XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marilia Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-032-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Cátedra. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Em tempo de crise econômica e política, em que colocadas em xeque as mais diversas instituições, as práticas por elas encetadas e as mazelas do sistema criminal, o livro apresenta um rico enredo de discussões que, sob uma visão crítica, reflete a necessidade de ser rediscutida a função da pena privativa de liberdade, seu caráter estigmatizante, e, sobretudo, a política criminal obsoleta, calcada em práticas penais que se encontram dissociadas da complexidade das relações sociais atualmente praticadas, o que ganha contorno de dramaticidade em um país de modernidade tardia como o Brasil.

O Estado policialesco descrito em diversos dos textos que ora se apresenta oferece uma vasta e séria gama de aspectos que, analisados e criticados, demonstram a vivência de uma conjuntura estagnada, que remonta a uma realidade descrita há anos por Nilo Batista, em prefácio à Criminologia Crítica de Alessandro Baratta, no sentido de que os problemas relacionados ao controle social penal violência urbana, drogas, violações de direitos humanos, instituição policial, Ministério Público, Poder Judiciário, a questão penitenciária, violência no campo, etc., - alimentam a agenda política dos partidos" e se reproduzem, cada dia mais, como novos discursos produzidos pela mídia.

Os textos refletem, pois, um outro espaço de discussão voltado para a superação de uma criminologia ortodoxa, que reduz seu horizonte a uma inadequada e solipsista explicação causal do delito, e buscam direcionar as práticas persecutórias e punitivas no sentido de preservar a dignidade humana, colhendo com isso os frutos necessários a uma política criminal que reconheça a natureza eclética dos seres quanto à etnia, condição social e pluralismo ideológico e que, assim, ultrapasse a resistência dogmático-positivista não condizente ao neoconstitucionalismo.

O livro é, assim, um convite ao leitor para a reflexão, em última instância, sobre a função do sistema penal, sobre as consequências do não abandono de práticas tradicionais há muito inadequadas e para uma visão prognóstica que revela a necessidade de mudanças.

Que tenham todos ótima leitura.

Aracaju, julho de 2015.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Bartira Macedo Miranda Santos

Marilia Montenegro Pessoa De Mello

DIREITO PENAL CRÍTICO, DIREITO DO INIMIGO E JUSTIÇA PENAL: A NECESSIDADE DE UMA RELEITURA MINIMALISTA FRENTE À SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

CRITICAL CRIMINAL LAW, ENEMY LAW AND CRIMINAL JUSTICE: THE NEED FOR A MINIMALIST REVIEW IN CONTEMPORANEOUS SOCIETY

Claudio Abel Franco de Assis
Kelvia de Oliveira Toledo

Resumo

O presente artigo tem por objetivo abordar o Direito Penal e o Processo Penal do Inimigo de Günther Jakobs em uma perspectiva histórico-crítica, a qual irá explicitar, à luz do moderno Direito Penal crítico, as razões desse aporte teórico que defende a necessidade de um Direito Penal do Cidadão e de um Direito Penal do Inimigo, sendo o inimigo aquele se desviou do direito de modo supostamente duradouro e que não apresenta recuperação. Ademais, busca-se compreender a aplicação da Justiça Penal em um Estado Democrático de Direito e os seus possíveis paradoxos na sociedade contemporânea, tendo em vista a crescente expansão da tutela penal, a sua utilização simbólica e, bem como, os desafios do Direito Penal moderno, que deve servir de instrumento garantista dos princípios fundamentais insculpidos na Carta Maior. Por fim, algumas críticas são tecidas ao modelo projetado por Jakobs, na medida em que, hodiernamente, o Estado necessita de um sistema que garanta os direitos dos cidadãos e preserve a sua dignidade, corporificando o que se denomina de Direito Penal Mínimo. Dessa forma, o artigo procura destrinchar tais questões a partir de novas experimentações teóricas que acenam para a discussão dessa crucial temática no Direito Penal dos tempos atuais.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo, Maximalismo, Justiça penal, Estado democrático de direito, Política criminal, Sistema penal

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to approach the Criminal Law and the Criminal Proceedings Enemy of Günther Jakobs, from a historical perspective, which defends the need for an criminal citizen's right and a Criminal Law of the Enemy, and the enemy that if they deviated from supposedly lastingly of law and does not have recovery. Furthermore we seek to comprises applying of criminal justice on a Democratic rule-of-law State and their potential paradoxes in contemporary society with a view to increasing expansion of the criminal oversight, its symbolic usage and the challenges of the modern Criminal Law, which should serve as the instrument to ensure key principles sculptured in Constitution. Finally, some critics are woven model designed by Jakobs, to the extent that in our times the state needs a system that guarantees the rights of citizens and preserve their dignity, embodying what is called Minimum Criminal Law. Thus, the article tries to unravel these issues from theoretical trials waving to discuss them.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law of the enemy, Maximalism, Criminal justice, Democratic rule-of-law state, Criminal policy, Criminal system

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar, sintética e analiticamente, alguns aspectos principais acerca da conhecida teoria do Direito Penal do Inimigo e, bem como, do Processo Penal do Inimigo, da lavra do emérito Professor Günter Jakobs, tendo como ponto reflexivo os caminhos do discurso penal maximalista e como este tem influenciado a sociedade globalizada do novo século. A partir da análise crítica do Direito Penal do Inimigo tal como idealizado por Jakobs, destinado aqueles que de forma reiterada, violam as normas do contrato social, é possível se chegar ao Processo Penal do Inimigo, apesar de não ter sido este expressamente previsto pelo autor, mas podendo ser identificado quando ele propõe a flexibilização ou a supressão de garantias processuais.

Assim, em um primeiro momento, se tratará como a Justiça Penal vem sendo aplicada no ordenamento jurídico e quais seriam as principais barreiras para que ela se concretize de forma efetiva, levando-se em consideração a democracia em sede de um Estado Democrático. Ademais, por trás de tal aplicação, existem questões políticas que devem ser ponderadas e tensionadas constantemente com o Direito Penal, de tal sorte que a democratização do Judiciário consista em um processo contínuo de transformação da relação da Justiça com a política, difundindo práticas judiciais comprometidas com a efetivação dos valores constitucionais.

Após, haverá uma abordagem, de forma mais detida, sobre a teoria de Jakobs, o qual, apoiado em teorias contratualistas, a idealiza na divisão dos seres humanos em dois grandes grupos, um formado pelos cidadãos e outro formado pelos ditos 'inimigos' do Estado, sendo que estes manifestariam sua vontade em não integrar o "pacto social". Em seguida, se poderá aquilatar a sustentação da teoria jakobsiana na realidade contemporânea, em que fica evidenciada a forma técnica engendrada pelo autor para diferenciar a aplicação tanto do Direito Penal do Cidadão quanto do Direito Penal do Inimigo. Em sequência, se discorrerá acerca do Processo Penal do Inimigo como decorrência procedimental do Direito Penal do Inimigo na matriz processual.

Dessarte, tendo concluído todo o aporte conceitual da teoria do Direito Penal do Inimigo, se fará um estudo sobre a conveniência e a legitimidade da incorporação de tal doutrina pelo ordenamento jurídico, com apontamentos críticos balizados na doutrina para se averiguar a adequação da ideia de inimigo e direito no mundo atual, debatendo-se a justiça da aplicação de referida teoria, tendo como norte o princípio maior de supremacia da

Constituição e os valores e garantias processuais que permeiam o modelo de Estado Democrático de Direito, edificado, principalmente, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

1- PARADOXOS DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL

O processo de democratização vivido pela sociedade nos últimos tempos acenou para uma forte tendência da sociedade em se interessar por assuntos públicos, tais como o crime e a insegurança pública. No final do século XIX, no nascedouro da sociologia criminal, Émile Durkheim (1999), preconizava que um comportamento somente poderia ser considerado como crime quando atentasse contra os estados fortes da consciência coletiva. Dessa forma, um assunto coletivo de tamanha importância deveria interessar aos indivíduos que desejassem participar na esfera pública. Destarte, o controle do crime e o exercício do poder punitivo pelo Estado, como bem assevera o contratualista Thomas Hobbes (1993), é entendido como uma questão política fundamental, na medida em que ao Estado é cedido o direito de punir, outrora dada esta faculdade aos próprios cidadãos mediante a utilização da vingança privada. Por certo que, com a implementação do regime democrático, o soberano, como preconizado por Hobbes, não se confunde mais com o Estado, senão com a vontade dos cidadãos.

Nessa seara, tem-se presenciado cada vez mais o interesse popular pela gestão judicial das temáticas do crime e da segurança pública, fazendo com que a Justiça Penal seja democratizada. No entanto, referida democratização vem sendo deturpada por vários mecanismos de ação da própria sociedade, tais como, em primeiro lugar, o atual modelo de democracia representativa brasileira e, secundariamente e de forma incisiva, o crescente aumento da criminalidade.

Nas palavras de Antonie Garapon (2001), o Judiciário se converteu no *lócus* privilegiado para a manifestação das paixões democráticas, em que houve a transferência do sistema político para o jurídico. Entretanto, referidas paixões quando se alocam na Justiça Penal, fazem desabrochar algumas contradições: de um lado, a Justiça torna-se um contrapoder, haja vista que é tida como contestadora e também como garantidora da efetivação de direitos; de outro lado, ela é transformada em um espaço de vingança, em que delitos bárbaros são manifestados de forma tão extraordinária a ensejar uma política de combate ao crime.

A aclamação por vingança e a indignação dos cidadãos se unem de tal forma a transformar a consciência coletiva, gerando uma retribuição de uma violência ilegítima. Dessa sorte, a Justiça Penal tem se deparado com uma opinião pública, somatizada à manipulação e à dramatização da mídia, que se assemelha mais com a vítima do que com os direitos do ofensor.

Evidencia-se hoje o fato de que as pessoas vivem em uma verdadeira sociedade do espetáculo, na qual a mídia se utiliza de uma linguagem avassaladora para influenciar a opinião pública (BARATTA, 2002). Ela se vale da comoção e sensacionalismo para valorizar a violência e acentuar o interesse pelo crime e pela justiça penal. O que ocorre, na verdade, é uma mensagem carregada de valorações que leva a imprensa a externar situações que até mesmo não seriam criminalizadas. O jornalismo sensacionalista valoriza a violência urbana e aumenta o interesse popular pela justiça penal e pelo crime através do uso de uma linguagem discursiva, enaltecendo o fato e criando uma nova notícia com cargas emotivas capazes de formar personagens estereotipados.

A transformação realizada pela mídia no pensamento das pessoas, segundo o ensino do insigne Nilo Batista (2013), faz com que fatos sejam internalizados como calamidades sociais, mesmo que a informação tenha sido apenas assistida em jornais, vistos em uma revista ou nos noticiários. Isso se deve ao fato de que os veículos de comunicação apenas querem vender a notícia sem se preocupar com a garantia da informação, optando por assuntos que podem surpreender e chocar seu público.

A imprensa tem legitimado políticas criminais que violam princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e ainda, ao executar o sistema penal por seus programas, cometem uma afronta direta ao princípio da intervenção penal mínima. Dessa forma, a liberdade de informar não pode desconsiderar a conjuntura do ordenamento jurídico previsto na Carta Magna.

Nesse sentido, a opinião pública e a mídia requerem dos juízes e tribunais mais do que o simples esforço de proferir uma decisão, mas sim, um verdadeiro empreendimento de uma política criminal retributiva calcada em juízos irracionais e que desrespeita certos valores. A retribuição desejada pela opinião pública e pela mídia está baseada no sofrimento causado à vítima que, de tal sorte, atinge também os outros cidadãos. Diante de tal situação, um dos pilares da aplicação da Justiça, a imparcialidade, é deixada de lado, visto que não há dissociação da emoção dos acontecimentos a fim de alcançar uma solução justa e equânime para o caso em concreto.

Como elucida Garapon (2001), todo este cenário leva a diabolização do agressor, acentuando-se o fato de encontrar os culpados pelas ocorrências das tragédias humanas. Em seus dizeres, é "como se a evolução da sociedade democrática lhe fizesse considerar a ideia de que nenhuma morte é natural e que, quando não atribuída a uma vontade positiva, pode ser sempre imputada a uma negligência" (GARAPON, 2001, p. 105). A Justiça Penal, considerando o clamor da maioria da sociedade, posiciona-se num patamar de coação, em que, muitas vezes, vê-se pressionada a violar alguns direitos fundamentais, para que produza um sentimento de justiça e segurança.

Outra questão deveras importante quanto à aplicação da Justiça Penal e seus reflexos é a própria funcionalidade do instrumento punitivo, ou seja, a adoção de políticas de controle dos comportamentos criminosos através da instrumentalização da tutela penal para responder às transformações sociais. Todavia, o que ocorre na prática é a maximização da capacidade funcional do Direito Penal, materializando-se com violações às garantias tradicionais. Esta tendência à funcionalização do Direito Penal, como bem preceitua Francisco Muñoz Conde, "encerra o perigo de que lhe sejam atribuídas tarefas que na prática não pode cumprir, oferecendo, enganosamente, à opinião pública perspectivas de soluções de problemas que de imediato não se apresentam na realidade". (CONDE, 1997, p.37)

Assim, esse hodierno movimento de dar uma resposta aos anseios da opinião pública e da mídia, levam a Justiça a considerar o delinquente como um inimigo da sociedade e não como um sujeito portador de direitos. Este "inimigo" é bem retratado na obra de Günther Jakobs (2009), em que, para ele, o agir emocional da maioria da sociedade impõe ao Judiciário a aplicação de um Direito Penal do Inimigo, ao invés de um Direito Penal do Cidadão.

Como último paradoxo da democratização da Justiça Penal, cabe apontar que a Justiça Penal tornou-se, por excelência, uma instância resolutória dos conflitos (CARVALHO, 2010). Isso se deve ao fato de que ela é sempre, para os cidadãos, uma opção disponível diante do fracasso dos outros meios de regulação e produz (em teoria), sobretudo, um sentimento de segurança e de estabilização dos conflitos. As sociedades democráticas confiam que o Judiciário será o guardião das promessas democráticas e emancipatórias não realizadas da modernidade.

No entanto, o efeito esperado não é satisfatório, porque há uma assimilação equivocada por parte do sistema político das demandas sociais por mais proteção e das emoções que levantam sentimentos irracionais de retribuição. Esta distorção na interpretação das pressões sociais origina um movimento de introdução na legislação de novos tipos penais,

ao agravamento dos que já existem, bem como a restrição das garantias individuais. Baseado no discurso da tutela penal das sociedades em crescimento, o legislador implementa novas formas de delinquência, buscando resolver os problemas sociais mediante o socorro da permanente figura da lei penal.

Uma vez ultrapassada a análise dos problemas que assolam a aplicação da Justiça Penal, faz-se mister compreender a distinção entre direito penal do inimigo e do cidadão e a tese defendida pelo ilustre professor Günter Jakobs.

2- GÜNTER JAKOBS E O DIREITO DO INIMIGO: A BUSCA DO IDEAL LEGITIMADOR NO ESTADO SOCIAL REPRESSIVO

É sabido que o discurso penal agrada a sociedade, seja pela sua imponência enquanto garantidor da ordem e bem estar social na medida em que promete graves e efetivas punições aqueles que se desviarem de um comportamento, seja pelos desdobramentos de suas funções míticas e ideais de prevenção geral e especial, em que o temor de ser inserido no sistema penitenciário e de ser taxado como criminoso cumpre uma função velada de assegurar uma diferenciação entre os cidadãos de bem dos cidadãos desviantes. Evidente que tal circunstância seria em tese, na realidade, os efeitos do discurso jurídico-penal. Entretanto, a segurança alcançada pelo temor do controle social do Direito Penal é bastante relativizada, sobretudo no Brasil em que as discussões sobre impunidade parecem não ter fim.

Porém, mesmo que o efeito seja ideológico, já que o discurso é ilegítimo, ele também agrada e ainda é muito presente na sociedade. Nesse sentido, Rogério Greco, com relevo, afirma que

> Definitivamente, o discurso penal agrada à sociedade, pois que esta nele deposita as suas esperanças. A mídia, que exerce poderosa influência em nosso meio, se encarrega de fazer o trabalho de convencimento da sociedade, mostrando casos atrozes, terríveis sequer de serem imaginados, e, como resposta a eles, pugna por um Direito Penal mais severo, mais radical em suas punições. A disputa por pontos na audiência, por venda de seus produtos, transformou nossa imprensa em um show de horrores que, por mais que possamos repugná-lo, gostamos de assisti-lo diariamente (GRECO, 2010, p. 5).

Essa afirmação é praticamente uma constatação da realidade e uma observação do que ocorre diariamente na sociedade brasileira, em que a mídia e os meios de comunicação de massa inflam a resposta contra a criminalidade através da eleição de determinados casos em que os inimigos estão clara e previamente definidos e prontos para serem combatidos. Neste

contexto aparecem os programas sensacionalistas em que âncoras se lançam como detentores da verdade e conhecedores do Direito Penal, conclamando os telespectadores a apoiarem a punição mais severa possível para os infratores.

Cabe traçar uma discussão, neste passo, sobre quem seriam os reais inimigos do Direito Penal e como deveria ser o devido tratamento dos mesmos frente a uma sociedade que anseia por uma resposta contra a criminalidade.

O notável jurista Günter Jakobs (2008), em sua obra "Direito Penal do Inimigo", buscou delinear um modelo de Direito em que dois tipos ideais pudessem ser bem diferenciados: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O primeiro seria o Direito Penal da maioria, entendido como o direito daqueles que se desviaram da norma penal por acidente e que continuam, portanto, a ser cidadãos, devendo ter os seus direitos fundamentais respeitados, haja vista que continuam a figurar como sujeitos plenos de direitos. Ao contrário, o segundo, conforme o próprio nome já induz, seria destinado à garantia da ordem e do bem estar social contra perigos futuros através da prévia identificação dos criminosos e dos inimigos da sociedade. Conforme a definição de Michel Foucault (2005), o Direito Penal do Inimigo combate o infrator pela sua periculosidade social, na medida em que visualiza os indivíduos nas suas virtualidades, e em um suposto perigo que podem trazer à sociedade; portanto, não são tratados como um cidadão e devem ser privados de agir livremente.

No direito penal do inimigo de Jakobs, se analisaria então o perigo que o sujeito representa hoje e representará para o futuro, de maneira que, em casos de perigos graves a ordem jurídica, as autoridades constituídas estariam legitimadas a agirem de forma preventiva.[1]

Em um esforço filosófico inicial, Jakobs (2008) sustenta que a relação entre Direito e o inimigo é bem distinta, pois, Direito seria a vinculação entre pessoas portadoras de direitos e deveres; já a relação com um inimigo tem suas bases não no Direito, mas na coação. Como o Direito implica, de *per si*, a coação à uma "autorização para coagir", sendo esta coação bem demonstrada através do Direito Penal, seria possível dizer que toda pena e toda legítima defesa se dirige a um inimigo.

---

[1] "La primeraobservación que se puedehacer a JAKOBS es que su "Derecho penal deIenemigo" recuerdamuchoaI "Derecho penal de autor" que propugnaronlos penalistas nazis, segúnelcuallo relevante no era elhechodelictivo cometido, sino la "perversión", "inclinación o tendência aI delito" o"peligrosidad criminal" que pudieratenersu autor." (MUNOZ CONDE, Francisco. De Nuevo sobre elDerecho Penal dei Enemigo. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008).

Para embasar referida argumentação, Jakobs demonstra que existem modelos filosóficos antigos, sobretudo nos autores que concebem o Estado como um contrato, em que o infrator se mostra isolado e à margem de suas benesses quando pratica um crime. Isso porque este é entendido como violação ao contrato e, por consequência, aquele deixa de viver em uma relação jurídica. Por tal razão, na visão do grande expoente maximalista, Rousseau[2] afirma que o "malfeitor" seria aquele que agride o "Direito Social", deixando de ser integrante e "membro" do Estado, já que a sentença contra ele seria a demonstração da guerra do Estado contra o infrator, quebrando, assim, o contrato social. [3]

Outros autores, como Fichte, também são mencionados nessa mesma linha, apontando para um raciocínio em que, a partir do momento da ruptura do contrato social, seria como os direitos dos cidadãos fossem perdidos, legando o Estado ao infrator uma determinada situação em que ele estaria, conforme Jakobs, em um *status iustitia vacuus* (2008, p. 4). Contudo, Jakobs critica esses conceitos por serem eivados de elevada carga de abstração na diferenciação entre cidadão portador ou não de direitos e a figura do inimigo, e também porque, em princípio, a ordem jurídica deveria ter em suas bases um criminoso. Tal situação se justificaria pelo fato de que tal criminoso possuiria um Direito, qual seja, o de reconciliar-se com a sociedade, de maneira a "quitar as contas" pela quebra desse mítico contrato, e, para exercer este mister dependeria do estado de pessoa.

Corroborando o entendimento exposado acima, Hobbes[4], enquanto teórico do contrato social e filósofo das instituições, sustenta que o contrato é a submissão mediante a força e a violência; já para Jakobs, o contrato deve ser visto em sua realidade, da *práxis*, no sentido de que os cidadãos futuros não venham a perturbar o Estado em sua organização. Tanto assim que, continua o autor (JAKOBS, 2008), Hobbes não extrai do criminoso a ideia de ser ele também cidadão, pelo menos de início, pois não poderia este negar tal estado por si

---

[2] "Afirma ROUSSEAU que cualquiermalhechor que ataque elderecho social deja de ser miembrodel Estado, puesto que se hallaen guerra conéste, como demuestrala pena pronunciada en contra delmalhechor." (JAKOBS, Güntherand MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal delenemigo. Madrid: CivitasEdiciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel CancioMeliá), p. 26).

[3] "Aliás, todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria, deixa de ser seu membro ao violando suas leis, e chega mesmo a mover-lhe guerra. Então, a conservação do Estado é então incompatível com a sua; é preciso que um dos pereça, e quando se faz que o culpado morra, é menos como cidadão que como inimigo. [...] Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos pela residência, deve ser segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público, pois um inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral; é um homem, então o direito da guerra é o de matar o vencido." (ROUSEEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política. (traduzido por Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima). São Paulo: Hemus, 1981, p. 45-46).

[4] "Disso decorre que os rebeldes, traidores e todas as outras pessoas condenadas por traição não são punidas pelo direito civil, mas pelo natural: isto é, não como súditos civis, porém como inimigos ao governo – não pelo direito de soberania e domínio, mas pelo de guerra" (HOBBES, Thomas. Do Cidadão [tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro] 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 233).

mesmo. Realidade bem distinta, pois, seria a de rebelião ("alta traição"), já que, como tem por essência a recusa à submissão ao império do Estado, isto configuraria um retorno ao estado de guerra, de tal sorte que, aqueles que assim procedem, devem sofrer a punição, desprovidos da condição de súditos para serem tratados como verdadeiros inimigos.

A ideia central de justificação conforme Jakobs reside então, até este ponto, no Estado contratualista, de maneira que se afigura bem claro o respeito integral ao contrato social estabelecido entre o Estado, enquanto ente superior/soberano ao qual foi depositada a confiança de cada um (cada cidadão) constituindo-se daí a soberania e legitimidade da ação do Estado, e o cidadão, enquanto sujeito de direitos e deveres, é imprescindível para que haja a continuidade dessa relação Estado/Cidadão, pois, uma vez quebrado este contrato, o infrator deve ser expulso ou colocado em "custódia de segurança" (JAKOBS, 2008, p. 7).

Apoiado em filósofos da lavra de Hobbes e Kant, Günter Jakobs (2008) argumenta que o alto traidor, o inimigo, se despersonaliza, uma vez que nega a constituição e o estado de coisas existentes. Assim, concebe um Direito Penal do Cidadão para os indivíduos normais que delinquem apenas em situações incomuns e especiais, não desviando da norma constantemente. Em outro sentido, assevera que o Direito Penal do Inimigo é destinado aqueles indivíduos que reiteradamente persistem no cometimento de infrações contrárias à ordem jurídica, sendo que, a estes, se nega o estado de pessoa.

Nessa linha de ideias, tem-se que o Direito Penal do Cidadão seria direito também para o infrator, o qual teria intocado o seu *status* de pessoa. Todavia, não seria esta a situação do Direito Penal do Inimigo, o "direito em outro sentido" (JAKOBS, 2008, p. 7), já que, no interior desta configuração ideológica enquanto modelo de Direito a ser aplicado, o Estado estaria a se proteger do tal inimigo aplicando uma custódia de segurança, de tal sorte que "o Direito Penal do Cidadão é o direito de todos; o Direito Penal do Inimigo é o direito daqueles que se contrapõem ao inimigo; em relação ao inimigo, ele é somente coação física, chegando até à guerra" (JAKOBS, 2008, p. 8).

Verifica-se aqui, de maneira bem clara, que dois direitos se apresentam para uma sociedade de dois planos: o dos cidadãos e o dos inimigos. O tratamento desigual é, nos estritos ditames esposados pelo autor, chancelado pelo Estado que encontra funções distintas nestes dois modelos de direito, a saber que "O Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da norma e o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo, incluindo o direito de medidas de segurança) combate perigos, sendo certo que existem muitas formas intermediárias" (JAKOBS, 2008, p. 8).

Nesta passagem verifica-se a coexistência desse dúplice plano de aplicação do discurso jurídico penal máximo e combativo de Jakobs, em que o Direito Penal do Cidadão cumpre uma função de reafirmação da vigência da norma violada pelo infrator, algo que se amolda as particularidades do sistema funcionalista do qual o autor é um destacado expoente, de maneira que a segurança jurídica é restaurada voltando-se para a norma e as consequências de sua violação, tanto no enfoque da prevenção geral (que é muito claro no funcionalismo) quanto na especial.

A novidade, porém, seria no que se refere ao Direito Penal do Inimigo, que passa a cumprir uma função de "proteção da sociedade", na medida em que é um Direito Penal excepcional, planejado pelo discurso repressivo máximo para agir no combate aos perigos, e, embora a dogmática de Jakobs (2008) queira dizer que a proteção se daria em ampla esfera do plano social, revestindo a sociedade com a proteção do Direito Penal, a grande verdade é que, ele seleciona e delimita os inimigos, os quais passam por um filtro bem específico da máquina jurídica estatal por estarem em posição distinta dos cidadãos comuns, devendo receber tratamento eficaz e duradouro tanto na repressão quanto na "profilaxia" de futuros delitos. Assim lhes cabe, como já visto, o tratamento como "não pessoas", já que ficam destituídos do *status* de cidadão, recebendo a alcunha oficializada pelo Estado de verdadeiros inimigos.

A justificativa para essa visão de aplicação do discurso repressivo se dá em observações que o Professor Jakobs faz sobre a realidade do crime e do criminoso na atualidade. Diferentemente dos grandes e metódicos teóricos do contrato social aos quais Jakobs reverencia em sua obra, o Estado hodierno enxerga no criminoso um fato normal, do cotidiano, e não alguém que mereceria um tratamento diferenciado do Estado por ter se colocado em posição de inimizade com o pacto social. Tanto é assim que, aquele que com sua conduta, macula a vigência da norma, é chamado através da coerção do Estado para "recompensar os danos a ela causados" (JAKOBS, 2008, p. 10), só que na posição de cidadão.

Nesse sentido, Jakobs (2008) critica duramente a realidade dessa aplicação do Direito Penal, por tão simplória e idealizada que é, pois, não importa a gravidade ou os reflexos do crime ou mesmo o histórico de descumprimento do pacto social que porventura esteja presente na vida do infrator. Ainda assim ele continuará a ser tratado, em geral, como cidadão que dirige seus comportamentos em conformidade com o Direito. Para explicitar este ponto, Jakobs fala que há uma expectativa social ampla de observação e comportamento conforme a norma. Porém, ocorre que não haveria um "alicerce cognitivo" (2008, p. 11) eficaz em todas as normas, isto é, uma expectativa de comportamento, de ocorrência do fato na realidade para se agir dentro da norma. Nesse sentido, Jakobs pondera que sem essa

segurança de pensamento, ou seja, de se imaginar que o outro também deveria estar se comportando conforme a norma se tornam frágeis as estruturas de vigência da mesma, "tornando-se uma promessa vazia; vazia, por não oferecer mais qualquer forma social realmente viável" (2008, p. 11).

O meticuloso raciocínio acima é desenvolvido para sustentar o que Jakobs afirma sobre a personalidade daquele que viola a norma. Em suas palavras:

> O mesmo acontece com a personalidade de um infrator: ela também não pode ser sustentada de forma puramente contrafática, sem qualquer alicerce cognitivo; para que o outro seja estimado não apenas como indivíduo, ou seja, como um ser que avalia segundo o prazer e o desprazer, mas também como pessoa, ou seja, para que se tome como ponto de partida sua orientação pelo justo e pelo injusto, é preciso que essa expectativa normativa também esteja cognitivamente alicerçada de modo geral e de forma tanto mais clara quanto mais importantes sejam as normas em questão (2008, p. 11).

Dessa forma, sustenta-se que a personalidade de um determinado indivíduo que eventualmente viole a norma com o seu comportamento possa ser relativizada quando valorada a importância da norma objeto da infração. Evidentemente, a despersonalização, o tratamento como "não pessoa" encontra nesta passagem um contraponto, já que a falta do "alicerce cognitivo" poderia facultar esse tratamento, legado ao inimigo. Somado a isto, estão as disposições manifestadas pelo indivíduo em não se comportar de modo estável e permanente com o Direito, o que enfraquece e desmotiva o seu tratamento como pessoa.

Para Günter Jakobs (2008), nesse contexto é que estão inseridas as legislações de combate, como os casos especiais de crimes financeiros, de terrorismo e ações armadas contra o Estado, de crime organizado, de crimes sexuais, em que se objetiva combater abertamente o indivíduo, que, pela sua postura pessoal (como nos crimes sexuais), por sua vida financeira (como nos casos dos crimes econômicos, tráfico de entorpecentes e crime organizado) ou pela sua atitude livre em se associar a algum tipo de organização para a prática de crimes, demonstrou claramente que está em um estado contínuo e duradouro de desvio do Direito e da norma, não oferecendo, portanto, a mínima garantia cognitiva para que a ele seja dado o tratamento como pessoa. Assim sendo, se o Estado passa a agir de tal forma, não está ele compensando o dano à velada vigência da norma, mas sim, efetivamente tratando de lançar bases específicas de eliminação de perigos, pelo que (JAKOBS, 2008, p. 12) "a punibilidade é amplamente antecipada para o âmbito da preparação, e a pena se presta ao asseguramento contra fatos futuros, não à punição de fatos consumados".

Seguindo esta linha de pensamento, o Professor Jakobs (2008) elenca o exemplo dos atentados terroristas do fatídico 11 de setembro de 2001, ponderando que os países passaram a adotar ou pelo menos reafirmaram essas posturas combativas do discurso jurídico-penal, e mais, ele deixa entender que existiria de fato uma guerra oculta, reprimida, em que se aplica o Direito Penal do Inimigo.

Verifica-se aqui uma importante contribuição daquele e de sua teoria, reconhecendo e apontando que os planos de aplicação do Direito Penal, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, existem e são aplicados cotidianamente na realidade dos países que adotam o modelo clássico do Direito Penal. No entanto, os tratamentos pertinentes ao cidadão e ao inimigo são diversos. Em relação ao cidadão, o Direito Penal irá aguardar até o último momento, isto é, até o ponto em que o ânimo de desvio da norma tome corpo e se efetive na realidade, consistindo em um comportamento oposto ao Direito. Já no que tange ao inimigo, por ter demonstrado reiteradamente que não consegue se comportar conforme o pacto social e a ordem jurídica estabelecida, tendo históricos de reincidência em crimes será "remotamente interceptado no campo preliminar e combatido por sua periculosidade" (JAKOBS, 2008, p. 14).

Com o esboço sintetizado dessas argumentações, que consistem no núcleo inicial, a *priori*, de pensamento da teoria do Direito Penal do Inimigo de Günter Jakobs, pode-se então passar, brevemente, à análise do processo penal do inimigo e, em seguida, tecer alguns apontamentos críticos sobre os méritos e desacertos da referida teoria.

3- O PROCESSO PENAL DO INIMIGO

Preliminarmente, é sabido que o Judiciário, como ensina Garapon (2001), deve preocupar-se com a defesa social e com o uso comedido e racional da violência, respeitando a dignidade dos réus e tratando-os como sujeitos de direitos. No entanto, a reinserção de sujeitos desviantes permeia todo o processo judicial, desde a acusação até o julgamento. Conforme nos ensina o autor, o processo judicial é um ritual, composto de determinados eventos autoritários (exemplo a sentença) e outros dialéticos (oportunidade de acusação e defesa), em que o réu, desde o início do processo, resgata sua cidadania e dignidade ao participar direta e ativamente de um espaço público.

A tramitação do processo judicial, por aparentar-se como um ritual, necessita de uma duração razoável para que os atos sejam realizados da melhor forma e, para que, os sujeitos processuais reforcem suas expectativas sociais normatizadas, exigindo-se do réu um compromisso, que, nos ensinamentos de Garapon (2001, p. 214), é uma reanimação do "pacto fundador de vínculos sociais feridos".

Em outro senso, a aplicação da pena deve servir de oportunidade ao delinquente para que este quite sua dívida com o corpo social. Em algumas sociedades, os cidadãos que desviaram da lei penal poderiam purgar sua dívida social de formas diversas e, na maioria dos casos, sem o recurso do Estado ao sofrimento da privação total da liberdade individual. Para Garapon (2001), "os cidadãos não desviantes tendem a participar do ato de punir, sem o sadismo do aprisionamento, favorecendo a socialização dos apenados". E em que medida este cenário de ritualística do processo judicial e aplicação da pena se relacionam com o Processo Penal do Inimigo? Mister compreender seu conceito e por quê alguns rituais do Processo Penal carregam uma tendência de considerar o delinquente como inimigo.

Situado na mesma vertente do já esboçado Direito Penal do Inimigo está, por conseguinte, o seu *modus operandi*, a sua manifestação dentro dos caracteres jurídicos procedimentais, de forma tal que, em livre apreço, seria possível dizer que ambos são faces de uma mesma moeda, a do Processo Penal do Inimigo.

A partir da análise crítica do Direito Penal do Inimigo tal como idealizado por Jakobs, destinado aqueles que, deliberadamente e de forma reiterada, violam as normas do contrato social, é possível chegar até o Processo Penal do Inimigo, embora não tenha recebido tratamento diferenciado pelo citado autor, mas podendo ser identificado quando o mesmo propõe a flexibilização ou a supressão de garantias processuais.

O Direito Penal do Inimigo como adotado por Jakobs, de forma integradora, leva a um processo penal sem garantias, haja vista que o processo terá um fim de (re)estabilização normativa. É certo que ao se adotar o critério de considerar determinados indivíduos como inimigos, o Processo Penal sofrerá tais reflexos, pois tem caráter instrumental em relação ao Direito Penal. Apoiado na filosofia do punitivismo, o Direito Penal do Inimigo estabelece sanções mais severas que, embora dotadas de exacerbação, só podem ser aplicadas após o processo penal regular.

A dicotomia Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, por consequência, também atinge o Direito Processual Penal. O acusado, de um lado, possui determinados direitos, como a não auto-incriminação, o silêncio, a não ser enganado, a produzir provas, e de

outro, deveres, como não mudar de residência sem autorização judicial e não se ausentar por um período da comarca.

Nesse sentido, se em um processo penal de matriz acusatória, em uma primeira análise, o réu se apresenta como um sujeito processual que é portador inafastável de garantias que lhe são inerentes, em outro sentido (MALAN, 2006), ele se coloca também como objeto de inúmeros atos de verdadeira coação física sem quaisquer méritos simbólicos, pelo que esses atos não estariam sendo dirigidos contra o titular de direitos fundamentais, mas sim contra o próprio indivíduo que, com os seus instintos e medos acaba por colocar em perigo todo o percurso ordenado do processo, de forma que aí estaria o inimigo.

No entanto, quando aquele se comporta como "inimigo", numa faceta processual, executando atos contrários à lei, as medidas restritivas se impõem, como a prisão preventiva. Em que pese esse comportamento, este ainda não é o Direito Processual do Inimigo, que somente se manifesta quando o próprio Direito Penal do Inimigo busca eliminar alguns riscos, violando garantias processuais, independente de como o acusado se comportou diante do processo. O "inimigo" já é assim considerado por pertencer a um grupo de risco, presumidamente, haja vista não ter sido ainda processado e condenado.

Nessa direção, Jakobs, postula, então, a aplicação de regras excepcionais contra o "inimigo", como a intervenção nas telecomunicações, investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados. Tanto que preceitua no sentido de que (JAKOBS, 2001) "estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: O Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado". É sabido que o Direito Processual Penal efetiva a realização da justiça e, de outro lado, protege garantias constitucionais do cidadão. No entanto, o Processo Penal do Inimigo, diametralmente oposto, não confere imparcialidade ao processo judicial, característica fundamental em um Estado Democrático de Direito. Ao revés, são características daquele, a conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional e a transformação do processo penal em instrumento de luta contra a criminalidade organizada. O Professor Diogo Malan (MALAN, 2006), nesse raciocínio, delineia aqueles que seriam os institutos típicos do processo penal, enfatizando, sobretudo, a incomunicabilidade do preso, a qual busca evitar, em tese, que ele faça uso da comunicação com o seu advogado, de forma a colocar em risco a vida, liberdade ou mesmo a integridade de terceiros. Tomando-se como base a referida incomunicabilidade, outras características estão presentes no processo penal do inimigo, tais como: as prisões para averiguação determinadas com fulcro na mera suspeita sem necessidade da autorização judicial; as formas de delação premiada; os julgadores de exceção, isto é,

constituídos exclusivamente para o caso imediatamente após o cometimento do delito; e os regimes de execução penal que renegam direitos ao apenado.

O autor ainda enfatiza que os recentes eventos da globalização e os avanços das tecnologias tem ameaçado de morte as garantias tradicionais do processo penal, de sorte que as reformas processuais penais concentram esforços apenas na fase de investigação, que lida com os instrumentos de controle (MALAN, 2006). Tendo em vista que estes instrumentos são sigilosos, como por exemplo, as escutas clandestinas, aquele que está sendo alvo da investigação não tem como lidar estrategicamente com tal situação, levando à supressão do direito fundamental do investigado ao silêncio.

Por fim, o referido processo penal do inimigo chancelaria esse novel direito penal de Jakobs, sendo já aplicado, ainda que de forma velada, em vários países do mundo. Neste cenário, surgem questionamentos filosóficos cuja importância não pode ser ignorada, sobretudo e principalmente no que concerne a quem ou o que seria o inimigo e se a forma de exceção preconizada seria adequada a essa atividade combativa de um modelo penalista balizado na ação e na precaução de perigos.

4-O INIMIGO E O DIREITO PENAL: APONTAMENTOS CRÍTICOS

4.1- O Maximalismo Penal e o Estado Democrático de Direito

A teoria do Direito Penal do Inimigo, embora não seja nenhuma novidade em termos de aplicação e enfoque do discurso jurídico-penal na realidade planificada dos sistemas penais da maioria dos países, já que há anos o Professor Gunter Jakobs vem sustentando essa argumentação dentro de sua ótica estruturante do sistema funcionalista do Direito Penal, tem recebido bastante fôlego nos dias atuais em vista do crescimento da criminalidade organizada e da insistência das esferas de poder estatais em utilizar o Direito Penal como símbolo de resposta social ao crime.

Embora seja crível que os problemas da sociedade não se resolverão através do Direito Penal, que até mesmo o tormento da criminalidade o Direito Penal não consegue aplacar, há uma insistência das esferas de poder constituídas, talvez em virtude da poderosa e inexorável influência das espetacularizações midiáticas dos órgãos de comunicação de massa e da força dos discursos máximos de dura repressão da criminalidade que agradam a

sociedade, em fazer uso do Direito Penal de forma abusiva e, por vezes, "propagandista", como se estivessem querendo transmitir uma sensação de segurança jurídica e paz social que somente com o Direito Penal seria possível alcançar. O Estado Democrático de Direito não permite que a Justiça Penal se sensibilize com a opinião da maioria, que luta por uma política criminal de retribuição, marcada pelo midiatismo e pelo sensacionalismo jornalístico, valorizando a posição da vítima e diabolizando os acusados.

É assim que os discursos repressivos dirigem toda a força para o combate ao criminoso, que diferenciam as pessoas através de inserções maniqueístas de "bom", "mal" e de figuras como "herói", "bandido" e "criminoso", e estas figuras são aceitas e chanceladas pela sociedade. E, na verdade, o que acontece é a aplicação dura do Direito Penal repercutindo na *práxis* do fato social, ainda que o arcabouço teórico dessa aplicação, em nossos dias, seja ou queira ser *garantista*. O problema está mesmo nesse sentido, na dicotomia entre a teoria e a realidade (ZAFFARONI, 1991), pois uma coisa é a ideia atual do sistema querer ser garantista (embora, na prática, se saiba que ele é repressor e desigual) e outra é se conjecturar que essa ideia seja maximalista, de Direito Penal do Inimigo, como Jakobs tentou desvelar em sua obra. Tanto assim que, ainda que Jakobs tenha se esforçado sobremaneira em dizer que estava reconhecendo uma realidade e, mais, estava passando a dar contornos de legalidade a algo que já acontecia na realidade de incidência do Direito Penal, sua teoria encontrou muitas objeções, sobretudo sob o pálio da proteção ao Sistema Penal que deve, necessariamente, se revelar através do Direito Penal Mínimo, para que seja legítimo.

O destacado Luigi Ferrajoli (2006) bem leciona que o Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, quando chamado a exercer o controle judicial do crime e o poder de punir, tem a obrigação política de tutelar os direitos fundamentais, que são bens jurídicos que nenhum agente, público ou privado, está autorizado a lesionar, seja com delitos, seja com castigos. Nesse sentido, hodiernamente, a Justiça Penal está pautada nos valores de proteção dos direitos fundamentais, não podendo se submeter a uma política criminal maximalista, de feição vingativa e restritiva de garantias, ainda que pressionada pela maioria.

Salienta-se que a tese mais destacada do Maximalismo Penal, que é o Direito Penal do Inimigo, ainda que queira se afirmar legítima e escorada em um tratamento ao inimigo que seja endossado pelo parâmetro normativo, como quer Jakobs, muito se afasta das ideias de legitimidade do Direito Penal, uma vez que está mais do que claro que a propagação de um estado policialesco, de um estado de guerra permanente à criminalidade com retirada de garantias e imposição de gravosas medidas às pessoas, além de não resolver os problemas da sociedade com relação à criminalidade, ainda se constitui num verdadeiro passo atrás na grave

história de lutas pela conquista do respeito as liberdades e aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

4.2- Os "inimigos" e as velocidades do Direito Penal numa perspectiva histórica

Nesse sentido tem lugar o imponderável questionamento: quem são os inimigos do Direito Penal na atualidade?

O Direito Penal nos dias de hoje está em franco processo de expansão, tendo inclusive ganhado dimensões que, nas palavras de Rogério Greco (apud SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 20), existem "três velocidades, três enfoques diferentes que podem ser concebidos ao Direito Penal", no qual o Direito Penal do Inimigo seria a terceira velocidade.

A primeira velocidade estaria relacionada ao Direito Penal tradicional, tendo como objetivo precípuo a aplicação de uma pena privativa de liberdade, pelo que, por se tratar de questões graves em discussão, tal como a liberdade do cidadão, devem ser observados todos os preceitos ensejadores de garantias, seja em nível material ou processual penal (GRECO, 2010).

No que se refere à segunda velocidade do Direito Penal, tem-se a aplicação de penas que não são privativas de liberdade, como os Juizados Especiais Criminais no Brasil (GRECO, 2010), em que o desiderato principal é a aplicação de penas que não privem a liberdade do indivíduo, mas sim as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Conforme o autor, nesta dimensão, seria possível o afastamento de algumas garantias do indivíduo para que ocorra a agilidade na incidência da lei penal.

Verifica-se nesse sentido (GRECO, 2010), que a Lei dos Juizados Especiais Criminais faculta a utilização de institutos jurídicos que resultam na aplicação da pena não privativa de liberdade, sem que tenha ocorrido a instrução com ampla defesa e contraditório, como ocorre quando o suspeito da autoria do fato acorda com a proposta de transação penal.

Em resumo dessas duas velocidades de aplicação do Direito Penal, Jésus-Maria Silva Sánchez mencionado por Rogério Greco, sintetiza preciosa lição:

> Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal 'do cárcere', em que haveriam de ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização

> proporcionada a menor intensidade da sanção. (apud SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 20)

Por fim, mesmo diante de uma significativa resistência na forma como o autor Rogério Greco trata a questão, o Direito Penal do Inimigo tem sido concebido como a terceira velocidade do Direito Penal, caracterizado por ser uma "velocidade híbrida", em que há a aplicação de penas que importam privação de liberdade, como na primeira velocidade, porém, que sejam minimizadas as garantias para que esse fim seja alcançado, como é a segunda velocidade de concepção do Direito Penal.

Nesse momento, após compreender o Direito Penal do Inimigo enquanto parte dos processos de expansão do Direito Penal, cabe aqui retomar uma pergunta crucial que é, a bem da verdade, o ponto nevrálgico da teoria do Direito Penal do Inimigo da forma como exposta por Günter Jakobs: quem poderá ser considerado inimigo, para que vejam diminuídas ou mesmo suprimidas suas garantias penais e processual-penais?

Os vários exemplos de inimigos trazidos à baila por Jakobs se referem ao terrorismo. Neste passo e voltando os olhos para a realidade brasileira, Rogério Greco (2010) questiona se seriam os traficantes que praticam o comércio ilícito de entorpecentes nos grandes centros urbanos do Brasil, configurando mesmo um verdadeiro estado paralelo dentro do Estado de Direito com suas regras e hierarquias próprias. Seriam eles os inimigos?

Em verdade, uma das ideologias de Jakobs (2008) é a de antecipação de punição do agente tendo em vista a maneira como conduz a sua vida. Regredindo no tempo a um arcaico conceito de Edmund Mezger, praticado na Alemanha nazista, o que importa, como preleciona Rogério Greco (2010), é um autêntico Direito Penal do autor ao invés de um Direito Penal do fato. O Direito Penal do Inimigo torna frágil a ideia do fato, do acontecimento do crime para se passar à esfera de responsabilização do seu autor.

Rogério Greco (2010) bem expõe que, em 1944, com a chegada de Hitler ao poder através do partido nacional-socialista, houve uma espécie de reorganização do Estado alemão conforme as ideias daquele, tendo havido a edição de um projeto sobre o "tratamento dos estranhos à comunidade", trazido a descoberto nos dias atuais pelo insigne Professor Francisco Muñoz Conde na obra "Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo" (MUÑOZ CONDE, 2003).

Tendo sido considerado como um dos mais cruéis e assustadores da história do Direito Penal, este projeto pregava a castração de homossexuais, a prisão por tempo indefinido de pessoas que manifestassem comportamento antissocial mesmo na ausência de ter praticado algum crime (bastava serem vadios, alcoólatras, prostitutas, etc...) e a

esterilização dos que fossem concebidos como inúteis para a sociedade. Rogério Greco preleciona que tal projeto

> Na verdade, apontava determinadas pessoas como perigosas, a exemplo do que ocorria com os delinquentes habituais, e sobre elas fazia recair uma espécie de "tratamento", que podia, segundo a sua estúpida visão, curá-las, aplicando-lhes medidas de internação por tempo indeterminado, inclusive nos conhecidos *campos de concentração*, ou, quando fosse reconhecidamente entendidas como incuráveis, condenadas à morte, ou ainda, em algumas situações, utilizadas como *carne de canhão*, ou seja, aquelas pessoas que durante a Segunda Guerra Mundial eram colocadas no *front* de batalha.(GRECO, 2010, p. 22)

Veja-se que esses indivíduos, que sofreram todo o tipo de atrocidades possíveis e inimagináveis, eram concebidos não como pessoas pela Alemanha nazista, ferindo sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana. Interessante notar que essa é exatamente uma das premissas do Direito Penal do Inimigo, que desconsidera o infrator da norma, o eleito inimigo, da condição de cidadão. Consequentemente, analisa-se a periculosidade do indivíduo, ao invés da culpabilidade, da mesma forma como esposada nos frios conceitos da Alemanha de Hitler.

Dessa forma, Rogério Greco preleciona que o conceito de culpabilidade foi uma

> das conquistas mais importantes da dogmática jurídico-penal alemã daquela época. Entendido como garantia e limite frente ao poder punitivo do Estado é considerado hoje como um dos princípios fundamentais de um Direito Penal democrático e respeitoso com a dignidade humana. Mas um sistema estritamente dualista como o que se forjou na República de Weimar, no qual a pena limitada por sua culpabilidade podia ser substituída ou complementada por uma medida de segurança de duração indeterminada, fundamentada em um conceito tão vago e perigoso como o de perigosidade, traduz um conceito de Direito Penal muito vinculado às teses do amigo-inimigo tão caras ao Estado nacional-socialista: um DireitoPenal com todas as suas garantias, baseado e limitado pelo princípio da culpabilidade, para o delinquente ocasional, integrado no sistema, ainda que alguma vez se aparte dele; e um Direito Penal, baseado na perigosidade e sem nenhum tipo de limitações, para o delinquente perigoso e especialmente para o delinquente habitual que com seu comportamento e sua forma de condução de vida (Lebensfuhrungschuld) questiona as bases do sistema mesmo.(apud MUÑOZ CONDE, 2010, p. 23)

Nota-se, então, que o sistema penal dos tempos da Alemanha nazista reconhecia a culpabilidade para aqueles que se enquadrassem na delinquência ocasional e, para os que fossem considerados delinquentes habituais, a perigosidade, de tal sorte que os parâmetros dessa forma de tratamento dos indivíduos apenas poderiam se encontrar delimitados pelo próprio Estado enquanto reafirmador dessa máquina penal repressora. Tanto assim que essa grave e perigosa conceituação de perigosidade implicava em medidas que praticamente visavam ao extermínio daqueles que nela fossem enquadrados (prostitutas, mendigos, vadios,

etc), aos quais o Estado alcunhou de “estranhos à comunidade”, sendo que, já naquela época se tinha um Direito Penal do Inimigo, sem garantias e sem nenhuma maneira de contenção dos abusos do poder estatal (GRECO, 2010).

Portanto, as afirmações trazidas por Rogério Greco (2010) são elucidativas quando o mesmo aquilata que há uma semelhança muito significativa entre as ideologias de Gunter Jakobs e suas distinções cidadão/inimigo e o projeto da lavra de Edmund Mezger concebido para o regime nazista do ditador Adolf Hitler.

Analisando detidamente esse contexto da Alemanha nazista, conclui-se que as mais terríveis atrocidades da história foram cometidas e até mesmo chanceladas pelo Estado de Direito alemão vigente a época, tanto é que as “Leis de Nuremberg”, promulgadas em 1935, deram suporte oficial a política hitlerista do antissemitismo, proibindo, como exemplo, a união matrimonial, a coabitação e mesmo as relações sexuais entre judeus e alemães, sendo os primeiros concebidos como “cidadãos de segunda categoria” (GRECO, 2010).

Diante dessas observações é imprescindível concluir que o discurso em que se afirma que a sociedade é constituída por cidadãos e por inimigos, sendo que, para os inimigos, deve ocorrer uma diferença de tratamento como se houvesse uma espécie de “estado de guerra” nos dias atuais, se apresenta como um verdadeiro retrocesso, uma volta a um passado que, certamente, a humanidade quer esquecer.

Por fim, como não poderia deixar de ser, deve-se reiterar a questão fundamental objeto do título e das breves discussões aqui travadas: quem são os Inimigos do Direito Penal? Para responder a este questionamento, destaca-se aqui o arremate preciso de Rogério Greco:

> Quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em sequestro para fins de extorsões. E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento de sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o estuprador de sua filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido pelas garantias conquistadas ao longo dos anos(GRECO, 2010, p. 24).

5- A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL MINIMALISTA E GARANTISTA

Inicialmente é mister considerar a incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito reinante no ordenamento jurídico pátrio. Tal espécie de Direito só poderia ser ventilado em um estado de exceção, o que, na verdade, também se torna uma hipótese temerária, haja vista que se aproximaria de um Estado Absoluto, tão combatido nas revoluções liberais.

Para Zaffaroni (2007), o conceito de inimigo nunca é compatível com um Estado de Direito muito menos com os princípios do liberalismo político, porque

> a teoria política, o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (*inimigos* da sociedade) é próprio do Estado absoluto, que, por sua essência,não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de direito. Com isso, introduz-se uma contradição entre a doutrina jurídico-penal que admite o conceito de inimigo e os princípios constitucionais internacionais do Estado de direito, ou seja, com a teoria política deste último. (...) Nossa tese é que o inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um Estado absoluto e que, consequentemente, as concessões do penalismo têm sido, definitivamente,obstáculos absolutistas que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito (ZAFFARONI, 2007, p. 12).

Dessa forma, o sistema constitucional vigente reclama uma atuação judicial garantista, pautada na prevenção geral dos delitos e das penas arbitrárias, limitada ao conteúdo dos direitos fundamentais. A política garantista, preconizada por Ferrajoli (2006) é baseada no Direito Penal Mínimo, configurado por ser um direito repressivo, mas limitado às liberdades dos indivíduos diante do poder punitivo do Estado, diferentemente da corrente do maximalismo penal que prega um sistema de poder ilimitado, por ausência de limite à discricionariedade do legislador. Segundo Ferrajoli (2006), na política criminal de feição maximalista, a única convicção de que se tem é a de que nenhum culpado fique impune. De outro lado, na política criminal minimalista, a certeza é a de que nenhum inocente seja injustamente repreendido.

Na opinião de Ferrajoli (2006), a certeza da Justiça Penal deveria ser conquistada observando-se dez axiomas, quais sejam:1) princípio da retributividade; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade; 7) princípio da jurisdicionariedade; 8) princípio acusatório; 9) princípio do ônus da prova; e 10) princípio do contraditório e ampla defesa. A

junção destes axiomas faz com que a política criminal aplicada seja garantidora dos direitos fundamentais dos cidadãos e, por conseguinte, condizente com o modelo de Estado Democrático de Direito, em que há uma preocupação com os valores constitucionalmente assegurados. O mesmo autor assevera que uma política criminal consentânea com os modelos constitucionais contemporâneos, apoiada no respeito aos valores democraticamente escolhidos como ordenadores das ações dos agentes públicos e privados, tem como finalidade uma dupla função preventiva, quais sejam, a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. Neste cenário, a aplicação de uma política criminal garantista e minimalista é, sobretudo, a proteção do fraco contra o mais forte, em que os dois lados do sistema jurídico-penal justificam-se pela necessidade política da Justiça Penal tutelar os direitos fundamentais, que são bens ou valores que, em um Estado democrático de direito, devem ser preservados contra quaisquer ofensas, tanto oriundas de crimes ou de penas.

É sabido que os anseios da maioria nem sempre são consonantes com as necessidades políticas, apresentando-se, em constante tensão com a democracia e com a maior participação popular nos assuntos da Justiça Penal. No entanto, como bem aduz Ferrajoli (2006), ainda que haja alguma impunidade, a adesão por juízes a uma política criminal minimalista e garantista afasta os desejos de vingança da opinião pública, da mídia e, até mesmo, de certas decisões legislativas. Este posicionamento também afasta a tendência de diabolização dos acusados e a identificação do julgador com a vítima, assim como a retirada de direitos e garantias fundamentais dos delinquentes, como se estes fossem inimigos da sociedade.

Reflexão importante a ser realizada é a de que a interpretação e a aplicação do Direito Penal estão associadas a um projeto político (GOMES, 2013). Isso significa dizer que juízes e tribunais, ao prolatarem alguma decisão, não apenas aplicam a letra da lei, mas, ao contrário, devem buscar a justiça que seja condizente com o sistema jurídico-penal, oferecendo uma resposta judicial baseada nos preceitos constitucionais, que veiculam a política do Estado, mesmo que, em certos momentos, possam exibir em suas decisões, as deficiências do texto que interpretam. Assim, as sentenças judiciais são concebidas pela fusão de conceitos de dogmática jurídico-penal e de decisões político-criminais. Em torno da dogmática jurídico-penal que é incorporada às decisões judiciais existem finalidades e escolhas políticas referentes aos deveres e aos limites do Judiciário ao realizar o combate do crime e ao exercer o poder de punir do Estado.

Uma vez mais, ensina magistralmente Ferrajoli (2006) que as respostas judiciais ao crime devem ponderar as finalidades e proposições político-criminais que estão no quadro de

valores que integram o consenso social positivado na Constituição, ainda que os sentimentos da maioria lhes exijam outra valoração. Dessa forma, os responsáveis pela interpretação e aplicação do Direito Penal devem estar orientados pelo objeto da política criminal, qual seja, o combate ao crime com o mínimo de violações de direitos. Entretanto, conforme aduz Hassamer (2008), a garantia de tais direitos acompanhada do combate à criminalidade é tensionada a todo instante, haja vista que fazer política com Direito Penal é sinônimo de um agir político com o mínimo de repressão e de sofrimento. Dessa sorte, uma política criminal efetiva nos dias atuais é aquela baseada na busca por sua própria superação e a procura de alternativas que sejam menos traumáticas aos direitos dos cidadãos. Afirma este autor que, "uma boa política social é a melhor forma de política criminal", sendo que a política criminal deve "não apenas responder mais apropriadamente aos nossos problemas, mas também deixar em paz os direitos fundamentais dos cidadãos", enfrentando "as ameaças de nosso tempo não com lesões aos direitos fundamentais, mas com medidas efetivas de proteção e segurança" (HASSEMER, 2008, pp. 307, 308 e 309).

Concluindo, o Estado Democrático de Direito necessita de um movimento oposto ao de expansão do Direito Penal e das competências da Justiça Penal, assim como ao do Direito Penal do Inimigo, em que sobreleva os sentimentos de vingança apoiados na opinião pública e na mídia sensacionalista. Tal senso direciona uma correta compreensão de que uma democracia efetiva exige uma maior proteção dos direitos dos cidadãos e, de outro lado, um maior controle dos deveres do Estado. Somente dessa forma é que será possível atingir a maximização da liberdade e a minimização do poder de punir do Estado. Nas palavras de Ferrajoli, a atividade punitiva do Estado, apoiada em uma política social maximalista, deve-se "graças à maximização das expectativas materiais e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las" (FERRAJOLI, 2006, p. 799).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face a todo o exposto, a guisa de conclusão, o discurso jurídico-penal hodierno há muito padece de legitimidade, tendo perdido mesmo a sua compatibilidade com o próprio Estado de Direito. Assim os sistemas penais "torcem e retorcem" em uma estrutura que cancela o próprio discurso jurídico-penal. O maior desafio do Direito Penal, na sociedade contemporânea, é encontrar mecanismos que possibilitem uma maior eficácia na persecução

punitiva da criminalidade econômico-financeira, sem diminuir seu conteúdo valorativo das garantias que foram instituídas pela dogmática jurídica, como um sistema de proteção ao cidadão. Em que pese os reclamos sociais por uma modernização do Direito Penal, esta não pode se dar, em absoluto, com a violação de garantias, mas sim, respeitando o ser humano na sua dignidade e direitos básicos inalienáveis.

A Justiça Penal em um Estado democrático de direito não pode se pautar na opinião pública e no midiatismo crescente das redes de telecomunicação, que tendem a dramatizar uma insegurança coletiva, bem como tornar maléficos os acusados, concebendo-os como inimigos da sociedade, tendo, por conseguinte, seus direitos e garantias fundamentais flexibilizados.

Isto posto, cabe ponderar em linha final que o Direito Penal não é a salvação para todos os problemas sociais, mas encontra-se em verdadeiro processo de expansão, sendo compreendido, muitas vezes, erroneamente, como algo que serviria para combater a maior parte das misérias sociais, levando então à edição de inúmeras leis e a divulgação intensa do espetáculo da mídia em que crimes terríveis são postos no palco e a violência é elogiada em detrimento do direito. O retrocesso lamentável na incorporação de componentes autoritários às diversas leis esparsas e ao Código de Processo Penal poderá implicar, indubitavelmente, em mais desigualdade, injustiça e exclusão da conhecida clientela do Sistema Penal.

Assim, ao se analisar o Direito e o Processo Penal do Inimigo e a sua aplicação em um Estado de Direito, verificou-se que, não obstante o ineditismo e o esforço feito por Günter Jakobs para dar contornos jurídicos e balizar a esfera de alcance da referida teoria, a sua efetividade no Estado de Direito é algo dos mais controversos, pois, embora ocorra um Direito do Inimigo na prática efetiva da realidade social, defender tal posicionamento na perspectiva teórico-jurídica é retroceder em termos de conquistas dos direitos e liberdades individuais.

Portanto, o Maximalismo, através do Direito Penal do Inimigo, não é capaz de fornecer a segurança jurídica e a manutenção da ordem social através da decretação do estado de guerra - que em nada resolveria para o Direito Penal senão em mais uma forma de reprodução seletiva de violência em roupagens de Estado de Direito – e nem a total abolição do Direito Penal deve ser incentivada, já que é este um “mal necessário” à sociedade. Neste sentido, a Justiça Penal não deve se basear somente no modelo prisional, mas deve estar fundada em uma orientação político-criminal minimalista e garantista adequada a um Estado Democrático de Direito, que objetiva a prevenção geral dos crimes e a prevenção geral das

penas arbitrárias, como o que ocorre com a aplicação das penas e medidas alternativas consubstanciada em uma justiça restaurativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no Capitalismo Tardio*. Disponível em: http://www.bocc.ubi.pt. Acesso em 09 de abr. 2013.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena).* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DURKHEIM, E. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1995.

FERRAJOLI, L. *Dereito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

HASSEMER, W. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Becman Meirelles [et. al].Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008.

HOBBES, Thomas. *De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Trad. Ingeborg Soler. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

JAKOBS, Güntherand MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: CivitasEdiciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel CancioMeliá), p. 26).

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal do Inimigo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n° 59, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De Nuevo sobre el Derecho Penal dei Enemigo*. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal em el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: TirantloBlanch, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política. (traduzido por Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima).* São Paulo: Hemus, 1981, p. 45-46).

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.* 3. ed. trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.