

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a humanidade evolui, sendo cada vez mais heterogênea. A complexidade histórica também se reflete na criminalidade que, com o advento da globalização, passa a ter novas nuances.

Em cotejo a esse quadro histórico, o crime assume novos caracteres decorrentes das novas possibilidades ofertadas pelo mundo global.

Na atualidade, a população e as instituições precisam lidar com novas formas de violência e criminalidade, como por exemplo, a pirataria, o terrorismo, o narcotráfico, os crimes virtuais, dentre outros que ganharam destaque nos últimos séculos.

A sociedade, por seu turno, espera que o Estado de Direito atenda a todos os seus anseios, desejando que o mesmo salvguarde a tudo e a todos, principalmente através do Direito Penal, que paralelamente, vem sofrendo um crescente processo de expansão e notoriedade social.

Nesta conformação surgem inúmeras teorias que alvitram respostas às crises institucionais e às angústias sociais que atualmente nos deparamos, criando um dissídio doutrinal que aflinge a comunidade científica atual.

Diante disto, nasce a teoria de realce e importância, denominada: Teoria do Direito Penal do Inimigo, formulada por Günther Jakobs, preconizadora do punitivismo, apegando-se às normas jurídicas como bens a serem tutelados.

O grande elemento desta teoria é o delinqüente, pois, para assegurar fatos futuros, o Estado não deve tratá-lo como cidadão, mas deve excluí-lo, aplicando sanções que eliminem o perigo, uma vez que, este inimigo se afastou do Direito.

Segundo o pensamento de Jakobs (2005, p. 36), “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.

Este autor sugere que o Estado extirpe direitos dos indivíduos de modo juridicamente ordenado, logo, desta maneira, impede-se que haja a destruição do ordenamento por parte daqueles que violam direitos.

A crescente produção legislativa, marcada pela ausência de necessidade, gera na sociedade uma sensação de insegurança, que é “suprida” com a elaboração de novas leis. Passa o Direito, então, a ter a função de moldar e proteger a sociedade, solucionando todas as mazelas oriundas dos novos riscos sociais.

Este trabalho pretende abordar as possibilidades e as dificuldades que um país periférico e de recente democracia, como o Brasil, enfrenta para que haja o ajuste legítimo entre os direitos fundamentais postos, com os objetivos jurídicos e o ideal de justiça.

1.1 Objetivos

Analisar, sob um enfoque interdisciplinar, a compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático de Direito, demonstrando a viabilidade de constitucionalização ou não desse direito à luz dos direitos fundamentais.

Dentre os objetivos específicos do presente trabalho são: expor a evolução da teoria do Direito Penal do Inimigo, delimitando as duas fases que compõem o pensamento de Günther Jakobs e analisando seu desenvolvimento na atual sociedade de risco; demonstrar a existência de elementos do Direito Penal do Inimigo em diversos regimes jurídicos, tais como nos regimes colombiano, norte-americano, espanhol, dentre outros; e, expor a evolução político-ideológica do Estado dando ênfase aos paradigmas do Direito Penal do Inimigo na atual conjuntura brasileira.

1.2 Metodologia

Na elaboração do artigo científico foram utilizados os métodos dedutivo e dialético, na medida em que foi realizada uma análise da evolução político-ideológica do Estado Democrático e teoria do Direito Penal do Inimigo, destacando os pontos de conciliação e divergência deste Direito em contraponto com a dignidade humana e com os desdobramentos constitucionais brasileiros.

O trabalho fundou-se em pesquisas teóricas, mediante cuidadoso levantamento bibliográfico que possibilitou uma melhor visão do tema, envolvendo, notadamente, a discussão sobre a (in)compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático de Direito.

A pesquisa em livros clássicos mostrou-se indispensável, bem como em outras obras contemporâneas, incluindo monografias, artigos, revistas especializadas e sítios da Internet.

O tema requereu uma abordagem sob um enfoque constitucionalista e interdisciplinar, abrangendo temas de índole penal, político-criminal, criminológico e de natureza constitucional decorrente da percepção emanada pelo constitucionalismo contemporâneo que se traduz no reconhecimento da Constituição como instrumento nuclear do ordenamento jurídico e na tutela dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana como fundamento de validade e legitimação das normas penais.

O fundamento metodológico do artigo teve assentamento nas normas editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com o intuito de desenvolver um estudo adequado às exigências técnicas de uma investigação de caráter científico.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal consiste em um dos instrumentos mais relevantes de que se utiliza o Estado para se valer de seu poder punitivo, operando com a liberdade individual, situando-se dentre os direitos fundamentais essenciais.

Decorrente deste poder interventivo do Estado, vários estudiosos começaram a desenvolver pesquisas relacionadas aos limites de atuação do poder punitivo estatal. Desde o Iluminismo, um dos elementos dogmáticos mais importantes estudados pelos penalistas é representado pelo “bem jurídico”, centro de estudo dos funcionalistas, dentre eles Günther Jakobs, prescindindo totalmente da idéia de bem jurídico, patrocinando um direito penal - do inimigo - potencialmente formal e ilimitado.

O silogismo básico existente no funcionalismo do Direito Penal está no entendimento de que é através do direito penal e do direito em geral que se garante a funcionalidade e a eficácia do sistema social e de seus subsistemas. Os funcionalistas destacam a importância de se estruturar um sistema jurídico-penal dirigido exclusivamente aos fins do direito penal, isto é, a sociedade (PASCHOAL, 2003).

O funcionalismo, na perspectiva de Jakobs, tem o condão de resolver os problemas sociais através da norma. O entendimento sociológico do direito penal funcionalista assenta-se na intenção de tutelar o funcionamento da sociedade, assegurando-se a estrutura social e garantindo a sua capacidade de perfazer suas incumbências. O traço característico do funcionalismo sistêmico de Jakobs encontra-se na supressão dos limites materiais, objetivando alcançar um efficientismo do controle penal.

Jakobs elabora conceitos imersos no direito penal do inimigo, que consiste em um direito penal do autor, fundado na incansável busca pela eficiência, baseado no direito penal máximo, tutelador de todos os fatos não aceitos socialmente, sem se focar nos valores do bem jurídico, pois o ordenamento é o bem maior, o qual deve ser preservado (PASCHOAL, 2003).

A teoria em comento conduz a uma concepção preventiva integradora do direito penal, em que o centro de gravidade da norma jurídico-penal passa da subjetividade do indivíduo para a do sistema, buscando um fortalecimento do ordenamento existente e de suas expectativas institucionais.

Sendo a teoria de Jakobs marcada por duas fases, poderíamos afirmar que existem “dois” Jakobs, pois as formas como este estudioso interpretou e defendeu os seus próprios conceitos, ao permear do tempo, exibem-se de maneiras diversas (GRECO, 2005).

Abordaremos, unicamente em linhas gerais, a primeira fase de Jakobs por se apresentar de feitio imprescindível na captação das mudanças e no lindar preciso entre os dois pensamentos. Destaque-se, todavia que o cerne dos estudos encontra-se no segundo Jakobs.

2.1 O Direito Penal do Inimigo após 1999

Os novos postulados de Jakobs junto ao fenômeno da expansão do Direito Penal vieram por ocasionar inúmeros entraves e objeções doutrinários com as mais diversas fundamentações, mesmo porque é nesta época que há uma busca de legitimação do direito penal do inimigo, justificando-o e afirmando-o.

Para melhor entender como as perspectivas sócio-jurídicas na atualidade estão sendo assaz influenciadas pelos pensamentos de Jakobs, faz-se mister compreender a teoria alvitrada.

Anote-se que, em ambos os períodos, Jakobs propugnou pela necessidade de haver uma clara cisão dentro do âmbito do próprio direito penal entre direito do cidadão e direito do inimigo, a fim de evitar que este penetre naquele; entretanto vai além, afirmando a inexistência de escolha ao direito penal do inimigo.

O Direito Penal do Inimigo configura-se em uma forma de direito na qual o Estado combate de maneira rígida os seus inimigos (as “não pessoas”), protegendo seus cidadãos e o sistema jurídico vigente.

Representa um Direito penal que conhece duas tendências em suas regulamentações: os cuidados dados ao cidadão, esperando que este exteriorize sua conduta para só então o direito atuar, com o fito de confirmar a estrutura normativa da sociedade; e por outro, o tratamento prestado ao inimigo, interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade e ameaça à ordem vigente. Ressalte-se a existência desta polarização no que concerne ao Direito Processual Penal, quando o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado.

Todo ordenamento pessoal inicia-se com deveres, com deveres de contribuir para a manutenção do grupo que existe por meio da ordem. Os direitos se originam quando são necessários para poder cumprir deveres: o ferreiro armeiro teve ter uma forja, o camponês, trabalhar a terra e o artesão receber matérias-primas. Em todo caso, deve-se excluir que a personalidade comece com um direito perante o grupo: porque este teria de produzir uma constituição que para ele nada contribui? A norma originária, portanto é a seguinte: sê pessoa, o que significa: cumpre o dever perante o grupo (JAKOBS, 2003b, p. 43).

Apresenta-se como um tipo ideário de direito que não se ocupa do autor como pessoa, mas tão somente com ânimo de neutralizá-lo como fonte de perigo, pois pessoa é em quem a norma confia e pode confiar. Neste sentido, argumenta Jakobs (2003a, p.10): “Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa”.

O inimigo, pois, na visão de Jakobs deve ser tratado como não pessoa porque de outra forma ele não reagiria, segue o mesmo dizendo (2005, p. 21): “tratam como fonte de perigo ou como meio de intimidar os demais”. Este inimigo pode, outrossim, ser exemplificado na figura do terrorista, o qual, segundo o autor, é “aquele que rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 36).

Aqueles que não atuam com lealdade ao ordenamento são “não pessoas” em direito, por contradizerem a racionalidade de modo descomedido ou estabelecerem sua própria identidade independente das condições de uma comunidade jurídica. De acordo com os ensinamentos de Jakobs “o sujeito deve entrar em sociedade, para poder delimitar-se e compreender-se como sujeito, pois uma subjetividade isolada é tão imaginável quanto outras coisas isoladas: só diante do que transcende ao comparável se mostra os perfis” (2003c, p. 17).

Em oposição ao inimigo, há os cidadãos que desfrutam do conceito de pessoa e, por isso, têm de representar um papel, já que na visão de Jakobs, pessoa é a máscara, vale dizer, não se revela como a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário, mostra-se como a representação de um entendimento normativo socialmente compreensível.

Na expressão de Jakobs:

Toda sociedade começa com a criação de um mundo objetivo, inclusive uma realização amorosa, se é sociedade. Os partícipes dessa sociedade, vale dizer, os indivíduos representados comunicativamente como relevante, definem-se pelo fato de que para eles é válido o mundo objetivo, vale dizer uma norma. Com isso já tem um papel para representar (2003c, p. 30-31).

O delito exhibe-se tal qual uma falha de comunicação e para que a identidade social não seja violada aplica-se uma pena. Pode-se atestar que o autor afirma a não-vigência da norma, no instante consumativo de um delito, entretanto a pena confirma a irrelevância dessa afirmação (JAKOBS, 2003c).

O tratamento concedido ao inimigo legitima-se devido ao comportamento ostentado pelo mesmo. Ministra o já aludido autor nas seguintes expressões:

Contra os violadores de direitos humanos, que não oferecem, de certo, garantia suficiente de que se comportarão como pessoas em sentido jurídico,

é em si permitido tudo aquilo que é permitido no estado de natureza (...); esse extenso direito é também exercido faticamente, uma vez que se começa uma guerra, ao invés de mandar-se a polícia para executar uma ordem de prisão (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 35).

O legislador, por seu tempo, está construindo uma legislação abertamente denominada “de luta”, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de “delitos sexuais e outras infrações penais perigosas” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 35).

Idealiza-se combater aquele que de maneira duradoura não oferece ao Direito a garantia mínima necessária de ser tratado como pessoa, o crime expõe-se a partir de um fato que o legislador reputa nocivo para a conservação da sociedade, não havendo critérios fixos para a criação de normas, pois esta se encontra vinculada às necessidades sociais (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005).

As normas são parâmetros de interpretação e constituem as relações entre sujeitos. A morte humana é considerada um homicídio em virtude da norma, é, pois, esta a garantidora de que estes comportamentos não irão ser cometidos. Tal atribuição se dá no plano da comunicação/sentido e não no mundo natural. As normas vigem, inclusive, contrafaticamente, vale dizer, vigem mesmo contra a natureza (GRECO, 2005).

O Direito Penal do Inimigo constitui, destarte, um instrumento vinculador da pena imposta ao autor à sua subjetividade, não importando que este tenha cometido um delito, basta que o inimigo seja o que é, uma ameaça, para que ele se converta no objeto da sanção penal.

A pena no direito penal do autor mostra-se, não somente, como uma resposta ao dano individual realizado, mas também como uma resposta que deve conduzir-se por toda a vida do autor e estender-se os perigos futuros que se aguardam do mesmo (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005).

Em contraste, no Direito penal do cidadão, a pena tem a manifesta função de negação em relação ao indivíduo, enquanto que no Direito penal do inimigo há uma tarefa de eliminação do perigo, com o propósito de se manter uma expectativa normativa, mantendo o status de cidadão aqueles que não se desviam da norma.

Também uma sociedade que é consciente do risco pode determinar a pena segundo sua função aberta, vale dizer, para a confirmação da identidade normativa, e supor que com o tempo emanará prevenção suficiente. Que a sociedade atual, acostumada a debater quase diariamente sobre questões de segurança, disponha de uma capacidade de tolerância suficiente é algo certamente questionável. Além disso, tampouco seria correto deixar que a função latente transcorra sempre em segundo plano; em outras palavras, a

pena determinada conforme o Estado de direito é suficiente em alguns âmbitos (JAKOBS, 2003d, p. 53-54).

O panorama no qual o Direito Penal do Inimigo ganha corpo evidencia-se pela extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e pela restrição das garantias processuais do Estado de Direito, tal qual o caso da delinquência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade.

Em consonância com os entendimentos jakobianos, a globalização e as novas formas de criminalização não oferecem ao Estado Democrático outro aspecto de agir se não com o Direito Penal do Inimigo. Apoiando-se neste argumento o citado autor busca garantir a legitimidade da existência de dois Direitos: o do cidadão para as pessoas e o do Inimigo para as “não pessoas” (JAKOBS, 2003e).

O direito demonstra-se evidenciado pela relação entre pessoas, titulares de direitos e deveres, as quais pactuam, desta forma, a vivência em um Estado Democrático de Direito, entretanto “o delinqüente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005).

Aduz-se que o cidadão exterioriza-se como aquele que age com lealdade ao ordenamento jurídico e a vigência da norma existente, baseando-se em uma segurança cognitiva. Há uma função simbólica na norma, posto que esta soluciona o delito, operando onde ele se manifesta e não onde ele se produz, dizendo de outro modo, o Direito penal do inimigo mantém o equilíbrio social e a permanência da norma.

A resistência do ordenamento não se centraliza em um suprimento do dano e sim na manutenção da continuidade normativa, ambicionando extirpar um perigo, “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 35-36).

No que tange aos Direitos humanos, Jakobs profere a existência de uma distinção fundamental entre a sua instituição e a sua garantia, aduzindo que:

Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial <<comunitário-legal>>, deverá castigar os que vulneram os direitos humanos; porém isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito penal do inimigo (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 21).

O trato dispensado a um indivíduo que não consente a sua inserção em um Estado cidadão, sem oferecer uma segurança confiável de seu comportamento, não pode esperar ser zelado como pessoa, mais que isso, o Estado não deve tratá-lo como tal, já que do contrário, estar-se-ia vulnerando o ordenamento jurídico e a segurança das demais pessoas. À

vista disso “um indivíduo que não se admite obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005).

A Pena apresenta-se como coação, tendo a afirmação do autor um papel irrelevante. Além disso, “a sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante” (JAKOBS, 2003c, p. 13). Verifica-se, portanto, que a função da pena converte-se então em reforçar a validade da norma.

A pena deve ser entendida como marginalização do ato em seu significado lesivo para a norma e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada; a pena é confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilidade normativa que com a pena se alcança – desde que se pretenda -, pois esta é sempre a finalidade da pena (JAKOBS, 2003d, p. 51).

Questão não menos importante refere-se à regulação própria do direito penal do inimigo concernente à vigência de normas alusivas ao perigo de danos futuros. Neste plano, a pena vai além de sua função acima exposta, ela passa de um meio para a manutenção da vigência da norma para ser um meio de criação da vigência da norma (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005).

Na hipótese de perigo de danos futuros, as normas tomam “como ponto de referência as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, já realizado, se translada aqui ao caso do planejamento de qualquer delito” (JAKOBS, 2003a, p. 47), ou seja, a norma, sob a perspectiva de Jakobs, tem não só a função acautelar o ordenamento jurídico em si, vai além, objetiva eliminar a mera possibilidade de vulnerações ao ordenamento, daí a punição, uma intervenção e uma pena, a quem almeja realizar atos atentatórios à “segurança”, o autor está submetido ao Estado antes de seu ato.

Observa-se no Direito Penal do autor uma flexibilização das garantias socio-democráticas e uma ilimitação dos poderes estatais, deixando ao direito penal a figura de direito simbólico. Este direito abandona a função de coação jurídica e de controle social.

A vivência em um Estado que presta segurança às expectativas normativas das vítimas e neutraliza o autor através de uma imputação, punição, configura-se em um estado de certeza guiado pela vigência real do ordenamento jurídico. Particulariza-se, desta forma, como um estado em que está vigente o Direito Penal do Inimigo, o qual nas palavras de Jakobs resulta num estado em funcionamento (JAKOBS, 2003e).

O funcionalismo sistêmico elaborado por Günther Jakobs funda-se na fidelidade dos indivíduos ao ordenamento, qualificando-se como pessoa em direito, em outros termos, a

prevenção delitiva se dá na necessidade de que cada cidadão invoque valores éticos, os quais emanam de cada norma jurídico penal.

O Objetivo dos funcionalistas consiste em estabilizar a sociedade, seguindo o pressuposto que a individualidade subjetiva só se alcança com a sociabilidade, a identidade de liberdade está atrelada ao processo de funcionamento mediado pelo social, a subjetividade reverte-se em consequência da sociabilidade, o mundo objetivo depende dela (JAKOBS, 2003c).

Socializado é quem se converte em um sujeito privado, agindo com honestidade ao sistema normativo, este representa o objetivo da socialização. Não obstante, o direito funcional atua de forma hostil em relação ao sujeito que age de maneira incompatível com a socialidade e a subjetividade, daí a exclusão deste indivíduo que não cumpriu o pacto social de ser pessoa e de obedecer ao ordenamento válido, remanescendo a este uma coerção.

Define-se, de acordo com o funcionalismo, que a imposição de pena tem o caráter de reestabilizar a norma, pois, se a norma tem como função justamente a garantia e o asseguramento destas expectativas, a pena teria a função de garantir a norma e conseqüentemente, assegurar por via indireta, essa expectativa.

Os funcionalistas têm como principal expoente o, muito citado, Günther Jakobs, o autor destaca que o direito penal possui tantas funções que não se limita a proteger bens jurídicos, protege norma, pois o “discurso do bem jurídico é um discurso metafórico sobre a vigência da norma” (JAKOBS, 2003c, p. 27).

Günther Jakobs (2003c) projeta o seu funcionalismo normativista na direção de revigorar a norma por meio da coação penal, pela imposição de pena. Há uma dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal, um serve de referência ao outro, sendo a sociedade um meio de aprimorar o ordenamento enquanto que este serve de inspiração social.

Na concepção de Jakobs (2003c, p. 10) a sociedade se identifica através das normas e não por determinados bens, apresenta-se a partir da “construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto”, não se trata de uma constatação normativa, mas repita-se de uma construção.

O delito manifesta-se como uma expressão simbólica da ausência de estima ao ordenamento, ao passo que a coação representa a manifestação simbólica da superioridade do sistema jurídico, a pena resulta numa reação ante uma infração normativa.

Resultado de uma concepção funcionalista desmedida ou extrema, a ação, aparece na obra de Jakobs (2003a) como parte da teoria da imputação (conduta do agente/infração à

norma/culpabilidade), que, por sua vez, deriva da função da pena. Estabelece-se quem deve ser punido para a estabilidade normativa: o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e culpavelmente, mesmo porque se parte do pressuposto que o sistema funcione não importando a questão do justo.

O direito penal do inimigo sustenta-se no entendimento de que o direito penal possui como escopo primordial, a reafirmação da norma, buscando assim, fortalecer as expectativas dos seus destinatários (2003a), agindo de modo eficaz e mostrando-se como caminho único de se atingir a paz social.

3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

O Direito Penal e as outras ciências acompanham inexoravelmente as transformações que conduzem a sociedade, tendo o direito, muitas vezes, o papel de responder às questões que nascem decorrentes dessas mudanças sociais.

Diante desta realidade global surge a formação de um “direito penal de três velocidades”, particularizado pelas mudanças da sociedade moderna pós-industrial, como a globalização econômica-política e a integração supranacional que visa à universalização social.

A dicotomia enfrentada pelo direito encontra-se entre um direito penal mínimo e rígido e um direito penal amplo e flexível. Para explicar a coexistência entre estes direitos, Silva Sánchez, elaborou a entidade das “velocidades do Direito Penal”.

A primeira velocidade mostra-se simbolizada pelo Direito Penal “da prisão”, onde se acha presente uma posição garantista que preserva integralmente os princípios políticos-criminais clássicos, além de manter rigidamente as regras de imputação e os princípios processuais. Há nesta velocidade uma conservação dos ideais liberais, em compensação as sanções aplicadas são mais gravosas, ou seja, as penas infligidas são as privativas de liberdade (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

No tocante a segunda velocidade do Direito Penal, que não aborda a pena de prisão, aparenta-se voltada para casos de restrições de garantias, portanto, representa-se pela flexibilização das garantias clássicas do direito penal e processual, a maleabilidade dos princípios e regras resultam em uma menor intensidade de sanção, quais sejam, pena de privação de direitos ou pecuniárias (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Silva Sánchez, projetor das “velocidades” do Direito Penal, resume-as afirmando que:

Na medida em que a sanção seja a de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requereria que a conduta assim sancionada tivesse uma

significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; ao mesmo tempo, seria procedente – exatamente pelo que foi aludido – manter um claro sistema de imputação individual (pessoal). Mas, vejamos, na medida em que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal; e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal. A ausência de penas ‘corporais’ permitiria a flexibilizar o modelo de imputação (2002, p. 146-147).

Diante desta aceção de “velocidade” o Direito Penal converte-se na abdicação verdadeira à teoria do delito como teoria regular e geral do ilícito penal e de outra parte supõe uma suspensão das garantias, na medida em que se vincula à gravidade do delito e as conseqüências penais. Há uma mobilidade das garantias (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

De toda maneira o penalista Silva Sánchez (2002, p. 148) prescreve a existência de uma terceira velocidade do Direito Penal, acrescida as duas supra citadas velocidades, partindo do questionamento “se é possível admitir uma ‘terceira velocidade’ do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.

Em outros termos ao indagar-se a possibilidade de flexibilizar as garantias e, por conseguinte aplicar penas mais severas, Sánchez (2002) então constata que o chamado “Direito penal do inimigo” guarda relação direta com a terceira velocidade do Direito Penal.

O referido autor avança em suas conclusões e assevera que o Direito penal do inimigo, disseminado por Jakobs, “existe já, em ampla medida no direito penal socioeconômico” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p 148), identificado pelo alargamento da punibilidade e pela antecipação da atuação do direito a um instante anterior a produção do feito, tudo isso dirigido a algumas delinqüências decorrentes principalmente da sociedade moderna, tais como, a criminalidade econômica, o terrorismo, o crime organizado, o narcotráfico (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 35), dentre outros, que possuem como traço comum a habitualidade, a “profissionalização”, a estruturação e a reincidência.

Compactuando o entendimento primário de Jakobs, Sánchez (2002) advoga que frente à dureza do direito penal do inimigo, a terceira velocidade somente pode ser empregada em situações extraordinárias e por tempo restrito. Por conseguinte, nas afirmações do autor ela não pode:

Manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de um “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação (2002, p. 150).

É imprescindível salientar que embora Sánchez (2002) tenha detectado a terceira velocidade do direito penal como sendo o Direito penal do inimigo, ele rechaça a sua

necessidade e eficácia, pelo motivo de haver uma “reação defensiva de fato perante sujeitos ‘excluídos’”, assim o direito pode ser utilizado para sancionar pessoas e não delitos, violando desta maneira os fundamentos do Estado de Direito.

Trata-se de um direito penal do autor no qual a pena esta visceralmente ligada à subjetividade do indivíduo, sendo suficiente que o objeto da sanção penal seja o referido autor. Este direito se funda em determinadas qualidades do autor, sendo este responsável em absoluto por todos os feitos, sendo inclusive sancionado para o resto de sua vida e pelos perigos que se esperam do mesmo. Neste diapasão aceitar um direito penal do autor representa a outorga de poderes ilimitados ao Estado, favorecendo-se assim uma concepção totalitária do mesmo, inclinada a perenizar e estabilizar este direito (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

4 A COMPLEIÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM DIVERSOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DO MUNDO

O Direito Penal do Inimigo se ilustra de múltiplos exemplos e, para melhor compreendê-lo, faz-se indispensável analisar a sua presença em diversos sistemas jurídicos. Permeia-se ao longo da história a existência de vários ordenamentos preconizadores da teoria do inimigo, entretanto nos ateremos a examinar as situações jurídicas surgidas no seio da expansiva sociedade do risco.

No decurso do século XX, os períodos marcados por grandes crises econômicas, política e social, os momentos de guerra, pós-guerra e de ditaduras, de um modo geral, servem-se de leis excepcionais derogadoras dos princípios norteadores do Estado de Direito e dos princípios liberais proclamados nos acordos e declarações internacionais acerca dos direitos humanos (MUÑOZ CONDE, 2005).

De certa maneira, o Direito Penal do Inimigo dá margem à legitimação dos excessos cometidos pelos sistemas autoritários, como similarmente aconteceu com os governos totalitários de Hitler, Mussolini, Franco e com as ditaduras militares na América Latina. Saliente-se que, apesar de ser uma teoria “nova”, suas ideias já eram presentes em inúmeros doutrinadores, obviamente com uma configuração diversa, como por exemplo, o Direito Penal do autor adotado por Mezger (MUÑOZ CONDE, 2005).

Operaram-se, então, grandes mudanças nos diversos sistemas jurídicos, intensificadas pela pressão através dos meios de comunicação e por meio da opinião pública, na intenção de lutar internacionalmente contra o terrorismo e o crime organizado. Isto se deu a partir dos graves atentados terroristas como os ocorridos em 11 de setembro, na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, no ano de 2001; em dezembro de 2003, na

cidade de Bali, na Indonésia; em 11 de março de 2004, na estação da cidade de Madri, na Espanha; e em julho de 2005, no metro de Londres, na Inglaterra.

Nos EUA, logo após os atentados terroristas às torres gêmeas de Nova Iorque e ao Pentágono, foram criados tribunais militares de exceção, denominados de "comissões militares" instituídos explicitamente para julgar os suspeitos de terem colaborado com os grupos Al-Qaeda e Talibã, autores dos atentados.

De acordo com o Pentágono, esses detidos qualificados como “combatentes inimigos” não usufruem os direitos consignados em acordos internacionais. Atualmente poucos até agora, foram formalmente acusados (DAWSON, 2015). Desse modo, a ocupação militar americana no Iraque e no Afeganistão representa, literalmente, os preceitos descritos por Jakobs.

O inimigo dos norte-americanos passa a ser simbolizado na figura dos fundamentalistas islâmicos. A reação bélica norte-americana, desencadeada pelo Patriotic Act, não obteve autorização do Conselho de Segurança da ONU e, mesmo sem ter demonstrado a existência de armas de destruição massiva, ou seja, havia apenas a suposição de um perigo, até a presente data não comprovada, serviu apenas de legitimação para a caça aos inimigos (MUÑOZ CONDE, 2005).

A legislação excepcional americana pós 11 de setembro foi aprovada pelo Congresso dos EUA, autorizando ao FBI a deter cidadãos estrangeiros suspeitos de terrorismo, a violar correspondências e outros dados íntimos, além de instituir um Tribunal Militar secreto que permite a tortura, inclusive de testemunhas, dispensando a intervenção judicial (MUÑOZ CONDE, 2005).

Mais uma vez, a presença do Direito Penal do Inimigo é marcante. Há dois direitos, um para os cidadãos americanos e outro para os inimigos. Esses têm sua esfera privada anulada e não possuem direitos, pois descumpriram o pacto social e, portanto, não devem ser tratadas como cidadãos.

Desde sua ativação em janeiro de 2002, a base militar de Guantánamo, localizado na baía cubana, abriga aproximadamente 500 detidos de 35 países (em sua maioria, os aprisionados são oriundos da Arábia Saudita, Afeganistão e Iêmen) que continuam presos sem acusação ou julgamento. Além de terem seus direitos internacionais negados, existem muitas “denúncias” de tortura e de maus tratos infligidos aos prisioneiros do campo (DAWSON, 2015).

Há uma apatia jurídica imposta aos presos acusados de terrorismo. Os detentos de Guantánamo, em geral, não têm acesso ao tribunal, a aconselhamento jurídico ou a visitas dos

seus familiares, permanecendo isolados e ociosos. Existem relatos de inúmeros suicídios, cometidos e tentados, na base naval de Guantánamo. As circunstâncias que envolvem o citado presídio mostram-no como o retrato vivo das violações aos Direitos Humanos (KURTZ, 2013).

Após alguns anos, o governo americano assumiu as torturas aplicadas aos presos suspeitos de terrorismo. No entanto, alegam que, ao realizarem tais procedimentos, apenas procuram extrair informações através de métodos de coerção sem que a vida do elemento corra risco. Esse aparato investigativo compõe-se de médicos, enfermeiros, psicólogos e militares) (LIPTON, 2014).

Como já exposto, os prisioneiros de Guantánamo por não serem protegidos pela Convenção de Genebra, porque são presos de guerra, adquirem a qualidade de “nada”, são “ninguém”. Termina-se, então, por se legitimar a coerção americana caracterizada pela ausência do devido processo legal, pela falta de respeito ao direito à intimidade e pela berrante violação aos direitos constitucionais.

Outro grande exemplo da presença do Direito Penal do Inimigo na esfera internacional encontra-se delineado na realidade colombiana, que, por definição é um Estado Democrático de Direito, mas que, entretanto, aderiu à ordem jurídica de emergência em meados da década de 80, ao estabelecer que o indivíduo que promova o estado de “zozobra” (significa, neste contexto, uma ameaça ao Estado vigente), ou de perturbação da ordem, terá uma pena rigorosa. Esse indivíduo é o inimigo a ser combatido (APONTE, 2006).

O mero perigo de ameaçar a ordem configura-se como um estado prévio à realização do delito. Essa criminalização representa uma desordem no conceito de *inter criminis*, deparando-se então com o inimigo do bem jurídico tutelado (APONTE, 2006).

Em 1988, cria-se na Colômbia um estatuto que durou até 1999 e é nominado de “estatuto antiterrorista”. Esse passa a influenciar decisivamente o Código Penal vigente na medida em que esse se expande e adere às normas de exceção, vagas e globalizantes.

Regido pelo estatuto, consolida-se naturalmente um regime especial chamado de “justiça sem rosto”, que se constitui num sistema no qual os juízes, os promotores, as testemunhas e até funcionários, que figurassem na lista dos protegidos, jamais seriam identificados, conseqüentemente também não podem ser responsabilizados por eventuais abusos de poder, do mesmo modo não se pode suscitar incidente de suspeição ou impedimento.

Alejandro Aponte afirma que o narcotráfico se consolidou na Colômbia, e que um dos meios utilizados para combatê-lo foi a extradição dos nacionais por atos judiciais, o que

acarretou o crescimento do terrorismo. Os juízes, então, passaram a ser os principais alvos. Nesse caso, foi criado o Estatuto para a Defesa da Justiça, um estatuto de “juízes sem rosto”, de “fiscais sem rosto” etc (APONTE, 2006. p. 26).

Questão de relevo assenta-se na inexistência de audiências pessoais que instruem o processo, deturpando o princípio jurídico do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. As normas de exceção na Colômbia consagraram-se, durante anos, fundamentadas mais em discursos e em propagandas do que efetivamente em seus efeitos reais. Prova disso foi a tomada do Palácio da Justiça por guerrilheiros, onde dezenas de pessoas foram mortas, dentre magistrados, civis e o Presidente da Suprema Corte (GAVIRIA, 2014).

Providência como o endurecimento de penas foi adotado pelo Estado colombiano. Sendo assim, crimes comuns como o de lesão corporal, por exemplo, quando praticados com “finalidades terroristas”, recebiam sanções mais severas (APONTE, 2006). Uma vez mais o inimigo é tratado como não cidadão, ultrapassando os limites do Estado “Democrático de Direito”.

Setores sociais, alheios ao fenômeno do crime organizado, acabaram sendo criminalizados devido à tipificação aberta e dúbia dos delitos de terrorismo. “Justiça sem rosto” tem sua equivalente no silêncio das vítimas e dos acusados “sem rostos” (APONTE, 2006, p. 40).

Igualmente à Colômbia, diversos países adotaram sistemas semelhantes ao “juízes sem rosto”, dentre eles: a Itália, a Espanha e, no Brasil, como em tantos outros, já se discute a aplicação dessa política (SOUZA, 2007), mesmo porque a Colômbia, tal como o Brasil, apresenta-se como uma sociedade periférica, que exhibe inúmeras desigualdades, mas que compartilha da globalização.

Emerge na Colômbia no ano de 2005 um novo Código de Processo Penal, ao mesmo tempo em que permanece a pressão política e social pelo efficientismo do Direito Penal do Inimigo. Entretanto, há um aprofundamento no debate garantista, principalmente no que tange aos direitos e garantias que afetam a liberdade, inclusive a de pensamento (APONTE, 2006).

5 A EXISTÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM SOCIEDADES PERIFÉRICAS COMO O BRASIL

A sociedade brasileira não se apresenta de maneira diferente em relação às demais sociedades do mundo. A globalização opera em todas as áreas e em todos os lugares. Desse modo, o Brasil também busca mecanismos para enfrentar os perigos societários.

Diversas sociedades periféricas se caracterizam pela relação: ausências de autonomia tecnológica e de elevado grau de liberdade econômica. O subdesenvolvimento apresenta-se, pois, através do desequilíbrio entre a assimilação dos avanços tecnológicos produzidos pelo capitalismo industrial e as inovações econômicas que incidem diretamente sobre o estilo de vida da sociedade (BOTELHO, 2010).

O processo de globalização não se desenvolve de forma homogênea em todas as sociedades. Apesar de diferentes formas de manifestação da globalização, o Brasil passa por esse processo sem perder seus traços de país subdesenvolvido. A universalização interliga e estreita relações, mas não torna os Estados iguais.

As condições sociais, econômicas, políticas e dos cidadãos de um Estado revela-se como uma construção cultural que com o advento de globalização passa a se comunicar com outros Estados, mas a individualização ainda permanece (SOUZA, 2007). É o que acontece em geral com as sociedades latino americanas.

Há um pavor geral da população, uma vez que a mídia estimula a veiculação de eventos sensacionalistas e a comunicação de massa apresenta apelos que terminam sendo aderidos pela comunidade em geral. Essa clama por mais criminalizações e pressiona para que sejam criadas mais leis. Resulta que o debate popular e a velocidade com que são elaboradas as leis terminam por consequência em efeitos não desejados, fato ocorrido, por exemplo, com a Lei de crimes hediondos.

Mesmo levando-se em conta que a teoria do Direito Penal do Inimigo não existia à época da ditadura militar no Brasil, essa se revela como um exemplo marcante da presença do Direito Penal do Inimigo. O Direito Penal Ditatorial Brasileiro se coadunam primorosamente com a teoria de Jakobs, exceto no que concerne à autonomia dos poderes.

O regime militar no Brasil, caracterizado pela submissão dos poderes Legislativo e Judicial ao Executivo, deu-se início em 1964, com o golpe militar. Fase brasileira marcada pela restrição de direitos e pela constante mutação legislativa de cunho excepcional em prol da segurança nacional.

Os “subversivos”, como eram denominados os partidários da esquerda política, representavam o inimigo da ordem vigente (ARANHA; MARTINS, 1998). Eram deportados, extraditados, torturados e mortos, já que representavam um perigo à segurança estatal, não podendo usufruir as condições dos cidadãos.

A Lei de Segurança Nacional autorizava as penas de banimento e tortura, além de permitir a pena de morte e a pena de prisão perpétua, essas abolidas apenas em 1978 com o advento da nova Lei de Segurança Nacional. Apesar de a nova Lei ter extinguido penas

cruéis, permaneciam tipificadas condutas que conduziam a interpretações elásticas e ambíguas, “além de serem nitidamente arbitrárias, eram marcadas por todo um conjunto de conceitos imprecisos e obscuros e, portanto, a maior possibilidade do enquadramento de qualquer ato tido por ilícito dentro dos cânones da Lei de Segurança Nacional” (MARCELINO; CAROCHA, 2016).

Ao longo do período ditatorial brasileiro, diversas medidas autoritárias foram adotadas, tais como o fechamento do Congresso Nacional, seguidas da cassação de mandatos e da censura da imprensa, fruto do Ato Institucional número cinco (AI-5) do Presidente da República Costa e Silva que vigorou até 1978.

Embora ainda não se tenha um levantamento histórico preciso, talvez este ano tenha sido o mais cruel tempo da tortura aos chamados presos políticos no Brasil. O jovem Teodomiro Romeiro em 1971 é condenado à morte por um Tribunal Militar, por ter assassinado um sargento da Aeronáutica. Mais tarde sua pena foi alterada para prisão perpétua (CINTRA, 2010).

A brutal ditadura previu, dentre inúmeras medidas, a suspensão de direitos e garantias constitucionais, incluindo a do habeas corpus e a adesão à prática de tortura, justificados na manutenção da segurança nacional. Havia ainda leis que definiam o crime de contrabando e transporte de terroristas e subversivos (VICENTINO; DORIGO, 1997).

O mais fulgente exemplo do Direito Penal do Inimigo na conjuntura jurídica brasileira acha-se no regime disciplinar diferenciado. Existe uma clara denotação da existência de “dois” direitos penais, um direcionado para os cidadãos e outro dirigido aos inimigos, esses são os ameaçadores da ordem, da segurança social vigente e os suspeitos de que participarem de quadrilha, bando ou organização criminosa.

Até mesmo o sistema de “juízes sem rosto” já foi cogitado no Brasil no ano de 2003 quando juízes foram mortos. O resultado dessa onda de insegurança foi justamente a aprovação da legislação de segurança instituidora de um rigoroso regime prisional, redutor de garantias e direitos fundamentais.

O apelidado RDD encontra-se inserido na Lei nº 7.210 de 1981. Desde 2003, permite-se, inclusive, que presos provisórios, nacionais ou não, sejam sujeitados às suas restrições, tais como a submissão a isolamentos de até 360 dias, ou mais. Incluindo o fato de que os advogados têm que marcar antecipadamente suas entrevistas com os detentos, grave afronta à ampla defesa e aos tratados internacionais (NUNES, 2005). Tal regime, em linhas gerais, submete os infratores a:

Isolamento com duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção (...); recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; e saída da cela,

diariamente, para banho de sol, por duas horas (BRASIL, Lei nº 10.792 de 2003).

A expansão normativa do Direito, ao tempo em que estimula a criação de tipos abertos, também permite a geração de incerteza nos tipos penais que até então eram vistos como fechados.

Apoiada pela falta de atuação estatal em outras áreas sociais, como na saúde, educação, moradia, dentre outros, abre-se espaço para que a população insatisfeita concorde com o novo direito emergente.

Günther Jakobs estrutura o Direito Penal do Inimigo partindo da premissa de que aquele que reiteradamente viola regras de condutas tuteladas penalmente está “rescindindo” unilateralmente o seu contrato com o Estado. Assim, passa a ser um não-cidadão, a quem o Estado deixa de ter obrigações. É, para o Estado, cidadão todo aquele indivíduo que não se desvia de regras básicas de condutas sociais. Para Jakobs o Direito Penal do Inimigo busca a eliminação de um perigo real e iminente.

Aplica-se aos detentos brasileiros nuances do Direito Penal elaborado por Jakobs. Eles são os inimigos da sociedade e não são punidos por fatos concretos, mas pelo perigo em potencial que evidenciam. Logo, são “cidadãos” que agem à margem da sociedade. Acrescente-se que pode ser apontada como exemplo brasileiro da presença do Direito Penal do Inimigo a criação, por meio da Lei do Estado de Alagoas 6.806, de 22 de março de 2007, a 17ª Vara Criminal da Capital - Maceió, competente pra processar e julgar os delitos relacionados às organizações criminosas.

O objetivo existente na criação de varas especializadas consiste numa tentativa do Estado de proporcionar maior efetividade ao direito ante a criminalidade organizada. Se as organizações criminosas possuem “armas” potentes em suas atividades, por seu turno, o Estado busca se “armar” de forma equânime. A controvérsia existente em torno da 17ª Vara Criminal supera a possibilidade dela retratar ou não a existência de um Direito Penal do Inimigo. Desde a sua criação vem se contestando a sua constitucionalidade, para tanto foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Vale ressaltar que recentemente, em 06 de abril de 2010, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou a resolução de nº 104, que prevê medidas administrativas para a segurança e a criação de Fundo Nacional de Segurança. O CNJ fundamentou a edição da referida resolução nos problemas decorrentes da sociedade de risco e na necessidade de tratar de forma especial a “nova”, aplicando para tanto um Direito Penal de terceira velocidade, posto que:

[...] Judiciário brasileiro sofreu profunda modificação nos últimos tempos, sendo cada vez mais comuns os crimes de base organizativa apurados nos processos criminais, compreendendo corrupção sistêmica nas esferas municipal, estadual e federal, tráfico internacional de drogas, armas e pessoas e a impressionante rede de lavagem de dinheiro, com ampla ramificação em territórios estrangeiros.

Antes mesmo da mencionada resolução o Conselho Nacional de Justiça já havia publicado a recomendação nº 03, datada de 30 de maio de 2006, aconselhando a criação de varas especializadas no processamento e julgamento da criminalidade organizada, nos moldes da 17ª Vara Criminal de Maceió, como: vários juízes atuando; movimentação de pessoal; inquéritos e procedimentos protegidos pelo sigilo, contraditório e ampla defesa; ações penais não redistribuídas, dentre outras.

Os mecanismos utilizados pela criminalidade organizada não possuem limites, entretanto, o Estado possui freios e para que seja mais efetivo faz-se necessário o incremento da atuação estatal. Desse modo:

O Juízo da 17ª Vara Criminal é coletivo,[...] para dinamizar o trabalho da Unidade, uma vez que os processos são mais complexos e o número de acusados é acima da média. É claro que, para além, resta à preocupação com a segurança dos magistrados, afinal, todos nós conhecemos os tentáculos e a ousadia da chamada criminalidade dos poderosos (LIMA, 2015).

Conforme a tendência mundial, o Direito Penal brasileiro tende a introduzir novos tipos penais, agravar os já existentes, ampliar os espaços dos riscos jurídicos penalmente relevantes, além de incrementar os novos tipos penais, produto das novas formas de delinquência. O mundo se mostra globalizado e o direito não deve se apresentar de forma alheia às mudanças da sociedade de risco (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO

O Estado de Direito tem sua origem na Europa do século XVIII, nascendo com o intuito de subordinar o poder político às regras do Direito. Assim, a administração política identifica no Direito os limites para a atuação do Estado, em respeito aos Direitos reservados aos cidadãos. Ao longo das formações do Estado Contemporâneo acresceu-se ao Estado de Direito diversas qualificadoras, tais como Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito (SBARDELOTTO, 2001).

Esta última fase do Estado, emerge na segunda metade do século XX, no pós-Segunda Guerra Mundial, marcada pelo surgimento de novos problemas sociais, tais como danos ambientais, organizações criminosas, dentre outros.

O fato de o Estado e de as Constituições atuais não serem mais eminentemente liberais, ou seja, o fato de ter sido reconhecido o dever de o Estado intervir para garantir o gozo efetivo das garantias individuais, não significa que referidas garantias tenham desaparecido, ou que sua proteção tenha se desintensificado. Ao contrário, ao proporcionar meios materiais

para que o indivíduo usufrua de tais garantias, o Estado está fortalecendo-as, havendo, pois, absoluta consonância entre as garantias individuais e sociais (COPETTI, 2000, p. 56).

Ao modelo de Estado Liberal, baseado no individualismo patrimonialista e nos preceitos de não-intervenção estatal nas relações privadas, acresceu-se um caráter social, que outorgou ao Estado o papel de promovedor do bem-estar social, idéia propulsora do *Welfare State* neocapitalista (COPETTI, 2000).

Se nos totalitarismos o Estado é tudo, no Liberalismo representa quase nada, enquanto que na democracia o Estado e a sociedade se integram em uma mesma realidade, e existem em função da pessoa humana e da busca do bem comum.

No Estado Liberal de Direito, o foco de decisões centrava-se no Poder Legislativo, no sentido de garantir a juridicização dos direitos individuais e de liberdade preconizados naquele modelo estatal. No Estado Social de Direito, centralizam-se as expectativas no Poder Executivo, promovedor de ações concretas para a implementação do bem-estar social. Sob o ambiente do Estado Democrático de Direito, imperativo o deslocamento do foco de atenção para o Poder Judiciário, no sentido de serem depositadas todas as expectativas de implementação dos valores democráticos e da necessária transformação do *status quo* por meio do reconhecimento material dos direitos estabelecidos na Constituição e na legislação vigente, com vistas à implementação dos anseios sociais ainda presentes e não concretizados pelos modelos liberal e social já vividos (COPETTI, 2000, 43).

As estruturas sociais e a intervenção estatal não só não são compatíveis com um marco jurídico de garantias individuais, como, ao contrário, requerem a imposição de limites próprios do Estado de Direito à atividade positiva de ingerência estatal (PASCHOAL, 2003).

Neste passo, quando Jakobs insere em um Estado de Direito o conceito de inimigo, fora de uma situação de guerra, legitima um Estado absolutista, caracterizado por não tolerar limites, desconstituído desta forma, o Estado de Direito, que ao contrário, é pautado na limitação do poder estatal em prol dos cidadãos.

Portanto, é inconteste a incongruência entre Estado de Direito e Direito Penal do Inimigo, pois este limita aquele, na medida em que sempre haverá um juízo subjetivo quanto à restrição dos direitos do inimigo.

De todo modo e para concluir, o que se discute em doutrina penal é a admissibilidade do conceito de *inimigo* no direito penal (ou no direito em geral) do Estado de Direito, considerando como tal aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação de direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de *pena*, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplo (ZAFFARONI, 2007, p. 25).

No cenário vivido pela sociedade atual, uma nova concepção de cidadania sai do plano civil e político (primeira e segunda geração) para o campo social (terceira geração).

Esta terceira geração de direitos humanos inspira o reclame social à proteção de bens até então esquecidos, mas que, com o advento do desenvolvimento industrial e tecnológico, fez-se necessária a sua proteção (COPETTI, 2000).

No Brasil, o processo de democratização manifestou-se recentemente e a transição opera-se de forma lenta. Tanto na Constituição existe proteção a bens jurídicos penalmente relevantes, como nas cláusulas expressas infra-constitucionalmente que tutelam bens penais.

A Constituição Federal brasileira declara, expressamente, ser o Brasil um Estado Democrático de Direito defensor da ordem social e da liberdade individual. A busca de um Direito Penal mínimo é uma das características do Estado Social e democrático de Direito.

O fato de se exigir que a pena não só seja justa, mas, também e principalmente, necessária apresenta-se como pressuposto desse Estado Social e Democrático de Direito.

A tutela de bens jurídicos, pelo Direito Penal, distanciada dos postulados do Estado Democrático de Direito, sem inspiração em bases constitucionais, proporciona e acentua essa função simbólica do direito punitivo, proporcionando em nosso país a ilusória ilusão visão ao povo no sentido de que a *hemorragia* legislativo-penal é a solução para a criminalidade cada vez mais acentuada, quando a repressão necessária a condutas que, efetivamente, afrontam os valores constitucionais e impedem a implementação dos direitos inerentes ao Estado Democrático é tratada com as benesses do legislador, mantendo-se uma legislação penal protetiva de condutas desviantes altamente lesivas à sociedade, em detrimento da repressão acentuada dos delitos clássicos, que lesam interesses individuais-patrimoniais (SBARDELOTTO, 2001, p. 123).

A atuação do direito penal se justifica na medida em que as demais formas de proteção aos bens jurídicos em outros ramos se mostram ineficazes. Deste modo, apresenta-se o caráter fragmentário do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Tal fragmentariedade consiste em ser um dos corolários dos princípios da reserva legal e da intervenção mínima, limitando assim o poder incriminador. Daí a afirmação de que o Direito Penal emerja somente como *ultima ratio*, visando evitar excessos penais.

O Estado Democrático de Direito apresenta uma dimensão antropocêntrica, pelo fato de se fundar na dignidade da pessoa humana. Assevera Alberto Silva Franco (2005, p. 56) que “o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a viga mestra de todo arcabouço jurídico”.

De acordo com Bolzan de Moraes (2001), os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito podem ser assim resumidos: constitucionalidade, democracia, sistema de direitos fundamentais, justiça social, igualdade, divisão de poderes, legalidade, segurança e certeza jurídica.

Os direitos fundamentais correspondem ao núcleo de legitimidade substancial do Estado Democrático de Direito e estabelecem um pólo rígido

de justiça material independentemente dos ‘desejos’, livres ou manipulados. É que a idéia de democracia reduzida à expressão da vontade da maioria não satisfaz às expectativas nascidas com o processo de positivação, generalização, internacionalização e especificação dos direitos humanos, podendo, inclusive, demonstrar-se autoritária, devido à tendência de tornar universal determinada moral, excluindo os direitos das minorias. Definitivamente, o sentido de democracia não corresponde mais à legitimidade procedimental das decisões majoritária, pois estas não têm poder deliberativo absoluto (uma decisão pode ser majoritária e autoritária ao mesmo tempo (CARVALHO, 2003, p. 109).

Tais direitos fundamentais aparentam a forma jurídica positiva que os direitos naturais assumiram, são garantias enquanto direitos subjetivos constantes nas Constituições modernas. A democracia valoriza o indivíduo frente ao Estado e se manifesta em todas as esferas de relação Estado-indivíduo, revelando-se como a revalorização do homem (LOPES JR., 2005).

Os preceitos fundamentais expostos pelo Estado Democrático de Direito caracterizam-se por serem inalienáveis e indisponíveis. O mais importante é que os direitos fundamentais constitucionais são invioláveis tanto por parte do poder público como pelo privado (CARVALHO, 2003).

7 CONCLUSÕES

A sociedade de risco e o fenômeno da expansão punitiva exibem-se de forma universalizada, ganhando destaque nas discussões travadas pela ciência.

A ascensão do Direito Penal do Inimigo, fruto da atual sociedade atemorizada e insegura, ganha cada vez simpatizantes, principalmente os leigos, na medida em que propaga a criação de novas leis mais duras e excludentes.

Nota-se claramente a adesão majoritária da doutrina, tanto nacional como internacional, às correntes defensoras do direito penal mínimo, enquanto que a opinião pública mostra-se bem diversa, favoráveis ao direito penal de emergência.

A opinião pública termina por cativar os legisladores. Ocorre que a velocidade com que os acontecimentos surgem não é acompanhada pela respectiva produção legislativa, gerando deste modo a ineficácia das leis e a correspondente insatisfação social.

Entendendo-se que novas situações surgem a cada dia e que o direito penal pode sim ser de grande valia para a minimização dos conflitos, seja prevenindo ou reprimindo delitos, não há que se compactuar com a idéia de abolir o direito penal, nem tão pouco de extirpar da cidadania de indivíduo.

De outra ponta, os direitos preconizados na teoria do Direito penal do Inimigo de Jakobs, não se coadunam com o Estado de Direito Brasileiro, na medida em que fere

inúmeros princípios constitucionais e penais, além de não apresentar argumentos razoáveis para a restrição de direitos fundamentais e para exclusão de cidadãos.

Indiscutivelmente há um abismo existente entre a teoria e a prática, no que concerne aos direitos fundamentais. Entretanto, o Estado de Direito não pode se valer de seu poder para legitimar e efetivar um sistema desigual e viciado.

O Estado de Direito mostra incompatível com o Direito Penal do Inimigo, na medida em que aquele existe em prol da dignidade da pessoa humana e não em detrimento da punibilidade desmedida que busca somente um sujeito ativo a quem possa imputar suas insatisfações.

Não se apresenta razoável desprezar a realidade que emerge, o aprimoramento das novas formas de violações a bens juridicamente relevantes. Estes, por sua vez, demandam proteção estatal.

Há que se criminalizar quando necessário. No entanto, há também que se garantir a cidadania e todos os seus desdobramentos para que efetivamente se realize o Estado Democrático de Direito, promovedor da justiça social e garantidor da igualdade.

8 REFERENCIAIS

APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 12, n° 51, nov./dez., 2004.

_____. **Direito Penal do Inimigo e luta contra o terrorismo**. Uma visão crítica. In: Anais da palestra proferida no 12° Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM. Set. 2006. São Paulo: IBCRIM, 2006a.

_____. **Guerra y derecho penal de enemigo – Aproximación teórica de la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia**. Texto inédito enviado pelo autor via e-mail em 20 de setembro de 2006b.

_____. **Derecho penal y la lucha antiterrorista em Colômbia: ? uma historia fallida?** Texto enviado pelo autor via e-mail em 20 de setembro de 2006. Publicado na Revista Diálogo Político, Buenos Aires: Fundação Konrad-Adenauer, n° 03, 2005c.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. **Temas de Filosofia**. São Paulo: Moderna, 1998.

BOTELHO, André. **Ciência desenvolvimento e política: notas para um debate ainda atual**. Disponível em: <<http://paginas.terra.com.br/servicos/canilalfa/nusc/cd1.pdf>>. Acesso em 18 de dezembro de 2010 às 15:00.

CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CINTRA, Carlos Eduardo de Amorim. **História da educação no Brasil**. Disponível em: <<http://pedagogiaemfoco.pro.br/heb10.htm>>. Acesso em dia 15 de outubro de 2010 às 20:00.

COPEZZI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DAWSON, Jonnathan Guttemberg. **Guantanamo prison timeline**. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6241991.stm>>. Acesso em 22 de dezembro de 2015 às 10:35.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAVIRIA, Pablo. **República da Colômbia**. Disponível em: <<http://tierra.free-people.net/paises/pais-historia-de-colombia.php>>. Acesso em 12 de novembro de 2014 às 09:30.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 13, nº 56, p. 81-112. set./out., 2005.

JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Tradução André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003a.

_____. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes Barueri: Manole, 2003b.

_____. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes Barueri: Manole, 2003c.

_____. **Ciência do direito e Ciência do direito penal**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003d.

_____. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003e.

KURTZ, Howard. **Newsweek Apologizes**. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/>>. Acesso em 17 de novembro 2013 às 16:45.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Juiz Natural e a constitucionalidade da 17ª Vara Criminal**. Disponível em: <<http://blogdoalbertoalberto.blogspot.com/>>. Acesso em 27 de maio de 2015 às 20:50 horas.

LIPTON, Joshua. **US acknowledges torture at Guantanamo; in Iraq, Afghanistan – UN**. Disponível em: <<http://www.forbes.com/work/feeds/afx/2005/06/24/afx2110388>>. Acessado em 04 de janeiro de 2014 às 18:10.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MARCELINO, Douglas Attila e CAROCHA, Maika Lois. **Legislação de exceção**. Disponível em: <<http://www.gedm.ifcs.ufrj.br/upload/textos/3.pdf>>. Acesso em 15 de outubro de 2016 às 20:03.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el Derecho Penal do Inimigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005a.

_____. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005b.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 12, nº 47, p. 31-45 mar./abr., 2004.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo; MELIÁ, Manuel Cancio. **¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs**. Estudio Preliminar. In: La Pena Estatal: Significado y Finalidad. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. **História do Brasil.** São Paulo: Scipione, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.