

Ano IV Nº 2
2012

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO CEARÁ



O DIREITO PENAL DO INIMIGO APLICADO A UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Breno Timbó Magalhães Bizarria*

RESUMO

A pesquisa sobre o tema “O Direito Penal do Inimigo” é de fundamental importância pela emergente ventilação do tema nos dias atuais, ocasionada pelo clamor público por maior efetividade e repressão à criminalidade. O que se pretende com este trabalho é comprovar, diante dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito e entendimentos doutrinários, a ineficácia da utilização de uma maior repressão penal, e a não aceitação do tratamento de uma pessoa humana como um mero objeto de coação. Cumpre, então, verificar a pertinência do tema abordado e observar as inovações propostas por este instituto, considerando a sua repercussão social e a necessidade de sua aplicação, conforme o exige a dinâmica social.

Palavras-chave: Repressão Penal. Efetividade. Estado Democrático de Direito. Direito Penal do Inimigo.

1 INTRODUÇÃO

A população, cansada com o alto índice de violência e impunidade, acaba clamando pela aprovação de meios cruéis e ilegais no trato com os transgressores das leis penais, transferindo ao Estado a liberalidade de agir de forma ilimitada, e é nessa tendência que a teoria do Direito Penal do Inimigo, ganha mais adeptos, ao combater a criminalidade de forma excepcional, em detrimento dos direitos fundamentais.

* Doutorado em Direito Penal na Universidade de Buenos Aires (UBA) – cursando, Especialização em Direito Processual Penal pela Escola Superior de Magistratura (ESMEC) Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Assessor Jurídico Especial da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará
Procurador da Justiça Desportiva (STJD de futsal)
Professor do Instituto Brasileiro de Inclusão Social (IBIS)
Email: brenotmb@hotmail.com / Tel: (85) 96146463

Os que defendem os direitos dos “criminosos” têm sido rechaçados com a justificativa de que as verdadeiras vítimas seriam os cidadãos, que sofrem com a crescente violência sustentada pelo descumprimento da garantia de prover a segurança pública, atribuída ao Estado.

Essa sensação de insegurança social faz nascer nas pessoas um desejo pela adoção de medidas repressivas mais violentas. Podemos dizer que estamos nos debatendo com inimigos ocultos.

Infelizmente, fatos dessa natureza, demonstram a falta de sensatez de determinados operadores do direito, que se utilizam desse “gancho” para incutir ideais repressivos, o que denota um retrocesso social, pois há pouco tempo se buscava substituir as penas privativas de liberdade por penas alternativas, como as restritivas de direitos e de multa, ou seja, quando a restrição ao direito de liberdade somente seria utilizada quando do esgotamento das possibilidades de controle extrapenal.

Assim, baseada nas políticas públicas de combate a criminalidade, que representam um tipo de Direito Penal que se confronta com os princípios liberais do Estado Democrático de Direito, nasceu a teoria a qual nos reportamos, reconhecendo duas formas de tratamento, o do cidadão, em que se espera que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade; e do inimigo, que é interceptado no seu estado prévio, antes do cometimento da infração, por motivo da sua periculosidade, notadamente uma exceção.

Essa mudança de estrutura social implicaria na concessão de poderes ilimitados ao Estado, construindo o receio da criação de uma população sem direitos.

Como se sabe o Estado tem o dever de zelar pela dignidade humana e, ao tratar um ser humano como um perigo eminente, utilizando-se de penas desproporcionalmente altas e suprimindo determinadas garantias processuais, passará a descumprir a sua função de Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, pode-se perceber que não se admite a categoria jurídica do “inimigo” em um Estado Democrático de Direito, mas notamos que se encontra bastante em foco o debate político, sob um verdadeiro clima punitivista, que identifica a criminalização de determinadas condutas como meio de repressão para

a manutenção do sistema econômico-político. A tendência atual dos legisladores é de reagir com rigor na luta contra a criminalidade.

Pelo que, o Direito Penal do Inimigo foi criado com a intenção de proporcionar maiores poderes ao Estado no combate à criminalidade, gerando uma repressão intensa ao indivíduo que se afasta do ordenamento, o qual será tratado de forma adversa do cidadão comum, sendo supridos alguns direitos e garantias em favor do “bem-estar social”.

Observa-se, assim, que a violência e o crime sempre vão estar presentes, pois se tratam de comportamentos sociais inseparáveis da natureza humana, sendo o próprio ser humano o responsável pela sua limitação e dosagem, ou seja, é a população que mede até onde ela suporta a onda de crime que vem ocorrendo em todo o mundo, fazendo com que haja reação de forma positiva ou negativa, diante de cada situação.

Com isto, pode-se perceber que a violência nas ruas está sendo o grande causador da insegurança individual e coletiva, responsável pela disposição de uma sociedade tão encarceradora, concomitantemente trazendo grandes dúvidas e controvérsias no âmbito social e político. Assim sendo, verifica-se que é neste campo que se teoriza acerca do Direito Penal do Inimigo, causando conflitos entre os pensamentos dos que defendem e dos que arrasam os direitos humanos e a implementação de um “Estado de Exceção”.

Aqui, busca-se verificar a pertinência do tema abordado e observar as transformações bruscas propostas por este instituto, considerando a sua repercussão, trazida pelo clamor social.

2 EFETIVIDADE DOS MEIOS DE PUNIÇÃO

O mundo busca alternativas para alterar o modo de punição, na ânsia de se chegar a meios mais apropriados de repreender aqueles que incorrem a prática delituosa, como apreendemos nas palavras de Nilo Batista:

O processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas de direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal. (BATISTA, 2002, p.34)

Existem duas teorias extremas da pena, as quais versam sobre o fundamento e a finalidade da pena, que de forma bem acentuada trazem pensamentos antagônicos a respeito da punição, mas que condiz com a realidade vivida, pois bem sabemos que as diferenças existentes retratam os dois extremos, os que defendem outros meios de punição que não seja pela privação da liberdade, teoria do abolicionismo penal, e aqueles que ainda tratam à pena como característica a excessiva severidade da punição, a do direito penal máximo.

O abolicionismo penal justifica que o método utilizado atualmente, o encarceramento, não demonstra nenhum resultado positivo à diminuição da criminalidade, além do que os índices de reincidência mostram-se cada vez mais elevados. Destacamos ainda que os meios de punição através da não privação da liberdade trariam uma solução para o caos do sistema penitenciário. Como sublinha Guilherme Nucci:

Não há dúvida de que, por ora, o *abolicionismo penal* é somente uma utopia, embora traga à reflexão importantes conceitos, valores e afirmativas, demonstrando o fracasso do sistema penal atual em vários aspectos, situação que necessita ser repensada e alterada. (NUCCI, 2006, p.361)

Corroborando com a idéia exposta, Luigi Ferrajoli, arremata:

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista. (FERRAJOLI, 2002, p.275)

Dessa forma, contata-se que a utilização de meios ríspidos deve somente ser aplicada, quando inviável e ineficaz a produção de outras medidas, sendo, a coação, já utilizada por sociedades regressas a qual não gerou efeito a melhor qualidade de vida da população, não produzindo nenhuma eficácia na diminuição da criminalidade.

Nessa mesma linha de pensamento, acerca da necessidade de desaceleração do Direito Penal, ressaltamos a ilustre mensagem de Paulo César Busato:

Visto de um distanciamento histórico, é possível perceber que a evolução do Direito penal consiste em sua progressiva diminuição e, por conseguinte, da fixação de limites paulatinamente mais amplos para a liberdade dos indivíduos. (MUÑOZ CONDE; BUSATO, 2011, p.157)

Sabe-se que a verdadeira prevenção advém da construção de uma sociedade mais justa, com menos privações, onde a privação da liberdade seja posta apenas para aqueles que efetivamente representem um risco para a sociedade.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Gunther Jakobs (2008), doutrinador alemão criador do funcionalismo sistêmico ou radical, sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma e só indiretamente tutelar os bens jurídicos fundamentais.

Em 1985, na Revista de Ciência Penal ZStW, nº 97, Jakobs enunciou a teoria Feindstrafrecht – Direito Penal do Inimigo, com base em políticas públicas de combate à criminalidade em âmbito nacional e internacional.

O Direito Penal é um importante instrumento de controle social que tem por funções precípua: proteger bens jurídicos, limitar a atuação do Estado, prevenir a vingança privada e reduzir a violência por meio de aplicação de sanções.

Rogério Grecco (2007) assevera que o Direito Penal objetiva tutelar bens que, por serem extremamente valiosos, não só do ponto de vista econômico, mas também político, não podem ser protegidos de maneira satisfatória pelos demais ramos do Direito.

Jakobs defendeu a idéia de que o Direito Penal não atenderia a esta finalidade, porque, na oportunidade de sua aplicação, o bem jurídico tutelado já haveria sido previamente violado. Na verdade, a proteção deveria ser direcionada à norma e à garantia de sua vigência, dado que os bens se convertem em jurídicos à medida que são transpostos para normas.

A partir das idéias propostas por Jakobs, temos que o Direito Penal serviria como um instrumento público a serviço do Estado e não como uma medida de *ultima ratio* voltada para a proteção dos Direitos Humanos.

O funcionalismo penal de Jakobs está pautado em categorias de cunho sociológico, fortemente influenciado pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, e orientado por critérios de prevenção geral positiva.

Podemos destacar da linha de pensamento Luhmanniano o vínculo do sistema social com todas as formas de comunicação e a noção de bem-jurídico penal. O próprio Jakobs assinala que:

O Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor como a vítima e como o juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas da sociedade. A principal condição para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização de sujeitos. Não trato de afirmar que deve ser assim, mas que é assim. (JAKOBS, 2003, p. 44-45)

Desse modo, Jakobs adotou novos conceitos para os elementos componentes da infração penal. Delito passa a significar a frustração das expectativas normativas. Pena é a confirmação da vigência da norma infringida, tendo por objetivo primordial prevenir o delito por meio da confirmação da norma, devendo esta ser considerada, portanto, um fato social.

A conduta é um comportamento humano socialmente relevante e capaz de causar um resultado evitável, violador do sistema. A adequação social da conduta sai da esfera da tipicidade para afastar a própria conduta. O injusto penal dependerá da ausência de causas de justificação, exigindo, nesse passo, a intervenção do Direito Penal para proteger o sistema. A culpabilidade está completamente ligada à finalidade preventiva geral da pena.

Para explicar o Direito Penal do Inimigo, Gunther Jakobs (2003) apresenta duas tendências em oposição dentro de um mesmo plano jurídico, quais sejam: o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão.

O Direito Penal do Cidadão tem o escopo de eliminar perigos. Define e sanciona delitos ou infrações normativas realizados de modo episódico, como expressão do errado, excessivo ou injusto, por indivíduos com status de cidadãos. Para Jakobs (2003), o delito praticado por um cidadão representa um desgaste da sociedade, de modo que este deverá equilibrar o dano à vigência da norma.

O autor, apesar da prática de fato delituoso, oferece garantias de fidelidade ao ordenamento jurídico. Por isso, pelo menos em princípio, o ordenamento jurídico deve inserir dentro do Direito o criminoso para que este possa

voltar a se entender com a sociedade, reparar os danos a que deu causa e conservar seu status de cidadão.

O Direito Penal do Inimigo distingue o “cidadão-delinquente” do “inimigo”. Os inimigos são pessoas hostis à sociedade e ao Direito. Os inimigos são indivíduos que não oferecem garantias cognitivas de que continuarão fiéis à norma, refletem seu distanciamento não apenas incidental em relação ao Direito, demonstrando esse déficit através de práticas delituosas. São exemplos de inimigos: terroristas, narcotraficantes, delinquentes organizados, criminosos econômicos, autores de delitos sexuais, entre outros.

A transmutação de “cidadão” para “inimigo” dependerá de alguns fatores, tais como: reincidência, profissionalismo delitivo, habitualidade, gravidade do delito, bem como, a inserção do indivíduo em organizações estruturadas para fazer oposição ao Direito. Os inimigos representam perigos que ameaçam a existência da sociedade, pois seus comportamentos já não atendem as expectativas normativas vigentes.

Jakobs (2003) considera primordial a existência de um Direito Penal do Inimigo para manter a vinculação do Direito Penal à noção de Estado de Direito. Esse Direito seria distanciado dos fins precípuos do Direito Penal para assegurar uma prevenção geral de intimidação, outrossim, seria uma legislação de guerra, contra o inimigo.

O indivíduo que optar por não ingressar no estado de cidadania não terá por que receber os benefícios da condição de pessoa. Desse modo, o inimigo não pode ser considerado um sujeito processual, por exemplo. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, porque contra ele se aplica um procedimento de guerra, caso contrário à segurança das demais pessoas ficará por demais fragilizada.

O fim maior do Direito Penal do Inimigo é a segurança cognitiva. A sociedade, uma vez consciente dos riscos, passa a ter necessidade de sobrepesar a antijuridicidade e a efetividade das normas. Para Jakobs, o problema nuclear do Direito Penal moderno é justamente tal conflito. A imposição de penas deve ter caráter eminentemente preventivo. Fato típico, à vista disso, não se configuraria como lesão a bens jurídicos, mas como lesão à própria juridicidade.

O Direito Penal dos cidadãos visa tutelar as esferas de liberdade e consiste no direito de todos, em que se espera que o “cidadão” exteriorize sua

conduta para que o Estado possa reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade. O Direito Penal do Inimigo é a disciplina jurídica da exclusão dos inimigos, expressão de pura reação defensiva de fato frente a sujeitos que perderam a condição de pessoa, é a eliminação antecipada da fonte de perigo que constitui o homem definido como inimigo, pois ele é interceptado no seu estado prévio, antes do cometimento da infração, por motivo da sua periculosidade.

3.1 Características do Direito Penal do Inimigo

Em primeiro lugar, temos que o Direito Penal do Inimigo exclui os direitos e garantias materiais e processuais ofertadas pelo Direito Penal da normalidade, assentando uma maleabilidade do princípio da legalidade, por conta da descrição vaga dos crimes e das penas, e inobservância de outros princípios basilares: ofensividade, exteriorização do fato, imputação objetiva, presunção de inocência, proporcionalidade, entre outros.

Outra manifestação do Direito Penal do Inimigo está nos tipos penais que primam pela ampla antecipação da punibilidade para permitir o alcance de atos preparatórios. Este Direito penal atenta prioritariamente para o futuro, porque o inimigo representa um perigo futuro, por isso é considerado prospectivo.

Segundo Jakobs (2003), esse Direito poderá ser aplicado antes mesmo da ocorrência de fatos delituosos, concretos e determinado, bastando que haja participação do autor em organizações que tenham por fim subverter o Direito.

O inimigo não deverá ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante a sua periculosidade. Há possibilidade de criação de novos delitos, sem bens jurídicos previamente estabelecidos, através de leis denominadas por Jakobs (2003) de “leis de luta ou de combate”.

O Direito Penal do Inimigo combate preponderantemente perigos, para tanto, justifica-se a flexibilização da prisão em flagrante, através da denominada “ação controlada”, que é o procedimento por meio do qual se permite a postergação de procedimentos legais para fins de possibilitar o descobrimento e a identificação de pessoas envolvidas em organizações criminosas, porém com a supervisão das

autoridades competentes. Justifica-se, ainda, a infiltração de agentes policiais ou de inteligência em atividades de quadrilhas, bandos ou associações criminosas.

Haverá, além disso, uso e abuso de medidas cautelares, por exemplo: quebras de sigilos bancários não fundamentados, interceptações telefônicas contra legem, ampliação dos prazos de detenção para o cumprimento de fins investigatórios, tudo prescindindo de autorização judicial.

As penas passam a ser estipuladas de forma desproporcional e o regime de execução passa a endurecer sem causas razoáveis, tendo em vista que o inimigo é considerado um objeto de coação.

Essas regras próprias do Direito Penal do Inimigo se justificariam por conta de circunstâncias fáticas que caracterizam a atividade e a posição do inimigo frente à sociedade.

3.2 Críticas ao Direito Penal do Inimigo

A crítica mais severa feita a esse sistema consiste na fácil adaptação a qualquer política criminal, porquanto serviria bem a um Estado de Direito, com o devido respeito às normas constitucionais, por outro lado serviria plenamente a um Estado Totalitário ou Ditador.

Na verdade, segundo as palavras de Paulo César Busato, trata-se de ideal para transmutar-se para um direito penal de guerra, consoante a seguir:

Jakobs revela – quiça inconscientemente – o seu verdadeiro propósito, que é legitimar um direito penal de guerra, um direito penal que adota uma postura belicosa, de combate, de eliminação, de destruição do próximo para manter estável uma ordem dada. Em resumo, de destruição do humano em prol da preservação da ordem jurídica. (MUÑOZ CODE; BUSATO, 2011, p.192)

Cancio Meliá (2008) demonstra que o Direito Penal do Inimigo de Jakobs traduz-se como um exemplo de *Direito Penal de autor*, onde o agente é punido pelo seu modo de ser, por determinadas características de sua personalidade. Esta concepção justifica a sanção não pela conduta em si, mas pelo desvalor presente em alguma característica do autor, desse modo, não se proibiria matar, mas ser homicida, não se coibiria roubar, mas ser ladrão.

Segundo o Direito Penal do Inimigo, resta claro que o reprovável seria a periculosidade do agente e não sua culpabilidade, o que nos parece inaceitável, posto que o sujeito deva ser punido apenas em face da exteriorização de uma conduta legalmente discriminada como criminosa.

É de ser relevada a opinião de Luiz Flávio Gomes acerca do tema:

Desde 1980, especialmente nos EUA, o sistema penal vem sendo utilizado para encher os presídios. Isso se coaduna com a política econômica neoliberal. Cabe considerar que desde essa época vem se difundindo o fenômeno da privatização dos presídios. Quem constrói ou administra presídios precisa de presos (para assegurar remuneração aos investimentos feitos). Considerando-se a dificuldade de se encarcerar gente das classes mais bem posicionadas, incrementou-se a incidência do sistema penal sobre os excluídos. O Direito Penal da era da globalização caracteriza-se, sobretudo pela prisionização em massa dos marginalizados. (GOMES, 2004, online)

Eugenio Raul Zaffaroni (2004), Ministro da Suprema Corte Argentina, criticou fortemente o denominado Direito Penal do Inimigo quando salientou que o Estado, para dominar, deve ter estrutura e ser detentor do poder punitivo, tendo em vista que se não contar com limites passa a ser considerado um Estado de Polícia em detrimento de um Estado de Direito; para que um sistema penal seja exercido de forma permanente, deverá o Estado sempre estar procurando um inimigo; o poder político é a defesa contra os inimigos; o Estado, segundo essa teoria, passa à condição de vítima.

A indiferença com a vida humana incitada pelo rigor do tratamento com o não cidadão, segundo discorre Paulo César Busato (2011, p.200), quando diz: “O desprezo pelo ser humano é evidente. Quem está na condição de “inimigo” e, portanto, de “não pessoa” pode simplesmente ser “eliminado””. Assim, demonstra-se total incongruência com a busca de um Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal do Inimigo é evidentemente inconstitucional, porquanto apenas se admitem medidas excepcionais em casos anormais, por exemplo: Estado de Sítio, Estado de Defesa.

Ademais, é um Direito Penal prospectivo, ao invés de retrospectivo, fato que viola frontalmente o basilar princípio da legalidade. Há violação, outrossim, ao princípio do devido processo legal, uma vez que as regras do processo democrático não são seguidas para dar vazão a um manifesto procedimento de guerra. Perdem valia as garantias penais materiais e processuais.

Ao ensejo dessas considerações, Luis Gracia Martín, citado por Cezar Roberto Bitencourt, defende a seguinte crítica:

Se o Direito Penal dirige suas normas ao indivíduo, ao homem de carne e osso, isto é, ao homem empírico, da realidade, no momento de processá-lo e condená-lo não pode mudar de critério e encará-lo como normativamente, como homem normativo ou jurídico (tal como faz jakobs). No Direito Penal, tanto o sujeito da imputação como o do castigo é a pessoa humana empírica, não a normativa. (MARTIN, 2005 apud BITENCOURT, 2008, p.545)

Cumpre-nos observar, ainda, que o Direito Penal somente pode ser considerado legítimo quando vinculado com uma Constituição Democrática. Esta jamais admitirá que a pessoa humana seja tratada como mero objeto de coação, despida da condição de sujeito de direitos. Por conseguinte, ousamos afirmar que o Direito Penal do Cidadão é um pleonasmo vicioso e o Direito Penal do Inimigo uma grandiosa incoerência.

Desde as últimas décadas notamos que aconteceram grandes transformações regressivas no campo da política criminal, onde se verifica muitas discussões sobre o fenômeno de endurecimento das legislações penais. Vários fatores contribuem para o aumento indiscriminado da violência em todo o mundo, como, por exemplo, um imenso processo de concentração de capitais, guerras são declaradas de modo unilateral com fins claramente econômicos, crescente de desemprego, aumento da pobreza e da exclusão social, do individualismo e intolerância, entre outros.

Não raro, procura-se constatar os efeitos práticos em se buscar tratamentos especiais e diferenciados, sobretudo, diante de situações excepcionais, que se justifica pela preservação ou restabelecimento da ordem pública e da paz social, inculcando nas pessoas a falsa sensação de controle social da criminalidade, o que não é verdade.

Existem severas críticas na diferenciação da abordagem de um grupo não claramente identificável, mas vem se tornando bastante comum, principalmente no campo do Direito Penal, discutir sobre o assunto, buscando formas de aceitação de um Estado de Exceção.

Nesse diapasão, em comparativo com o que aduz a teoria do Direito Penal do Inimigo, existe o receio de se confundir o “inimigo” com os demais

populares e, como consequência, causar uma limitação das garantias e liberdades dos cidadãos, com a finalidade de identificar e conter os inimigos.

Tal discussão busca melhor entender a relação existente entre Estado e criminoso, com o conseqüente risco de se renunciar direitos em favor do Estado, na ambição de buscar soluções imediatas aos problemas da sociedade.

Diante de tais manifestações, em face do descontrole social ocasionado pela falta de preparo e acompanhamento do poder Estatal no combate a crescente e constantes evoluções de ordens criminosas, a exceção vem ganhando contornos de estado de permanência.

Memorável destacar o “PATRIOTIC ACT”, que se trata de um ato do Congresso dos Estados Unidos, promulgado pelo presidente George W. Bush, em outubro de 2001, após os ataques terroristas de 11 de setembro, o qual objetiva restringir uma série de direitos constitucionais, a fim de ampliar o poder repressivo do Estado para garantir a segurança nacional no combate ao terrorismo.

Essa decisão do governo dos Estados Unidos foi obstinadamente criticada por uma grande parcela da população. Observando, assim, que a democracia do país está correndo sério perigo, sobretudo diante dos meios utilizados, a exemplo, os casos de espionagens telefônicas ilegais, que ferem o direito a intimidade do cidadão.

Além do que, medidas como estas são totalmente ineficazes no combate ao terrorismo, pois os terroristas são motivados por ideais religiosos, políticas ou idolátricos, não temendo nenhuma forma de penalidade ou dando relevância a sua rigidez, pois o objetivo a ser conquistado supera qualquer receio de punição.

A utopia de combate ao crime, sob a ideologia de um estado de guerra constante, em sacrifício aos direitos fundamentais, pondo em risco a democracia estatal, somente se traduz em um verdadeiro absurdo ilusório.

Na ânsia de se resolver os problemas sociais, ocasionados pela crescente violência que assola a sociedade contemporânea, medidas excessivas e excepcionais são frutos de uma política pública irracional e irresponsável, que desembocam na completa marginalização de uma parcela social, em troca da supressão de direitos indispensáveis.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo foi desenvolvida para realizar uma análise sobre o Direito Penal do Inimigo, apresentado por Gunter Jakobs, criador do funcionalismo sistêmico ou radical, em contraponto ao desenvolvimento de um Estado de Exceção. Tal teoria visa estabelecer determinados tipos penais aplicáveis àqueles considerados “inimigos” do Estado.

A ausência de segurança pública a contento tem gerado o aumento da criminalidade a cada dia, o que enseja sentimentos de inquietação e revolta por parte da sociedade, que a todo o momento reage e reclama do Poder Público a edição de leis e a promoção de ações com maior cunho repressivo. Por tal motivo, o que a priori deveria ser medida de *ultima ratio*, vem, a *contrario sensu*, sendo utilizada como principal meio para se buscar a tão desejada paz social.

O Direito Penal, que tem por funções precípua proteger bens jurídicos, limitar a atuação do Estado, prevenir a vingança privada e reduzir a violência por meio de aplicação de sanções, vem sendo instigado a agir de forma oposta.

Consoante dispõe Jakobs, a proteção deveria ser destinada a garantir a própria norma e sua vigência, porque os bens se converteriam em jurídicos à medida que iam sendo transpostos para normas. Para ele, o Direito Penal não atenderia a essa finalidade porque na oportunidade de sua aplicação o bem jurídico já teria sido previamente vilipendiado.

Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito, hão de ser preservados os princípios constitucionais, sobretudo o da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da humanização das penas, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da materialização do fato, da ofensividade ou lesividade, responsabilidade pessoal, responsabilidade subjetiva e culpabilidade.

Para explicar o denominado Direito Penal do Inimigo, Jakobs optou por definir duas tendências opostas dentro de um mesmo ordenamento jurídico: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Cidadão tem por fim maior combater o delito praticado de modo episódico por um cidadão, pois representa apenas um desgaste da

sociedade, que deve ofertar oportunidades para a reparação dos danos causados, tendo em vista que esse indivíduo oferece garantias de fidelidade ao ordenamento jurídico.

O Direito Penal do Inimigo distingue claramente o “cidadão–delinqüente” do “inimigo”. Inimigos seriam pessoas que refletem um distanciamento não apenas incidental do Direito, porque não oferecem garantias mínimas que continuarão fiéis à norma, por exemplo: terroristas, narcotraficantes, delinqüentes organizados, etc.

A transformação de “cidadão” para “inimigo” exige fatores tais como: reincidência, profissionalismo, gravidade do delito, inserção do indivíduo em organizações estruturadas para fazer oposição ao Direito. Na visão de Jakobs, os inimigos representam perigos que ameaçam a existência da sociedade, porque seus comportamentos não atendem a expectativas normativas vigentes, daí a necessidade de um Direito Penal do Inimigo para preservar a vinculação do Direito Penal à noção de Estado de Direito.

Jakobs (2003) considera que o Direito Penal do Inimigo deve ser aplicado antes ainda da comissão de fatos delituosos, concretos e determinados, bastando, para tanto, que o indivíduo esteja envolvido em organizações que tenham por finalidade a subversão do Direito. O inimigo seria julgado ante a sua periculosidade e não com base em sua culpabilidade.

Severas críticas têm sido apontadas a Jakobs e sua teoria do Direito Penal do Inimigo. Destacamos: a fácil adaptação desse sistema a qualquer política criminal, porquanto ao mesmo tempo em que respeitaria as normas constitucionais, atenderia a contento a um Estado totalitário ou ditador; trata-se de um direito prospectivo, ao invés de retrospectivo, o que viola frontalmente o princípio da legalidade; um Estado Democrático de Direito jamais poderá admitir que a pessoa humana seja tratada como um mero objeto de coação, sem respeito a sua condição de sujeito de direitos.

Vimos que se tem priorizado a penalização generalizada, o que gera um número esdrúxulo de encarceramento de pessoas, acelerado pelo requerimento de prisões preventivas, onde a exceção acaba por virar regra geral.

A observância de princípios constitucionais se mostra imprescindível para que o sistema penal seja humanitário, voltado para um Direito Penal mínimo e garantista. Não podemos admitir que direitos fundamentais historicamente

conquistados sejam afrontados. Embora o aumento do rigor repressivo seja aparentemente necessário para impor a ordem e estabelecer a segurança, tal medida acaba por enfraquecer o Estado Democrático de Direito, por transgredir o princípio universal da dignidade da pessoa humana.

Verificamos que a existência de um sistema penal perfeito e justo traduz uma utopia, entretanto não é utópico adotar um modelo legítimo, que possa garantir a todos a observância dos direitos fundamentais.

As tão almejadas mudanças no âmbito da segurança somente poderão ser alcançadas mediante a adoção de medidas socioeconômicas e políticas, sobretudo nas áreas de educação, saúde, trabalho, transporte e habitação. Enquanto não houver sérios investimentos em políticas públicas que visem verdadeiramente a inclusão social, a problemática da violência persistirá e dificilmente será controlada com meras edições de leis mais severas.

THE ENEMY OF CRIMINAL LAW APPLIED FOR A DEMOCRATIC STATE LAW

ABSTRACT

The research of the theme "The Enemy Criminal Law" have a fundamental importance because of the emerging of theme nowadays, occasioned by public outcry for more effectiveness and prosecuting criminal. The aim of this work is to prove, against the basic principles of a democratic state of law and doctrinal understandings, the ineffectiveness of using a larger penal repression, and not accepting the treatment of a human being as a mere object of coercion. So, meets assess the relevance of the theme chosen, to note the innovations offered by this institute, considering your social impact and the relevance of your application, as required the social dynamics

Keywords: Criminal Punishment. Effectiveness. Democratic State. The Enemy Criminal Law.

REFERÊNCIA

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do Sistema Penal brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal no Terceiro Milênio**. Estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zommer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GOMES, Luís Flávio. **Direito Penal do Inimigo** (ou Inimigos do Direito Penal). São Paulo, 2004. Disponível em:

<http://www.lfg.com.br/artigo/20040927113955798_direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal.html>. Acesso em: 05 nov. 2012.

JAKOBS. Gunther. **Sociedade, norma e pessoa**: Teoria de um direito funcional. Tradução Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, v. 6.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo Cesar. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.