

RENATA DE AZEVEDO E SILVA FERREIRA

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Distrito Federal como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito sob a orientação da MM. Juíza de Direito, Doutora Leila Cury.

Brasília

2013

Ao meu filho Gabriel: o melhor de mim, que me faz acreditar que ainda podemos mudar o mundo, pois a transformação começa em nós mesmos.

*Agradeço à minha orientadora,
Doutora Leila Cury, pelos anos de
intenso aprendizado, pela coerência
de sempre e o intocável
compromisso com a Justiça.*

“Nossa vida em sociedade só é possível mediante autolimitações dos indivíduos e dos entes coletivos, com concessões recíprocas nas mais diversas esferas do comportamento humano.” Miguel Reale

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – CONTEXTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO	10
1.1 Velhos conceitos travestidos e apresentados como novos	11
1.2 Funcionalismo sistêmico	15
1.3 Do Estado Democrático ao Estado Policial?	21
CAPÍTULO 2 DIREITO PENAL VS DIREITO PENAL DO INIMIGO	25
2.1 Conceitos	26
2.2 Características	26
2.3 Mecanismos de controle da criminalidade e funções da pena	26
CAPÍTULO 3 DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO INSPIRAÇÃO LEGISLATIVA	29
3.1 Regime disciplinar diferenciado	29
3.2 A lei do abate	31
3.3 O Direito Penal do Inimigo pelo mundo	33
CAPÍTULO 4 RISCOS DA ADOÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	37
4.1 Relativização de garantias e princípios constitucionais	38
4.2 Princípio da proporcionalidade	39
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito trouxe consigo Princípios basilares que, além de caracterizá-lo, representam garantias históricas aos cidadãos tanto em face de terceiros, quanto do próprio Estado. No entanto, surgem movimentos que questionam se tais garantias devem ser aplicadas a determinados indivíduos em conflito com a lei.

Em consequência, embora de certa forma camuflados, aumentam os adeptos do Estado Policial e da expansão punitivista. Nesse contexto, o presente estudo abordará, especificamente, aspectos relevantes do movimento denominado Direito Penal do Inimigo, preconizado por Günther Jakobs, partindo da análise de tal Corrente Criminológica em face do Estado Democrático de Direito, confrontando-a, especialmente, com os Princípios da Legalidade, Proporcionalidade e Dignidade da Pessoa Humana.

A partir do ano de 2003 Günther Jakobs e os adeptos do Direito Penal do Inimigo empenham-se para legitimar sua aplicação efetiva. Em contraposição, os Garantistas questionam, desde o início, a compatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito.

No entanto, ainda em meio às discussões acerca da possibilidade de seu reconhecimento, houve uma verdadeira contaminação, especialmente do Poder Legislativo, com o espírito da Corrente ainda em estágio embrionário, o que, naturalmente, demandaria maior nível de cognição do tema.

A importância do assunto decorre da necessidade de questionamento de suas hipóteses, em especial porque, em um primeiro momento, o Direito Penal do Inimigo parece ferir princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como o da legalidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, exigindo dos juristas a análise da possibilidade de adoção do paradigma criminológico do Direito Penal do Inimigo para fins de controle da criminalidade, mesmo em casos específicos, sem, contudo, transgredir princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Inclui-se, ainda, o questionamento acerca da aptidão do Direito Penal, nos moldes atuais, para o combate e prevenção de crimes econômicos, atos terroristas, ações do crime organizado e delitos sexuais, bem como se somente com a relativização de Princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o da Legalidade, Proporcionalidade e Dignidade da Pessoa Humana será possível dar uma resposta efetiva ao combate dos crimes mais graves.

É exatamente após os terríveis ataques terroristas aos Estados Unidos, no dia 11 de setembro de 2001, que Jakobs passa a defender, efetivamente, o Direito Penal do Inimigo, o que culminou na publicação do livro Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas, fazendo muitos adeptos pelo mundo.

Jakobs declara que os indivíduos que incorrem em determinados tipos legais e ainda os multirreincidentes não devem ser punidos nos termos do Direito Penal e Processual Penal, não lhes sendo aplicáveis, também, Garantias Constitucionais.

Assim, cria-se a distinção entre cidadãos e inimigos, partindo do pressuposto que aqueles que cometem determinados delitos graves atentam contra o próprio Estado Democrático, externando não terem aderido ao mesmo, motivo pelo qual não devem ser tratados segundo as Garantias inerentes a um Estado Constitucionalista.

Em princípio, Jakbos estabeleceu que os delitos a serem tratados sob a égide do Direito Penal do Inimigo seriam crimes econômicos, atos terroristas, crime organizado, crimes sexuais e **outras infrações penais perigosas**. No entanto, percebe-se um alto grau de discricionariedade na eleição de tais inimigos, o que, em cotejo com o Princípio da Legalidade parece demonstrar certa incompatibilidade.

Será analisada, também, a sugestão de Jakobs de neutralização do inimigo pela aplicação de medida de segurança como forma de **eliminação do perigo**, pois o inimigo não estaria apto a viver em sociedade, pois certamente voltará a delinqüir.

Partindo de um alerta do próprio Jakobs acerca dos riscos do entrelaçamento do Direito Penal do Inimigo com o Direito Penal, por se tratar de institutos totalmente distintos, serão expostos exemplos de legislações brasileiras com evidente inspiração no Direito Penal do Inimigo, como a alteração da Lei de Execuções Penais que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado e a lei do abate, para, enfim, concluir-se se é possível a coexistência, no Estado Democrático, de um Direito Penal de cunho garantista e um Direito Penal do Inimigo, sem abandonar a luta pela consolidação do Estado Democrático.

Para o desenvolvimento desta investigação, foi empregado o método dedutivo de abordagem e utilizada a pesquisa bibliográfica como técnica predominante, mediante consulta a livros, artigos de revistas especializadas e publicados na internet e jornais, documentos produzidos em eventos como seminários, simpósios e congêneres, além do necessário exame da legislação correlata.

Foi utilizado o sistema numérico completo de remissão de referências bibliográficas nas notas de rodapé, onde também foram feitas notas explicativas. O recurso gráfico itálico será utilizado para indicar os vocábulos estrangeiros. O negrito indicará os grifos do autor desta monografia, os títulos das obras consultadas e os entes publicadores dos artigos utilizados. A expressão 'op.cit' será utilizada para indicar obra citada na nota imediatamente anterior. Também serão utilizados os termos 'idem', para indicar 'mesmo autor' e 'ibidem', para indicar mesma obra.

Esta monografia se divide em quatro capítulos. O primeiro discorre sobre a contextualização histórico-filosófica do Direito Penal do Inimigo. O segundo traz os conceitos e características do Direito Penal e do Direito Penal do Inimigo, comparando seus mecanismos de controle da criminalidade e funções da pena. O terceiro apresenta novas legislações inspiradas no Direito Penal do Inimigo, discorrendo acerca dos critérios adotados para distinção entre cidadãos e inimigos. No quarto capítulos serão expostos os riscos acerca da adoção do Direito Penal do Inimigo e eventuais ofensas a garantias e princípios constitucionais.

Capítulo 1

CONTEXTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO

Em 1985, na Revista de Ciência Penal ZStW, n. 27, publicada na Alemanha, Günther Jakobs descreve, pela primeira vez, elementos para a formulação de um Direito Penal do Inimigo. No entanto, à época, não houve grandes repercussões acerca da temática.

No Brasil, por exemplo, os debates estavam voltados para a necessidade de rompimento com a Ditadura Militar e a efetiva implantação do Estado Democrático, o que, de um modo geral, era sentimento comum na maior parte da América Latina.

Anos mais tarde, mais especificamente após os terríveis ataques terroristas aos Estados Unidos da América, no dia 11 de setembro de 2001, Jakobs passa a defender, efetivamente, o Direito Penal do Inimigo, o que culminou na publicação do livro *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*¹.

Jakobs declara que os indivíduos que incorrem em determinados tipos legais e ainda os multirreincidentes não devem ser punidos nos termos do Direito Penal e Processual Penal, não lhes sendo aplicáveis, também, Garantias Constitucionais.

Assim, cria-se a distinção entre cidadãos e inimigos, partindo do pressuposto de que aqueles que cometem determinados delitos graves atentam contra o próprio Estado Democrático, externando não terem aderido ao mesmo, motivo pelo qual não devem ser tratados segundo as Garantias inerentes a um Estado Constitucionalista.

¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Em princípio, estabeleceu-se que os delitos a serem tratados sob a égide do Direito Penal do Inimigo seriam crimes econômicos, atos terroristas, crime organizado, crimes sexuais e **outras infrações penais perigosas**.

Ao contrário do que possa parecer, Jakobs não propõe a extinção ou a total possibilidade de relativização das Garantias Constitucionais no Direito Penal e Processual Penal, mas a **coexistência**, no Estado Democrático, de um Direito Penal orientado pelas garantias constitucionais e um Direito Penal do Inimigo.

Surgem, então, fortes ataques à nova corrente criminológica em especial porque o movimento parece ganhar força exatamente quando as Novas Democracias atravessam o momento da luta por sua consolidação, visto ainda serem freqüentes as violações a Direitos Humanos fundamentais e demais Garantias Constitucionais.

1.1 Novos conceitos travestidos e apresentados como novos

A história do direito penal mostra que as punições sempre dividiram os homens basicamente em dois grandes grupos, os transgressores e os não-transgressores, sendo que aos primeiros era conferido um tratamento punitivo que não considerava a condição de ser humano, até porque, o poder estatal era absoluto e não havia espaço para se questionar ou impor limitações ao poder punitivo. Em sua origem, a pena não passava de mero castigo, represália de caráter exclusivamente retributivo.

Nas comunidades primitivas a organização era baseada no vínculo de sangue, representado pela proteção recíproca daqueles que tinham a mesma descendência. Desse modo, a ofensa a um membro daquele grupo autorizava qualquer um de seus familiares a vingá-lo.

No caso da ofensa a membro do clã ser praticada por estrangeiro, toda a comunidade do território em que residia a vítima poderia vingá-la, e a vingança podia recair sobre toda a comunidade a que pertencia o agressor. E, ainda, se uma pessoa era ofendida por um membro de seu próprio clã, o ofensor era dele expulso e se submetia à ofensa de todos.

O desterro primitivo tinha nítido escopo de vingança que “de forma simbólica, tinha o poder de desfazer a ação do malfeitor, por meio de sua própria destruição ou banimento do grupo”². Como a vingança de sangue não estava vinculada a um poder central, gerava guerras infundáveis.

Assim, o tratamento dos delinqüentes como “inimigos”, associado à ideia de exclusão dos mesmos da sociedade não é algo novo. Ao longo da história da humanidade, várias foram as passagens onde isso ocorreu. A própria evolução da sanção penal, permite verificar que, muitas vezes, o criminoso foi tratado simplesmente como um **inimigo**.

Na teoria do pacto social da sofística grega do século V a.C., a consideração do criminoso como um inimigo já era uma realidade. Protágoras, apesar de negar qualquer caráter retributivo ao castigo e lhe atribuir somente finalidades dissuasórias e pedagógicas, em face daquele que uma vez castigado e orientado não obedecia, propunha sua expulsão da cidade ou sua morte como se fosse um incurável. Nessa hipótese, para Protágoras o castigo deveria se distanciar dos seus fins ordinários de dissuasão e educação, passando a cuidar da neutralização ou inocuização do delincente.

São Tomás de Aquino, tratando ocasionalmente da dignidade humana, sustentava que o homem não a possuía, enquanto ser eticamente livre, somente o homem virtuoso. O “pecador” não possuía essa dignidade e, portanto, poderia ser morto como um animal. A respeito da pena, foi ele quem atribuiu o seu caráter intimidatório. Sustentava que os sofrimentos a que eram submetidos os condenados reafirmavam o caráter absoluto do poder do soberano, transformando os infratores da lei em inimigos do sistema.

No absolutismo, a figura do monarca era sagrada, pois era considerado o delegado de uma autoridade divina³ O poder não admitia partilhas. Nas mãos

2 MARQUES, O. H. Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002. p. 2

³ Idem, *ibidem*, p. 44-47

dos monarcas absolutos, o suplício infligido aos criminosos não tinha por finalidade o restabelecimento da Justiça, mas a reafirmação do poder do soberano.

A pena, sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía nenhum conteúdo jurídico, nem qualquer objetivo de emenda do condenado. Sua aplicação tinha a função utilitária de intimidação da população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado. O criminoso, dessa forma, tornava-se inimigo do sistema estabelecido, razão pela qual contra ele deveriam recair as mais severas punições.

O conceito de inimigo também esteve presente no direito romano, que distinguia o *inimicus* do *hostis*. *Inimicus* era o termo utilizado para identificar o inimigo pessoal, e *hostis* o termo utilizado para identificar o inimigo político, em relação ao qual havia a possibilidade de se declarar guerra, como forma de

negação absoluta do outro ser ou realização extrema de hostilidade. Assim, o *hostis* carecia de direitos em termos absolutos, ele estava fora da sociedade.

A temática em torno da eleição dos inimigos também esteve presente nos discursos de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant.

Em sua obra *Do Contrato Social*, de 1762, Rousseau afirmou que o inimigo era todo aquele que atacava o direito social, o que cometia delitos, o rebelde e traidor da pátria. Para ele, ao violar as leis, o malfeitor deixava de ser membro da sociedade e contra ele se declarava guerra, pois a conservação do Estado seria incompatível a conservação do delinquente.

Nesse sentido, o processo e a sentença comprovavam o rompimento do contrato social, traduzindo-se na declaração de que aquele indivíduo deixou de ser membro do Estado, devendo, em consequência, ser exilado, como infrator do pacto, ou morto, como inimigo público, chegando a afirmar que “um inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral; é um homem, e manda o direito de guerra matar o vencido”.⁴

Já para Fichte, todo aquele que viola o contrato cidadão, seja por ato voluntário ou involuntário – este último denominado por ele de imprevisão -, perde todos os seus direitos como cidadão, como ser humano, passando ao estado de completa ausência de direitos, deslocando-se de um contrato social para um contrato de penitência.⁵

Por seu turno, Hobbes não retira do delinquente a qualidade de cidadão, por defender que este não poderia eliminar, por si mesmo, o seu status. No entanto, se o delito cometido fosse rebelião - alta traição, crime de lesa-pátria - tem-se como rescindida a sua submissão ao estado social. Assim, o

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat Moraes, p. 18-20

⁵ FICHTE, Johan Gottlieb. **O Direito Natural fundamentado no Princípio do Conhecimento**. *Apud* JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 26

delinquente de lesa-pátria recai no estado de natureza e, desse modo, não deve ser castigado como pessoa, mas como inimigo.⁶

Kant coloca a questão na passagem do estado de natureza ao estado legal. Para ele, o estado de natureza seria o estado de guerra, a paz só seria possível por intermédio do estado legal.

No estado de natureza, ainda que não houvesse uma hostilidade declarada, haveria uma ameaça constante, que colocava em risco a segurança coletiva. Assim, ao ingressar no estado civil-legal, o homem fornece aos demais a garantia de não hostilizá-los. “A instauração de um estado legal que deve afastar o estado de guerra característico do estado de natureza, proporciona garantia de paz, porquanto os indivíduos oferecem segurança uns aos outros”.⁷

Dessa forma, para Kant, um homem poderia considerar o outro seu inimigo por não participar do estado legal comum, o que o tornaria uma ameaça perpétua. Assim, toda pessoa estaria autorizada a obrigar qualquer outra a entrar consigo em uma constituição cidadã.

Portanto, o discurso que equivocadamente se atribui inovador, não tem muito de novo. Um breve retorno aos filósofos do contrato social indica que a preocupação com o tratamento dispensado aos que violam o ordenamento jurídico, as regras de convívio social, não pertence à era moderna, remontando à antiguidade clássica e com um mínimo de esforço provável que se chegue mesmo à pré-história.

Como afirma Zaffaroni “a inovação de emergências justificadoras de Estados de exceção não é de modo algum recente. Se nos limitarmos à etapa

⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. *Apud* Idem, *ibidem*, p. 27

⁷ KANT, Immanuel *apud* GRACIA MARTÍN, L. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução: Luiz Régis Prado e Érika Mendes Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

posterior à Segunda Guerra Mundial, constataremos que há mais de três décadas essas leis vêm sendo sancionadas na Europa – tornando-se ordinárias e convertendo-se na exceção perpétua -, tendo sido amplamente superadas pela legislação de segurança latino-americana”.⁸

1.2 Funcionalismo sistêmico

O que o funcionalismo agregou como novidade na teoria do tipo penal foi a imputação objetiva, ou seja, a segunda dimensão normativa ou valorativa do tipo penal. Em outras palavras, não basta para a adequação típica que o agente cause a morte de alguém, como no causalismo de Von Liszt-Beling, ou mesmo que o agente cause dolosamente ou culposamente a morte de alguém, como no finalismo de Welzel.

Para o funcionalismo, o tipo penal não conta só com as dimensões formal-objetiva e subjetiva, mas com três dimensões, quais sejam, formal-objetiva, normativa e subjetiva.

Já no funcionalismo sistêmico, tipicidade penal significa tipicidade formal-objetiva + tipicidade normativa, que é a imputação objetiva de uma conduta e a imputação objetiva do resultado + tipicidade subjetiva, nos crimes dolosos.

O que se observa é que o tipo penal passou a fazer parte da imputação objetiva, que se expressa numa dupla exigência:

1- só é penalmente imputável a conduta que cria ou incrementa **um risco** proibido ou juridicamente desaprovado.

2- só é imputável ao agente o **resultado que decorra diretamente desse risco**, desde que ele não esteja dentro do que se chama risco permitido – exemplificando, aquele que vende uma faca, desconhecendo que será

⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007, p. 14

utilizada para a prática de homicídio, não pratica fato típico nenhum porque sua conduta é criadora de risco permitido, pois o ato carece de tipicidade normativa.

Para Jakobs o Direito Penal, enquanto subsistema do sistema social, tem a função primordial de proteger a norma e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais. Foi na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann que Günther Jakobs pautou-se para desenvolver sua própria concepção de imputação objetiva. Partindo dessa premissa, Jakobs utiliza o princípio da confiança no direito penal, o que lhe permite formar o alicerce para o desenvolvimento do chamado direito penal do inimigo.

Luhmann trabalha com a ideia de risco e com os fundamentos do sistema punitivo. Sua teoria tem como ponto inicial o questionamento da sociedade. Como é possível a ordem social? O que pode norteá-la? O que pode contribuir com a ordem social?

Partindo de um sistema binário, que divide o que é legal do que é ilegal, Luhmann define o Direito como um sistema que incide sobre um âmbito determinado, reduzindo complexidades mediante este registro binário, que porta os sentidos do que é legal ou ilegal. O conteúdo desses conceitos, porém, não é algo que seja imposto ao Direito por outros sistemas, como a sociedade ou a economia, mas sim um produto de sua própria função redutora de complexidades, em razão da qual se destaca o sistema jurídico frente a outros sistemas ou subsistemas, o sistema jurídico sustenta-se por si próprio, é um fim em si mesmo.⁹

A teoria luhmanniana é concebida dentro de um sistema aberto. Nenhum indivíduo pertence completamente a um sistema. Cada sistema considera os indivíduos sob determinada perspectiva, ou seja, na dimensão de sua existência que corresponde às complexidades que os sistemas visam reduzir. Em uma sociedade que se estrutura sobre a base de relações entre sistemas,

e não de relações entre sujeitos individuais, o indivíduo não existe como tal, como sistema orgânico e psicológico, mas unicamente como centro de identificação de núcleo de expectativas.¹⁰

Luhmann desenvolve seu pensamento baseado na noção de resultado vinculado a um risco, que pode ou não ser permitido. O princípio da confiança está ligado diretamente ao princípio da autorresponsabilidade. Cada pessoa desenvolve um papel junto à sociedade e, é esse papel que vai fixar o grau de responsabilidade. Foi esse o caminho seguido por Jakobs, chegando mais tarde ao que se denominou Direito penal do inimigo.

No campo do direito penal, essas estruturas deram origem a três linhas distintas:

⁹ LUHMANN, Niklas apud ALBUQUERQUE, M.P. **Princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 53.

¹⁰ Idem. *Ibidem*, p. 55

1) funcionalismo mínimo (limitado): defendido por Winfried Hassemer – o direito penal justifica-se pela sua utilidade social, mas está vinculado ao Estado Social e Democrático de Direito, com todas as suas limitações como: exclusiva proteção de bens jurídicos, legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade etc.;

2) funcionalismo moderado – cujo maior expoente é Claus Roxin – necessidade de que a política criminal ingresse na dogmática penal;

3) funcionalismo extremado (radical ou sistêmico) – inspirado na Teoria dos Sistemas de Luhmann e sustentado por Günther Jakobs.

Baseado em categorias sociológicas e orientado por critérios de prevenção geral, Jakobs apresenta uma metodologia fortemente influenciada pelo instrumental da Teoria dos Sistemas de Luhmann. Duas características marcantes do pensamento de Luhmann são vistas facilmente na linha de defesa de Jakobs: o vínculo do sistema social com todas as formas de comunicação e a noção de bem jurídico penal.

No que diz respeito ao primeiro ponto, Jakobs sustenta que o direito penal se desenvolve na comunicação e não na consciência individual. Seus atores (autor, vítima e juiz) são pessoas e suas condições são estabelecidas por um sentimento da sociedade e não por um sentimento individual. A condição fundamental para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é a personalização de sujeitos. O delito é uma “falha de comunicação” e a pena é a própria manutenção da identidade social.

Quanto ao bem jurídico penal, Jakobs retira qualquer substancialidade e qualquer dimensão axiológica de sua concepção. O bem jurídico penal equivale à natural necessidade de se proteger a firmeza das expectativas normativas. Para ele, a constituição da sociedade é feita por meio de normas (regras de configuração) e não por determinados estados e bens, ainda que estes possam ser deduzidos, reflexamente, por meio das normas.

No direito penal tradicional, o sujeito e destinatário de suas normas é o indivíduo com as suas ações próprias. Para o funcionalismo de Jakobs, o

importante é o sistema e suas comunicações com o meio que o circunda. Essa nova definição da função do direito penal permite o surgimento de uma nova teoria do crime, diversa da tradicional e que tem por escopo superar a análise categorial inspirada no finalismo.

Jakobs, diferentemente de Claus Roxin, abandona toda a concepção do finalismo e passa a trabalhar com a concepção de funcionalismo com base no risco permitido e no princípio da confiança. Parte de uma ideia de sistema aberto (desenvolvido por Luhmann) e, a partir daí, passa à análise do funcionalismo. Para Jakobs, o direito penal tem por função precípua assegurar a satisfação de expectativas generalizadas ou, em outras palavras, de **reforçar a confiança depositada socialmente na norma**.

Dentro desse contexto, o princípio da confiança apresenta uma configuração objetiva e despida de caracteres psicológicos, que se pauta não em fatos humanos processados na história, mas em considerações abstratas que se destinam a garantir a estabilidade de um sistema de enunciados da ciência penal.

Como observa Jakobs, é impossível uma sociedade onde não existam expectativas previsíveis, ou seja, na qual não haja certa confiança de que a generalidade dos indivíduos atuará de forma previsível. Jakobs traz inovações no campo do direito penal, ao adotar, como ponto de partida de sua construção, categorias não derivadas da configuração ético-psíquica do indivíduo, mas somente suas características funcionais, independentemente de processos causais, biológicos ou psicológicos.

A culpabilidade não está atrelada à subjetividade, não passando de mera questão normativa a identificação do responsável pelo resultado, e nesta esteira, o “princípio da confiança precisa de algum limite enquanto o destinatário da confiança seja responsável; a expectativa justificada de que o

outro atuará conforme sua responsabilidade não pode limitar-se ao lado fático, e sim somente ao lado normativo.”¹¹

A função do direito penal não é proteger os bens jurídicos ou tutelar valores éticos, mas sim a manutenção da confiança no sistema, isto é, a manutenção da vigência da norma como modelo de orientação do contrato social. A confiança no Direito é pressuposto inafastável da estabilidade do sistema social. Duas premissas sustentam o funcionalismo de Jakobs: 1) pode-se confiar nas normas vigentes; 2) pode-se confiar em que todos cumprirão com seus deveres e obrigações conforme o papel social de cada um.

Pessoa, segundo Jakobs, é todo aquele em quem, no plano abstrato, se pode confiar; dito de outra forma: é todo aquele que exerce um papel social e é socialmente reconhecido como tal. Aquele que não é digno de confiança dos demais, que não é tido como um igual, não se encaixa no conceito de pessoa.

Enfim, na visão de Jakobs, o sujeito não é mais o indivíduo de carne e osso que protagoniza uma relação causal com o mundo exterior, conforme sustentado pela teoria naturalista, ou o indivíduo que orienta sua conduta de acordo com sua própria subjetividade, nos termos do pensamento finalista. O sujeito é a pessoa como entidade sistêmica, portadora de papéis sociais, dignos de confiança e aptos a defraudarem o sistema. Assim, conclui-se que o princípio da confiança constitui o fundamento do conceito de pessoa nos ensinamentos de Jakobs.

1.3 Do Estado Democrático ao Estado Policial?

Existe um antagonismo entre o Estado de direito e o Estado policial. Enquanto o primeiro pretende resolver os conflitos sociais, concebendo suas agências como provedoras de soluções, mediante o respeito às regras estabelecidas, o Estado policial deseja suprimir conflitos e, portanto, suas agências são concebidas como realizadoras da vontade supressiva, agindo em respeito Às regras da vontade hegemônica.

¹¹ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução: André Luis Callegari.

A verdade é que, do ponto de vista do poder, seja ele político, econômico ou jurídico, vivemos uma ascensão irresistível. Existe um conflito, uma tensão constante entre o Estado de Direito e o Estado policial. À tensão entre essas duas tendências corresponde que os direitos nunca se realizem completamente. Como afirma Konrad Hesse, “a força normativa da constituição é dinâmica, e nunca ótima, de modo que o direito constitucional deve ter por objeto os esforços no sentido de sua realização”.¹²

O Estado policial é regido pelas decisões do governante. Nele, a mídia tem uma função legitimadora, através da qual manipula notícias, promovendo a publicidade do Estado. Noutra giro, o que o Estado democrático faz, é mostrar que entre a notícia-crime e a pena-notícia há o Devido Processo Legal.

No Estado policial, a mídia ignora o devido processo legal e, por intermédio de premissas manipuladas, reproduz o discurso da necessidade de

endurecimento da legislação penal e, muitas vezes, transforma os filtros dos excessos do poder punitivo nos alçozes do sistema, como quando se afirma, por exemplo, que “a polícia prende e o juiz solta”.

Ocorre, ainda, um processo de marginalização da advocacia, que é colocada no mesmo nível daqueles que defende, como se fosse coautor do crime pelo qual seu cliente é julgado. E, por outro lado, os abusos das forças policiais são institucionalizados, como prática procedimental necessária ao funcionamento do sistema, elegendo a truculência como unidade de medida da eficiência.

No Estado democrático, a função primordial do juiz é conter o poder punitivo. Ciente de que já recebe uma seleção, compete ao magistrado dar passagem ao poder punitivo que seja meridianamente constitucional, legal e racional, qualquer outro tem que ser contido.¹³

No Estado Democrático a legislação não autoriza a exposição de um investigado ou denunciado na mídia, em respeito ao Princípio da presunção de inocência, mas no Estado Policial essa exposição é necessária, pois personifica a imagem do **inimigo**, através da promoção de sua desqualificação jurídica.

Todas essas ações são dirigidas para sustentar a autonomia do sistema penal, com o fim de mascarar a motivação política das ações que visam o continuísmo no exercício do poder, típico do Estado policial.

Tudo isso demonstra que nas últimas décadas produziu-se notória transformação regressiva no campo da chamada política criminal ou, mais precisamente, da política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Nele, o tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano da discussão.

¹³ BATISTA, Nilo. **A ascensão irresistível do Estado policial**. Seminário da Associação de Juizes para a Democracia. 29 fev. 2008.

As características desse avanço contra o tradicional direito penal liberal ou de garantias consistiram na antecipação das barreiras de punição, alcançando inclusive atos preparatórios; aplicando penas unicamente como medida de contenção, sem guardar proporção com a lesão causada; na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal do autor.

Os movimentos sociais são conduzidos para o apego à cultura punitivista, muitas vezes deturpando o conteúdo histórico-sociológico dos direitos das minorias. É o que se verifica, por exemplo, com os movimentos feministas, com os movimentos gays e com os movimentos pela reforma fundiária, que pedem penas duras aos que o ofendem física, psicológica ou moralmente, como se a sua vida, integridade, preferência ou ideologia fosse mais valiosa que a de qualquer outro ser humano. Isso só demonstra que o clamor público, ainda mais quando manipulado, não pode ser adotado como critério de justiça.

Zaffaroni destaca que na doutrina jurídico-penal, a fragilização do direito penal de garantias operou-se através da imputação jurídica conforme critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; da construção do dolo sobre a base do simples conhecimento que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; da perda de conteúdo material do bem jurídico; do cancelamento da exigência de lesividade, como consequência da multiplicação de tipos de perigo muitas vezes sem perigo, os chamados crimes de perigo abstrato ou presumido; da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sobre o pretexto das chamadas leis penais em branco.

A verdade é que diante de tantas emergências, as constantes flexibilizações das garantias constitucionais em nome da preservação do funcionalismo sistêmico muitas vezes elege o endurecimento da legislação penal como o herói de última hora, como se, desacompanhado da

reestruturação dos demais ramos sociais, fosse suficiente e eficiente para conter o avanço da criminalidade, a reincidência e a impunidade.

Nesse sentido, o conceito de inimigo parece não ser compatível com um Estado de Direito, ou com os princípios do liberalismo político, em especial porque instaura-se um estado de guerra irregular e permanente, mas totalmente diferente do contexto bélico regulamentado pela Convenção de Genebra, aliás, o Direito Penal do Inimigo sequer faz menção à submeter-se a tal regramento.

A verdade é que o Estado de exceção está incorporado às Constituições democráticas com bastante cuidado e rigor e tem seus limites perfeitamente estabelecidos e seus controles também regulados e não devem ser confundidos com essa guerra irregular e permanente contra os inimigos. No caso do Brasil, o regramento está disciplinado nos artigos 136 a 141 da Constituição Federal.

Quando se obscurece o limite entre a guerra e o poder punitivo, introduzindo-se o inimigo em um momento em que não há guerra, ou há uma guerra limitada ou meia-guerra – seja lá o nome que se queira dar ou encobrir –, ampara-se o equívoco com o nome de direito penal, para ser utilizado em uma guerra que não conhece limites jurídicos. Os limites jurídicos se perdem porque essa guerra não permite distinguir combatentes e população civil.

Capítulo 2

DIREITO PENAL VS DIREITO PENAL DO INIMIGO

Para conceituar e estabelecer as diferenças entre o que tradicionalmente se denomina Direito Penal e o Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs, partimos da teoria das velocidades do Direito Penal apresentada pelo professor Jesús-Maria Silva Sánchez¹⁴, o qual revelou preocupação com a consolidação de um único Direito Penal Moderno, com o fim de evitar a modernização generalizada pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais e das regras de imputação das penas privativas de liberdade. Assim, divide o Direito Penal em três velocidades:

Direito Penal de primeira velocidade:

É o modelo de Direito Penal liberal-clássico, que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis;

Direito Penal de segunda velocidade:

Incorpora duas tendências, aparentemente antagônicas, a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão, como as penas restritivas de direito e as penas pecuniárias. No Brasil, começou a ser introduzido com a Reforma Penal de 1984 e se consolidou com a edição da Lei dos Juizados Especiais.

Direito Penal de terceira velocidade:

Refere-se a uma mescla entre o Direito Penal de primeira e de segunda velocidade, pois se utiliza da pena privativa de liberdade, mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais.

¹⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, série as ciências criminais do século XXI, v. 11, Tadução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2002, p. 148-151

2.1 Conceitos

O direito penal do inimigo ou direito penal de 3ª velocidade, preconizado por Günther Jakobs, trabalha sob uma ótica diferenciada em relação ao direito penal concebido na sua forma tradicional. Dentre as características inerentes ao direito penal do inimigo, destacam-se o discurso da necessidade de uma justiça criminal célere, a imposição de penas mais contundentes e severas para crimes graves, e, ainda, que em relação aos inimigos deve haver flexibilização de direitos e garantias individuais.

Jakobs parte de um funcionalismo extremado para formar sua concepção de imputação objetiva, desenvolvendo o princípio da confiança no direito penal. Com isso, constrói sua base científica para, posteriormente, ingressar no direito penal do inimigo.

2.2 Características

Jakobs afirma que quando se faz referência ao Direito Penal e ao Direito Penal do Inimigo não se está contrapondo duas esferas isoladas do Direito Penal, mas descrevendo dois polos de um só mundo, mostrando duas tendências de um só contexto jurídico, defendendo a possibilidade de sobreposição das duas tendências.

Para ele, o Direito é o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres. O inimigo seria alguém que optou por não aderir às regras da convivência social harmônica, não sendo destinatário de direitos e garantias individuais em razão de suas próprias escolhas.

Assim, a relação entre o inimigo e a sociedade não seria determinada pelo Direito, mas pela coação, razão pela qual considera o inimigo exclusivamente sob o ângulo da periculosidade, concluindo que todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar a coação, sendo a forma mais intensa de coação o Direito Penal.

Nesse contexto, os indivíduos multirreincidentes, os que praticam crimes econômicos, atos terroristas, crime organizado, crimes sexuais, e **outras infrações penais perigosas** optam por não integrar o Estado

Democrático. Desse modo, para manter a segurança frente a esses indivíduos, os cidadãos tem direito de exigir do Estado a adoção das medidas adequadas.

A medida de segurança recebe o *status* de instituição jurídica, punindo o inimigo não só pelo fato passado, dirigindo-se também ao futuro, no qual uma tendência para cometer delitos de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos para a generalidade, assim, o Direito Penal do Inimigo combate perigos.

Jakobs afirma que a coação ao inimigo não é ilimitada, na medida em que o Estado **não necessariamente** priva o inimigo de todos os direitos, pois ele pode permanecer na titularidade de direitos civis, como casar, reconhecer filhos, fazer testamento. Para ele, o Estado também não por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.

2.3 Mecanismos de controle da criminalidade e funções da pena

Atualmente a pena apresenta um caráter retributivo, intimidatório, mas, também, de reinserção social, afirmando-se que pena sem preocupação com reinserção social é mera vingança.

Noutro giro, o direito penal do inimigo não visa à reinserção social, uma vez que a resposta penal possui um caráter exclusivamente de contenção, a pena é uma coação, uma resposta ao fato, a eliminação do perigo, sendo apenas este o seu significado.

O crime é tratado como um ataque à vigência da norma e a pena significa que a afirmação do inimigo é irrelevante, pois a norma segue vigente, sem modificações, mantendo-se a configuração da sociedade. Em síntese, a função da pena é reafirmar a vigência da norma (funcionalismo sistêmico).

A verdade é que o direito penal do inimigo afirma é que nem sempre é possível reinserir um criminoso na sociedade, premissa que a moderna criminologia refuta.

Capítulo 3

DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO INSPIRAÇÃO LEGISLATIVA

O ordenamento jurídico brasileiro não ficou afastado das consequências em torno do chamado Direito Penal do Inimigo. A relativização das garantias materiais e processuais que marcam o direito penal de terceira velocidade inspira nossas produções legislativas.

Inobstante a legislação brasileira adotar, por muitas vezes, o discurso do terror, por meio da utilização de estratégias simbólicas e punitivas para a solução de conflitos absolutamente complexos, nos quais a intervenção penal normalmente piora o quadro fático, ainda não é possível afirmar que há uma legislação brasileira que tenha **claramente** adotado o parâmetro do Direito Penal do Inimigo.

3.1 Regime Disciplinar Diferenciado

A Lei 10.792/2003 que alterou a Lei de Execuções Penais e introduziu o regime disciplinar diferenciado aproxima-se muito do direito penal de terceira velocidade, pois praticamente elege um inimigo, subtraindo-lhe direitos e garantias em razão de sua periculosidade.

De acordo com a legislação em referência, o regime disciplinar diferenciado pode "abrigar o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando".

A manutenção de indivíduos por 360 ou 720 dias, ou até 1/6 da pena em condições de isolamento similar ao que adotava no sistema filadélfico, que adotava o isolamento e silêncio absolutos durante o cumprimento das penas, alterando os limites da coisa julgada, haja vista a sentença penal condenatória não ter instituído tal regime de cumprimento de pena, baseado exclusivamente no perigo representado pelo prisioneiro, traz clara inspiração da teoria de Jakobs.

Inobstante os protestos da academia, que critica o modelo em razão do patente e injustificável retrocesso ao modelo filadélfico, que trouxe consequências desastrosas como o alto número de suicídios entre os detentos, o Judiciário vem reconhecendo a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado.

O conteúdo da norma, além de conter um nítido simbolismo, transmite valor de castigo, intimidação, e não aparenta conteúdo jurídico real. Assim, sua missão parece ser o alívio do sentimento de insegurança e a reafirmação da vigência do sistema. O conteúdo político-criminal do regime disciplinar diferenciado é praticamente nulo. A verdade é que as inúmeras privações são o principal estímulo para que um grupo se organize.

Exemplo disso é a onda de atentados que tomou conta de Santa Catarina entre dezembro de 2012 e fevereiro de 2013, cujo ápice foi o conflito entre o poder instituído e o crime organizado, vitimando a população, pois houve inúmeros ataques em que ônibus de transporte coletivo foram incendiados, imposição de toque-de-recolher, cujo estopim, segundo noticiado, teria sido maus tratos e excesso de rigor em um dos estabelecimentos prisionais do estado.¹⁵

Paulo César Busato afirma que “assim, o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de

¹⁵ _____ <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/sc-como-comecou-a-onda-de-ataques-no-estado>, acesso em: 07/3/2013.

Direito penal de fato por um modelo de Direito penal de autor.”¹⁶ O regime disciplinar diferenciado prevê a possibilidade de cumprimento de pena mais severo mesmo a presos provisórios, ou seja, a preocupação é em impor ao inimigo uma punição severa, independente do devido processo legal.

Trata-se de uma legislação que apresenta termos vagos, que não define o que seria, por exemplo, um crime doloso capaz de ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, conferindo ao julgador e às autoridades administrativas alto grau de discricionariedade para a indicação do fato, para a eleição dos inimigos, violando, nada mais que o próprio Princípio da Legalidade.

Há indícios de que a intenção legislativa foi a de segregar pessoas, não por fatos cometidos, e sim por suas identidades, mantendo tipos legais abertos e imprecisos, abrindo caminho para a insegurança jurídica. Vale lembrar, ainda, que para as pessoas submetidas ao Regime Disciplinar Diferenciado não existe previsão da prática de nenhuma atividade laborativa, esportiva ou educativa, com a previsão legal de saída da cela apenas duas horas por dia para banho de sol, abandonando-se o caráter ressocializador da pena.

3.2 A lei do abate

No dia 03.06.09 pilotos da Força Aérea Brasileira dispararam tiros de advertência contra um monomotor que transportava 176 quilos de cocaína, em Rondônia, na região de fronteira do Brasil com a Bolívia. A ação só foi possível por causa da Lei do Abate, que entrou em vigor após ter sido regulamentada em 2004.

O Decreto 5.144/2004 regulamentou os 1º, 2º e 3º do artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

¹⁶ BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um Direito Penal do Inimigo**. Revista de Estudos Criminais (14). Porto Alegre: Notadez/ITEC, 2004, p.2

Parece haver pontos de convergência entre a legislação e o denominado Direito Penal de Terceira Velocidade, pois prevê a flexibilização da aplicação de garantias constitucionais, como a prevalência dos Direitos Humanos, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, os Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal, a vedação ao tratamento desumano ou degradante e a inviolabilidade do direito à vida, todos previstos na Constituição Federal.

Alice Bianchini leciona que "O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos configura a função básica do direito penal". O direito à vida é certamente o bem jurídico de maior importância. Ninguém pode ser privado dela arbitrariamente (de acordo com o art. 4º da CADH).

Paulo Queiroz, tratando do Decreto 5.144/2004 afirma que "a pena de morte, que sempre existiu entre nós informalmente, passou a contar com o apoio oficial explícito, tudo a revelar quão violento e antidemocrático pode ser o direito democrático".

Emília de Podestá lembra que a conduta de quem abate uma aeronave, matando seus ocupantes, subsume-se ao art. 121 do Código Penal, ressaltando que inexistente na situação em análise qualquer causa de exclusão da ilicitude, bem como que há patente violação ao princípio da proporcionalidade.

Há tempos, Roxin já afirmara que a eficácia de uma norma penal depende da sua utilidade para a proteção de bens jurídicos, de modo que a norma penal desproporcional é ineficaz, inválida, e a chamada lei do abate viola flagrantemente o Princípio da Proporcionalidade. Não existe nenhuma equivalência na ação de matar ocupantes de um avião suspeito de tráfico de drogas, em especial quando nenhum outro bem jurídico de igual relevância foi sequer ameaçado de lesão.

Zaffaroni afirma que é impossível limitar os direitos e garantias de todos os cidadãos em razão da existência de um inimigo, estranho ou *hostis* e destaca que tal orientação traz o risco de identificação errônea e, portanto, condenações e penas a inocentes. Isso sem contar a possibilidade de erros, ou ainda do uso político do instituto. Nesse sentido, não é demais lembrar que a

intervenção penal deve estar acompanhada de uma proteção significativamente eficaz, com custo suportável, sob pena de ser afastada.

3.3 O Direito Penal do Inimigo pelo mundo

Francisco Muñoz Conde acentua que algumas das reformas penais do Código Penal espanhol introduzidas em 2003, refletem claramente as características que, segundo Jakobs, correspondem a este tipo de Direito Penal de terceira velocidade:

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

Já nos Estados Unidos, ressalta Damásio Evangelista de Jesus,

¹⁷ CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da ‘Tolerancia Zero’ ao ‘Direito Penal do Inimigo’. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. Disponível em <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>. Acesso em: 25 jul.2009.

[...] redobram as medidas de segurança a partir de rígido controle dos espaços portuários. Ressurgiram os valores patrióticos, até então rebaixados pelo consumismo e pelo multiculturalismo. A militarização da vida americana tornou-se um fato. Intensificou-se o poderio do complexo industrial-militar. Os Estados Unidos, que já haviam rasgado tratados sobre mísseis assinados com a Rússia e negligenciado o Protocolo de Kyoto sobre o meio ambiente, recusaram o Tribunal Penal Internacional, ficando, então, livres para recriar o Projeto Guerra nas Estrelas, na forma de escudo antimísseis, reativando a corrida armamentista de alta sofisticação tecnológica”.¹⁸

Símbolos desta política criminal americana são evidentemente o Combatente Inimigo e o *Patriot Act*. O estatuto do combatente inimigo permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo indefinidamente e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar perante a Justiça Civil, sobretudo os de ter um advogado e receber visitas. Enquanto o *Patriot Act* corresponde a

¹⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal do Inimigo: Breves considerações**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 24 mar.2009

um abrangente pacote legislativo antiterror que viola, segundo entidades de defesa dos direitos civis, uma série de liberdades individuais, valendo destacar, a título ilustrativo, a permissão de monitoramento de registros de bibliotecas para saber quem empresta determinados tipos de livro.

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

O texto integral aborda mais de quinze estatutos, e, além de autorizar agentes federais a rastrear e interceptar comunicações de eventuais terroristas, traz as seguintes inovações: (a) torna mais rigorosas leis federais contra lavagem de dinheiro; (b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; (c) cria novos crimes federais; (d) aumenta a pena de outros crimes anteriormente tipificados; e (e) institui algumas mudanças de procedimento, principalmente para autores de crimes de terrorismo.¹⁹

Atualmente, nos Estados Unidos da América e no Reino Unido estão em vigor estatutos que autorizam os policiais a promoverem verdadeiras violações a direitos fundamentais, como por exemplo, execuções sumárias, principalmente quando houverem indícios que o sujeito possa vir a ser terrorista. Luiz Flávio Gomes relata:

¹⁹ VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro: Breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act.** J. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6037>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

A Inglaterra (que se meteu no centro da guerra contra o Afeganistão e o Iraque) não se comportou de forma diferente contra esse novo “inimigo”. Mas a principal medida de combate ao terror (lei que permite a detenção de estrangeiros por tempo indeterminado e sem julgamento) acaba de ser julgada inválida pela Corte máxima inglesa (Câmara dos Lordes). Não é difícil entender esse julgamento: a liberdade humana é um dos valores mais importantes. A prisão de qualquer pessoa, dessa forma, está cercada de inúmeras garantias, principalmente quando decretada antes da condenação final. Recorde-se que todo réu é presumido inocente, até que a condenação penal se torne firme e definitiva (até que transite em julgado). Ninguém, de outro lado, pode ser detido por tempo indeterminado. Todo réu tem direito de ser julgado em prazo razoável (sem demora injustificada). A Corte inglesa, ao invalidar a citada medida antiterror, nada mais fez que se ajustara a uma consolidada jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Há anos essa Corte, fundada na Convenção respectiva, não aceita qualquer tipo de abuso legislativo em matéria de prisão. Muito menos quando se trata de texto legal que, além de excessivo, é discriminatório (contra estrangeiros).²⁰

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

Como se vê, foram poucos os países da atualidade que não tiveram um colossal incremento da criminalidade. Esse incremento, já destacaram Gomes e Cervini²¹, vem gerando uma forte demanda por políticas criminais mais severas, com respostas estatais criminalizadoras e penalizadoras, onde inicialmente o foco era o tráfico de drogas, passando-se para os ditos crimes violentos e, atualmente, para os inimigos do crime organizado e do terrorismo.

²⁰ GOMES. Luiz Flávio. **Críticas à tese do Direito Penal do Inimigo**. Carta Maior. Disponível em: <http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=1294&coluna=opiniaio>>. Acesso em: 28 jun. 2009.

²¹ GOMES E CERVINI, *apud* MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

Capítulo 4

RISCOS DA ADOÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A concepção normativa de Jakobs encontra muita resistência. Uma das grandes críticas que se faz é que o direito penal do inimigo não faz distinção entre quem tem e quem não tem higidez mental.

O sistema de sanções penais fica completamente abalado, pois, ao inimigo se aplica medida de segurança e, também, àquele que não é inimigo, mas não tem higidez mental, aplica-se medida de segurança.

O direito penal do inimigo não visa à reinserção social, vez que a resposta penal possui um caráter exclusivamente retributivo. No entanto, Jakobs afirma que o Estado não poderia fechar a porta para um posterior acordo de paz com o inimigo. Mas a pergunta que se faz é, quando a pessoa taxada como inimigo perde essa concepção? Como deixar de ser inimigo?

É que do modo como Jakobs coloca, a condição de inimigo é um tanto quanto inafastável. Também, encontra rechaço enorme no momento em que prega a exclusão do indivíduo, como se ele deixasse de existir. Trata-se, portanto, de um direito penal de exclusão.

Outro ponto polêmico do Direito Penal do Inimigo é a possibilidade de flexibilização de direitos e garantias individuais e, ainda, o alto grau de discricionariedade na eleição dos inimigos.

Deve-se ter em mente que por pressupor uma mitigação ou até exclusão de certas garantias e princípios individuais, há uma clara mudança de relação entre o direito e a política. Lembrando que a figura do inimigo muda conforme a parte do mundo em que se verifica, a política, aproveitando-se do discurso de "guerra à criminalidade" ou "guerra ao terror" pode disseminar a ideia de que para quem busca a segurança social deve-se abdicar de certas liberdades individuais enquanto durar esse "estado de emergência".

4.1 Relativização de garantias e princípios constitucionais

O Direito Penal do Inimigo antecipa a tutela penal, admitindo a larga punição de atos preparatórios e a tipificação de crimes de mera conduta, levando em consideração, apenas, o indivíduo eleito como inimigo.

Roberto Lyra já advertira que em um futuro próximo a lei regularia a intervenção pré-delitual com minúcia e prudência, pois as condições da vida moderna, cada vez mais entrelaçadas nacional e internacionalmente, dariam aparência de honestas às crescentes intromissões policiais até no fundo da consciência do homem.²²

Ora, ao dissertar acerca das associações terroristas e organizações criminosas, JAKOBS afirmou que “na medida em que se insinue com essa pergunta que a persecução de fins antijurídicos não poderia ser uma questão privada, por ela se vir afetada não somente a formação de quadrilha, como também à concepção em seu conjunto. Toda preparação de um delito pode ser definida como uma conduta que é não-privada, mas então já não se tem nenhum motivo para se deter ante a incriminação de pensamentos. Por essa via, todo o direito penal se converte em um direito penal de inimigos”, imediatamente traduz a falta de limites e de critérios objetivos no combate aos inimigos.²³ A questão é que para o enfrentamento de alguns tipos delitivos modernos, como os crimes praticados via internet e os cometidos por associações criminosas, que trazem consigo uma maior complexidade para persecução e de comprovação, o Direito Penal não vem encontrado respostas eficientes.

²² LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 306-307

²³ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Trad. André Luis Callegari, colaboração: Lúcia Kalil, 2003, p. 114-115

Assim, a relativização das garantias penais e processuais penais vem se consumando como a fórmula quase mágica para o enfrentamento da criminalidade organizada e do terrorismo, bem como para equacionar problemas de funcionamento da Justiça, daí porque o Direito Penal do Inimigo, em pleno século XXI, vem encontrando terreno fértil para a tentativa de sua disseminação.

A verdade é que o Direito Penal atual vive uma crise de valores e, porque não dizer, de eficiência, onde nem mesmo os teóricos se entendem. Nesse sentido, é interessante citar o feito por Alexandre Moraes ao afirmar que “é necessário consignar que boa parte dos críticos deste Direito Penal e Processual de exceção (O Direito Penal do Inimigo) são aqueles que festejaram a adoção de um modelo de Política Criminal completamente divorciada dos princípios clássicos. Exemplo disso é a lei brasileira dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9099/95) que, a pretexto de afastar a incidência de pena de prisão para infrações de menor potencial ofensivo, flexibilizou a garantia do devido processo legal, permitindo a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direitos sem a produção da necessária prova e o exercício da ampla defesa”.²⁴

4.1.1 Princípio da proporcionalidade

Nas palavras de Alice Bianchini, “o princípio da proporcionalidade deriva da força normativa dos direitos fundamentais e, portanto, o legislador deve observá-lo na regulação das medidas limitativas de ditos direitos, restringindo-os unicamente quando as ingerências sejam idôneas, necessárias

²⁴ MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. **A terceira velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do Inimigo**. In: www.dominiopublico.gov.br, acesso em: 06/3/2013

e proporcionadas em relação a persecução de fins constitucionalmente legítimos.”²⁵

No Brasil, o termo **Princípio da Proporcionalidade** foi empregado, pela primeira vez, no ano de 1993, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, ao deferir medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense nº 10.248/93, que determinava a obrigatoriedade da presença do consumidor no momento da pesagem de botijões de gás. (entra como nota de rodapé, indicando o número do acórdão: ADI 855)

A doutrina e a jurisprudência costumam manter uma relação de fungibilidade entre proporcionalidade e razoabilidade, mas para alguns doutrinadores proporcionalidade e razoabilidade não se confundem, embora possuam vários pontos de interseção.²⁶ O fato é que de modo geral, esses conceitos estão presentes nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos, os quais atentam para a busca do equilíbrio entre preservação de direitos e garantias fundamentais e o exercício do poder punitivo.

O termo razoabilidade indica que toda intervenção aos direitos individuais deve ser pautada pela razão, conferindo-lhe uma ideia de adequação, equidade, idoneidade, lógica e, conseqüentemente, aceitação, traduzindo aquilo que é admissível. Sustenta-se, inclusive, que para o senso comum, o que é proporcional também é razoável, embora o inverso não seja necessariamente verdadeiro. Além disso, constata-se que, em muitas

²⁵ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as ciências criminais do século XXI, v. 7, 2002, p. 84

²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

aplicações, o termo razoabilidade faz referência aos princípios da necessidade e idoneidade, que são também subprincípios da proporcionalidade.²⁷

Humberto Ávila distingue razoabilidade e proporcionalidade afirmando que “a aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade”²⁸

Diz-se que o Princípio da Proporcionalidade apresenta tríplice dimensão. Assim, a limitação da liberdade, protegida constitucionalmente por um direito fundamental, deve ser adequada, necessária e proporcional à proteção do bem jurídico tutelado, partindo do pressuposto de que a liberdade é a regra, sua restrição, portanto, deve constituir exceção.

Robert Alexy afirma que proporcionalidade, necessidade e adequação são parcelas do princípio da proporcionalidade, onde necessidade implica dizer se, em certa situação, um princípio tem mais ou menos peso, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, que tornarão o valor por ele tutelado mais ou menos necessário; adequação significa dizer que um princípio deve ser aplicado a uma situação quando é adequado para ela; e para que haja proporcionalidade, em sentido estrito, os ganhos devem superar as perdas.²⁹ A proporcionalidade, em sentido estrito, deriva dos direitos fundamentais: trata-se genuinamente de ponderação. Assim, quanto mais diretamente a interferência do Estado afetar às formas elementares de manifestação da liberdade de

²⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁸ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p.158

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. P. 161

atuação dos indivíduos, com maior cuidado deverão ser sopesadas as razões que o justifiquem.

No âmbito do Direito Penal, o Princípio da Proporcionalidade determina que o indivíduo não pode sofrer intervenções estatais em sua liberdade desnecessárias ou excessivas, o limite da atuação estatal é apenas o indispensável para a proteção do interesse público.

Nesse contexto, o principal campo de atuação do Princípio em referência são os direitos fundamentais, os quais determinam constitucionalmente as restrições que podem ser impostas na esfera individual os cidadãos pelo Estado para a consecução dos seus fins.

No sistema penal, o Princípio da Proporcionalidade orienta a construção das normas penais incriminadoras elegendo as condutas penalmente relevantes e fundamentando a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades de delitos.

Ele traça os limites das atividades do legislador e do intérprete, demarcando a fronteira da legítima intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos. Vale ressaltar que a noção de que deve existir uma medida de proporcionalidade no estabelecimento dos delitos e das penas não é recente, uma vez que já constituiu, de forma significativa, o conteúdo da lei de talião.^{30 31}

O conceito de proporcionalidade enquanto princípio jurídico de índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, foi

³⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P, 40

³¹ Os primeiros indícios de consagração da Lei de talião foram encontrados no Código de Hamurabi por volta de 1700 a.C. no reino da Babilônia. Ao contrário do que muitos pensam talião não é um nome próprio, vem do latim *talionis* que significa como tal, idêntico. Neste sentido, a Lei consiste na justa reciprocidade do crime e da pena, sendo frequentemente simbolizada pela expressão “Olho por olho, dente por dente”. FERNANDES, Rafael. A lei de talião: conceito e origem . Acesso em: 07/3/2013

desenvolvido a partir dos impulsos das obras iluministas do século XVIII e, em seguida, pela doutrina do direito administrativo.

A origem iluminista é marcada pelas obras de Charles de Montesquieu e Cesare Beccaria. O livro *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, foi o primeiro trabalho que tratou especificamente da relação de necessária proporcionalidade entre crimes e penas.

No mesmo sentido, *Dos Delitos e das Penas*, de Beccaria, partiu da concepção estatal e laica do crime: todo delito constitui um atentado à soberania do Estado. Assim, a reação estatal ao crime traduz-se em defesa da soberania, ou da sociedade, uma espécie de defesa social.

Desse período, vale ressaltar, deve-se a codificação da proporcionalidade inclusive na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu art. 8º, versa a seguinte regra: “a lei não deve estabelecer outras penas que as estritas e necessárias”.

É preciso compreender que a opção por aplicar o Direito Penal do Inimigo diz respeito, basicamente, à escolha de determinada política criminal de enfrentamento da criminalidade. Assim, uma análise perfunctória da teoria de Jackobs indica um esforço no sentido de justificar um balanceamento excepcional e transitório de interesses, apto a permitir a relativização de garantias penais e processuais penais, muitas vezes deturpando o conteúdo jurídico do Princípio da Proporcionalidade.

Nesse sentido, a questão crucial seria estabelecer, no âmbito do Estado Democrático, até que ponto é possível ponderar interesses e relativizar a aplicação de princípios constitucionais para flexibilizar direitos e garantias fundamentais de determinados indivíduos, no caso os inimigos.

CONCLUSÃO

Zaffaroni define a proposta de Jakobs como tática de contenção, afirmando que sua aplicação, além de inviável, tem “efeitos paradoxais inevitáveis: é o remédio que mata o paciente”.³² É impossível ignorar que a atual situação mundial constitui um fator determinante do escândalo que parece atingir a discussão no campo penal e político-criminal.

Com efeito, pouco esforço se tem feito para minimizar a desconexão entre a doutrina penal e a teoria política. O contraste entre os dois ramos do conhecimento ainda é evidente, ainda mais quando o cenário mundial foi totalmente alterado, pois o poder se planetarizou e ameaça com uma ditadura global, que desrespeita não só a soberania, mas os direitos humanos. O direito à intimidade parece uma utopia, diante do potencial tecnológico de controle informático, que não encontra formas de limitação.

A mídia, como instituição legitimadora do Estado, está empenhada numa propaganda populista e vingativa sem precedentes. A verdade é que ela detém a seletividade do sistema nas mãos e um operador do sistema penal sensível à tentação da imagem vai aonde a mídia manda.

Vivemos um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são incapazes de promover reformas estruturais e os organismos internacionais perderam a força e estão desacreditados. Guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente econômicos e em meio a esse caos, fabricam-se inimigos e emergências – com os consequentes Estados de exceção – em série e em alta velocidade.

³² ZAFFARONI. E. Raúl. op. Cit. P. 167

Em um primeiro momento, o discurso do Direito Penal do Inimigo é envolvente, pois não exclui o inimigo de todos os seus direitos. No entanto, esta sempre será uma questão quantitativa e não qualitativa, pois na hora de determinar até que ponto se pode provocar a dor e causar mal ao inimigo, a resposta será sempre a mesma: na estrita medida da necessidade.

Será entendida por tal a necessidade de neutralizar um perigo e, por conseguinte, de prover segurança; porém, como a segurança absoluta não existe, quem avalia a oportunidade desta medida terá sempre a chance de invocar a necessidade de maior segurança.

A quantidade de mal dependerá das circunstâncias políticas que outorguem mais ou menos espaço ao soberano, que sempre, qualquer que seja o mal atribuído ao inimigo, agirá invocando a necessidade de salvar a própria Constituição e o próprio Estado de direito. Não é demais lembrar que quase todos os golpes de Estado latino-americanos invocaram a necessidade de defender a Constituição que eles mesmos violaram ou aniquilaram.

A admissão jurídica do conceito de inimigo no direito, fora de um contexto bélico, sempre foi lógica e historicamente o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, posto que se trata de uma questão de quantidade – não de qualidade – de poder. O poder do soberano fica aberto e incentivando um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa: é como se ele fosse portador de um cheque em branco.

O caminho para a redução do cidadão à escassez de direitos será percorrido mais rapidamente onde o contexto do Estado de direito precedente for mais frágil e vice-versa. Uma mesma lei pode representar uma gravíssima lesão aos direitos humanos fundamentais em um contexto constitucional frágil. Daí a importância de preservar o princípio do Estado de direito e de tomar todos os cuidados para não introduzir confusões que legitimem a neutralização de sua função orientadora. É justamente onde os Estados de direito apresentam mais defeitos reais ou históricos que mais se precisa cuidar da inviolabilidade do modelo ideal que deve orientar seu aperfeiçoamento.

REFERÊNCIAS

ALFARO, Luis Miguel Revna. Derecho Penal, Ética y Fidelidad al Derecho: Estudio Sobre las Relaciones entre Derecho y Moral en el Funcionalismo Sistemico de Günther Jakobs. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, n. 45, 2003.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito Penal Simbólico e Finalidade da Pena. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, ano. 14, n. 171, p. 6-7, fev./2007.

APONTE, Alejandro. Derecho Penal del Enemigo vs Derecho Penal del Ciudadano: Günther Jakobs y los Avatares de um Derecho Penal de la Amistad. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, n. 51, 2004.

_____. Direito Penal do Inimigo e Luta Contra o Terrorismo: Uma Visão Crítica. In: Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 12., 2006, São Paulo, SP. 1 DVD.

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

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: **A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf> . Acesso em: 31 mai. 2007, 20:30.

BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pág/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2007, 23:12.

_____. **A ascensão irresistível do Estado policial**. Seminário da Associação de Juízes para a Democracia. 29 fev. 2008.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. **As ciências criminais do século XXI**, v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Malheiros, 1997.

BRASIL. **Código Penal, Processo Penal e Constituição Brasileira**. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos SantosWindt e Lívia Céspedes. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira**. São Paulo, SP: Quartes Latin do Brasil, 2006, p. 714-743.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do Direito Penal Liberal ao Direito Penal do Inimigo. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, SP, ano. 1, p. 9-37, jul./dez. 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Muñoz Conde e do Direito Penal do Inimigo. **Boletim do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, ano. IV, n. 64, p. 8-9, dez./jul. 2005.

_____; BIANCHINI, Alice. Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal. **Revista Ultima Ratio**, Rio de Janeiro, RJ, ano. 1, n. 0, p. 329-356, 2006.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Fernando Antônio. Projeto de Lei n. 282/2003, do Senado Federal: Um Novo Atentado ao Direito de Defesa. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, ano. 14, n. 169, p. 18/19, dez./2006.

LIMA, Flávio Augusto. Fontes de Direito Penal do Inimigo: Direito Penal do Século XXI?. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 11, n. 24, p. 129-152, jul./dez. 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen Júris, 2006.

MOTA, Guilherme Gustavo Vasques. **A Influência do Discurso Criminal da Mídia no Sistema Penal e Decorrentes Violações ao Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_racion_democ_guilherme_v_mota.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2007, 23:18.

NAHUM, Marco Antônio R. O Retorno dos Conceitos de Periculosidade e de Inocuidade, como “Defesa” da Sociedade Globalizada. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, ano. 13, n. 161, p. 14-15, abr./2006.

OLIVA, Tamar. Institutos Penais de Base Católica sob a Ótica de um Direito Penal do Fato. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, ano. 14, n. 168, p. 11, nov/2006.

PALMA, Márcio Gestteira. Os Tribunais da Mídia. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, ano. 13, n. 158, p. 10-11, jan./2007.

PASTANA, Débora Regina. Cultura do Medo: Reflexões Sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, n. 47, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Funções do Direito Penal: Legitimação Versus Deslegitimação do Sistema Penal. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

QUIRINO, Mateus Castriani. O Mesmo Discurso de Sempre. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, ano. 15, n. 174, p. 16, maio/2007.

SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo, SP: Quartes Latin do Brasil, 2006, p. 114-153.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade de Risco. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, n. 46, 2004.

TAFFARELLO, Rogério F. Saddam: Julgamento, Pena de Morte e Valores Ocidentais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, ano. 14, n. 171, p. 2-3, fev./2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2007.

_____. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1991.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. vol. 1, 6. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006.

Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal

RENATA DE AZEVEDO E SILVA FERREIRA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Brasília/DF

2013

RENATA DE AZEVEDO E SILVA FERREIRA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Brasília/DF

2013