede haber un derecho penal homogéneo debido a que los conceptos correspondientes de las personas no son homogéneos. Por eso, obligatoriamente, se tiene que llegar a la situación que yo denomino como la situación del derecho penal de enemigo. Con esto mi teoría, según mi concepción, produce algo importante: denomina exactamente la situación en la que un país desgarrado se encuentra, o sea en parte acuñado normativamente y en parte acuñado tan sólo cognitivamente ¹⁷⁰.

Já para Alessandra Greco, a motivação para recusa do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico-penal moderno como seguimento instrumental é ¹⁷¹:

¹⁶⁸ Ibidem. p. 105-106.

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 268-269.

¹⁷⁰ APONTE, Alejandro Cardona. *Derecho penal Del enemigo...*, p. 25-26.

¹⁷¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Direito Penal do inimigo e Criminalidade...**, p. 728.

- a) pelos pressupostos de legitimidade mais ou menos externos no sistema jurídico-penal. É inconstitucional (argumentação das posições críticas existentes);
- b) o Direito Penal do Inimigo não contribui à prevenção político-fática dos delitos. No plano empírico, parece que se pode afirmar que a experiência em outros países, a respeito de organizações terroristas endógenas, mostra que a aplicação deste tipo de infrações não tem evitado delitos, mas tem contribuído para atrair novos militantes às organizações em questão - sucessivas avalanches de membros terroristas. Há boas razões para pensar que é ilusória a imagem de dois setores do Direito Penal (o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do Inimigo) que possam conviver em um mesmo ordenamento jurídico ¹⁷².

E ratificando Feijó Sánchez, ela prossegue:

E pode representar em alguma ocasião, um êxito de propaganda política parcial, precisamente para o inimigo ¹⁷³.

Prosseguindo, Alessandra elucida:

Diferenças estruturais (intimamente relacionadas entre si) sobre o Direito Penal e o Direito Penal do Inimigo são:

- a) o Direito Penal do Inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos infratores;
- b) em consequência, o Direito Penal do Inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor ¹⁷⁴.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Ibidem. p. 729. cit.

¹⁷⁴ Ibidem.

Ainda validando o que Aponte assevera anteriormente, Alessandra Greco, se manifesta quanto a grande repercussão da teoria de Jakobs, na América Latina, precisamente na Colômbia – onde o Direito Penal do Inimigo é praticado. É o fato que a:

Corte Constitucional colombiana tem declarado recentemente inconstitucional, vários preceitos penais promulgados pelo presidente. Não existem concepções teóricas que tornem invulnerável um ordenamento penal, frente a evoluções ilegítimas ¹⁷⁵.

3.4.3 O Direito Penal do Inimigo diante da função da pena na sociedade

O Direito Penal do Inimigo é divergente quanto a função da pena na sociedade, a saber:

A fundamentação de que os fenômenos pelos quais o Direito Penal do Inimigo reage, são perigos que põem em xeque a existência da sociedade, frente aos riscos proporcionados pelo sujeito. Desconsiderando totalmente que a percepção de riscos impostos pela sociologia, é uma construção social que não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças. Logo, os fenômenos, diante dos quais reage o Direito Penal do Inimigo, não carrega esta especial periculosidade terminal, para a sociedade ¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Ibidem.

E assevera Alessandra Greco:

Mesmo os candidatos a inimigos das sociedades ocidentais, tais como, crime organizado, máfia de drogas, e até mesmo o *ETA*, não parecem que ponham em xeque os fundamentais das sociedades em um futuro previsível ¹⁷⁷.

Alessandra Greco faz alguns questionamentos no que diz respeito à especialidade, dos fenômenos diante dos quais reage o Direito Penal do Inimigo; questiona ainda, que a característica explicaria, no âmbito fático, que se tenha uma reação precisamente dessa forma; e finalmente, pergunta qual a função da pena nesse contorno ¹⁷⁸.

E respondendo aos seus próprios questionamentos:

- a) é que se trata de comportamentos delitivos que afetam os elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade das sociedades questionadas, mas não no sentido de um risco fático extraordinário para esses elementos essenciais;
- b) a maior desautorização para esta defecção tentada pelo ‘inimigo’ é a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor.

Conclusão: o Direito Penal do Inimigo, jurídico-positivo, cumpre uma função distinta do Direito Penal (do cidadão); são coisas distintas. O Direito Penal do Inimigo praticamente reconhece, ao optar por uma reação estruturalmente diversa, excepcional, a competição normativa (a capacidade de questionar a norma) do infrator ¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem.

Em outros termos, afirma Meliá:

É o Estado que decide, mediante seu ordenamento jurídico, quem é cidadão e qual é o *status* que tal condição comporta: não é possível admitir “apostasias do *status* do cidadão”. “A maior desautorização que pode corresponder a essa defecção tentada pelo ‘inimigo’ é a reafirmação do sujeito em questão de pertencer à cidadania geral, isto é, a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor”¹⁸⁰.

É lógico que a pena, ainda que cumpra relação aos fatos de uma função preventiva especial, sempre cumprirá, também, uma função simbólica. No entanto, quando só cumpre esta última, será irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento para a sua simbolização, o usa como um meio de não como um fim em si, em outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos¹⁸¹.

Para Jakobs, o Direito Criminal tem dois polos ilhados que precisam ser demonstrados: o do cidadão e o do inimigo¹⁸². Assim, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes:

Pode ver neles pessoas que erraram ou indivíduos aos quais deverá impedir, mediante coação, que destruam o ordenamento jurídico¹⁸³.

É interessante notar como a teoria do Direito Penal do Inimigo encontrou grande espaço para o debate na América Latina, sendo que Meliá chama a atenção para o seu acolhimento em Estados de frágil posição democrática, v.g., Colômbia. Todavia, o autor sustenta que o Direito Penal do Inimigo:

¹⁸⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del...*, p. 79.

¹⁸¹ *Ibidem*. p. 78.

¹⁸² *Ibidem*. p. 19.

¹⁸³ *Ibidem*. p. 51.

- a) não se volta aos fatos, preferindo demonizar pessoas;
- b) conseqüentemente, transforma o Direito Criminal do fato em Direito Criminal do autor¹⁸⁴.

Melía conclui dizendo que, o pior do Direito Penal do Inimigo é a sua incompatibilidade com o princípio do fato. Ele chama a atenção para a incompatibilidade do Direito Criminal clássico com a tentativa de orientar a responsabilidade com base na “atitude interna do autor”. Diz que devemos observar o que está por detrás da teoria do Direito Penal do Inimigo, a qual inicia com ameaça aos terroristas e depois amplia exageradamente seu alcance, o que nos deve fazer refletir sobre o risco de sermos incluídos, por algum motivo, no rol de inimigos. Mesmo que essa reflexão se dê somente em espírito, será suficiente para rechaçar o denominado Direito Penal do Inimigo¹⁸⁵.

3.5 Crítica à Legislação Processual Penal pautada no modelo de Jakobs

Segundo Alexandre de Moraes:

O arsenal de críticas dirigido ao ‘Direito Penal do Inimigo’, como não poderia deixar de ser, também teve como alvo a legislação Processual Penal pautada neste modelo sugerido por Jakobs¹⁸⁶.

E invocando Hassemer, v.g., ele acentua qual impressionantemente tem sido o conjunto de métodos de investigação, com os quais a práxis do Direito Penal pretende enfrentar a criminalidade:

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 105-106.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 270.

Investigadores camuflados e agentes de ligação, sondagens e observações prolongadas, operações de arrastão em bancos de dados e buscas por meios eletrônicos, emprego clandestino de aparelhos visuais e auditivos até mesmo no recesso do lar, tecnologia, processamento de dados ostensivo e ‘preventivo’, utilização de anotações íntimas em criminalidade grave ¹⁸⁷.

No mesmo diapasão, Marques da Silva entende que:

No processo penal, a ineficácia dos meios investigatórios tradicionais determinou que muitos princípios constitucionais fossem adequados à investigação moderna, tais como a escuta telefônica, os agentes infiltrados. Estes métodos revolucionaram a investigação criminal, embora, algumas vezes, entrem em conflito com os direitos fundamentais, restando a questão de adequá-los às garantias constitucionais ¹⁸⁸.

E questionando esta política, ele prossegue ainda, dizendo que:

É uma política que tende a conformar-se com posições que uma vez defendem a exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime e reduzem o complexo ‘violência e criminalidade’ a duas questões: a investigação por meio da ‘grande escuta’, isto é, a possibilidade de colher eletronicamente conversas ocorridas no recesso do lar para fins investigatórios, e a autorização legal para que agentes policiais secretos possam cometer pequenos ilícitos penais típicos onde buscam infiltrar-se ¹⁸⁹.

Para Alexandre de Moraes, esse panorama, segundo Marques da Silva, provoca um cenário perigoso de segurança pública ¹⁹⁰. E Marques da Silva, assim, expressa:

¹⁸⁷ HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma política criminal. Três temas...**, p. 50.

¹⁸⁸ MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. **Acesso à Justiça Penal e Estado...**, p. 150-151.

¹⁸⁹ *Ibidem*. p. 61-62.

¹⁹⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 270.

Segurança pública, criminalidade e violência vêm adquirindo tanto na opinião pública quanto na percepção dos indivíduos uma importância crescente. Graves transgressões das leis penais e ameaças a bens jurídicos fundamentais infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam¹⁹¹.

No mesmo sentido, Gomes adverte que:

O Estado não pode se igualar ao criminoso nos seus métodos. Sancionar os delitos sim, mas não pode ultrapassar a barreira do legítimo (sob pena de se tornar também um criminoso)¹⁹².

No que pesem as críticas, Alexandre de Moraes se posiciona:

Ao que parece, a necessidade de enfrentamento da criminalidade organizada vem ganhando a batalha, institucionalizando alterações radicais no sistema processual clássico, como a limitação do princípio *in dubio pro reo*; a falta de delimitação nítida entre poder de polícia e persecução penal (ou seja, entre prevenção e repressão); a constante falta de limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa do verificado e do suspeito na persecução penal; a falta de transparência das investigações¹⁹³.

Hassemer traduz estas características:

Quando funcionários policiais no desempenho de seu trabalho passam a legalmente poder cometer infrações penais, aí então desaparece para o cidadão a nítida fronteira entre criminalidade e combate ao crime, e a superioridade moral no Estado frente à delinquência se esvai. Quando se autoriza que os serviços de informações possam participar da investigação criminal com os meios que lhes são específicos (presumivelmente mais efetivos), então será

¹⁹¹ MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. **Acesso à Justiça Penal...**, p. 61-62.

¹⁹² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Delitos Sócio-Econômicos: “Eficientismo” a todo custo**. Disponível em: <http://www.ielf.com.br/webs/IELFNova/artigos/artigo_lido.cfm?ar_id=276>. Acesso em: 27 jul. 2009.

¹⁹³ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 271.

o fim da transparência e do controle: não apenas para os atingidos, mas para toda a opinião pública e até para os políticos ¹⁹⁴.

Alhures acentua que os acordos penais e o agravamento de medidas coercitivas processuais nos casos da ‘criminalidade organizada’ como característica atual do modelo Processual Penal da modernidade:

No primeiro, as estruturas do processo penal são flexibilizadas; no segundo, os instrumentos de investigação são afiados e fortalecidos, mas o resultado produzido é o mesmo em ambos os casos: um processo capaz de adaptar-se ao ‘espírito de segurança pública’ destes tempos ¹⁹⁵.

Quanto ao perigo de todo esse quadro, Zaffaroni observa que:

O plano de controle social punitivo dá muito poder às corporações policiais e, com isso, poderiam fomentar um golpe de Estado ¹⁹⁶.

3.6 Crítica à legislação Processual Penal pautada no modelo de Günther

3.6.1 Exemplos nos países estrangeiros

¹⁹⁴ HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma política criminal. Três temas...**, p. 68.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 70-71.

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito...**, p. 33.

Ferrajoli apresenta um quadro interessante das três fases da emergência penal na Itália, demonstrando três políticos criminais. Asseverando que, se, por um lado elas são claramente diferentes, por outro, aliam-se no que as críticas nomeiam de ‘Direito Penal autoritário ou de emergência, hoje rotulado de ‘Direito Penal do Inimigo’:

- a) o direito especial de polícia (de 1974 a 1978, as leis excepcionais não tiveram qualquer relação com o terrorismo nem com a criminalidade organizada de forma geral. [...] Ambas as leis foram emanadas quando o terrorismo ainda não havia se manifestado de forma sanguinolenta e para fazer frente, segundo o slogan de campanha política que acompanhou a respectiva emanção, ao genérico fenômeno da ‘criminalidade avassaladora’);
- b) o direito penal político especial (uma legislação antiterrorista e um direito penal político de exceção em sentido próprio nascem apenas no final de 1979 por meio de novas leis e sobretudo das novas praxes judiciárias. Nesta segunda fase, a feição supletiva se inverte: é a magistratura, e não a polícia, que assume por inteiro o peso da luta contra o terrorismo e à qual se endereça a atenção e a sustentação das forças políticas);
- c) o direito penal diferenciado (estas feridas não cicatrizaram. Elas mudaram, muito mais do que a lei, a cultura dos juízes, consolidando-se nas praxes e na deontologia profissional. [...] A praxe da emergência antiterrorista difundiram-se por inteiro no sistema penal, caracterizando as duas linhas de tendência: de um lado, a diferenciação e a subjetivação penal por tipo de autor ou de imputado ou de detento, e, portanto, a generalização da especialidade mediante o desenvolvimento de mais direitos penais especiais e diferenciados; de outro lado, o crescimento da discricionariedade nas fases *ante e post iudicium*, segundo módulos transacionais idôneos a conferir a máxima flexibilidade seja ao rito como à pena, com a consequência perda de centralização do juízo, assim como, do nexos causal ilegal entre pena e crime.)¹⁹⁷.

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão...**, p.656-659.

Recentemente, têm demonstrado evidências deste modelo de política criminal, após os atentados terroristas de Nova Iorque ¹⁹⁸. Na Espanha, recorda Ramos Sánchez que a reforma penal de 1995, iniciou-se ascendendo o limite máximo de pena ao patamar de 40 (quarenta) anos, segundo ele:

Contraria a la prohibición constitucional de penas inhumanas o degradantes y a la doctrina del propio Tribunal Supremo español que afirma que las penas que superan los 20 años de duración no cumplen ya ninguna función preventiva o rehabilitadora, lo que viene a demostrar, palmariamente, es el fracaso del propio legislador quien, por no poder dominar un conflicto de indudable naturaleza política mediante instrumentos jurídico-penales, recurre a la máxima de lo que no se puede controlar, se destruye ¹⁹⁹.

Portilla Contreras, citado por Moraes, no mesmo sentido, relembra que:

Sequer foi necessário ampliar os poderes de investigação policial na Espanha, eis que a discricionariedade policial é absoluta desde a aprovação da Lei de proteção da segurança cidadão e a Lei que disciplina o uso de vídeo-vigilância em lugares públicos (Leis 01/1992 e 04/1997) ²⁰⁰.

Não apenas no âmbito acadêmico, os diversos exemplos encontrados no mundo são alvos de críticas, mas também os Tribunais têm sido convocados a enfrentar a constitucionalidade de legislações ou atos normativos típicos do ‘Direito Penal do Inimigo’ ²⁰¹.

¹⁹⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 273.

¹⁹⁹ RAMOS SÁNCHEZ, Javier. *Un Derecho penal del enemigo*. Disponível em: <<http://diasporavasca.freeservers.com/irakur.html>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

²⁰⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 273. cit. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El Derecho penal y procesal del enemigo: Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGARLDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.) *Dogmática y ley penal – libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madri: *Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, Marcial Pons, 2004. v. 1.

²⁰¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p. 274.

Conde afirma que, o Tribunal Constitucional Federal alemão:

Em sua sentença de 03/03/2004, declarou inconstitucional a regulação de 1999 que permitia graves intromissões que empregavam como meios de provas, gravações de conversações no âmbito da intimidade (*grosse Lauschangriffe*), por não cumprir determinadas garantias e requisitos derivados do princípio de legalidade e de proporcionalidade ²⁰². Já em dezembro de 2004, a Câmara dos Lordes inglesa sentenciou que a Lei antiterrorista inglesa de 2004, que permitia a detenção governamental sem limite temporário de estrangeiros suspeitos de terrorismo, infringia entre outros direitos da Convenção Europeia, o direito à igualdade jurídica entre estrangeiros e cidadãos e ao devido processo e proteção judicial efetiva ²⁰³.

A decisão de 23/10/2003 que anulou outra decisão de instância inferior em que funcionários foram condenados por suborno, utilizando-se como prova de interceptação telefônica decretada por um Juízo, com base em denúncia anônima, é um exemplo dado por Conde ²⁰⁴.

Alexandre de Moraes, com brilhantismo, assevera, quanto à decisão judiciária, na Colômbia:

É essencial o registro de relevante decisão jurisprudencial sobre o ‘Direito Penal do Inimigo’, prolatada pela Suprema Corte Constitucional da Colômbia. A decisão – sentença C-939/02, datada de 31/10/2002 – teve como Magistrado Relator o Dr. Eduardo Montealegre Lynett e como demais integrantes da Câmara julgadora, os Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra e Rodrigo Escobar Gil. Tal decisão enfrentou a constitucionalidade de um ato normativo no qual se adotavam medidas em matéria penal e processual contra as organizações criminosas ²⁰⁵.

²⁰² CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial...**, cit.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ STC 18/2003 – caso “Autopistas de Andalucia” (apud CONDE, Francisco Muñoz. *De Nuevo sobre...*, p. 43.

²⁰⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p.274.

E dando prosseguimento:

Quanto à base do fundamentado no art. 44 da Lei 137, de 1994, que facultava ao governo, durante o “estado de comoção nacional, tipificar penalmente condutas, aumentar e reduzir penas”, o Presidente da Colômbia editou o hostilizado Decreto 1.900/02 que tinha por objeto estabelecer tipos penais relacionados a furto, contrabando e depósito de produtos derivados ou componentes de combustíveis, assim como medidas processuais relacionadas com a captura de combustíveis furtados, depositados ilegalmente ou contrabandeados²⁰⁶.

Na Colômbia, a Suprema Corte, dando evidente alusão à concepção de Günther, percebeu que suas bases eram incompatíveis com os valores e princípios da sua Constituição Federal, conforme segue registrado:

Pues bien, esa 'politica criminal' facilista, consistente en afrontar únicamente la criminalidad con una estrategia simple -incrementos de pena inaplicables- es incompatible con dos de los principios que rigen los estados de excepción, a saber: (i) con el de finalidad, porque estas medidas no apuntan realmente al restablecimiento del orden público, sino que buscan fines no declarados de la pena, como el de crear la apariencia de que se está enfrentando el terrorismo, y (ii) con el de proporcionalidad, porque si las penas no van a ser aplicables finalmente en virtud del principio de favorabilidad, resulta desproporcionado derivar de ella consecuencias procesales, como la variación de las medidas preventivas durante el proceso²⁰⁷.

Da mesma forma, o Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Alemão, no dia 15/02/2006, na decisão “IBvR 357/05”, julgou inconstitucional a:

Lei de Segurança Aérea, que permitia a derrubada de aviões com terroristas como última medida (*ultima ratio*) para salvar a vida de outras pessoas, aduzindo se tratar de ‘Direito Penal do Inimigo’ que tal ato normativo violaria o direito à vida e a dignidade da pessoa humana²⁰⁸.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p.275. cit.

3.6.2 Exemplos no Brasil

No Brasil, neste mesmo raciocínio, parte da doutrina manifestando-se criticamente pela admissão de políticas criminais duras, desde a previsão Constitucional de um tratamento diferenciado aos denominados Crimes Hediondo. Essas políticas criminais, anteriormente rotuladas como decorrentes do movimento ‘Lei e Ordem’ e ora nomeados como típicas do Direito Penal do Inimigo ²⁰⁹.

Da mesma forma, Toledo criticou essa política mais dura adotada no Brasil:

O legislador constituinte de 1988, ao editar a norma do art. 5º, XLIII, criando a categoria dos “crimes hediondos”, bem como o legislador ordinário, ao regulamentar esse preceito através da Lei 8.072/90, agiram apressada e emocionalmente na linha da ideologia da *law and order*. Essa ideologia, típica da sociedade norte-americana, que, diga-se de passagem, desde a década de 20, vem perdendo a “guerra contra o crime”, ganha espaço e adeptos entre nós, principalmente entre políticos, promotores de justiça e delegados de polícia ²¹⁰.

Moraes aduz quanto ao tratamento de presos perigosos:

Mais recentemente, o tratamento diferenciado a presos perigosos no sistema de execução de penas, por força do advento da Lei 10.792/03 foi duramente criticado e, como era de esperar, rapidamente associado à concepção de ‘Direito Penal do Inimigo’ ²¹¹.

E Pacheco de Carvalho, por sua vez, iniciando uma análise do regime disciplinar diferenciado da Lei 10.792/03 conclui:

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos...**, cit.

²¹¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p.276.

Traçados os limites entre um Direito Penal que não tem preocupação outra com o delinquente que não apenas a de excluí-lo do convívio social, um Direito Penal que julga que os conflitos sociais devem ser resolvidos como sendo uma operação de guerra e ‘quem ganha à guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação’ e outro Direito Penal no qual como ‘elemento social se inclui a exigência de que o condenado não seja expulso da sociedade, mas que conserve a possibilidade de sua reintegração social’²¹².

Desta forma, explicitamente, Pacheco rotulou o referido instituto como parâmetro próprio do modelo de Günther. Assim, o novo entendimento dado pela nova redação do art. 52 *caput* da LEP que lhe foi dada pela Lei 10.792/03 preceitua:

A prática de fato prevista como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado²¹³.

Alexandre de Moraes, em nota, esclarece quanto à nova redação dada ao art. 52 *caput* da LEP pela Lei 10.792/03:

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

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

²¹² PACHECO DE CARVALHO, Themis Maria. *El ciudadano...*, cit.

²¹³ *Ibidem*.

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

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando²¹⁴.

Nesta linha, Pacheco de Carvalho assevera que, além da existência da prática de ato doloso ser algo vago e impreciso, a Lei fala somente na prática calando-se na existência de condenação anterior pelo mesmo crime. Assim, os princípios de presunção de inocência e ampla defesa estariam sendo pisados²¹⁵.

Para ele, a imposição de sanção disciplinar por apresentar um preso perigoso para o sistema penitenciário ou para a sociedade, além de expor o arbítrio consagrado, trata-se de:

Uma punição pré-delitual, uma punição aplicada não por um fato típico e antijurídico, mas sim, pela figura do autor²¹⁶.

Para Dotti, o ato normativo realça o significado do movimento de luta contra a “legislação anterior”, assim, ela se manifesta:

Ele surgiu e se expande em proporção geométrica, face à ausência de uma política pública adequada ao controle da violência e da criminalidade e pelo fenômeno da legislação de conjuntura que procura suprir a omissão dos governos quanto aos programas de prevenção e controle dos fatos antissociais²¹⁷.

²¹⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p.276.

²¹⁵ PACHECO DE CARVALHO, Themis Maria. *El ciudadano...*, cit.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ DOTTI, René Ariel. **Movimento Antiterror...**, p. 28-29. cit.

Com respaldo em Bonfim, Moraes ainda reconhece que:

Todo o contexto que imprime velocidade nas mudanças legislativas, feitas na maior parte das vezes por um Legislativo irracional e atendendo a um Executivo incapaz e omissivo, permitiu uma grave imprecisão que se reflete²¹⁸.

E citando o autor Alexandre de Moraes, entende necessário registrar:

A desorganizada Lei 9.034/95 para combate ao ‘crime organizado’ – de inspiração alienígena –, onde se confundem conceitos acerca de atividades processuais de magistrados e promotores (o magistrado instrutor da Itália, corresponde ao nosso ‘Promotor’), a par, ainda, de não saber distinguir ‘crime organizado’ dos crimes de quadrilha ou bando, azando-se a edição de uma lei reputada por Luiz Flávio Gomes como provavelmente ‘mais estapafúrdia da história republicada brasileira’, onde ‘após mais de um ano após sua vigência não se tem notícia da sua aplicação em um único caso’²¹⁹.

Finalmente, Bonfim, fazendo uma paráfrase à Hungria, deu a sentença:

Nós, imitando ou repetindo a civilização francesa, ou a alemã, somos uns primitivos, porque estamos ainda na fase do mimetismo²²⁰.

²¹⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo...**, p.277.

²¹⁹ BONFIM, Edilson Mongenout. **Direito penal da sociedade...**, p. 142.

²²⁰ *Ibidem*. p. 143.

4. DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

4.1 Considerações Iniciais

A construção teórica dos pressupostos do garantismo penal está embasada nos rígidos fundamentos propostos por Luigi Ferrajoli. Em sua obra – *Direito e Razão-Teoria do Garantismo Penal* –, o jurista Italiano fomenta reflexos sobre a necessidade da incerteza e imprevisibilidade no momento da intervenção penal. Esta teoria tem como finalidade o estabelecimento de critérios de racionalidade e civilidade à intervenção do Estado, assegurando a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, que por sua vez, fixam o objeto e os limites do Direito Penal.

Ferrajoli assegura que a diferença substancial entre Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo pode ser elucidado, quando assentado nos critérios da certeza e incerteza, mesmo que com o reconhecimento do relativismo desses critérios. Dessa forma, a certeza perseguida pelo Direito Penal máximo está na punição do culpado à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. No entanto, a certeza perseguida pelo Direito Penal mínimo, contrariamente, está na certeza de que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que algum culpado possa ficar impune²²¹.

Salo de Carvalho, ratificando Ferrajoli, acentua que o garantismo deslegitimar qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Assim, o modelo garantista permite a criação de instrumental prático-

²²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 84-85.

teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados ²²².

Os direitos e garantias fundamentais são, portanto, instrumentos essenciais e hábeis a orientar a ação estatal e corrigir excessos e equívocos por parte do Estado sancionador. Há limites que não podem ser ultrapassados, mesmo que sob o fundamento de controle social e punição de criminosos.

4.2 Uma breve análise histórica do poder punitivo

Nos primórdios da história do Direito, atribuía-se todos os acontecimentos bons ou maus às divindades. Para controlar a ira dos deuses, criaram-se proibições (regras de conduta) de cunho religioso, social e político, que se fossem desobedecidas aplicavam-se castigos. Desta forma, surgiram os crimes e as penas.

Por volta de 2000 a.C., aplicava-se a Pena de Talião, criada devido ao sentimento da vingança, conhecida pela frase ‘olho por olho, dente por dente’. Após, foi instituído o Código de Hamurabi, o qual trouxe para o Direito Penal contribuições que até hoje vigoram, como a noção de roubo e receptação. Não se pode olvidar da Lei das Doze Tábuas, onde continha os principais tipos penais.

O poder punitivo ao longo dos séculos vem praticando barbáries em desrespeito à vida humana, com pretexto de manutenção da ordem e da segurança. A Inquisição, a Revolução Francesa, o Nazismo e os atentados de 11 de setembro de 2001, ratificam quão severa e brutal são as práticas do poder punitivo contra o inimigo da sociedade.

²²² CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. **Aplicação da Pena...**, p. 19.

4.2.1 A Inquisição

Do século XIII ao século XVIII, a Igreja Romana sob o manto do Santo Ofício dizimou milhões de seres humanos de diferentes classes sociais que acreditavam, pensavam ou se comportavam de forma diferente dos padrões e regras impostas pela Igreja Católica ²²³.

Por seu turno, Cesare Bonesana Beccaria publica em 1764 a obra dos ‘Delitos e das Penas’ antecipando as ideias posteriormente consagradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, protestando de maneira universal pela abolição da pena capital ²²⁴.

4.2.2 A Revolução Francesa – Século XVIII

A França do século XVIII era absolutista e vivia em extrema injustiça social. O nível de insatisfação popular era tão grande que o povo foi às ruas e derrubou, em 14 de julho de 1789, o símbolo do absolutismo – a Bastilha. Foi um período marcado por extrema violência, prisões arbitrárias e execuções sumárias, o mais típico exemplo do Direito Penal do Inimigo à época ²²⁵.

²²³ NOVINSKI, Anita Waingort. **A inquisição**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 10-14.

²²⁴ BECCARIA, Cesare Bonessana. **Dos delitos...**, p. 120.

²²⁵ VICENTINO, Cláudio. *História Geral: ensino médio*, 1997. p. 262-263.

4.2.3 O Nazismo

Em 1933 Hitler assume o poder e, com suas tropas nazistas, instalaram o terror na Alemanha e nos países que ocupavam. As fogueiras medievais deram lugar às câmaras de gás: as pessoas eram sumariamente executadas e, falsos quartos de banhos ²²⁶.

4.2.4 Os atentados de 11 de setembro de 2001

O final do século XIX viu o surgimento dos EUA como potência mundial e o século XX a ascensão e consolidação da hegemonia norte-americana.

Em 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos da América foram atacados, no coração do seu próprio território, por terroristas que derrubaram as torres do *World Trade Center*, em Nova Iorque e parte do prédio do Pentágono, em Washington, mudando assim, de maneira profunda a estrutura do poder global. Os americanos viveram uma tragédia da qual sempre pensaram estarem imunes ²²⁷.

Após o fatídico 11 de setembro, o Presidente George W. Bush adota medidas excepcionais de urgência, reagindo de maneira desproporcional aos ataques. Derruba o regime Talibã, no Afeganistão, que dava guarida à *Al-Qaeda* e determina uma invasão ao Iraque.

Nesse contexto, os Estados Unidos desenvolvem o conceito de defesa preventiva, a principal potência bélica e econômica do mundo quer o direito de atacar quem quiser caso se sinta ameaçada ²²⁸.

²²⁶ ALEMANHA, Rodrigo Rezende da. **Doutores da agonia...**, p. 52-60.

²²⁷ Pinto, Carlos Ignacio; Figueiredo, Danilo José; Passetti, Gabriel. **11 de Setembro como um marco para a História do Tempo Presente**. Klepsidra: Revista virtual de história, n. 10, 2002.

²²⁸ Ibidem.

4.3 A reafirmação dos Direitos Humanos

Após as duas grandes guerras mundiais foi deflagrado o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, em resposta às atrocidades cometidas ao longo do Nazismo. Viu-se a necessidade do estabelecimento de um sistema protetivo dos Direitos do Homem, a fim de evitar que se repetissem as atrocidades ali cometidas ²²⁹.

4.3.1 Internacionalização dos Direitos Fundamentais

A primeira fase da internacionalização dos Direitos Fundamentais teve início na segunda metade do século XIX, ela se manifesta em três setores dos quais faz parte o Direito Humanitário, que segundo Piovesan, aplica-se na hipótese de guerra no intuito de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância dos Direitos Fundamentais (2000, p.123) ²³⁰; a segunda fase, segundo Comparato (2001) situa-se no pós Segunda Guerra Mundial, após ao massacres e atrocidades praticados em decorrência do fortalecimento do totalitarismo estadual, a humanidade viu a necessidade de reconstrução dos Direitos Fundamentais, percebendo o valor supremo da dignidade humana.

A partir de então, reforça-se a ideia de que a proteção dos Direitos Fundamentais não deve ser restrita à esfera do Estado, mas sim, uma preocupação de âmbito de proteção desses direitos, que culminou em uma sistemática normativa de proteção internacional, fazendo possível a internacionalização conforme Cançado Trindade (2000), já não se trata de proteger indivíduo em certas condições ou em determinadas situações, como na primeira, mas de proteger o ser humano como tal.

²²⁹ WAINTROB, Ilan Drukier. **O Sistema Internacional e Interamericano dos...**, p. 342-345.

²³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos...**, cit.

Como afirma Piovesan (2000) ²³¹, passou-se então a buscar uma ação internacional mais eficaz para proteção desse direito, que culminou em uma sistemática normativa de proteção internacional, fazendo possível a responsabilização do Estado, quando este mostra falhas ou omissões na tarefa de proteção dos Direitos Fundamentais.

Para atingir tal fim, em 1945, criaram a ONU (Organização das Nações Unidas), com diversos objetivos de prossecução internacional, dentre os quais se destaca a proteção internacional dos Direitos Humanos.

As cartas constitucionais na forma como são conhecidas hoje, são um reflexo da positividade dos Direitos Fundamentais, do que deriva a rigidez e supremacia constitucional que predomina no Estado de Direito.

No Brasil, a internacionalização dos Direitos Fundamentais foi estatuída pela Carta Magna de 1988.

4.3.2 A experiência brasileira

Desde a sua primeira Constituição, o Brasil já se preocupava com a defesa dos Direitos Fundamentais. A Carta de 1924 previa, em seu artigo 179, um rol de 35 (trinta e cinco) direitos destinados aos cidadãos brasileiros. Entretanto, a verdadeira garantia dos Direitos Fundamentais foi instituída com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual estão previstos, além do vasto rol de direitos e garantias individuais contidos em seu artigo 5º, uma enorme gama de Direitos Fundamentais espalhados pelo texto constitucional. É em decorrência dessa imensidão de direitos que a Carta de 1988 é hoje denominada “Constituição Cidadã”.

Segundo Cançado Trindade (2000), ocorreram, entretanto, oscilações na prática do Direito Internacional no Brasil, ocorridas no período da ditadura militar, em que o país abar-

²³¹ Ibidem.

cou um longo período de autoritarismo, passando a adotar uma posição defensiva no plano internacional.

A conjugação de ideias basilares a respeito dos Direitos Fundamentais permitiu-nos verificar que a busca pelo correto conceito desses direitos envolve a delimitação de sua trajetória histórica, que se iniciou logo que o homem passou a se relacionar como instrumento de profunda modificação no conceito e respeito dos Direitos Fundamentais.

4.4 Garantias e Direitos Fundamentais

A Constituição Federal de 1988, em virtude de diversos acontecimentos históricos, sejam locais ou internacionais, institui uma série de Direitos e Garantias Fundamentais, compreendidas no artigo 5º ao 17º.

4.4.1 Distinção entre Garantias e Direitos

Inicialmente procuraremos fazer uma distinção entre Garantias e Direitos. Das Garantias Constitucionais podemos dividi-las em: Garantias Constitucionais (no sentido lato), ou podem ser Garantias dos Direitos Subjetivos, expressos ou outorgados pela lei maior, a saber, remédios jurisdicionais eficazes para salvaguardar esses direitos (sentido estrito) ²³².

As Garantias Constitucionais na acepção lata refere-se à manutenção da eficácia e proteção da ordem constitucional contra fatores que possam coloca-las em risco, por exemplo, hipótese de crise do sistema político.

²³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...**, cit.

Por outro lado, as garantias constitucionais na acepção estrita procura proteger de forma direta ou indireta os Direitos Fundamentais Subjetivos por meio de remédios jurisdicionais hábeis a combater a violação de Direitos Fundamentais ²³³.

Como a definição de garantias constitucionais é extremamente limitada, passaremos a definição de garantias fundamentais. Garantia Constitucional é meio disciplinar e de tutela do exercício dos Direitos Fundamentais e, simultaneamente, de proteção adequada às instituições existentes no Estado, dentro dos limites Constitucionais ²³⁴.

4.4.2 Conceitos

Portanto, as Garantias são instrumentos da efetivação dos Direitos Fundamentais e eminentemente assecuratórios, não estando necessariamente expressos no texto Constitucional Já os Direitos Fundamentais, propriamente ditos, consta da Lei maior expressamente, o que lhes conferem caráter declaratório ²³⁵.

Os Direitos Fundamentais possuem caráter de “Norma Constitucional”, merece de sua positivação na Lei Maior. São Direitos Fundamentais na medida em que estão inserto no texto Constitucional, tendo passado por declaração do Poder Constituinte para tanto, com fundamento no Princípio da Soberania Popular. A priori, tais direitos possuem eficácia e aplicabilidade imediata, situação que pode ser mitigada conforme os critérios de razoabilidade e proporcionalidade previstos na lei ou a serem arbitrados em determinados casos concretos ²³⁶.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais**. In: Revista *Jus navigandi*, 2001. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/2177/em-busca-da-efetividade-dos-direitos-sociais-prestacionais>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...**, cit.

4.4.3 Características dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais têm por características:

- a) a historicidade dos Direitos Fundamentais diz respeito ao seu nascimento, modificação e desaparecimento no tempo, mercê dos acontecimentos históricos;
- b) a inalienabilidade dos Direitos Fundamentais é caracterizada pela impossibilidade de negociação dos mesmo, tendo em vista não possuírem conteúdo patrimonial;
- c) a imprescritibilidade dos Direitos Fundamentais na medida em que podem ser exercidos ou reclamados a qualquer tempo, não havendo lapso temporal que limite sua exigibilidade;
- d) a irrenunciabilidade dos Direitos Fundamentais significa que mesmo não sendo tais prerrogativas exercidas, o cidadão não pode renunciar às mesmas;
- e) a inviolabilidade dos Direitos Fundamentais não podem ser desrespeitados por qualquer autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de ilícito civil, penal ou administrativo;
- f) a universabilidade é caracterizada pela disposição dos Direitos Fundamentais a todo ser humano, com plena observância ao Princípio da Isonomia;
- g) a concorrência aplicar-se-á aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, configurando-se o que se chama de “cedência recíproca”;
- h) a efetividade dos Direitos Fundamentais é assegurada pelos meios coercitivos dos quais dispõe o Estado para garantir a possibilidade de exercício das prerrogativas constitucionais ora aventadas;
- i) a interdependência diz respeito à relação harmônica que deve existir entre normas constitucionais e infraconstitucionais como os Direitos Fundamentais, devendo as primeiras zelar pelo alcance dos objetivos previstos nos segundos;

- j) a complementaridade refere-se à interpretação conjunta dos Direitos Fundamentais, objetivando sua realização de forma absoluta²³⁷.

4.4.4 As quatro categorias dos Direitos Fundamentais

Doutrinamente, os Direitos Fundamentais são divididos em quatro categorias:

- a) os Direitos de primeira geração, são os direitos de liberdade, no que tange aos Direitos Civis e políticos. De titularidade individual, são oponíveis ao Estado demonstrando caráter antiestatal. Neste diapasão, observa-se que de fato há uma separação entre Sociedade e Estado, ficando a faculdade intervencionista do segundo, limitado de modo a não atingir as liberdades abstratas de cada indivíduo;
- b) os Direitos Fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, tendo estrita relação com o Princípio da Igualdade, porquanto trazem em seu bojo a proteção da isonomia entre os cidadãos através das normas Constitucionais. Prima-se, portanto, pela proteção da igualdade material;
- c) os Direitos de terceira geração privilegiam, em grande escala, a sociedade como um todo. Assentados sobre a ideia de fraternidade, tais direitos podem ser subdivididos em cinco grupos, quais sejam: os direitos ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direitos de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação;
- d) os Direitos de quarta geração abarcam a democracia, o direito à informação, autodeterminação dos povos e ao pluralismo. Com nascedouro na globalização política, tais direitos configuram a fase mais moderna da Institucionalização do Estado Social, visando preparar o cidadão para uma participação social mais ativa, legitimando-o a tomar parte no sistema democrático²³⁸.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Em busca da efetividade...**, cit.

A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida, assim, o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passam a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional (PIOVESAN, 2007, p.139).

Também, responsável pela internacionalização dos Direitos Fundamentais, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assinada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, foi o ápice do humanismo político da liberdade. Nascida com intuito de cumprir com o disposto no art. 55 da Carta das Nações Unidas foi elaborada com o fim maior de fazer cessar a guerra e destruição entre países, cujo ponto crucial foi a Segunda Guerra Mundial. Em seu preâmbulo, coloca que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (PIOVESAN, 2007).

Ainda nos dizeres de Piovesan:

Para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos (2007, p. 142-143).

Tal documento foi, no entender de Bonavides, um misto de convergência e síntese:

Convergência de anseios e esperanças [...]. Síntese, também, porque no bronze daquele monumento se estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma Constituição lograra ainda congregar, ao redor do consenso universal (BONAVIDES, 2002, p.527).

Segundo Piovesan, o fato de ter sido aprovada por 48 Estados, com oito abstenções inexistindo qualquer questionamento ou voto contrário, torna a Declaração um documento de afirmação de uma ética universal:

Ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados (PIOVESAN, 2007, p. 142).

4.5 Estado Democrático de Direito

4.5.1 Estado Democrático de Direito – Evolução

Na Idade Média, por volta do século XIII, barbaridades foram cometidas durante a Santa Inquisição. É época em que pessoas foram presas, condenadas e muitas vezes queimadas em plena praça pública com o pretexto de atentarem contra a Igreja Católica e ao Direito Canônico. O povo era desprovido de qualquer Direito.

Durante o regime absolutista o poder era todo concentrado nas mãos do soberano (rei), sendo que o povo não possuía direitos. Apenas em 1215, com a Magna Carta do rei João Sem-Terra é que foram concedidos alguns direitos aos cidadãos, somente os pobres. Com o passar do tempo, influenciados pelas ideias iluministas, o povo passou a se rebelar contra a concentração do poder em uma só pessoa ²³⁹.

O período pós Revolução Francesa, marca o nascimento do constitucionalismo. Este movimento não tinha o objetivo de ofertar uma Constituição aos estados, uma vez que estes sempre a tiveram e sempre a terão. O objetivo do constitucionalismo era fornecer constituições escritas aos estados (constituição folha de papel de Ferdinand Lassale).

As primeiras constituições escritas foram as dos EUA em 1787 e a francesa em 1789. Outra consequência importante das revoluções liberais foi o surgimento do Estado de Direito, onde se pregava que tanto os governantes como os governados deviam obediência às leis.

²³⁹ 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 (nobreza e clero), o que deu origem a Revolução Francesa de 1789.

Todavia, a ideia de Estado de Direito foi desvirtuada durante a Segunda Guerra Mundial, onde vários judeus foram mortos por Hitler com base na lei alemã (Estado de Direito), pois o positivismo pregava total obediência às leis.

A partir daí, passou-se a diferenciar lei vigente de lei válida, pois acima das leis há valores que devem ser respeitados e obedecidos. Assim, após a Segunda Guerra Mundial passou-se a falar em Estado Democrático de Direito, onde todos, inclusive os governantes, devem obediência às leis, desde que estas atendam aos valores de igualdade, liberdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Desse modo, o poder do Estado passou a ser limitado, respeitando-se o Estado de Direito.

Hoje, principalmente pela importância dada aos direitos humanos, a doutrina moderna defende a existência de um Estado Social Democrático e Humanitário de Direito.

Os sistemas de controle social formais sempre devem seguir a orientação, a saber, ser condicionados por um modelo social ²⁴⁰. Existem vários modelos de sociedade, influenciados por razões políticas, sociais, econômicas etc.

Marcelo Augusto, citando e utilizando o pensamento de Pinto Ferreira, esclarece que:

O meio social e histórico exerce uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica, que não se desenvolve alheia às circunstâncias da realidade econômica e social. A Constituição se modela por influência de fatores circunstanciais de uma sociedade determinada, refletindo os usos e costumes dominantes, as tradições religiosas e culturais, o sistema de forças produtivas, uma série de fatores econômicos e culturais que lhe imprimem a sua marca indelével ²⁴¹.

Decidir por uma delas é uma manifestação política e, a partir dessa manifestação, é possível identificar o modelo social que pretende responder a ordem jurídica, ou seja, quais

²⁴⁰ GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; ZAPARETO, Luis Arroyo. *Manual de Derecho Penal: Parte general. Instrumentos y principios básicos del derecho penal*. Madrid: Praxis, 1994. p. 2.

²⁴¹ FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 08 apud AUGUSTO, Marcelo Custódio Erbella. **A legitimação do direito processual penal no Estado democrático de Direito**. In: COSTA, José de Faria e SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação) *Direito Penal Especial, Processual Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira –* : editora Quartier Latin o Brasil: São Paulo, 2006, p. 943.

são as expectativas, os fins que esperam alcançar os membros de uma determinada comunidade. O modelo de sociedade preferido por uma sociedade, o ideal para a satisfação de suas aspirações, está contido em sua Constituição naquilo que se denomina conteúdo material da Constituição ²⁴². Então, só a Constituição permite verificar qual modelo social foi adotado por determinado Estado, qual “a sua particular maneira de ser” ²⁴³.

Na atualidade, ocupa especial destaque, dentre os modelos de Estado, o denominado Estado Social e Democrático de Direito, que, no dizer de Santiago Mir Puig, é:

Uma concepção sintética de Estado, produto da união dos princípios do Estado liberal e do Estado social. Com toda síntese, a imagem resultante do Estado supõe uma superação de seus componentes básicos isoladamente considerados, o que permite agregar a terceira características da fórmula constitucional: a democracia ²⁴⁴.

4.5.2 O Brasil como Estado Democrático de Direito

No Brasil, com a Constituição da República de 1988, deu-se forma a um tipo de Estado que recebeu a denominação “Estado Democrático de Direito” ²⁴⁵. E do modelo jurídico adotado decorrem os fundamentos do Estado brasileiro, sendo a coluna de sustentação da ordem jurídica brasileira, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

²⁴² Ensina Celso Ribeiro Bastos: “[...] fala-se de Constituição em sentido material ou Constituição material de um Estado. Trata-se do conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas etc. que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser”. Grifos nossos, op. cit., p. 40.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2. ed. rev. Barcelona: Bosch, 1982 apud AUGUSTO, Marcelo Custódio Erbella, 2006, p. 31-34.

²⁴⁵ Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”

A dignidade da pessoa humana é a viga mestra da estrutura ordenamento jurídica; “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”²⁴⁶. Como assevera Marco Antônio Marques da Silva:

A dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem [...] ²⁴⁷.

O estudo do conteúdo, ou fundamentos, do modelo de Estado brasileiro é de suma importância para a análise, compreensão e fixação dos limites do sistema global de controle social. E o Direito Penal como subsistema de controle formal, e o Processo Penal, como seu meio de efetivação, não podem se estruturar em descompasso com os próprios fundamentos que dão sustentação a toda ordem jurídica estabelecida, devendo-se ter presente que a dignidade da pessoa humana é o traço de ligação entre a ordem social e a ordem jurídica, e só será efetivada, se os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana receber o devido respeito e tratamento ²⁴⁸.

Como o Direito Penal é um subsistema de controle social formal, e de todo controle social formal deve estar condicionado pro um modelo social. O modelo social adotado no Brasil é o Estado Democrático de Direito. Valendo tal assertiva também para o Processo Penal, terceiro nível de formalização daquele ²⁴⁹.

Disso extrai-se que, num Estado Democrático de Direito, o Direito Penal e o Processual Penal não podem ser desenfreados, arbitrários, ilimitados, como não o são, principalmente, porque o Direito Fundamental atacado é a liberdade ²⁵⁰.

²⁴⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional...**, op. cit. p. 93.

²⁴⁷ Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito apud AUGUSTO, Marcelo Custódio Erbella, 2006, p. 944.

²⁴⁸ AUGUSTO, Marcelo Custódio Erbella. **A legitimação do direito processual...**, p. 945.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Ibidem*. p. 947.

Marcelo Augusto Custódio Erbella, citando em nota, J.J. Gomes Canotilho elucidada:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais ²⁵¹.

Nessa linha de pensamento, percebe-se estar orientados ao Direito Penal e o Direito Processual Penal brasileiro – o poder punitivo do Estado – por valores preestabelecidos na Constituição Federal. Valores decorrentes do Estado Democrático de Direito e de seus fundamentos, apontados no art. 1º. Nas palavras de Marco Antônio Marques da Silva:

O poder punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes que lhe atribui a Constituição Federal para aplicar o Direito Penal, sendo a criação das normas da competência exclusiva do poder legislativo, enquanto sua aplicação é do poder judiciário. Entretanto, este conjunto de poderes não é ilimitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no art. 1º da Constituição Federal de 1988 ²⁵².

4.5.2.1 Princípios fundamentais de Direito Penal formalizados na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 expressamente formalizou, sob a ótica penal, quatro princípios fundamentais:

²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 1993 apud AUGUSTO, Marcelo Custódio Erbella, 2006, p. 945.

²⁵² MARQUES DA SILVA, Marco Antônio, 2001 apud AUGUSTO, Marcelo Custódio Erbella, 2006, p. 947.

- a) o princípio da legalidade ²⁵³;
- b) o princípio da igualdade;
- c) o princípio da humanidade da pena;
- d) o princípio da responsabilidade pessoal ²⁵⁴.

4.6 Eficiência e garantismo e o princípio de proporcionalidade

O Estado interventor e constitucionalmente admitido por meio da atividade de persecução criminal, incorporando, evidentemente, o processo Penal, incorre na imposição de limitações na esfera das liberdades individuais do imputado. Tais limitações incorporam proporções mais acentuadas à liberdade do acusado, seja em função das obrigações perante o processo e o Estado, seja no que tange à possibilidade da prisão, caso haja evidente abuso no exercício do referido direito de liberdade. Não se discute que o acusado põe-se numa situação de maior vulnerabilidade frente ao poder estatal ²⁵⁵.

Contudo, da mesma forma que o poder estatal acarreta limitações na órbita individual das pessoas, é inquestionável que os direitos assegurados a estas, acabam por gerar iguais limitações à atuação estatal. Essa conclusão deriva da forma como o constituinte concebeu a restrição legítima às liberdades individuais, a partir da observância de inúmeras garantias, dentre as quais o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a necessidade de motivação das decisões judiciais, a garantia do juiz natural, a vedação das provas ilícitas e a impossibilidade de antecipação dos efeitos da condenação ²⁵⁶.

²⁵³ Constituição Federal: “Art. 5º inciso XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

²⁵⁴ Constituição Federal: “Art. 5º inciso XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

²⁵⁵ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Criminalidade organizada e procedimento...**, p. 915.

²⁵⁶ ANCEL, Marc. **A nova defesa social – um movimento de política criminal humanista**. ed. Forense, 1971 apud BECHARA, Fábio Ramazzini, 2006, op. cit. p. 18-20.

Daí porque o desenvolvimento da atividade estatal pressupor a observância dos parâmetros acima enumerados, sob pena de um resultado ilegítimo, e contrário aos valores democráticos. Tal harmonia reconhece e convive perfeitamente com a possibilidade de que em determinadas situações venham a ocorrer tensões entre os fins perseguidos pelo Estado e a necessidade de preservação dos valores individuais ²⁵⁷.

A liberdade da pessoa é inviolável, não obstante, as adoções de restrições são fundamento de tutela da comunidade e do desenvolvimento da vida em sociedade. Este é, de modo primário, o poder que o Estado ostenta impondo limites que se concretizem em providências coercitivas e restritivos destinado a impedir ou a punir o cometimento de crime ²⁵⁸.

A inviolabilidade dos Direitos Fundamentais consiste, por um lado, na posição certamente primária ou privilegiada que tais direitos-valores como pontos de referência devem assumir na operação de balanceamento, ou seja, na impossibilidade de prejudicar o núcleo essencial. Por outro lado, consiste no reconhecimento que tais direitos constituem os princípios supremos do ordenamento, idôneos não somente como limites à revisão constitucional, mas, sobretudo para consentir interpretações dinâmicas e evolutivas das disposições constitucionais ²⁵⁹.

Se os direitos constitucionais, enquanto nascem intrinsecamente limitados, são todos sujeitos ao balanceamento entre si próprios, um em relação aos outros, e entre si e outros valores constitucionais, é necessário distinguir o sentido e o modo de balanceamento dos direitos do homem e do cidadão daquele próprio dos direitos conexos a posições sociais. Daí, porque se encontra avançada a distinção entre direitos invioláveis originários ou gerais e direitos derivados e especiais, mas igualmente invioláveis. Os distintos princípios ordinários são de qualquer modo conservados, mas razoavelmente moduláveis e adaptáveis à evolução social a fazer prevalecer ora um ora outro nos diversos eventos históricos e nos diversos institutos jurídicos ²⁶⁰.

²⁵⁷ BEVERE, Antônio. *Processo penale, garantismo, difesa sociale* – POTERI, giurisdizione: *Atti del sesto Congresso Nazionale – Magistratura Democratica*, Napoli : Jovene, 1985 apud BECHARA, Fábio Ramazzini, 2006.

²⁵⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Criminalidade organizada...*, p. 916.

²⁵⁹ MODUGNO, Franco. *Nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino: G. Giappichelli, 1995 apud BECHARA, Fábio Ramazzini, 2006, p. 917.

²⁶⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Criminalidade organizada...*, p. 917.

Os direitos invioláveis segundo Fábio Bechara, citando Franco Modugno:

São os direitos reconhecidos como invioláveis, ou seja, afirmados como valores primários e princípios supremos do ordenamento constitucional, e igualmente idôneos a consentir as interpretações e explicações evolutivas da sua potencialidade normativa. São, antes de tudo, as liberdades pessoais e coletivas, mas são também as liberdades políticas e sociais ²⁶¹.

Existe a possibilidade da construção de um procedimento diferenciado no Processo Penal, pressupondo a mitigação de determinadas garantias individuais, sem, contudo, ocasionar o seu esvaziamento, de modo a possibilitar a eficiência na atuação estatal frente ao fenômeno da criminalidade organizada?

Para Fábio Bechara, seja a eficiência na atuação estatal, sejam as garantias individuais, ambas se inserem no âmbito das garantias constitucionais e, com *status* de Direitos Fundamentais, cujo critério de solução é o princípio da proporcionalidade:

Este princípio, [...] na democracia pluralista, os Direitos Fundamentais sinalizam o início lógico e a razão de ser de todo ordenamento jurídico, e da própria Constituição [...] ²⁶².

Conforme pensamento de Fábio Bechara, o Princípio da Proporcionalidade constitui a base do sistema estatal, ou mais precisamente, representa os critérios de legitimação e de justificação do complexo de poderes públicos que formam a autoridade política ²⁶³.

²⁶¹ *Ibidem*. p. 918.

²⁶² *Ibidem*. p. 925.

²⁶³ *Ibidem*. p. 926.

E o autor, citando Willis Santiago Guerra Filho:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre Princípios Constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita a uma, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo do outro, e jamais lhe faltarem totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”, onde se acha esculpida a dignidade humana ²⁶⁴.

Ao Estado é atribuída a competência necessária para estabelecer os limites de proteção do interesse público, fazendo o balanceamento frente aos interesses particulares e comunitários, na medida em que é inevitável a restrição aos direitos fundamentais, justamente por conta da impossibilidade de atendimento pleno e simultâneo a todos. São dentro desse contexto que os princípios da isonomia e da proporcionalidade acabam por gerar a acomodação dos diversos interesses em conflito, preservando certos direitos, o que torna inevitável a classificação de tais princípios igualmente como garantias fundamentais ²⁶⁵.

A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema de autorizações expressas (cláusulas restritivas) e implícitas quanto à restrição dos Direitos Fundamentais. A própria compreensão jurídico-dogmática dos Direitos Fundamentais conduz a esta conclusão ²⁶⁶. E é exatamente nessa perspectiva que se assenta o princípio da proporcionalidade como instrumento de conformação de todos os direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade constitui um princípio implícito e ao mesmo tempo pressuposto no Estado Democrático de Direito, sendo que sua função é hierarquizar todos os demais princípios a partir de situações em concreto, de modo a conferir a “unidade e consis-

²⁶⁴ GUERRA Filho, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito in Direito Constitucional/Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, ed. Malheiros, 2001 apud BECHARA, Fábio Ramazzini, 2006, p. 934.

²⁶⁵ GUERRA Filho, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito in Direito Constitucional/Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, ed. Malheiros, 2001, p. 280.

²⁶⁶ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit. p. 216.

tência” almejadas no ordenamento²⁶⁷. Permite que o Direito seja interpretado e aplicado atendendo a um princípio de racionalidade, apto a determinar qual a melhor interpretação dentre as diversas interpretações possíveis, do ponto de vista da promoção simultânea e equânime do Estado de Direito e da Democracia, com a gama de Direitos Fundamentais e valores que lhes são inerentes, sendo que esse mesmo compromisso com a racionalidade o principal de toda teoria, também no campo do Direito²⁶⁸.

A desigualdade não justificada constitui uma violação à própria proporcionalidade, à harmonia e ao equilíbrio, ou seja, constitui uma injustiça. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconheceu que há discriminação quando uma distinção de tratamento carece de justificação objetiva e razoável e que a existência de tal justificado deve ser apreciada em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, isto é, deve existir uma proporcionalidade razoável entre os meios empregados e a finalidade perseguida²⁶⁹.

O princípio da proporcionalidade é, enfim, “axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade”²⁷⁰.

Assim, esta é a justificativa constitucional a permitir a convivência harmoniosa entre os valores da eficiência e das garantias individuais, cuja preponderância do primeiro ou do segundo orientar-se-á sempre a partir das peculiaridades de cada situação em concreto, entretanto, a preponderância de um valor sobre o outro, jamais poderá significar o esvaziamento desde, sob pena de afronta do denominado conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que na definição de Robert Alexy, nada mais é o resultado obtido após uma ponderação, segundo a teoria relativa, ou o núcleo de cada direito fundamental que em nenhum caso pode ser afeta-

²⁶⁷ GUERRA Filho, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade...**, p. 271.

²⁶⁸ GUERRA Filho, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade...**, p. 283.

²⁶⁹ DE LA CUESTA, A Beristain y. J. L., *La armonía del sistema jurídico, plataforma indispensable del desarrollo de la persona humana – Estudios Criminológico – Victiológicos de Enrique Ruiz Vadillo, in Cuaderno del Instituto Vasco Criminología* – n. 13. *Extraordinario*, San Sebastián, Marzo, 1999 apud BECHARA, Fábio Ramazzini, 2006, p. 282-283.

²⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...**, op. cit. p. 397.

do, segundo a teoria absoluta ²⁷¹. O princípio da proporcionalidade constitui o meio hábil a assegurar a proteção ao núcleo essencial.

Deste modo, no princípio da proporcionalidade coaduna Fábio Bechara, embasado no Robert Alexy:

Entende-se identificação do princípio da proporcionalidade, como a justificativa constitucional racionalmente adequada a permitir a definição dos limites, dentro dos quais os valores da eficiência e das garantias individuais se complementam, principalmente porque os direitos fundamentais são restrições à sua restrição e vice-versa ²⁷².

4.7 Incompatibilidade entre Direito Penal do Inimigo e o Estado democrático de direito

4.7.1 A dignidade da pessoa humana no Direito brasileiro

Como já foi dito por Alhures, um Estado democrático de direito se caracteriza, mormente, pelo fato de as leis serem observadas, tanto pelos governantes, como pelos governados, os quais a elas se submetem.

Cabível ao Estado é a função de aplicar as leis, disciplinando as relações sociais. Contudo, o direito de punir do Estado encontra limites nos Direitos Fundamentais dos cidadãos. Deste modo, a doutrina majoritária (Luiz Flávio Gomes ²⁷³, Eugênio Raúl Zaffaroni ²⁷⁴ etc) critica severamente a teoria do Direito Penal do Inimigo.

²⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos fundamentales...*, p. 288.

²⁷² ALEXY, Robert, 2002 apud BECHARA, Fábio Ramazzini, 2006, p. 934.

²⁷³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal...*, p. 23.

²⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal...*, p. 118.

Segundo esse ensinamento, a teoria adrede mencionada conflita com os princípios constitucionais estabelecidos na Constituição da República Federal do Brasil. A Carta Magna elevou a dignidade da pessoa humana à condição de diretriz maior para interpretação e aplicação das normas do ordenamento jurídico pátrio.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 destaca ²⁷⁵:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A exegese do dispositivo constitucional aludido denota que o Estado brasileiro reconhece que todo ser humano é dotado de dignidade. Disso, resulta que toda pessoa é destinatário de direitos e garantias, elucidados que toda pessoa, invariavelmente, não pode ser reduzida à condição de mero objeto.

²⁷⁵ Constituição Federal do Brasil de 1988, art. 1º, inciso III.

O doutrinador Marcelo Novelino ²⁷⁶, assim expressa:

Uma das consequências da consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade, uma vez que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro impõe não só o reconhecimento de que o indivíduo deve servir de ‘limites e fundamento o domínio político da República’, mas também a necessidade da observância desse valor como elemento informador do conteúdo da Constituição e de todo ordenamento jurídico, o que significa dizer que na criação, interpretação e aplicação das normas deve-se buscar sempre a promoção das condições e a remoção dos obstáculos para que a dignidade seja respeitada.

Deste modo, sendo a dignidade da pessoa humana um valor supremo inserto na Lei Maior, ao Estado cumpre, a todo instante, observá-la, protege-la e promove-la.

O professor Paulo César Santos Bezerra, de modo elucidativo, fixa-lhe um conceito, a despeito da abrangência dessa expressão ²⁷⁷:

[...] na dimensão jurídica, embora poucos doutrinadores se atrevam a defini-la, parece satisfatório dizer-se que ‘a dignidade fundamental que tem todo ser humano a manter e conservar sua natureza espiritual íntegra, inviolada, consagrada, não degradada, honrada, não infamada, por razão de sua existência e valor de ser humano, o ser superior a todos os demais seres.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, sem sombra de dúvida, o apogeu das garantias individuais, expressão máxima da valorização do ser humano, capaz de ter garanti-

²⁷⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 135-136.

²⁷⁷ BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas atuais de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. ampl. Ilhéus: Editus, 2007. p. 25.

dos os seus direitos mais básicos, a saber: a proteção à vida, à sua honra, às liberdades privadas e públicas etc.

Pode-se aduzir então que, o Estado democrático de direito, parte do princípio da dignidade da pessoa humana orientando toda a formação e aplicação do Direito Penal e Processual Penal. Assim, qualquer construção, cujo conteúdo, contrarie e afronte a dignidade humana será tido materialmente como inconstitucional, posto que, atentatória ao princípio do fundamento da existência de nosso Estado.

O Estado de Direito não pode deixar de considerar a dignidade da pessoa, pois é um bem jurídico indisponível, sob pena de transmutar-se na figura de um Estado absolutista. Nenhum ordenamento jurídico pode abdicar-se de regras e procedimentos que garantem este princípio. Restaria, portanto, inaceitável a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico pátrio.

4.7.2 Direito Penal do Inimigo e as garantias constitucionais no Estado Democrático de direito

É certo que em um Estado de Direito é legitimado e, para sobreviver como não autoritário, deve conceder direitos e garantias aos seus cidadãos. Pois que a atuação do Estado encontra limites nos princípios e regras que protegem o ser humano do arbítrio e do injusto. Portanto, o sistema normativo constituído pelo ente estatal pretense democrático, deve primar pelos anseios do seu povo.

Desta forma, qualquer disposição normativa deve estar em conformidade com a Lei Maior. De igual passo, qualquer construção teórica seja filosófica ou doutrinária, deve guardar sintonia com a Magna Carta. E isso, legitima o próprio sistema.

Inicialmente, vale mencionar a orientação de Luciano Feldens²⁷⁸ quando esclarece que o discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, sobretudo, o discurso acerca de sua adaptação material à Constituição. Enquanto ordem normativa superior, a Constituição projeta um impacto sobre a vaidade do Direito Penal. Nesse sentido, a liberdade de atuação do legislador penal não é absoluta, mas relativa. Assim, o Direito Penal não é um âmbito isento de controle pela jurisdição constitucional.

Cabe esclarecer que a Constituição Federal do Brasil elevou à condição de fundamento primaz do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana. Este valor deve ser especialmente considerado e respeitado na ótica hermenêutica, pois legitimará qualquer interpretação legal. Assim, tudo que for contrário a essa raiz exegética carece de juridicidade.

No mesmo passo, é válido mencionar que o corpo legislativo brasileiro, mormente, no âmbito do Direito Penal, concedeu ao cidadão uma série de direitos e garantias, o que acabou culminando na construção de um raciocínio garantista. Isto quer dizer que, tanto a Constituição Federal quanto a legislação ordinária tem, coalhadas em seu seio, vários dispositivos que freiam o arbitrarismo estatal, proporcionando uma aplicação da norma em consonância com os principais valores dos Direitos Humanos.

Aqui, especificamente, o Direito Penal do Inimigo se choca com a construção legislativa do Direito brasileiro. Como a teoria de Jakobs prima pela flexibilização dos direitos fundamentais no Estado Democrático, não os reconhecendo a certos indivíduos, etiquetados de perigosos, não há como compreender sua aplicação nesse país. E mais, não existe razão para dividir o ser humano em pessoas e não pessoas. Isto ofenderia o princípio da isonomia.

Os doutrinadores filiados ao Direito Penal Garantista, via de regra, não reconhecem a possibilidade de aplicação ou mesmo incidência dos pressupostos aventados por Jakobs, mormente, por não vislumbrarem a possibilidade do Direito Penal, na concepção garantista do termo, considerar o Direito Penal do Inimigo como Direito. Pois que dentro de um Estado Democrático de Direito não se poderia erguer o estandarte de se enxergar o inimigo, já que todos são cidadãos, como tais devem ser reconhecidos.

²⁷⁸ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29-30.

Chamon Junior ²⁷⁹, desenvolvendo seu raciocínio crítico em face do Direito Penal do Inimigo, posiciona-se no sentido de que só se pode admitir um Estado de Direito se, simultaneamente, consegue-se visualizar um nexos entre o Constitucionalismo, a democracia e os Direitos Fundamentais. Diferentemente, a teoria de Jakobs, ao segregar pessoas, distinguindo algumas das outras, não proporciona esse nexos.

Continuando, o mesmo autor apregoa ²⁸⁰ que os direitos e as garantias processuais não são dispensáveis, pois imprescindíveis são para a limitação da autoridade estatal pela normatividade. Desta forma, os direitos fundamentais não devem ser interpretados como possíveis de reconhecimento somente aos “bons cidadãos”, ou aos cidadãos “não perigosos”. Isto afetaria o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Luis Gracia Martín ²⁸¹, citando Kant, atesta que:

O homem é dotado de personalidade civil e personalidade inata. Esclarece que aquela pode até ser perdida como uma condenação criminal, porém, a personalidade inata é ínsita a qualquer pessoa, pois é nela onde está radicada a dignidade humana. Deste modo, é atribuível até aos delinquentes mais perigosos. Neste diapasão, a dignidade humana tem um valor absoluto e não pode ser restringida para justificar uma pretensa busca pela segurança e pela diminuição da violência, enfim, para servir de esteio para implantação de uma nova faceta do Direito Penal.

Ainda para o autor aludido ²⁸², não existe na democracia espaço para coexistirem duas realidades distintas na seara penal. Uma para abarcar o Direito Penal dos cidadãos e outra para o Direito Penal do Inimigo. Destarte, este não tem lugar na democracia e no Estado de Direito, pois a teoria Jakobiana só se justificaria num Estado arbitrário e totalitário.

Além disso, o Direito Penal brasileiro tem as suas bases no Direito Penal do fato. Desta forma, dever-se-á sancionar a conduta contrária ao ordenamento jurídico que efetivamente lesionou ou tentou lesionar um bem penal relevante. Em oposição, a teoria de Jakobs,

²⁷⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **O Direito Penal do Inimigo...**, p. 131.

²⁸⁰ *Ibidem.* p. 133.

²⁸¹ GRACIA MARTÍN, Luis. **O Horizonte do Finalismo...**, p. 154-155.

²⁸² *Ibidem.* p. 156.

ressalta e manifesta firme tendência para o Direito Penal do autor. Este revela que o sujeito deve ser punido pelo que ele representa de perigo para a sociedade e não pela ação praticada. O agente seria punido pelo que ele é e não pelo que ele fez. E, isso é inadmissível em um Estado Democrático de direito.

Zaffaroni, citado por Nilo Batista ²⁸³, assegura que:

Um Direito que reconheça e ao mesmo tempo respeita a autonomia moral da pessoa jamais pode apenar o ser, senão, o fazer dessa pessoa, já que o próprio Direito é uma ordem reguladora de conduta. Assim, o Direito Penal só pode ser um Direito Penal de ação, e não um Direito Penal do autor, como eventualmente se pretendeu.

Para Luiz Flávio Gomes ²⁸⁴, o criminoso habitual, profissional, que pertence a uma organização que atua contra o Direito, ainda que seu estilo de vida conduza a uma refutação de legitimidade do ordenamento jurídico deve ser tratado como um agente perigoso, justificando-se a intensificação da resposta Penal. Mas jamais como um criminoso anormal patológico, que está colocando em risco a própria estrutura do Estado. Seu processamento não pode adquirir a natureza de um ‘combate’, de uma ‘luta’. Não se trata de uma ‘guerra’, senão da reprovação de um criminoso habitual, que deve ser naturalmente mais intensa que a do delinquente comum.

Nessa linha de raciocínio, aclara-se que não existem justificativa para classificar os infratores contumazes como não pessoas, coisificando o ser humano, chegando-se ao ponto de retirar-lhes direitos e garantias fundamentais, ínsitos no devido processo legal e do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2008).

Aqui, frise-se que tanto a sociedade quanto o próprio Estado devem cuidar dos criminosos que eles mesmos criaram. E não, excluí-los e combatê-los como verdadeiras feras perniciosas (GOMES, 2008).

²⁸³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal...**, p. 93.

²⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal...**, p. 73.

Durante o 1º Congresso Internacional da Rede Luiz Flávio Gomes de ensino, Zaffaroni destacou que a América Latina sempre praticou esse ‘Direito Penal’ do Inimigo. Isto através do abuso das medidas de segurança, na razão do positivismo criminológico do final do século XIX, do abuso das prisões preventivas, aplicadas como penas antecipadas etc. Para ele, o Direito Penal do Inimigo não passa de uma expressão do poder punitivo típico do Estado de Polícia, fazendo parte do denominado ‘Poder Punitivo Interno Bruto’ (PPIB) de cada país. Enfatiza, por fim, que a lógica do Direito Penal do Inimigo é a lógica da guerra, destacando que é uma ‘guerra suja’, que muitas vezes aparece sob o rótulo de ‘segurança nacional’.

Acrescenta-se a isso o fato de que não se pode combater a criminalidade de uma forma legal, quando se inobserva o direito positivo, responsável pela incriminação das condutas e punição dos infratores.

Vale destacar também que, o Direito Penal do Inimigo, conta com um forte aliado na atualidade, que é o poder da mídia. Não raro os veículos de comunicação tentam justificar a difusão de penas mais severas e um combate prévio às principais condutas que ameaçam a sociedade moderna. E isso, está em conformidade à teoria de um Direito Penal novo, como quer Jakobs²⁸⁵.

Frequentemente, percebe-se que a força midiática implanta a cultura do medo e do terror na mente do homem globalizado. A cada dia presenciamos programas jornalísticos correlacionados com notícias policiais que ganham as telas das televisões. Nesse passo, abre-se espaço para a difusão de reportagens verdadeiramente sanguinárias onde a exposição de mortos e cadáveres são destaques rotineiros. Desta maneira, os infratores acabam projetados como inimigos da coletividade.

César Britto²⁸⁶ ponderou que após a queda das Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001, um novo inimigo foi declarado, o terror fundamentalista. E, a partir de então, as democracias modernas começaram a reproduzir a fórmula de que os princípios, direitos e garantias fundamentais, conquistados com sangue, suor e lágrima ao longo da história da humanidade, atrapalhavam o combate ao crime. Desde então, esses valores essenciais ao desenvolvimento democrático de qualquer sociedade, foram apontados como empecilhos, penduricalhos

²⁸⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo...*, p. 40-41.

²⁸⁶ BRITO, César. *Tribuna Jurídica. Novos desafios...*, p. 20-21.

dispensáveis na garantia da segurança do Estado. Não mais se defende a dignidade da pessoa humana como razão de ser do Estado.

Para ele, essa lógica é a do Estado Policial. E isto, a Carta Magna do Brasil expressamente revogou. A conquista dos princípios, direitos e garantias fundamentais – base e fundamento do Estado Democrático de Direito – foi uma longa, lenta e penosa construção humana, de cujos benefícios, testados e atestados em séculos de história, não se podem abrir mão. Assim, quando se coloca os direitos fundamentais como óbice ao combate ao crime, o triunfo é do crime, pois se proclama a superioridade deste ao procedimento legal, admitindo-se por extensão a superioridade do mal em relação ao bem. Somente dentro das regras democráticas, observando-se os seus ritos e procedimentos se pode combater o crime, em qualquer instância que se apresente e em qualquer grau de intensidade.

Isso denota que não se pode plantar a semente do Direito Penal do Inimigo, embrião de um Estado de exceção, autoritário e antidemocrático.

4.7.3 Inconstitucionalidade do Direito Penal do Inimigo

Como enfatiza Zaffaroni ²⁸⁷, com inteira pertinência:

[...] O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade dentro dos limites do Direito Penal Liberal, isto é, das garantias que hoje o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece universal e regionalmente [...].

Assim, nota-se a primeira incompatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo e os fundamentos da República Federativa do Brasil. O doutrinador Jakobs avalia que os inimigos

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal...**, p. 11-12.

devam ser tratados como indivíduos que não podem participar dos benefícios inerentes à pessoa, uma vez que não ingressam no *status* de cidadãos. Para ele:

Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas). Tal premissa confronta com o fundamento da cidadania, previsto no art. 1º, inciso II de nossa Constituição²⁸⁸.

O respeito às liberdades públicas fundamentais, de forma isonômica, é uma exigência de toda e qualquer democracia. Sendo assim, é evidente que o Direito Penal do Inimigo se apresenta como uma ideologia oposta ao “garantismo penal”, caracterizando-se, teoria típica de sociedades e Estados autoritários. Nenhuma democracia se ergue senão por sobre um sistema de Direitos Fundamentais, garantidos isonomicamente a todos os membros da sociedade, inclusive, e, sobretudo, àqueles que estão diante da máquina repressiva do Estado, por mais grave que seja o crime que tenham cometido.

O Direito Penal do Inimigo, também fere aos princípios constitucionais penais: o princípio da proporcionalidade trata-se que deve existir uma medida de equilíbrio, onde a pena deve estar adequada à lesão do bem jurídico; o princípio da humanidade relaciona-se à dignidade humana que constitui segundo Ramírez Bustos (RAMÍREZ, 1982).

E, sobretudo na nossa Constituição no art. 5º, inciso III²⁸⁹:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e, à propriedade, nos termos seguintes:

III – Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

²⁸⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo...*, p. 49-50.

²⁸⁹ Constituição da República do Brasil, de 1988, art. 5º, inciso III. Op. cit.

Para Jakobs, os “inimigos” não são sujeitos processuais, logo, não podem contar com direitos processuais, como por exemplo, o de se comunicar com seu advogado constituído. Para ele, contra o inimigo não se justifica um procedimento penal (legal), mas sim, um procedimento de guerra. Mais uma vez, há forte ofensa a princípio constitucional, que neste caso, é o do Devido Processo Legal (art. 5º, inciso LIV CF/88) – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo.

Apesar de uma maneira mais branda do que a teoria prevê, alguns reflexos dessa teoria são percebidos na Lei Penal brasileira como, por exemplo, na instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792, de 31 de dezembro de 2003); e na tentativa de homicídio simples, que pressupõe atos efetivamente executórios, a qual pode vir a ser punida de modo mais brando do que a formação de quadrilha para a prática de crimes hediondos ou assemelhados (art. 8º da Lei nº 8.072, de 1990), caracterizando incriminação de atos tipicamente preparatórios.

4.7.3.1 O Regime Disciplinar Diferenciado – RDD

A Lei 10.792, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2003, alterou a Lei de Execuções Penais brasileiras (Lei 7.210, de 11 de junho de 1984) e introduziu o chamado Regime Disciplinar Diferenciado RDD, que é aplicado a determinados detentos suspeitos de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Tal Lei produziu uma importante reação doutrinária contrária em razão das importantes violações e garantias fundamentais, em especial à humanidade da execução de pena e o princípio de igualdade, pois se pune o delinquente não pelo fato praticado, regra do ordenamento jurídico brasileiro, mas pela periculosidade do autor como característica marcante do Direito Penal do Inimigo.

A redação do art. 52 da Lei de Execuções Penais, depois das modificações estabelece o isolamento celular do apenado que comete o delito doloso ou falta grave, por até um ano,

como possibilidade de repetição por um prazo igual a um sexto do prazo estabelecido inicialmente. Além disso, impõem-se restrições quanto à possibilidade de receber visitas ²⁹⁰.

Em artigo publicado, o professor Rômulo de Andrade Moreira, afirma que tais dispositivos do Regime Disciplinar Diferenciado são inconstitucionais:

Cotejando-se, portanto o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranquilidade serem tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII, alínea “e”, CF/88), assegurando-se ao preso (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III) ²⁹¹.

4.7.3.2 A Lei 8.072/90 – Poder punitivo nos Crimes Hediondos

A lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) foi introduzida no ordenamento jurídico no início dos anos noventa, em decorrência de expressa determinação constitucional, que dispõe serem inafiançáveis de graça ou anistia, os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Todavia, o legislador infraconstitucional proibiu a liberdade provisória (proibição agora excluída através da Lei 11.464, de 28 de março de 2007), vedou o indulto, determinando o cumprimento integral da pena em regime fechado Hoje, tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959-7 e permitiu o apelo em liberdade, mediante decisão motivada, em caso de sentença condenatória ²⁹².

O Estado, atendendo ao clamor público, com seu poder repressivo, ao publicar a Lei dos Crimes Hediondos tinha como escopo demonstrar publicamente que dispunha de um po-

²⁹⁰ CUNHA, Rogério de Vidal. **O Regime Disciplinar...**, cit.

²⁹¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Este Monstro Chamado RDD...**, cit.

²⁹² SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos...**, p. 582.

der punitivo que inibiria a violência dos delinquentes, esquecendo que as raízes da violência estão no próprio sistema estatal que promove de maneira brutal a desigualdade social ²⁹³.

4.7.3.3 A Lei 9.614/98 – O abate de aeronaves suspeitas

Em 16 de julho de 2004, foi editado o Decreto 5.144, que regulamentou o dispositivo do Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei 7.565/86, no tocante, especificamente, às aeronaves hostis e suspeitas de tráfico de entorpecentes e drogas afins.

A Lei 9.614, de 05/03/1998, chamada “Lei de Abate” possibilita a derrubada das aeronaves consideradas hostis dentro do Estado Brasileiro ²⁹⁴.

Diante desse quadro, verifica-se sob a ótica constitucional que a chamada “Lei de Abate” afronta aos direitos fundamentais instituídos na Carta Magna, notadamente quanto ao direito à vida, à liberdade, bem como ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Desta feita, estar a bordo de aeronave em voo, nos termos da lei inconstitucional, coloca em perigo a vida de inocentes que, muitas vezes estão em aeronaves sobrevoando o território brasileiro, embora não estejam transportando drogas poderão deixar de se identificar para os pilotos da Força Aérea Brasileira – FAB, e de obedecer à ordem de pousos por motivo de falta de equipamentos adequados. Isso acontece principalmente na Amazônia. Isso viabiliza a execução sumária em pleno tempo de paz.

Nos termos do art. 5º, inciso XLVII, da Constituição da República, que respalda a existência de pena de morte, em caso de guerra declarada, conforme art. 84, inciso XIX, previsão esta em aparente afronta à garantia do direito à vida.

²⁹³ Ibidem. p. 570-573.

²⁹⁴ RODRIGUES FILHO, José Moaceny Félix. A Legislação do Abate de Aeronaves (Análise diante dos Direitos Fundamentais e das normas penais permissivas). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5735>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

5. CONCLUSÃO

O Direito Penal do Inimigo não encontra respaldo no seio do atual estágio do ordenamento jurídico pátrio. O sistema jurídico embasado na Lei Maior, onde se busca a efetividade de direitos e garantias fundamentais, a luta pela igualdade de um país tão desigual, a prevalência da democracia em detrimento do autoritarismo, a pacificação ao invés da violência, não há lugar para se guardar ramificação de um Direito Penal emergencial e excludente.

Registra-se o Direito Penal do Inimigo está assentado em um Estado de Polícia, onde o uso da força e coação física prevalece em prejuízo aos princípios da humanidade, razoabilidade, equidade, isonomia e, finalmente, entre o conflito com o fundamento maior da dignidade da pessoa humana, matriz que é a coluna de Estado Democrático de Direito.

Seguramente, o Direito Penal num Estado Democrático de Direito, está sedimentado nos princípios constitucionais, os quais não discriminam pessoas e busca cumprir a sua real função tuteladora, fragmentária e subsidiária, dos bens jurídicos relevantes da sociedade, sem distinção do delinquente habitual do incidental, do “inimigo” ou cidadão.

Justificando a implantação do Direito Penal do Inimigo numa sociedade pós-moderna, o seu idealizador argumenta a flexibilização de Direitos Fundamentais, o endurecimento das normas jurídicas, a exclusão do sujeito serem plenamente aceitável. Pois as relações sociais já atingiu o grau máximo de conflituosidade. Contudo, o posicionamento é equivocado e inadmissível num Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal do Inimigo não é a solução para combater o avanço da criminalidade, pois não se deve confundir Direito Penal com Política Criminal. Ao princípio cumpre interferir para solucionar ataques aos bens jurídicos mais importantes da sociedade; o segundo cabe

criar programas de combate à criminalidade, incentivo à cultura e outras políticas que influencie na queda da violência.

Assim, para que se possa imaginar o Direito Penal do Inimigo como freio ao aumento da criminalidade no Brasil, deve-se atentar para problemas básicos do Estado, como a efetivação das garantias fundamentais que englobam educação, cultura, emprego e, principalmente, dignidade.

Do contrário, estaríamos diante de uma contradição, uma vez que vivenciaríamos um Direito Penal desvinculado da Constituição Federal e dos princípios básicos do Direito Penal.

A teoria do Direito Penal do Inimigo deve ser analisada com ponderação, pois não se pode negar que os Direitos Fundamentais são essenciais para o desenvolvimento social, logo, devem ser observados e respeitados.

Ao despeito de se advogarem pelo combate do crime com o Direito Penal como primitivo, a luta contra a prática delituosa com políticas criminais, no entanto, aplica-se o Direito Penal quando se estiver esgotado todas as possibilidades de controle extrapenal no combate à criminalidade, isto é, o Direito Penal sancionador como último ratio. Assim quer o garantismo Penal.

O que se observa é que por traz da teoria do Direito Penal do Inimigo, as quais iniciam com ameaças aos terroristas e depois amplia exageradamente seu alcance, o que nos deve fazer refletir sobre o risco de sermos incluídos, por algum motivo no rol de inimigos. Mesmo que essa reflexão se dê somente em espírito, será suficiente para rechaçar o denominado Direito Penal do Inimigo. No tocante às gravidades de vários delitos que, ocorrem continuamente, são necessárias soluções seguras e proporcionais punindo de maneira racional os criminosos e desviando a punibilidade de inocentes. Em outras palavras, o Direito Penal precisa voltar ao (ou não pode sair do) seu leito constitucional e humanitário para cumprir, com observância de todas as garantias, sua missão primária de proteção (fragmentária e subsidiária) de bens jurídicos.

A lógica da guerra adotada pela teoria em estudo faz com que ocorram excessos por parte do Estado, levando-se a um punitivismo exagerado, o que acaba por destruir o princípio Constitucional da razoabilidade, colocando em risco o Estado de Direito, portanto, que a exa-

cerbação punitiva e indiscriminada que, alguns países vêm adotando para a contenção dos suspeitos de terrorismo que afeta direta e imediatamente, não apenas o devido processo legal, mas também, e, sobretudo os direitos humanos fundamentais.

O Direito Penal do Inimigo é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, configurando-se como um verdadeiro retrocesso de forma discricionária, encontrando seus limites nos direitos e garantias fundamentais conseguidos na Constituição, preservando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Todos os princípios que regem o Estado democrático de direito, baseiam-se no respeito à dignidade da pessoa humana, considerado como o maior princípio na interpretação dos direitos e garantias fundamentais conferidos ao seu humano, logo, deve guardar consonância a com este, o Direito Penal para se legitimado.

Previsto na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito A Constituição Federal como pilar da normatização jurídica, se completa e se forma por elementos que se interligam aos diversos ramos do Direito e, o Direito Penal tem íntima correlação com esse ordenamento legal como uma dessas ciências.

Findado o estudo proposto é possível considerarmos que os postulados do Direito Penal do Inimigo descritos e, porque não dizermos, legitimados por Jakobs, aguça o sentimento de diferenciação social e exacerbamos a dicotomia “nós contra eles”, pois se funda no estabelecimento de categorias de seres humanos: os cidadãos e os inimigos.

Os pressupostos do Estado de Direito não admitem esse modelo de categorização e discriminação. As máximas garantistas orientam o sistema no sentido de assegurar a todos a condição de cidadão, não sendo possível cogitar a perda do *status* de pessoa e, muito menos, a seleção de inimigos.

É inaceitável um Estado que aplique a uma pessoa um direito diferenciado, afastando os princípios fundamentais da Carta Magna para definir a figura do seu próprio inimigo. Traça-se desta maneira, um Direito expansionista que se define pela flexibilização de seus limites, o que vem por sua vez atacar os objetivos almejados por nossa República.

O Direito Penal do Inimigo, para tanto não é a maneira mais eficaz de diminuir os delitos ocorrentes na sociedade. Ainda mais no Brasil, onde o sistema é falho, podendo punir inocentes ou pessoas necessitadas que lutem pela sobrevivência e deixando políticos corruptos e pessoas da alta sociedade, por exemplo, é importante ressaltar o fato de existir plena relação entre a situação político-econômica de um país, a efetividade de seu sistema legal e das garantias nelas previstas.

Assim, não se deve admitir no Direito Penal e na sociedade a definição “inimigo” para que não se permita a imposição de normas abusivas e penas desumanas. Não se pode permitir que o Estado atuasse tendo como escudo o Direito Penal Máximo, mas sim que fixe e delimite seus elementos para que possa agir de forma que não ofenda os fundamentos da Constituição Federal do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, Rodrigo Rezende da. Doutores da Agonia. Ciência Nazista Super Interessante (Especial), São Paulo, ed 255 dez. de 2006.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

APONTE, Alejandro Cardona. *Derecho penal Del enemigo vs. Derecho penal Del ciudadano*. n. 51. São Paulo: Revista Brasileira de Ciência C., 2004.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro. Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare Bonessana. Dos delitos e das penas. trad. Flório de Angelis. Bauru – SP: Edipro, 1999.

BECCARIA, Cesare Bonessana. Dos delitos e das penas. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Criminalidade organizada e procedimento diferenciado: entre eficiência e garantismo. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, Visão Luso-Brasileira*, Faria Costa, José de/Marques da Silva, Marco Antonio (coords). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália – Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BINATO JÚNIOR, Otávio. *Do Estado Social ao Estado Penal: o Direito Penal do Inimigo como novo Parâmetro de Racionalidade Punitiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Vale do Rio dos Sinos, S. Leopoldo, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BONFIM, Edílson Mongenout. *Direito penal da sociedade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

BONHO, Luciana Tramontin. *Noções Introdutórias sobre o Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8439>>. Acesso em: 13 set. 2012.

BRASIL. Código Penal: Legislação Penal, Constituição Federal. 12. ed. rev. ampl. atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Projeto de Lei nº 150 de 23 de maio de 2006. Dispõem sobre a repressão ao crime organizado e dá outras providências. **Portal Atividade Legislativa**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77859>. Acesso em: 22 set. 2012.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3731 de 17 de março de 1997. Dispõem sobre alteração da Lei 9.034/95. Projeto de Lei e Outras Proposições. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20125>>. Acesso em: 22 set. 2012.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7223 de 22 de outubro de 2002. Dispõem sobre alteração da Lei 9.034/95. Projeto de Lei e Outras Proposições. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=89470>. Acesso em: 22 set. 2012.

BRITO, César. Tribuna Jurídica. Novos desafios Constitucionais. Revista Jurídica Consulex. ano XII, n. 291. Brasília: 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal. Anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo. Revistas de Estudos Criminais, n. 14, ano 4.

BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto861.rtf>>. Acesso em: 25 set. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Três Velocidades, um Inimigo, nenhum Direito: um esboço crítico dos modelos de “Direito” penal propostos por Silva – Sánchez e Jakobs. Disponível em: <<http://www.direitounisal.com.br/Direito/Bem-Vindo.html>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

CALHAU, Lélío Braga. A mídia e o Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1743>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. O Direito Penal do Inimigo e o Constitucionalismo: *mi-se-em-scène* de uma proposta funcionalista. Artigo analítico inserido ao final da obra de Jakobs (2008).

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2^a ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da "tolerância zero" ao "direito penal do inimigo". Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. [s. l.], 12 jan. 2005. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

CUNHA, Rogério de Vidal. O Regime Disciplinar, O Simbolismo Penal e o Princípio de Humanidade nas Penas. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/Publicacoes/Doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2447>>. Acesso em: 23 out. 2012.

DOTTI, René Ariel. Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura. Curitiba: Juruá, 2005.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. A legitimação do Direito Processual Penal no Estado Democrático de Direito. In: COSTA, José de Faria e SILVA, Marco Antônio Marques (co-ords.). Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FABRES, Thiago. O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do Homo Sacer da Baixa-da””: Exclusão e Vitimação no Campo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Thiago_Fabres.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

FICHTE, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. apud GRACIA MARTÍN, Luis. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1960.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. Parte Geral – Volume I. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

_____. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=229698>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

GRACIA MARTÍN, Luis. O Horizonte do Finalismo e do Direito Penal do Inimigo. *Revistas dos Tribunais*, 2007.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Direito Penal do inimigo e Criminalidade Econômica. 2006, p. 716. In: COSTA, José de Faria e SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação) *Direito Penal Especial, Processual Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira –* : editora Quartier Latin o Brasil: São Paulo, 2006.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 2ª ed. rev. ampl. Niterói-RJ: Impetus, 2006.

HOBBS, Thomas. *El ciudadano*. Madrid: Trotta, 1999.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Bueno Aires: Hammurabi, 2007.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal, v. I. Barueri, SP: Manole, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica e razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Niterói: Luam, 1991.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. Império e Terror. São Paulo: IBASA - Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda., 2003.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério. Leis Penais anotadas, 11. ed. Campinas: Millennium, 2010.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. In: Revista Jus navigandi, 2001. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/2177/em-busca-da-efetividade-dos-direitos-sociais-prestacionais>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MELIÁ, Manuel Cancio. In: JAKOBS, Günther; Meliá, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo: noções e críticas. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal. 1ª ed. 2008 2ª Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este Monstro Chamado RDD. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos/ler_noticia.php?idNoticia=5502>. Acesso em: 17 mar. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9. ed. rev. atualiz. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PARENTONI, Roberto Bartolomeu. Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/direito-penal-do-inimigo-1643/artigo/>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

PIM, Joám Evans; KANT, Immanuel. Para a paz perpétua. trad. Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. (Ensaio sobre Paz e Conflitos; Vol. V).

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

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Volume I. 7ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, mar/abril. 2004.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Bases Críticas de um Nuevo Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.

REALE JR., Miguel. *A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, RT, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. trad. De Pietro Nassetti. São Paulo: Martín Claret, 2003.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais do Direito Penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

RIZZOTTO, Nunes. *Manual da Monografia Jurídica*. Editora Saraiva. 9ª edição, revista 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-indutrias*. trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do Direito Penal desigual*. Disponível em: <http://www.icpcjur.com.br/images/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes Hediondos*. 6ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO BARROS, Suzana de. O princípio da Proporcionalidade e o controle de Constitucionalidade das leis restritivas dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

VIDAL, Macarena. Obama ordena fechamento de Guantánamo e revisão de interrogatórios. Disponível em: <<http://www.abril.com.br/noticias/mundo/obama-ordena-fechamento-guantanaamo-revisao-interrogatorios-245775.shtml>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. v. I. 7. ed. rev. atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. 2. ed. trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WAINTROB, Ilan Drukier. O Sistema Internacional e Interamericano dos Direitos Humanos. Estratégias para o Fortalecimento de seus Mecanismos de Proteção. In: SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). Processo Penal e Garantias Constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

WEFFORT, Francisco Correa. Os Clássicos da Política. 3. ed. v. 2. São Paulo: Ática, 1991.

ANEXOS

Anexo I – Trechos significativos da prática do Direito Penal do Inimigo

“**BRASILEIRO & ASSOCIADOS** – 14/11/05

UM DILEMA IMPOSTO AO SISTEMA INTERNACIONAL: DEMOCRATIZAÇÃO X AUTORITARISMO

Samuel Alves Soares

As análises sobre o terrorismo não estão restritas a poucos temas. Retomar o pós 11/09 significa contemplar o mundo com “os olhos de ver”, colocando em perspectiva os inúmeros desafios e mudanças deste atormentado início do séc. XXI.

Pode-se analisar o terrorismo a partir de dois planos. O primeiro é o terrorismo como prática no âmbito do Estado. Neste caso, apresentam-se os movimentos liderados por grupos homogêneos que intentam contrapor-se ao que consideram atos terroristas com origem nos próprios governos. Exemplos, ações das brigadas Vermelhas, na Itália, durante os anos 80. Outros casos são os atos de terror praticados pelo próprio Estado, característicos de situação de ditadura, como no caso do Chile após a derrubada de Allende. Fica evidenciado, em ambos o caso, a utilização da violência como forma de provocar o terror.

Um ano após a tragédia, os EUA, país mais poderoso da história da humanidade, adotou uma nova estratégia de segurança nacional, anunciando que manteriam sua hegemonia mundial de modo permanente, e que desafios à sua posição seriam respondidos pela força, campo em que seu poderio é incontestável”.

“*THE NEW YORK TIMES* – 14/11/05

DEBATE SOBRE TORTURA ESTÁ LONGE DE DEFINIÇÃO

James Rosen, em Washington

Com tantas outras questões complexas ligadas ao terrorismo nos últimos quatro anos, o atual debate em Washington sobre a tortura e procedimentos de interrogatório realmente é sobre tudo menos tortura.

Ninguém do governo ou fora dele está defendendo publicamente o direito de cometer atos claros de tortura enquanto se questiona suspeitos de terrorismo – atos como arrancar unhas, queimar, não alimentar ou apontar uma arma contra a cabeça. Em vez disso, os agentes de inteligência querem reservar o direito de usar procedimentos menos extremos apesar de ainda perturbadores.

Entretanto, temos do outro lado contra o governo, o senador John McCain que quer implantar um único conjunto de práticas de interrogatório para presos estrangeiros. A lei não só proibiria a tortura, mas também práticas “cruéis”, desumanas e degradantes”.

“AGÊNCIA EFE – 15/11/05

SENADO APROVA MOÇÕES QUE LIMITAM PODERES DO GOVERNO DOS EUA

Macarena Vidal, Washington

O senado enviou nesta semana uma clara mensagem de insatisfação ao Governo Bush ao aprovar duas moções que limitam os poderes do Executivo na guerra do Iraque e na luta contra o terrorismo.

A primeira aprovada tem como objetivo intensificar o processo de transição no Iraque no próximo ano para poder acelerar o retorno das tropas americanas que estão no país árabe e que mobilizam 150 mil soldados.

A moção aprovada mantém certos limites ao acesso de presos aos tribunais federais, mas concede o direito de apelar às cortes militares especiais. Essas emendas aprovadas têm como o objetivo permitir que o Congresso possa supervisionar o tratamento dado a esses presos com o fim de melhorar a imagem dos EUA no exterior”.

“AGÊNCIA *REUTERS* – 16/11/05

EX-PRESO DESCREVE TORTURA EM BUNKER DE MINISTÉRIO IRAQUIANO

Michael Georgy

Um estudante iraquiano que afirma ter ficado detido em um bunker do Ministério do interior contou que foi pendurado, de olhos vendados, em posição dolorosíssimas e chamado de “cão sunita” pelos xiitas responsáveis pelos interrogatórios.”

“AGÊNCIA *EFE* – 17/11/05

“*THE INDEPENDENT*” ACUSA BUSH DE “TRAIR VALORES” DOS EUA

Londres

Se o emprego de “armas ilegais”, a utilização d “prisões secretas e câmaras de tortura” e o “desaparecimento de cativos” serviram para justificar a guerra contra Saddam Hussein, “dois anos e meio depois da invasão, para eterna vergonha dos ocupantes, essa vai sendo também a realidade do novo Iraque”.

Os EUA se negam a assumir suas responsabilidades por sua conduta da guerra no Iraque e se refere tanto às substâncias utilizadas – projéteis com urânio empobrecido, bombas incendiárias MK-77 e agora fósforo branco – como a seus métodos: entrega de prisioneiros para seu interrogatório, uso de prisões em países nos quais se tortura”.

“*EL PAIS* – 19/11/05

FANTASMA DE NUREMBERG COMPLETA 60 ANOS

PRIMEIRO JULGAMENTO CONTRA CHEFES NAZISTAS OCORREU NO FIM DE 1945

Ernesto Ekaizer, Madri

Exatamente neste mês, completam-se 60 anos do início do primeiro julgamento de Nuremberg contra os comandantes nazistas por crimes contra a humanidade e agressão. Os processos de Nuremberg certificaram o nascimento do direito internacional. Tanto seus avanços na década passada, como a atuação da justiça da Espanha e do Reino Unido no caso de Pinochet, como sua essência (as convenções de Genebra e o convênio da ONU contra a tortura, entre outras) estão ameaçados pela guerra contra o terror promovida pelo governo Bush.

Porém a doutrina de Nuremberg inspirou a experiência no caso Pinochet, o conflito entre impulsos criminosos e humanistas continuará sendo permanente, esta aí todos os dias exemplos dessa praga. A doutrina de Nuremberg continua sendo um dos instrumentos racionais para enfrenta-los.

Mensagem desta doutrina: “Não devemos esquecer que os parâmetros pelos quais julgamos hoje estes acusados são os parâmetros pelos quais a história nos julgará amanhã. Passar a estes acusados um cálice envenenado é pôr este cálice em nossos lábios. Devemos observar em nossa conduta tal imparcialidade e integridade que a posteridade possa elogiar este julgamento por ter cumprido as aspirações da humanidade de que se faça justiça”.

O cálice envenenado do juiz Jackson parece estar diante dos lábios do governo Bush, que retirou o país de seu respeito tradicional ao direito internacional e descumpre seus compromissos com as convenções de Genebra e a convenção contra a tortura”.

“*DER SPIEGEL* – 13/12/05

A GUERRA SECRETA DOS EUA: NO RASTRO DA CIA

Manfred Ertel, Erich Follath, Hans Hoyong, Marion Kraske, Georg Mascolo e Jan Puh

DESDE O 11/09 A *CIA* EXERCEU UM PAPEL VITAL NA GUERRA CONTRA O TERROR, MAS QUE PAPEL É ESSE? OPERANDO NAS SOMBRAS, O SERVIÇO SECRETO AMERICANO RECEBEU AMPLOS PODERES DO GOVERNO BUSH QUE INCLUEM ASSASSINATO, SEQUESTRO E TORTURA – PARTE 1

Quatro dias depois dos ataques terroristas a Nova York e Washington, o presidente Bush se retira com os assessores mais próximos para Camp David, para escapar do caos da semana e desenvolver os primeiros planos para enfrentar o novo e inédito desafio dos EUA.

Foi distribuída uma pasta para todos os participantes da cúpula da crise. Chama-se “indo à guerra”, dentro tem-se traçado os esboços da próxima guerra ao terrorismo. Tem também um retrato de Osama Bin Laden cortado por uma linha preta.

Querem partir para a ofensiva

Objetivos: Prioridades

- Destruir a *Al-Qaeda* e fechar as zonas de segurança do grupo terrorista quer carta branca para operações clandestinas sem ter de passar por longo processo de autorização.

- Querem voltar a ter autoridade para matar, poder que lhes foi retirado em 1976.

- Consta um pedido de milhões de dólares para comprar agentes secretos estrangeiros

Os pedidos feitos pela *CIA* foram concedidos, e com isso, o documento tornou-se o primeiro tiro disparado na guerra mundial ao terrorismo.

Quatro anos depois, os serviços de inteligência americanos e especialmente a *CIA* tornou-se uma das armas mais polêmicas no combate ao terror. Os satélites dessas agências podem ler placas de automóveis do espaço”.

“*DER SPIEGEL* – 13/12/05

VICE-PRESIDENTE DICK CHENEY FICA NO LADO NEGRO ESPECIAL “A GUERRA SECRETA DOS EUA: NO RASTRO DA *CIA* – PARTE 2

Manfred Ertel, Erich Follath, Hans Hoyong, Marion Kraske, Georg Mascolo e Jan Puh

O ATENTADO DE 11/09 PROVOCOU GRANDES MUDANÇAS NOS SERVIÇOS DE ESPIONAGEM AMERICANOS. Porém, isto não foi nenhuma surpresa. O que realmente surpreendeu foi à velocidade com que ganharam novamente sua antiga má reputação. Existem alegações de que a *CIA*, distribuiu grandes somas de dinheiro na Venezuela em um esforço para derrubar Hugo Chávez, e um crescente número de terroristas executados pelas aeronaves não tripuladas da agência.

A guerra no Afeganistão, assim como a caçada a Bin Laden, mostrou até que ponto a *CIA* está disposta a usar seus novos poderes. Exigiu-se a cabeça do chefe da *Al-Qaeda*, literalmente.

Porém, uma nova linha ganhou força – a captura dos membros da *Al-Qaeda* vivos para serem interrogados e explorar a informação sobre seus planos e organização. Pois a informação era a única forma de combater o risco de novos ataques.

Não existem transparências nas operações, é tudo confidencial, assim como a extensão dos novos poderes concedidos a *CIA* continua desconhecida. O suficiente já é de conhecimento para determinar que os direitos humanos estejam sendo violados, juntamente com convenções e tratados internacionais”.

“*THE NEW YORK TIMES* – 13/12/05

BUSH MANTÉM OPOSIÇÃO A PROJETO DE LEI ANTITORTURA, MAS O PRESIDENTE MANIFESTA INTERESSE EM ACORDO SOBRE O ASSUNTO

David E. Sanger e Eric Schmitt, Washington

O Presidente Bush está confiante de poder chegar a um acordo com o Senador John McCain, sobre as restrições impostas pelo legislativo aos interrogatórios americanos de presos na luta contra o terrorismo global.

Mccain, o mais famoso ex-prisioneiro de guerra do país, tem pressionado para que as restrições que foram aprovadas pelo senado, sejam adotadas em intensas negociações com a Câmara e o governo Bush. McCain insiste que os EUA precisam de um conjunto claro de regras que governem os interrogatórios – apesar de prontamente reconhecer que em casos extremos, o presidente autorizará qualquer técnica que ache necessária”.

“*THE NEW YORK TIMES* – 16/12/05

BUSCH SUSPENDEU SECRETAMENTE LIMITES PARA ESPIONAGEM NOS EUA
APÓS 11 DE SETEMBRO

FUNCIÓNÁRIOS DO GOVERNO REVELAM ORDENS ILEGAIS DO PRESIDENTE

James Risen e Eric Lichtblau em Washington

Passados alguns meses dos ataques de 11/09, o presidente Bush autorizou secretamente a Agência de Segurança Nacional a bisbilhotar americanos e outros dentro dos EUA em busca de evidências de atividade terrorista sem os mandatos judiciais exigidos normalmente para a espionagem doméstica.

A agência de inteligência monitorou os telefonemas internacionais e mensagens por *email* internacionais de centenas de pessoas dentro dos EUA sem mandados nos últimos três anos. Objetivo dessa operação foi para rastrear possíveis “números sujos” ligados à *Al-Qaeda*.

Os defensores desta prática disseram que ele é uma ferramenta-chave para desbaratar planos terroristas e prevenir ataques dentro dos EUA. A Casa Branca pediu ao *NYT* que não publicasse esta reportagem, argumentando que poderia ameaçar a continuidade das investigações e alertar possíveis terroristas de que podem estar sendo investigados.

Este programa surgiu devido às preocupações decorrentes do atentado de 11/09, porém algumas das iniciativas antiterrorismo provocaram revolta por parte de membros do congresso, grupos de monitoramento, imigrantes e outros que argumentam que as medidas minam as proteções às liberdades civis e invadem a privacidade dos americanos”.

“*LAVANGUARDIA* – 24/12/2005

MILITARES DOS EUA TOCAM: *RAP*, *POP* E *ROCK* PARA TORTURAR PRISIONEIRO
NO IRAQUE E AFGANISTÃO

Andy Robinson Nova York

Este tipo de música foi utilizado em técnicas de privação de sono, componente de tortura sistemática praticada em uma prisão militar dos EUA no Afeganistão.

Os detidos ficaram acorrentados à parede durante semanas, na escuridão e às vezes “pendurados no ar” e durante todo esse tempo foi submetidos à música *rap* e *heavy-metal* colocada em último volume. Essas músicas deixavam os detidos desesperados.

Nenhum dos artistas americanos que tiveram suas músicas utilizadas na forma de tortura musical protestou, tiveram alguns que ainda se mostraram “orgulhosos” de que sua música seja “culturalmente ofensiva para os iraquianos”.

As apologias à tortura chegam às faculdades de direito e filosofia de *Harvard* e *Chicago*, Profs. Doutores chegam a defender que “pendurar um homem pelos polegares não só é permissível como um dever moral”, se assim se puder obter informações sobre um atentado com armas de destruição em massa”.

“*THE NEW YORK TIMES* – 28/12/05

RÉUS DO TERROR PLANEJAM CONTESTAR GRAMPO ILEGAL

Eric Lichtblau e James Risen, Washington

A espionagem sem autorização judicial ordenada por Bush pode ter efeito contrário e acabar ajudando acusados de praticar terrorismo.

Os advogados de defesa dos maiores casos de terrorismo do país disseram que planejam determinar legalmente se a Agência de Segurança Nacional (NSA) usou grampos ilegais contra várias dezenas de muçulmanos ligada à *Al-Qaeda*.

Apesar de alguns defensores de direitos civis, juristas e membros do Congresso terem acusado o presidente Bush de não ter autoridade para ordenar a NSA a realizar grampos sem mandado, a Casa Branca e o Departamento de Justiça continuaram defendendo a legalidade e propriedade do programa.

Alegação para monitorarem os telefonemas é por ser considerados telefonemas de pessoas ruins para pessoas piores que têm um histórico de explodir trens de passageiros, casamentos e igrejas”.

“THE NYT NEWS SERVICE – 23/01/06

ESCUTAS TELEFÔNICAS UNEM DEMOCRATAS E REPUBLICANOS CONTRA BUSH

James Rosen em Washington

O Presidente Bush foi acusado de violar a lei ao autorizar as escutas telefônicas dentro dos EUA. O Presidente do Comitê do Senado para o judiciário, afirmou que os grampos são “clara e categoricamente errados”. Foi marcada uma audiência para a discussão “dos poderes executivos em tempos de guerra”.

Alguns defensores de Bush afirmam que ele não excedeu os seus poderes executivos constitucionais ao autorizar as interceptações. E mais, dizem ser difícil caminhar sobre a linha tênue entre a preservação das liberdades individuais e proteção da segurança nacional em tempos de guerra. A ameaça de novos ataques terroristas existe e uma das vantagens dos EUA contra os ataques são exatamente os avanços tecnológicos”.