



Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS

GABRIELLE SOARES PIAU

DIREITO PENAL DO INIMIGO:

Frente às garantias penais do art. 5º da Constituição da República
Federativa do Brasil.

Brasília – DF

Outubro de 2013.

GABRIELLE SOARES PIAU

DIREITO PENAL DO INIMIGO:

Frente às garantias penais do art. 5º da Constituição da República
Federativa do Brasil.

Monografia apresentada pela aluna Gabrielle
Soares Piau, como requisito para a conclusão
do curso de bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Humberto Fernandes de Moura.

Brasília – DF, outubro de 2013.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu Deus Supremo, à Nossa Senhora de Guadalupe, aos meus pais e à minha querida irmã, que são meu alicerce para todos os momentos de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao meu orientador Humberto Fernandes de Moura pela devotada atenção e disponibilidade que foram a mim transmitidos durante todo este trajeto desempenhado para promover a conclusão deste trabalho. Obrigada aos meus pais e a minha irmã pelos sinceros votos de confiança e pela eterna colaboração. Obrigada ainda a todos aqueles que de algum modo contribuíram para a confecção deste projeto de pesquisa, e que jamais se hesitaram de acompanhar-me nesta árdua trajetória acadêmica.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| RESUMO | 6 |
| INTRODUÇÃO | 7 |
| | |
| 1. VISÕES A RESPEITO DO PAPEL DO DIREITO PENAL..... | 9 |
| 1.1. ABOLICIONISMO PENAL | 9 |
| 1.2. MINIMALISMO PENAL | 16 |
| 1.3. EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL | 22 |
| | |
| 2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO GUNTHER JAKOBS..... | 31 |
| 2.1. ALGUNS APONTAMENTOS RELATIVOS AO FUNCIONALISMO RADICAL SISTÊMICO DE JAKOBS | 31 |
| 2.2. ORIGEM DO DIREITO PENAL DO INIMIGO | 37 |
| 2.3. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO | 41 |
| 2.4. CRÍTICAS PREPONDERANTES À TEORIA DE GUNTHER JAKOBS | 46 |
| 2.5. REFLEXOS DO EXPANSIONISMO PENAL NA REALIDADE BRASILEIRA | 49 |
| | |
| 3. DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE ÀS GARANTIAS PENAIS..... | 54 |
| 3.1 DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO..... | 54 |
| 3.2 NOÇÕES REFERENTES AO ESTADO GARANTISTA..... | 58 |
| 3.3 A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA REALIDADE BRASILEIRA SERIA CONSTITUCIONAL OU NÃO? | 62 |
| | |
| CONCLUSÃO | 69 |
| REFERÊNCIAS | 76 |

RESUMO

Diante da onda de criminalidade que se opera sobre a sociedade brasileira, esta tem clamado por mais segurança, exigindo do Estado uma posição legiferante, de modo a alargar a punição penal, construindo o tipo inimigo. Essa ideia, idealizada pelo teórico Gunther Jakobs, apresenta uma dualidade penal, caracterizada pela presença do cidadão e do inimigo, presentes em um único regime político, que é o Democrático. Deve-se aceitar que é uma teoria coerente normativamente com a realidade de Jakobs, todavia, rompe com os ditames essenciais de um Estado Garantidor. Assim, mais que uma tese, essa teoria é apresentada no trabalho como uma política criminal expansionista, que contraria a ideia de *ultima ratio* da intervenção do Direito Penal. Logo, esta nova construção seria constitucional ou inconstitucional, dentro da vigência de um Estado que prima pelas garantias penais, trazidas essencialmente no artigo 5º da Constituição Federal?

Palavras chave: Direito Penal. Expansionismo penal. Direito Penal Mínimo. Inimigo e Cidadão. Garantias Penais.

INTRODUÇÃO

Este presente trabalho tem por escopo analisar criticamente a proposta idealizada por Gunther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, e diante desta apreciação explorar a incompatibilidade que existe entre essa teoria e a conjuntura do Estado Garantista.

O tema analisado possui extrema relevância no debate jurídico que se opera hodiernamente. Sabe-se que diante da megacriminalidade que se vê realizada na sociedade brasileira, muito tem se discutido sobre a verdadeira finalidade que deve possuir o Direito Penal. Diversas são as soluções apresentadas, e entre essas, mostra-se o Direito Penal do Inimigo como uma política de contenção ao crime, resguardando a segurança clamada popularmente. Cabe, todavia, analisar os seus argumentos jurídicos, e estabelecer um liame com a necessidade de resguardar os direitos fundamentais.

A pesquisa bibliográfica deste estudo é proposta sobre três capítulos. O capítulo inicial propõe analisar as políticas criminais contemporâneas, de modo que se possa reconhecer o fim a que se destina o Direito Penal para cada política adotada. Sendo assim, faz-se necessário explicar quais são estas políticas criminais, e o fim a que estas se propõem dentro da vigência do Direito Penal. Ademais, é importante ainda reconhecer a política criminal que surge nos países globalizados, e que tem como origem o recrudescimento da violência. Logo, passar-se-á a analisar os fundamentos do Abolicionismo penal, do minimalismo penal e por fim, do expansionismo penal, que é a base para o surgimento do inimigo, proposto por Jakobs.

No segundo capítulo é de suma importância apresentar o que propõe a Teoria Funcional Sistêmica radical, proposta por Jakobs, que reconhece no Direito Penal a função de tutelador do sistema penal enquanto construído normativamente, e não um tutelador de bens jurídicos. Volta-se para a proteção da norma jurídica, de modo a não ferir as expectativas normativas. Esta noção é primordial para a compreensão da teoria do inimigo, sob os argumentos que lhe são apresentados.

Posteriormente, apresentar-se-ão os argumentos dogmático-jurídicos defendidos por Gunther Jakobs, para a construção da Teoria do Direito Penal do Inimigo. Esta se fundamenta na segregação entre cidadão e inimigo, de modo que este é reconhecido como não pessoa, perdendo todos os seus direitos quando viola a norma jurídica, e rompe com a fidelidade ao sistema penal. Ainda há a supressão de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como também a flexibilização do princípio da legalidade penal, da dignidade penal,

com o fulcro de resguardar unicamente a vigência da norma. Ainda será apresentado neste capítulo, os reflexos do expansionismo penal na legislação brasileira, isto é, quais são as normas que foram produzidas tendo como escopo a ideia de inimigo.

No último capítulo buscar-se-á confrontar o que é inicialmente proposto por Jakobs com as garantias penais taxadas no texto constitucional, de modo que se possa verificar se há ou não compatibilidade entre a construção da Teoria do Direito Penal do Inimigo com a formulação do Estado Garantista. Para tanto, é imprescindível analisar qual a relação que se apresenta entre o Direito Penal e a Constituição Federal, como também quais são os princípios constitucionais que resguardam a existência de um Estado eminentemente garantidor, que proteja o ser humano naquilo que lhe é inerente e incondicional, que são os direitos fundamentais.

Sendo assim, por fim, será traçada uma argumentação exponencial a respeito da constitucionalidade ou não das ideias do inimigo dentro deste Estado Democrático de Direito, de modo que se possa trazer a conclusão deste presente trabalho.

1. VISÕES A RESPEITO DO PAPEL DO DIREITO PENAL.

Este primeiro capítulo prima por analisar os fins que pode e deve perseguir o Estado por meio da aplicação da pena, ou, ainda mais precisamente, por meio da configuração do direito penal. É interessante verificar as funções que possam legitimar a intervenção penal na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, mas também aquelas que se realizam concretamente no sistema penal, tendo como pressuposto a construção do inimigo.

Dessa sorte, será analisado consoante três movimentos políticos-criminais contemporâneos, que buscam trazer uma linha argumentativa teórica para a análise do sistema penal. O primeiro, o abolicionismo, nega os pressupostos sobre os quais se assentam as teorias que justificam o direito de punir, almejando a abolição de todo o sistema penal. O segundo, direito penal mínimo, prega a máxima contração no âmbito de intervenção penal, atuando de forma subsidiária. O terceiro, direito penal máximo, retrata a persecução à megacriminalidade, como forma de responder aos anseios sociais, que clamam por uma maior tutela penal.

Assim, possui como pilares as três vertentes da nova criminologia, como forma de buscar estabelecer a função exercida atualmente pelo direito penal, para que se possa confrontar com o estudo da teoria do inimigo, que nasce com a própria ideia do expansionismo penal.

1.1 O ABOLICIONISMO PENAL.

O ser humano sempre esteve em sociedade, e por ser assim, no surgimento de conflitos há a necessidade de um direito legítimo que possa solucioná-los. Esse direito surgirá para disciplinar as relações conflituosas que nascerem entre os seres, tendo como função primordial a pacificação e harmonização do convívio social.

Dessa necessidade de configuração de um direito penal, surge a contrário senso, o abolicionismo. Este recusa a consistência científica a todas as premissas do direito penal, e propõe não apenas a extinção da pena ou do direito penal, mas a imediata abolição de todo o sistema de justiça penal.¹

¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 92.

Desta disposição, entende-se por sistema penal a totalidade das instituições que atuam no controle penal, como a polícia e o Ministério Público; a totalidade das Leis, que existem e reconhecem em sua atuação o controle social global, de forma que todos atuam na reprodução da cultura e do senso comum punitivo que se constrói dentro de cada um, por meio de pequenos sistemas penais.²

Para este modelo o direito penal é em si mesmo um problema social, e por ser assim, é um mal que cria mais problemas do que soluciona aqueles que são passíveis de serem solucionados. E por este raciocínio, deve ser abolido para dar vida às comunidades, às instituições e aos homens.³

O direito penal, para este movimento, é por si só incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, seja pelo seu caráter geral ou especial de prevenção de novos delitos. Assim, utiliza-se do argumento de que o direito penal não é meio apto a motivar comportamentos que impeçam o indivíduo de praticar determinado delito, tendo em vista que o indivíduo não é neutralizado pelo mero temor decorrente da pena imposta.⁴

Steinert, ao conceituar este movimento, afirma que a lei penal conflita com sua função liberal e resulta irreal, posto que, ao revés de restringir a intervenção do Estado, se converte, na realidade, em uma autorização para que essa intervenção se legitime.⁵ Assim, há repúdio a qualquer função de garantia que possa ser configurada pelo direito penal.

Por meio da análise deste movimento, constrói-se a ideia de que o direito penal é disciplinador, arbitrário e seletivo, uma vez que renuncia à legalidade penal, configurando todo o poder às agências do sistema penal, que o exercem sobre toda a população. Todavia, este poder vai muito além do que ser meramente repressivo, tendo em

² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos E Abolicionismos: A Crise Do Sistema Penal Entre A Deslegitimação E A Expansão**. Revista Da Es mesc, Florianópolis, v. 13, n. 19, p.459-487, 28 jul. 2006.

³ HULSMAN, Louck; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 1º Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda, 2003, p.91-92.

⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.93.

⁵ STEINERT, Heinz. Mas Allá del delito e de la pena. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER; MATHIESEN. **Abolicionismo Penal**. Trad. Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, p.45.

vista que acaba por determinar a vida social de cada indivíduo, e por ser assim, não deve existir.⁶

Entretanto, a realidade mostra que o direito penal é um direito desigual por excelência, porque o sistema penal é a representação do próprio sistema social. Assim, não defende os bens essenciais de todos os cidadãos e o status de criminoso é distribuído de modo desigual. A proteção dos bens jurídicos penais está atrelada a fatores típicos de uma “sociedade dividida” e da vulnerabilidade do cidadão. A configuração do status de criminoso responde a um padrão da sociedade de classes, tendo em vista que o processo de seletividade do direito penal se dirige a comportamentos típicos de indivíduos que pertencem às classes subalternas, em virtude da incoerência que existe entre as relações de produção e repartição do mundo capitalista.⁷

Essa seletividade que se opera no ramo do direito penal, quando não consegue ser explicada de modo racional, gerando tão grande desigualdade de tratamento, não será condizente com a proposta de todo o sistema penal, fadando-o em suas aplicações.

Nega que a pena de prisão, que é a mais característica sanção dos sistemas penais contemporâneos, seja meio de prevenir o cometimento de novos delitos. Ademais, atribui a esta a capacidade de não socializar, gerando a depravação do indivíduo, por ser um meio antinatural e artificial de punir.

Neste diapasão, surge o problema de decidir que comportamentos devem receber graves castigos; onde reside a legitimidade para decidir o que são boas ou más condutas; convir a respeito do quanto e de como se deve reprimir tais condutas.⁸

Por esta necessidade, o movimento abolicionista nega a existência do direito penal, por tratar este como um meio injusto, produtor e reproduzidor das desigualdades sociais, uma vez que se torna forma de selecionar ou de recrutar os indivíduos miseráveis.⁹

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 12-13.

⁷ Idem. Ibidem, p. 14.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3ª edição. V.1, São Paulo: RT, 2001. p. 2.

⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.95.

Enfatiza a distribuição desigual do sofrimento, posto que o direito penal, assentado sobre uma estrutura social profundamente desigual, recruta inevitavelmente sua clientela entre os grupos mais vulneráveis.¹⁰ Sendo assim, acaba por ser um sistema que produz e reproduz desigualdades sociais reais, mesmo diante de uma igualdade configurada formalmente.

Neste sentido, Zaffaroni, à semelhança de Baratta, que são abolicionistas mediatos (utilizam-se do minimalismo para findar na abolição do direito penal) posicionam-se no sentido de promover a abolição a longo prazo do sistema como um todo e não apenas do direito penal, isto porque eliminar tão somente o direito penal é eliminar o discurso e a justificação do poder dos juristas, gerando uma liberação total dos demais conflitos do sistema penal.¹¹ Assim, a posição abolicionista busca eliminar o sistema penal, e não meramente o seu instrumento formal de punição.

Cumprir esclarecer, neste ponto, que o modelo abolicionista pode operar sob diversas formas, seja na abolição da pena, das instituições formais ou até mesmo do sistema penal. E sendo assim, há o abolicionismo imediato, que é configurado na necessidade latente de abolir todo o sistema penal; e o abolicionismo mediato, que é uma forma mais duradoura e resistente de abolição do direito penal. Tem-se que Zaffaroni e Baratta propõem a abolição do direito penal, mas de forma paulatina, de modo que estabelecem conceitos puramente minimalistas, de máxima contenção do direito penal, para só então chegar ao modelo abolicionista.

Dessa forma, deve ficar claro que em nenhum momento neste trabalho, buscar-se-á enquadrar estes dois teóricos na configuração do modelo abolicionista puramente dito, mas apresentá-los como também construtores da deslegitimação do direito penal, tendendo a sua não existência.

Portanto, o sistema penal atua seletivamente, selecionando formas estereotipadas, que são constructos produzidos pelos meios massivos de comunicação. Afirma que o direito penal não consegue cumprir com sua função real, que é a de combater o crime, e por consequência, atribuir à sociedade a segurança que tanto clamam. Atuando dessa maneira,

¹⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p 95.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991b. p.83.

é um sistema desigual por excelência, que não tem justificativa plausível para continuar vigendo as relações conflituosas que se estabelecem entre os indivíduos.

Argui-se ainda que os números da criminalidade não computada, isto é, o somatório dos crimes que são diariamente realizados e que, a despeito disso, ficam desprovidos do conhecimento ou da atuação do sistema penal (quer por não serem conhecidos, ou por não conhecer a autoria, quer alcançados pela prescrição ou não provados), ao serem confrontados com a criminalidade efetivamente computada, acaba esta por ser irrisória e até mesmo desprezível. Afirma, portanto, que a regra no sistema penal é a impunidade e não a penalização, e disso conclui que um sistema penal que somente rege casos eventuais torna-se estritamente não necessário, e dele pode prescindir.¹²

Nesta ordem de ideias, Baratta argumenta que o controle penal atua apenas quando as consequências das infrações penais já ocorreram, mas não com o objetivo de evitá-las ou preveni-las. Ademais, afirma que o sistema penal intervém apenas quando já se produziu uma vítima, e não na prevenção de que outras vítimas sejam geradas, isto porque, as consequências da violência não conseguem ser eliminadas efetivamente, mas tão somente simbolicamente.¹³ Justifica que este sistema penal utiliza-se de penas, em forma de violência, para compensar simbolicamente um ato de violência realizado, e por ser assim, não é legitimado.

Sendo assim, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos, e sustenta todo o seu poder social por meio da punição, que também é meramente simbólica.¹⁴ Reconhecendo o sistema penal com este caráter, tem-se que há uma limitação que se volta para assegurar a hegemonia de um setor social.

Os abolicionistas entendem que a abolição não significa gerar apenas a eliminação de institutos formais de controle, mas primariamente promover a abolição da cultura punitiva, que é formada no contexto social, de modo que se possa superar a própria ideologia construída no sistema penal.

¹² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 99.

¹³ BARATTA, A. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**, Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 60-61.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 73.

Neste diapasão, posiciona-se Hulsman:

A justiça criminal existe em quase todos nós, assim como em algumas áreas do planeta o ‘preconceito de gênero’ e o ‘preconceito racial’ existem em quase todos. A abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções, atitudes e comportamentos.¹⁵

O abolicionismo tratado por Folter é configurado no seu sentido mais amplo de forma que, não somente uma parte do sistema de justiça penal, mas o sistema em seu conjunto é considerado como um problema social em si mesmo e, portanto, a abolição de todo sistema aparece como única solução adequada para este problema.¹⁶

O movimento que ora se apresenta busca a todo tempo estabelecer a deslegitimação que se encontra o sistema penal, sendo constituído pela demonstração de que o sistema penal encontra-se repleto de incapacidades – a pena não consegue mais prevenir novos crimes; a segurança já não é mais levada à sociedade; não se consegue evitar a megacriminalização, e sendo assim, bens jurídicos essenciais deixam de ser tutelados - e que não consegue se reverberar novamente, gerando a efetividade clamada hodiernamente.

Ademais, compreender esta deslegitimação é ter capacidade de verificar que o sistema penal encontra-se desprotegido. Entretanto, cabe ainda reconhecer que é neste crucial ponto histórico que surge a necessidade de uma nova, e talvez, mais arriscada forma de relegitimação, que se opera em desenvolvimento, e que poderá modificar toda a histórica dogmática até então já construída, tendo em vista que o novo discurso constrói-se na ideia do medo do inimigo, conforme a criminalidade que cresce a níveis massivos.

O abolicionismo, portanto, e isto deve ficar claro, rompe com a ideia de que o sistema penal existe para solucionar problemas, e sendo assim, busca meios efetivos para solucioná-los. Dessa forma, o seu foco volta-se para a sociedade e não para o Estado, tendo em vista que deseja formar uma unidade organizacional horizontal, rompendo com as estruturas hierarquizantes e fechadas, como até então fora apresentado neste trabalho.

¹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos E Abolicionismos: A Crise Do Sistema Penal Entre A Deslegitimação E A Expansão**. Revista Da Es mesc, Florianópolis, v. 13, n. 19, p.459-487, 28 jul. 2006.

¹⁶ DE FOLTER, Rolf S. **Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justiça pena. Una comparación de las ideas de Hulsman**. Mathiesen y Foucault. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTHIE; DE FOLTER; MATHIESEN. **Abolicionismo penal**. Trad. Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989, p.58.

Assim, estabelece Zaffaroni:

Não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução dos vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo (vertical e) formalizado abstratamente.¹⁷

Evidencia-se, portanto, que o abolicionismo tem seu pilar na configuração de valores que possam estruturar a sociedade, de modo que prima pela solidariedade e pelo respeito à diferença. Atua na construção do tecido social, gerando um ícone da cidadania e rompendo com a situação estruturante do direito penal até então forjada.¹⁸

Por fim, tem-se que se estabelece um sistema penal com a própria reprodução das desigualdades materiais, cujo sofrimento, materializado por meio de penas legais ou não, é seletivamente e inutilmente imposto a certa categoria de pessoas.¹⁹

Todavia, enquanto alguns veem o sistema de justiça penal como supérfluo e desnecessário, podendo abolir-se sem gerar uma crise do sistema (Hulsman), outros creem que é a condição suficiente e necessária para a configuração da repressão e da consequente transformação da sociedade.²⁰

Com a análise desta política criminal, tem-se que o abolicionismo busca romper com todas as instituições criminais já previamente criadas, de forma a relegitimar a forma de punir que se engendra no Estado. Todavia, tal concepção, por mais defendida e possivelmente demonstrada por seus estudiosos, coaduna para a formação de uma utopia, que seria a condição ideal do direito penal, mas que não se permite criar na conjuntura atual do sistema penal brasileiro.

Cumprido estabelecer que o abolicionismo busca gerar formas alternativas de punição, fundamentando sua solução no controle social, devidamente operado pela cultura

¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 105.

¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista Da Es mesc, Florianópolis, v. 13, n. 19, p.459-487, 28 jul. 2006.

¹⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p 105.

²⁰ SCHEERER, Sebastian. *Hacia el abolicionismo*. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER; MATHIESEN. **Abolicionismo penal**. Trad. Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 20.

social, tendo em vista, que a abolição de todas as instituições formais de controle, configurarão na necessidade da formação e construção de uma sociedade operante. É por esta configuração, que a análise deste sistema volta-se para valores como a solidariedade e a cidadania.

Sendo assim, passa-se à análise do minimalismo penal, que sustenta o Direito penal mínimo, devidamente legitimado pela necessidade de proteger as garantias dos delituosos e dos não delituosos.

1.2 MINIMALISMO PENAL.

Abolicionismo e minimalismo são movimentos que passam a ocupar o panorama do controle social e das políticas criminais nas sociedades capitalistas a partir da década de 70 do século XX.²¹

Ao conceituar o direito penal como uma técnica de definição, comprovação e repressão do desvio de conduta, Luigi Ferrajoli, estabelece-o como o único fim que o Estado pode legitimamente perseguir para promover a aplicação da pena, diante de um ilícito penal praticado. Isto quer dizer que por meio da prevenção geral negativa, busca-se a prevenção futura de novos delitos, como também, e essencialmente, a prevenção de penas informais, de possíveis reações públicas, que podem ser resultantes da omissão do sistema penal.²²

Com efeito, define que o seu modelo ideal de direito penal é representado pelo elevado bem-estar aos não delituosos, e o mínimo de mal-estar para os delituosos, sendo, portanto, uma forma de intermediar entre o direito penal máximo e o abolicionismo penal.²³

O direito penal mínimo, por sua vez, é considerado um direito penal maximamente condicionado e maximamente limitado, tendo em vista que se encontra limitado às situações de absoluta necessidade (aplicação da pena somente quando esta for necessária). Ainda cabe estabelecer, que este mesmo modelo postula pelo máximo grau de tutela das liberdades dos cidadãos diante da persecução penal enfrentada pelo Estado.

²¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos E Abolicionismos: A Crise Do Sistema Penal Entre A Deslegitimação E A Expansão**. Revista Da Esmecc, Florianópolis, v. 13, n. 19, p.459-487, 28 jul. 2006.

²² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 72.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.232.

Ademais, figura-se pela veracidade, pois não cabe promover a intervenção penal quando são vagos os seus pressupostos.²⁴

Este modelo trás em sua essência o garantismo, que somente permite a intervenção do Estado quando houver um prévio cometimento de um delito, sendo este previamente previsto em lei, com a estrita necessidade de punição e havendo a prova empírica trazida no processo. Ademais, este modelo pugna pela prevalência das garantias penais fundamentais, como a legalidade, a ofensividade do ato, entre outras.²⁵

Esse modelo garantista de Ferrajoli é a forma encontrada para relegitimar o sistema penal, que se encontra altamente fracassado.

Cabe estabelecer que o minimalismo penal encontra-se também fundamentado nas teorias de Zaffaroni e de Baratta, como sendo uma forma de abolicionismo mediato, já tratado anteriormente, tendo em vista que parte da concepção da mínima intervenção para se chegar ao abolicionismo do sistema.

E de outro lado, há o modelo minimalista garantista de Ferrajoli, exposto em seu livro “Direito e Razão”, que parte da deslegitimação do sistema penal, acreditando ser este possível de ser legitimado posteriormente. Assim, apresenta o minimalismo como um fim em si mesmo, representando-o como um direito penal mínimo para uma sociedade futura.²⁶

Zaffaroni se expressa, nesta análise, conforme se apresenta:

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deselegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘unfinished’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’. O sistema penal parece estar deslegitimado tanto em termos empíricos quanto preceptivos, uma vez que não vemos obstáculos à concepção de uma estrutura social na qual seja desnecessário o sistema punitivo abstrato e formal, tal como o demonstra a experiência histórica e antropológica. Deste ângulo, o direito penal mínimo apresentar-se-ia como um momento do caminho abolicionista.²⁷

²⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.76.

²⁵ Idem. Ibidem, p. 77.

²⁶ Idem. Ibidem, p. 105.

²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.105.

Dessa forma, cumpre esclarecer que os modelos de Alessandro Baratta e de Raúl Zaffaroni partem da aceitação da deslegitimação do sistema penal, pois não acreditam na possibilidade de se relegitimar o sistema penal, diverso do que pensa Ferrajoli.

O minimalismo radical (ou abolicionismo mediato) estabelece que deve haver uma contração no âmbito de atuação do direito penal, preservando-o residualmente, e só mediatamente chegará à abolição, que ocorrerá a longo prazo.²⁸

Zaffaroni estabelece que o direito penal mínimo deve ser utilizado por todos que deslegitimam o sistema penal, não de forma insuperável, mas visando a abolição deste sistema.²⁹

Portanto, o Direito penal busca, em seu primado maior, a preservação da ordem social, tutelando os direitos do indivíduo, pois está eminentemente atrelado ao fato cometido, e não ao autor do delito.

O direito, diferentemente da moral, que pode ser aceita ou não por cada indivíduo, possui um papel legitimador, que decorre da atuação do Estado (*jus puniendi*). Assim, o Estado dispõe de meios para preservar a ordem social, e para tanto, no caso da criminalidade, em *última ratio*, emprega o instrumento coativo mais forte de que dispõe, que é a aplicação da pena ou da medida de segurança.³⁰

O direito penal como controle social, somente atuará quando todos os demais meios fracassarem. Assim, quando houver lesão a bens jurídicos relevantes, que não forem passíveis de resolução pelos demais ramos, caberá, portanto, a atuação do direito penal (*ultima ratio*).

Apresenta Claus Roxin:

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral,

²⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.106.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 83.

³⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3ª edição. V.1, São Paulo: RT, 2001. p. 2.

escandalosa ou diferente -, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.³¹

É inquestionável, todavia, que desvios de condutas sempre ocorreram no constructo social, e perante condutas que não atentem violentamente para bens necessários a sociedade, não caberá a atuação do direito penal. Este atua quando a conduta exteriorizada ameaça o próprio convívio social e é de tão sorte, inaceitável para a manutenção da paz social, objetivo almejado pelo sistema penal.

Neste diapasão, e tendo como pressuposto o direito penal residual ou mínimo, questiona-se a função que poderá ou deverá cumprir no aparato constitucional de direito do Estado brasileiro.

Ademais, para Ferrajoli a defesa do direito penal corresponde à defesa da liberdade física da transgressão, e assim o direito penal atuará como forma de controle social, pois com a liberdade física de infringir a lei e com o preço da pena, garantirá a liberdade de todos. E conclui que, abolir o direito penal seria abolir a liberdade mesma, dando lugar a controles autoritários e sem limites.³²

Com efeito, o sistema adotado por Ferrajoli, que é estabelecido na prevalência das garantias do cidadão diante do *ius puniendi* do Estado, é devidamente representado pela existência de dez garantias penais fundamentais, que são conhecidas como garantias clássicas,³³ e que são de suma importância na confrontação com a teoria do inimigo, que será apresentada a frente, tendo em vista que esta tende a retirar todas as garantias que são, neste modelo, atribuídas ao cidadão.

Essas garantias são: o princípio da retributividade, da legalidade, da necessidade do direito penal, da lesividade ou da ofensividade do ato, da materialidade da ação, da culpabilidade, da jurisdição, do acusatório, do contraditório e da ampla defesa e da verificação.³⁴ Dessa forma, é pela existência dessas garantias penais, que a atuação do Estado estará devidamente limitada.

³¹ Cf. Nilo Batista, *Introdução*, cit., p.91.

³² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 110.

³³ Idem. *Ibidem*, p. 77.

³⁴ Idem. *Ibidem*, p. 77.

Assim, desta construção nasce o sistema garantista de Ferrajoli, postulando que o Direito Penal somente atuará quando for necessário e dentro da estrita legalidade; sua finalidade é exclusivamente a proteção dos bens jurídicos, sendo estes de extrema relevância para o mundo jurídico.

Neste diapasão, deve-se entender a fragmentariedade que pende sobre o direito penal, verificada, principalmente, na escolha do seu objeto jurídico que será tutelado. Assim, explana Fernando Capez:

O direito penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância social. O tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos á categoria de infrações penais; por conseguinte, as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer de vício de inconstitucionalidade.³⁵

Ante a constatação de que em toda a sociedade há um fenômeno dualista, que fixa a hegemonia de um lado e a marginalização do outro, e que o sistema penal tende a torná-lo ainda mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível.³⁶ Esta necessidade de limitação da intervenção punitiva, para que seja a mais racional e adequada à realidade concreta, é o que configura uma das funções primordiais do direito penal, que é a sua intervenção mínima.

A tutela penal, no direito penal moderno, deve reservar-se à lei, partindo do princípio da intervenção mínima no Estado Democrático de Direito. Essa tutela deve ser operada conforme a *ultima ratio*, isto é, somente depois de esgotados todos os demais meios passíveis de aplicação.³⁷

Assim, a fixação das missões do Direito Penal deve manter o cuidado de não extrapolar suas possibilidades efetivas na busca de ideias irrealizáveis no excesso âmbito que lhe pertence. Deve guiar-se sempre dentro dos princípios do Direito penal mínimo.³⁸

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3ª edição. V.1, São Paulo: RT, 2001. P. 74.

³⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao Estudo de Direito Penal**: evolução histórica, escolas penais, valores constitucionais, princípios penais e processuais e direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114.

³⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3ª edição. V.1, São Paulo: RT, 2001. pp. 45-46.

A intervenção do direito penal na vida social só se torna legítima quando ocorrer de modo extremo, revelando-se extremamente necessário.

Muñoz Conde ressalta que o direito penal somente deve intervir nos casos de ataques que sejam graves aos bens jurídicos mais importantes do Estado, sendo as perturbações mais leves objetos de outros ramos do direito, configurando o princípio da fragmentariedade do direito penal, que só atuará sobre bens jurídicos que sejam capazes de produzir maiores perturbações sociais.³⁹

Ademais, Paulo de Souza Queiroz ressalta que a intervenção penal deve implicar na utilização e no efetivo funcionamento das ferramentas primárias de prevenção da conduta violadora da norma. Todavia, se estas ferramentas não forem suficientes para prevenir ou controlar, utilizar-se-ão do direito penal para auxiliar os demais ramos, atuando com efetividade no combate aos eventos delitivos.⁴⁰

Assim, o minimalismo apenas poderá atuar quando presentes a necessidade e a efetividade de sua atuação. Ausentes, pois, estes critérios torna-se uma intervenção ilícita.

Postular um saber penal legítimo é configurar a verdade de todo um sistema, assim o discurso penal não pode ser elaborado sobre declarações que sejam meramente abstratas, sem ter um mínimo de contato com a realidade que se faz, que se apresenta. Ter a plena noção de que o direito penal é sempre um “dever ser” que se encontra dentro da realidade do ser, é a matéria indispensável para a construção do delito.

Sendo assim, este modelo minimalista garantista encontra-se ultrapassado pelo expansionismo penal, que tem sido o movimento prevalecente nas últimas décadas, tendo em vista que tem devolvido à sociedade a paz social, que tanto clamavam.

É, pois, diante da real função do Direito penal e, principalmente, diante da característica atrelada ao direito penal moderno, que vem buscando estabelecer uma nova vertente ao direito penal tradicional, conseqüentemente, em sua função dentro do ordenamento, que surgem os caracteres para a definição do Direito Penal do inimigo.

Por ser assim, todas essas questões que permeiam a coexistência do Direito penal, leva-nos a crer que, principalmente, no estágio atual em que se encontra a sociedade

³⁹ CONDE, Muñoz. **Introdução do direito penal: parte geral**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 59.

⁴⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.84-85.

brasileira, há grande necessidade de se discutir a real função de que dispõe este Direito Penal, e em consequência, compará-lo com a Teoria de Jakobs, qual seja o Direito Penal do inimigo.

Como será explanado no capítulo seguinte, a Teoria idealizada por Jakobs rompe o mero campo de atribuição de conceitos, uma vez que possui características que corroboram para a formação do atual positivismo intervencionista do Estado, que é configurado pela tendência de expansão do Direito Penal.

Por ser assim, passa-se a analisar os fundamentos jurídico-penais que pendem na política criminal do expansionismo penal.

1.3 EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL.

O desenvolvimento do capitalismo estatal estabelece-se sempre por meio de uma relação vinculada diretamente com o direito penal. Isso ocorre, pois o direito penal está ligado a um moderno modelo de política criminal adotado pelo Estado, que é devidamente seguido pelo legislador ordinário. Assim, todo o direito penal, aqui tratado como o *jus puniendi* do Estado ou como a própria legislação penal, é totalmente dado por aquilo que o legislador propõe a estabelecer como um objeto a ser tutelado pelo direito penal. Por outro lado, há a política criminal geral, que retrata o direito penal como um retrato das ideologias políticas da sociedade.⁴¹

Por tal motivo, desde que o projeto trazido pelo neoliberalismo conquistou a política nos anos 70 e 80 do século passado em três relevantes nações – Inglaterra, Estados Unidos e Alemanha -, todos vêm sofrendo com os efeitos surgidos de uma reação de cunho teórico e político ao Estado social, fundamentada na construção de um Estado mínimo. Dessa forma, o direito penal tem-se tornado um meio de promover a repressão e a luta.

Assim, pois, enquanto que o estado neoliberal utiliza-se do minimalismo na economia e no mercado, e ainda no desenvolvimento de políticas sociais, o direito penal volta-se para uma visão totalmente oposta, que é definida pelo intervencionismo, na aplicação da pena de morte e da dureza da pena privativa de liberdade.⁴²

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3ª edição. V.1, São Paulo: RT, 2001. p.34.

⁴² Idem. Ibidem, p. 35.

O que se apresenta no mundo globalizado neoliberal, não é apenas a preeminência dos movimentos minimalistas ou abolicionistas, mas a expansão e a relegitimação do direito penal, que se dá por meio do eficientismo penal, que é fundado nos ditames da Lei e da Ordem. Assim, o sistema penal apresenta-se como uma crise de eficiência, decorrente da operacionalização do poder punitivo.⁴³

Trata-se do fortalecimento do estado penal e da sociedade punitiva, sob o influxo do mercado e do poder mediático. Se, perante um sistema penal considerado deslegitimado, as perspectivas teóricas abolicionistas e minimalistas somente podem sustentar a necessidade de sua ultrapassagem e, no caminho, de sua máxima contração, perante um sistema penal considerado ineficiente, é necessário, ao revés, incrementar todas as suas dimensões, em busca da eficiência perdida, maximizando-o.⁴⁴

O novo discurso estabelece que o sistema não funciona, e por ser assim, não combate a criminalidade, uma vez que não é repressivo o suficiente. A sociedade, demanda por criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos judiciais, policiais e penitenciários. Torna necessário suprimir cada vez mais os direitos e garantias dos indivíduos, rompendo com os ditames constitucionais, por uma necessidade que se mostra pela ineficiência do sistema penal, na sua conjuntura social.⁴⁵

Ademais, quando se faz referência à expansão do direito penal, remete-se a formação de novos tipos penais, a maior penalização, a utilização de prisões provisórias até o trânsito em julgado - que estabelece uma antecipação de pena -, e a solução de dilemas por meio de instituições estatais. São esses instrumentos que traduzem a ideia defendida pelo direito penal e pelo processo penal do sistema alemão.

Dessa sorte, há o surgimento do Direito Penal do Inimigo como uma das tendências clássicas do direito penal da atualidade, principalmente no que concerne a sua tendente expansão criminal.

⁴³ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; ALOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1. p. 68.

⁴⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema Penal máximo X Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁴⁵Idem. Ibidem, p. 27.

Esse fenômeno complexo, classificado por muitos como expansionismo do direito penal, explica-se pela eterna relação de enfrentamento entre os valores máximos resguardados pela sociedade atual, que se resumem na segurança e na liberdade.

Nessa colisão de grandes e importantes valores para a sociedade, surge um grande dilema para a conjectura do próprio sistema penal, que é de um lado garantir o menor sacrifício da liberdade, de todo um grupo social que não atenta contra a ordem jurídica. E do outro lado, promover a maior segurança a todos os cidadãos, de modo indistinto.

Sendo assim, trata-se de um verdadeiro conflito entre dois valores: a liberdade e a segurança, que é cada vez mais intensificada pela desigualdade social e pela separação entre ricos e pobres. Como aduz Zaffaroni:

O certo é que o “navio espacial da terra” leva passageiros de primeira e segunda classe, e sem dúvida também de terceira e como “bilhete de cão”. Isso converte a “comunidade sonhada” (espaço de livre desenvolvimento humano no marco da plena liberdade) em uma “comunidade realmente existente” (espaço de individualismo, rivalidade e consumo), agravando a violência e produzindo reiteradas intervenções penais simbólicas. O problema agora é que a segurança sacrificada em favor da liberdade tende a ser a segurança de outra gente; a liberdade sacrificada em favor da segurança tende a ser liberdade de outra gente.⁴⁶

Atualmente, é demasiadamente perceptível a cerrada discussão doutrinária que se instaurou no campo das ciências penais contemporâneas, atuando com o fulcro de enquadrar um fenômeno da política criminal moderna, que é o próprio avanço do *jus puniendi*, contra certas formas de manifestações delitivas. Essas atuações delitivas seriam caracterizadas por representar um perigo permanente para a sociedade civil – como o terrorismo, a lavagem de dinheiro, o narcotráfico.⁴⁷

Tem-se que as peculiaridades desses delitos atentam diretamente contra a manutenção sólida dos direitos e garantias reconhecidos pela Constituição Federativa do Brasil.

Concretamente, há uma discussão se no novo estado social e democrático de direito há a possibilidade de se permitir a convivência de dois direitos penais. Sabe-se que um

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3ª edição. V.1, São Paulo: RT, 2001. p. 36.

⁴⁷ FRANÇA, Leandro Ayres; BUSATO, Paulo César. **TIPO: Inimigo**. Curitiba: Grupo De Pesquisa Modernas Tendências Do Sistema Criminal, 2011. p. 122.

deles será resguardado para a tutela de um grupo específico de cidadãos, que terão todos os seus direitos protegidos, essencialmente no que concerne a liberdade e a dignidade da pessoa humana. De outro lado, há um direito voltado para todos aqueles que atentarem diretamente a permanência da paz social, que terão grande parte de seus direitos limitados.⁴⁸

Fundamenta-se esta concepção diante dos problemas inerentes à própria manutenção de um modelo de direito penal, que se vê altamente incapaz de resguardar os postulados liberais e que, portanto, deve ser substituído por outro modelo que atente para as necessidades que atualmente se apresentam latentes.

Tem-se que este sistema penal que se apresenta está, pois, ultrapassado pela nova realidade social, que anseia por novas soluções, por novas criminalizações, por maiores proteções jurídicas, que não estão sendo abarcadas por este sistema penal. É, pois, notório que o sistema encontra-se incapaz de cumprir seu papel no enfrentamento de um novo paradigma da criminalidade.⁴⁹

O mundo moderno pressiona por uma velocidade na qual a rapidez nela operada rompe-se com a própria reflexão. Cria-se, portanto, um excesso de confiança na capacidade de respostas que o sistema pode revelar, esperando-se muito dos resultados que este pode dar. Todavia, age-se dessa forma em detrimento do próprio sentimento de justiça, o que leva à construção da teoria de Jakobs.

A lucidez de Mir Puig descreve a situação atual do direito penal:

Junto com a exigência de um Estado mínimo na intervenção econômica, reclama-se uma intervenção cada vez mais intensa na luta contra o delito. Esta assimetria parte da aceitação expressa de uma distinta consideração por parte do estado de cidadãos honrados e de delinquentes. Deixa-se de lado o modelo ilustrado que parte de uma imagem única de cidadão, válida para todas as pessoas, que as confere iguais direitos e deveres. Os criminais já não estão entre os cidadãos em que se tem que retroceder a intervenção do Estado. A justiça penal deixa de ser um sistema de proteção preferencial dos direitos do acusado, para converter-se em um meio de luta contra o delincente e de proteção da vítima. A tendência é desaparecer a simpatia pelo delincente e a preocupação pelos condicionamentos sociais da

⁴⁸ FRANÇA, Leandro Ayres; BUSATO, Paulo César. **TIPO: Inimigo**. Curitiba: Grupo De Pesquisa Modernas Tendências Do Sistema Criminal, 2011. p. 122.

⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 125.

conduta. Agora se admite que os delinquentes são “os outros”, que “nós” e “eles” não tem nada a ver.⁵⁰

Instaurou-se a sociedade do risco, que proporciona a insegurança e a imprevisibilidade das relações sociais. A revolução tecnológica, o aparecimento de novos riscos, de novas condutas mais perigosas, a identificação de outros bens jurídicos merecedores de proteção legal dão causa à expansão, que é caracterizada pelo aumento da atuação legislativa dentro da sociedade brasileira, no que tange o direito penal e o processual penal.⁵¹

A sensação de pânico gerada na sociedade pela violência legitima esse fenômeno de expansão que se vê instaurar, sugerindo um modelo que intervém na vida do cidadão o tempo todo, sem primar por qualquer garantia ao indivíduo, buscando tão somente resguardar a fidelidade à norma, ao sistema.

Práticas de todo arbitrarias são apontadas, são muito bem recebidas pela sociedade, como valor absoluto, não passível de harmonização com outros valores; tudo com o fulcro de resguardar a pseudosseguença ameaçada.

Todos os discursos utilizados com o fim de promoção do interesse geral ou para a necessária manutenção da segurança da coletividade, são usados para legitimar toda essa política expansionista do direito penal. Com o surgimento de novas condutas criminosas e com a especialização na prática das mesmas, o Estado se tornou ineficaz ou mesmo incompetente para a preservação, apuração e repressão da criminalidade.

Diante disso, adotou uma política criminal repressiva, tendente ao aumento do número de tipos penais e ao agravamento das penas já previstas.

Nesse contexto, aparece um discurso que propõe uma necessidade urgente de segurança, legitimando um tratamento diferenciado com determinadas pessoas, convertendo o modelo do controle social do intolerável em um modelo intolerável do controle social, a partir da substituição de um direito penal do risco para um direito penal do inimigo.⁵²

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. **Constituição, direito penal e globalização**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p. 40.

⁵¹ FRANÇA, Leandro Ayres; BUSATO, Paulo César. **TIPO: Inimigo**. Curitiba: Grupo De Pesquisa Modernas Tendências Do Sistema Criminal, 2011. p. 145.

⁵² Idem. Ibidem, p. 145-146.

Eugenio Raúl Zaffaroni destaca a diferenciação que pende sobre determinados indivíduos, que possuindo algum tratamento diferente, são tratados como “perigosas ou daninhas”. Dessa sorte, o sistema penal nega a essas pessoas as garantias fundamentais. Assim, postula:

Os perigos que mais tememos são imediatos: compreensivelmente, também desejamos que os remédios sejam, “desses rápidos”, oferecendo alívio imediato, com analgésicos prontos para o consumo. Embora as raízes do perigo possam ser dispersadas e confusas, queremos que nossas defesas sejam simples e prontas a serem empregadas aqui e agora. Ficamos indignados diante de qualquer solução que não consiga prometer efeitos rápidos, fáceis de atingir, exigindo em vez disso um tempo longo, talvez indefinidamente longo, para mostrar resultados. Ainda mais indignados ficamos diante de soluções que exijam atenção as nossas próprias falhas e iniquidades. E abominamos totalmente a ideia de que, a esse respeito, há pouca diferença, se é que alguma, entre nós, os filhos da luz, e eles, as crias das sombras.⁵³

Diante do que acima foi exposto, levando em consideração a doutrina tradicional do direito penal, em contraposição ao expansionismo verificado nos dias atuais, que prima pela maior segurança em detrimento de maiores limitações de direitos e da liberdade pessoal, surgem as velocidades do direito penal. Assim, para Jesus Maria Silva Sánchez, existem três velocidades do Direito.⁵⁴

A primeira velocidade do Direito Penal é a sua forma normal, que prima pela proteção do cidadão, aplicando-lhe a pena privativa de liberdade. Quando se fala em direito penal de segunda velocidade reconhece-se a aplicação de penas restritivas de direito e as multas, tendo em vista que com o surgimento de novos delitos, não era possível que o Estado mantivesse a pena de prisão. Já quando se fala em direito penal de terceira velocidade, reconhece-se a junção das outras etapas, culminando na aplicação de penas privativas de liberdade e na restrição de direitos e garantias do indivíduo.

O advento de um Direito de “terceira velocidade” pautado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais, antecipação da tutela penal, adoção de tipos de perigo abstrato e normas penais em branco, concomitante com a adoção de regimes rigorosos

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2. Ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renan, 2007. p. 11.

⁵⁴ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

de cumprimento de penas privativas de liberdade, configura a maximização de um direito penal, que confronta diretamente com o princípio da intervenção mínima do Estado. Assiste-se ao despertar das primeiras definições das políticas criminais que se voltam para o combate dos inimigos, e que por ser assim, pode gerar a imputação de penas injustas e desumanas, e por ser assim, desproporcionais.⁵⁵

Diante da impossibilidade de definir, com tamanha certeza, qual a função que se apresenta ao direito penal, tem-se que confrontar a sua teoria clássica, baseada nos princípios da igualdade, da adequação social, da legalidade, da mínima intervenção ou *ultima ratio*, com os ditames do novo modelo proposto pelo mundo social. Este vive em meio a globalização, ao neoliberalismo, ao risco, a insegurança, aos crimes bárbaros - estando desolado de uma política criminal mais concreta e que se posicione perante as transformações que pendem na realidade social.

Neste diapasão, tem-se que há um liame que se estabelece de modo contínuo entre os diversos movimentos que foram até então apresentados, sendo que de um lado há o minimalismo reformista, e do outro há a busca pela efetividade do direito penal, buscando relegitimar o direito penal, paradoxalmente, a expansão deste sistema. Dessa sorte, o que se apresenta ao nosso tempo é a concorrência entre o eficientismo, focado na necessidade de punir mais, e a repulsa ao abolicionismo.⁵⁶ E assim estabelece Scheerer:

O fato é que a maioria das pessoas ainda acredita que o sistema de justiça penal é uma resposta razoável ao crime – e talvez a melhor. A maioria das pessoas pensa que seria tolice abandonar isso sem favor de alguns ideais vagos. Na opinião deles, tal estratégia – uma vez utilizada – resultaria mais provavelmente em uma catástrofe social ou ao menos em uma sociedade na qual poucas pessoas gostariam de viver.⁵⁷

Dessa sorte, é extremamente necessário se posicionar diante das nuances do controle penal, de modo a permitir uma decisão clara, que seja capaz de alcançar a vida de cada um.

⁵⁵ SAKAUE, Jéssica Tiemi. **Direito Penal do inimigo**. Encontro De Iniciação Científica, São Paulo, v. 5, n. 5, p.1-9, 2009.

⁵⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos E Abolicionismos: A Crise Do Sistema Penal Entre A Deslegitimação E A Expansão**. Revista Da Escmesc, Florianópolis, v. 13, n. 19, p.459-487, 28 jul. 2006.

⁵⁷ SCHEERER, Sebastian. *Hacia el abolicionismo*. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER; MATHIESEN. **Abolicionismo penal**. Trad. Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989. P. 219.

Assim, decidindo-se pela permanência do sistema que ora se apresenta, deve-se ter a mentalidade de que este sistema tem a sua eternidade condicionada a sua própria funcionalidade. Sendo esta eternidade determinada pela violência e pela dor, mostra-se uma necessidade extremada de mudança, que se opera sobre todas as instituições, sendo um problema autêntico de poder e cidadania.

As características principais da política criminal praticada nos últimos anos resumem-se nesta expansão do Direito Penal. Corrobora-se com este entendimento, o fato de que no momento atual o fenômeno que mais vem se destacando na evolução atual das legislações penais do mundo ocidental, tem sido o surgimento de múltiplas figuras novas, acompanhado de uma atividade de reforma dos novos tipos penais que já existem.⁵⁸

Nesta linha de evolução, concernente ao expansionismo do direito penal e o seu conseqüente punitivismo, há o espaço suficiente para a colocação do Direito Penal do Inimigo, pois diante da megacriminalização que se opera e de todo o clamor social para punir mais, surge a configuração do inimigo da sociedade. Este é aquele que deve ter a maior pena aplicada, de modo a ser extirpado do convívio social, para poder, só assim, restaurar a segurança, que é o direito que tem sido mais valorado pela sociedade moderna.

Dessa forma, gerar a construção do inimigo, só se faz possível diante da análise do movimento expansionista do direito penal, pois é diante da configuração de novos tipos penais ou da maior criminalização, que a determinação do inimigo tem suporte para configurar a contenção a esse direito penal em crescimento. Ademais, só considerando esta filiação na política criminal moderna, poder-se-á apreender-se o fenômeno que ora se propõe analisar, que é o Direito Penal do Inimigo.

Logo, buscou-se neste capítulo analisar as funções que podem desempenhar o Direito Penal, sendo que este só pode fundamentar-se tendo como pressuposto a sua intervenção *ultima ratio*, quando for extremamente necessária e adequada a sua atuação. Todavia, a sociedade não se contenta mais com este tipo de atuação, tendo em vista que se vê a mercê de tantos ataques e crimes cada vez mais violentos. Assim, clama pela tutela penal, que está se alargando, seja no âmbito legislativo, seja na restrição de direitos.

⁵⁸ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56.

Logo, o expansionismo penal é a política criminal que ganha força na conjuntura brasileira, e dentro desta, cria-se o conceito de inimigo da sociedade, que deve ser combatido, para a garantia de direitos, isto é, da segurança.

Por isso, cumpre analisar no capítulo que se segue, os pressupostos da teoria de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, sua origem, características, críticas e os reflexos que tem operado na atualidade brasileira.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO GUNTHER JAKOBS.

No presente capítulo, pretende-se examinar, com toda brevidade, o conceito que se pode denotar do Direito Penal do Inimigo, de modo que se possa verificar o seu significado para a própria teoria do Direito Penal, e conseqüentemente, avaliar as suas possíveis aplicações político-criminais.

Dessa sorte, buscar-se-á analisar as características que são intrínsecas desta teoria, iniciando pelo funcionalismo sistêmico proposto por Gunther Jakobs. Será apresentada a distinção que prepondera entre a ideia de inimigo e a condição de cidadão. Ademais, serão apresentadas as críticas consistentes contra esta teoria e a sua verdadeira importância para o sistema penal contemporâneo, decorrente da extrema expansão que reverbera na atualidade.

Deve-se entender que Direito penal do inimigo não pretende ter sempre uma denominação pejorativa, como a própria terminologia “inimigo” traduz. Certamente, um Direito penal do inimigo é indicação de uma pacificação que não se operou de modo suficiente; além do que, implica em um comportamento desenvolvido com base em regras, contrariando a configuração de uma conduta espontânea e descontrolada.

2.1 ALGUNS APONTAMENTOS RELATIVOS AO FUNCIONALISMO RADICAL SISTÊMICO DE JAKOBS.

Reconhecer os diversos pontos de vistas que se põem hoje e compreender as enormes mudanças operadas na dogmática penal, depende de um exame prévio do pensamento sistemático teleológico-racional (funcional).

Conforme a necessidade de relegitimar o sistema, tem-se que Kaufmann ao analisar a teoria sistêmica, que é o pressuposto para o funcionalismo, afirma que por meio desta não há correção, ou justiça ou o que seja verdadeiro, importa apenas que o sistema funcione.⁵⁹

Cabe primeiramente definir o que é a imputação objetiva. Esta surge como forma de modificação do conteúdo do tipo objetivo, estabelecendo que não basta a presença dos elementos da ação, causalidade e do resultado, para que assim possa se ter a configuração

⁵⁹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho, teoria del derecho, dogmática jurídica*. Trad. Gregorio Robles Morchón. Madrid: Debate, 1992. p.133.

de um fato objetivamente típico. Prima, necessariamente, pela criação de um risco que seja juridicamente desaprovado.⁶⁰

Os funcionalistas afirmam que a norma penal deve ser cumprida com o fim de garantir o seu próprio funcionamento, de modo a evidenciar a todos que a norma possui validade, em detrimento da proteção de qualquer bem jurídico considerado essencial à sociedade. Reconhecem que o direito penal volta-se para a definição de uma missão, seja essa na defesa de bens jurídicos ou na proteção da norma penal em si.⁶¹

Neste ponto, a teoria funcionalista de Roxin adquire o seu progresso, pois produz a definição de que os valores e as finalidades fundamentais só serão fornecidos se forem adequados à política criminal, e esta política não é qualquer outra, a não ser a política do Estado social e democrático de Direito, que prescreve que ao direito penal cabe a função subsidiária de proteção dos bens jurídicos, por meio da prevenção geral e especial.⁶²

Na análise da visão funcionalista, todos os conceitos jurídicos devem ser reunidos de forma a satisfazer as funções do próprio sistema penal, que para Roxin, volta-se para a tutela constitucional subsidiária de bens jurídicos, que são essenciais à vida social.

Nasce, neste ponto, a função preventiva positiva do direito penal, que orienta a essência da teoria funcionalista de Jakobs. Esta definição consiste em dizer que o direito penal só se legitimará quando visar atuar para a reafirmação do ordenamento jurídico violado.⁶³

Assim, a funcionalização do tipo faz com que somente determinadas condutas tornem-se relevantes para o direito, quando criam um risco que não é permitido para o mundo social.

Preleciona Roxin dessa forma:

⁶⁰ ROXIN, Claus; GRECO, Tradução: Luís. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002. p. 7-8.

⁶¹ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Trad. Ana Lúcia Sabadell. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 2, n.5, jan-mar. 1994. p. 21.

⁶² ROXIN, Claus; Tradução: Luís Greco. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002. P 64.

⁶³ Idem. Ibidem, p. 65.

Assim, se direito penal proíbe condutas para proteger bens jurídicos, é óbvio que só fará sentido proibir condutas que, de alguma forma, as ameacem, noutras palavras, condutas que sejam perigosas.⁶⁴

Essa síntese histórica tem na vigente estrutura dogmática político-criminal sua fase que mais interessa para o presente trabalho. Definir que o funcionalismo age em prol de colocar o direito penal em função de algo, dependente da teoria que se põe a adotar. Conforme o que estabelece Roxin, haverá a proteção de bens jurídicos. Todavia, Jakobs defende que a função do direito penal é a reafirmação da vigência da norma, com a finalidade de protegê-la.

Dessa forma, o funcionalismo voltou-se para a configuração de uma função ou missão para o direito penal. Todavia, esta missão do direito penal apresenta-se de modo diferente, a depender do teórico a ser adotado. Assim, conforme as ideias de Roxin, o seu funcionalismo é moderado ou teleológico, de modo que o direito penal volta-se apenas para a tutela de bens jurídicos penais, sendo aqueles de grande relevância para o ordenamento jurídico. Já Gunther Jakobs, fundamenta a sua teoria funcionalista radical sistêmica, tendo como pressuposto a valoração da norma, e conseqüentemente, do sistema penal como um todo.

Sendo assim, ao reconhecer a teoria do Direito Penal do Inimigo, deve-se ter como foco a análise da Teoria Funcionalista Radical Sistêmica de Jakobs, que é fundamentada na valoração da norma, e não na tutela de bens jurídicos.

Ademais, deve-se reconhecer que Jakobs foi o mais importante seguidor de Welzel, e iniciou a sua trajetória, neste ponto, consoante os ensinamentos de seu mestre, isto é, analisando a teoria finalista da ação. Assim, atribuiu ao direito penal uma função que ia muito além da retribuição do mal, que decorresse do ilícito penal.⁶⁵

Para a teoria causalista, a ação é a consequência de um ato voluntário com um conteúdo qualquer. Dessa forma, para uma ação ser imputável a seu agente, bastaria que fosse voluntária, mesmo que não se dirigisse a lesionar qualquer bem jurídico, pois havia

⁶⁴ ROXIN, Claus; Tradução: Luís Greco. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002. p. 148.

⁶⁵ MORAES, Vinicius Borges de. **Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Gunther Jakobs**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 74, 2008. p. 9-33.

dispensa do dolo ou da culpa. Welzel rompe com esta concepção, configurando uma ação humana como o exercício de uma atividade final, corroborando para o seu conceito: *a conduta é uma ação consciente voltada para uma determinada finalidade*. Portanto, o sentido social de uma ação é definido não apenas pelo seu resultado, mas também pela vontade que é desprendida pelo indivíduo. ⁶⁶

Neste diapasão, confere-se a Jakobs o seu potencial de não se desvencilhar do cunho social do ordenamento, inclusive sustentando que o direito não se volta para proteger bens jurídicos, mas sim para garantir a influência mútua entre as pessoas.

O caráter punitivo do direito penal encontra-se na manutenção da previsibilidade das relações sociais, e assim, pretende-se sedimentar a vigência da norma. Dessa sorte, o direito penal volta-se para a tutela da vigência normativa, com o objetivo de garantir as relações sociais. ⁶⁷

Pode-se concluir que a teoria causalista pune a ação que reverbera em um resultado; a teoria finalista da ação pretende gerar um fim social ao direito, razão pela qual deve considerar o fim a que pretendia o agente.

Neste contexto, Jakobs reformula estas concepções e trás para a análise da tipicidade o elemento do risco socialmente permitido, que compreende a finalidade social da norma. Assim, para gerar um fato típico não basta que este tenha apenas um resultado (como prepondera a teoria causalista); ou que se vincule a uma conduta orientada para o finalismo. Necessário é haver conduta, nexos, resultado e a extrapolação de um risco socialmente permitido. Portanto, essa inclusão realizada pela teoria da imputação objetiva trouxe diversas modificações na função do direito penal, pois houve a inclusão do elemento do risco permitido no conceito de crime, de modo a transferir a tutela que pendia sobre os bens jurídicos, para a proteção da vigência da norma. ⁶⁸

Assim, a conduta do agente deve superar a barreira do risco admitido e aceito socialmente. Jakobs afirma que a função do Direito Penal é assegurar a vigência das

⁶⁶ MORAES, Vinicius Borges de. **Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Gunther Jakobs**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 74, 2008. p. 9-33.

⁶⁷ Idem. Ibidem.

⁶⁸ Idem. Ibidem.

normas jurídicas, enquanto modelo de ordem social, como forma de preservação do sistema penal. Dessa forma:

A pena é coação; é coação de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo, significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.⁶⁹

Entender este ponto de vista é demasiado crucial para a compreensão de todo o trabalho que se expõe, principalmente, no que concerne a concepção do funcionalismo para o teórico Jakobs, e sua relação com a tese do Direito penal do Inimigo.

Com efeito, o funcionalismo proposto por Jakobs é o mais radical, pois rompe totalmente com a ideia de tutela ao bem jurídico penal, estabelecendo um direito penal que é, na sua essência, exclusivamente formalístico e potencialmente despótico, que acaba sendo ilimitado.⁷⁰

Gunther Jakobs na conceituação do funcionalismo sistêmico estabelece a sua importância:

Quem viola a norma, antes de destruir um bem jurídico, antes de eliminar uma vida ou destruir o patrimônio alheio, exterioriza um esboço de um mundo, de um mundo no qual a norma não vige. Esta visão de mundo de delinquente desafia a visão dos demais membros da sociedade, que se veem inseguros, desorientados quanto a qual das visões realmente prevalece. O comportamento contrário à norma perturba a orientação.⁷¹

Esta funcionalização ou instrumentalização do indivíduo fere o pressuposto básico de todo ordenamento jurídico, que pretende ser democrático e sustentado no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que faz toda pessoa ser tomada como um fim e não

⁶⁹ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In. CALLEGARI, André Luís; GIA COMOLLI, Nereu José (Orgs. e tradução). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 22.

⁷⁰ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. 3º São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003. p.38.

⁷¹ ROXIN, Claus; Tradução: Luís Greco. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002. p.121-122.

como um meio, na busca de qualquer outra finalidade formal, que não a tutela aos seus próprios bens jurídicos.⁷²

Sendo assim, o direito se utilizará do comportamento violador à norma, da sua imputação ao autor e a consequente punição deste, para gerar a reafirmação do próprio ordenamento jurídico.

Jakobs define a sociedade como um sistema operado por meio da comunicação, e enquanto essa se estabelece dessa forma, funciona por meio de nexos de expectativas. Isto quer dizer que cada elemento da sociedade acredita que o outro se comportará de determinada maneira e sendo assim, orientará o seu comportamento conforme as expectativas de cada um. Normas para ele são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente (contra os fatos – o desrespeito da norma não a torna errada, mas faz com que ela subsista, definindo um comportamento contrário e violador).⁷³

Reconhece a sociedade como um todo coeso e que funciona harmonicamente, sendo que os indivíduos que a compõem desempenham uma função específica, que permite a lógica do sistema. Assim, estabelece que o direito não tem que proteger determinados valores, mas apenas assegurar a validade do sistema penal, e garantir a sua função, que é a proteção a sua norma.⁷⁴

Sendo assim, aquele indivíduo que exerce uma função social, de modo específico, mas que desvia de todas as expectativas que lhe são atribuídas pela sociedade, promovendo um risco ou cometendo um delito que ponha em risco a existência do próprio Estado, deverá possuir o tratamento de inimigo. Este é o sujeito que viola o contrato específico firmado com a sociedade.

O indivíduo que por meio de sua conduta, ou ocupação profissional, ou até mesmo, por vinculação a organizações, abandona o direito de modo duradouro, e não meramente temporário, terá o tratamento de inimigo.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3ª edição. V.1, São Paulo: RT, 2001. p. 466.

⁷³ ROXIN, Claus; Tradução: Luís Greco. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002. p. 123.

⁷⁴ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. 3º São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003. p. 36.

Corroborando com o exposto, tem-se que Gunther Jakobs surge com a formulação da proposta do Direito Penal do Inimigo. Apresenta-se como uma proposição no campo da política criminal, com caracteres que lhe são inerentes, e que refletem o vigente punitivismo intervencionista do Estado, totalmente demonstrado na configuração expansionista do direito penal, que se perpetua nos dias atuais.

Cumprido estabelecer que Jakobs, defronte ao expansionismo latente, apresenta uma proposta de contenção, que provocou o mais amplo debate, chamando-a de direito penal do inimigo, e propondo um tratamento diferenciado a alguns delinquentes, mediante a adoção de medidas de contenção, como tática destinada a deter o avanço desta tendência que ameaça invadir o campo penal.⁷⁵

Por fim, é por meio dessa observação apresentada neste tópico, que poder-se-á compreender, de forma mais clara, o que pretendeu Jakobs com a proposição da sua teoria do Direito Penal do Inimigo. Assim, entender estas questões preliminares é o ponto crucial para o devido conhecimento do que será apresentado no momento seguinte.

2.2 ORIGEM DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

Nas últimas décadas ocorreu uma latente alteração no campo da política criminal, de modo que diante da celeuma entre as políticas abolicionistas e minimalistas, passou-se a verificar um debate sobre o expansionismo do poder punitivo. E é nele que o tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão.⁷⁶

Diante do Direito Penal da contemporaneidade, que clama por uma maior eficiência na penalização ou punição, como forma de gerar uma resposta a todo custo à sociedade, surge uma das mais controversas teorizações da atualidade, que é o Direito Penal do Inimigo, devidamente formulada pelo penalista alemão Gunther Jakobs, que pode ser configurada como um instrumento a promover a tranquilidade social, voltado à megacriminalização da sociedade de risco.⁷⁷

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2. Ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renan, 2007. p. 155.

⁷⁶ Idem. *Ibidem*, p. 13.

⁷⁷ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62.

Ademais, reconhecer a importância de se proceder a uma investigação no campo do direito penal do inimigo é estabelecer, primeiramente, a noção de que este direito penal apresenta-se no campo meramente formal, que difere estruturalmente da imputação que é praticada normalmente sob esta denominação.⁷⁸

O dilema científico que se põe sobre a legitimidade da aplicação de um direito penal parcial àqueles que geram risco a toda sociedade, ainda repercute nas diversas academias de todo o mundo. São inúmeros os argumentos que se apresentam para a defesa da teoria, como também na sua contradição. Tem-se que todos estes buscam encontrar formas de conter a criminalidade moderna e preservar a finalidade de *ultima ratio* do direito penal.⁷⁹

Dessa sorte, deve-se ponderar a necessidade urgente de se reestruturar e legitimar o sistema criminal, que decorre do desenvolvimento dos instrumentos utilizados pelos modernos agentes criminosos, que foram demasiadamente agravados pelo fenômeno da globalização.⁸⁰

Corroborando com este entendimento, o fato de que há uma tensão entre a apresentação de um direito penal de intervenção mínima, contraposto a sua utilização como meio de banir comportamentos que são indesejados no meio social, coadunando com as características apresentadas pela nova sociedade – do risco.

Neste novo panorama social, observa-se uma criminalidade que não está centrada apenas na obtenção de vantagem fácil, atentando contra as estruturas do próprio Estado de Direito. Assim, o direito passa a lutar pela preservação de sua funcionalidade, pela manutenção do próprio sistema penal.⁸¹

Portanto, é neste meio que se tem a formulação da proposta do direito penal parcial, que é o direito penal do inimigo, devidamente formulado por Gunther Jakobs.

Jakobs, no ano de 1985, num seminário realizado em Frankfurt, após extensa análise dos dispositivos e construções jurídicas desenvolvidas no direito penal,

⁷⁸ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56.

⁷⁹ MORAES, Vinicius Borges de. **Como teoria da vigência da norma e da pessoa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 74, p.9-33, ser/out, 2008.

⁸⁰ Idem. Ibidem.

⁸¹ Idem. Ibidem.

conclui, de forma crítica, que havia desenvolvido um direito penal parcial, que chamou de direito penal do inimigo. Na época, esse discurso desenhado por Jakobs, rompeu-lhe inúmeros aplausos. Já em 1999, durante a Conferência do Milênio, realizada em Berlim, reverteu-se em um discurso de defesa deste mesmo direito, que fora anteriormente criticado por ele.⁸²

Todavia, a crítica perpetrada por Jakobs na Conferência de 1985, atingiu preceitos jurídicos penais de forma ampla, ao passo que, em 1999, restringiu o seu discurso a conferir o direito penal do inimigo como a única alternativa válida para gerar o fim dos delitos de natureza grave, que em especial, tratou dos terroristas. Ainda, sustentou que aquele que possui comportamento que atenta contra a própria estrutura do Estado, de modo permanente, merece ser tratado de inimigo, logo, não pessoa. Assim, é este o cerne da teoria de Jakobs.⁸³

Jakobs ao argumentar a sua proposição fundamentou-se no resgate das teorias contratualistas, que estabeleciam um inimigo como violador das normas estabelecidas no contrato social, e por ser assim, acaba por abdicar de seu status de cidadão.⁸⁴ Fundamentando o seu trabalho nestes filósofos, especialmente, Hobbes e Kant, Jakobs robusteceu sua concepção com tamanha lógica e coerência, que qualquer superficial ataque, seria dado como insuficiente de sentido.

Em artigo lançado no ano de 1985, no seminário sobre o direito penal, Jakobs identificou uma extensa área do direito penal alemão na qual se vislumbravam caracteres de um modelo de direito penal muito distinto dos paradigmas do modelo ilustrado, a que se chamou de direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), e traçou a distinção entre essa e a área restante do sistema, o direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*).⁸⁵

Sendo assim, Jakobs propõe a adoção da dicotomia conceitual Direito Penal do Inimigo versus Direito Penal do Cidadão, como forma de designar as concepções das quais deve partir o Direito Penal ao enfrentar a criminalidade no contexto mundial atual, sob a alegação de que, sem essa diferenciação, não existe alternativa para o combate a determinadas

⁸² MORAES, Vinicius Borges de. **Como teoria da vigência da norma e da pessoa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 74, p.9-33, ser/out, 2008.

⁸³ Idem. Ibidem.

⁸⁴ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74.

⁸⁵ FRANÇA, Leandro Ayres; BUSATO, Paulo César. **TIPO: Inimigo**. Curitiba: Grupo De Pesquisa Modernas Tendências Do Sistema Criminal, 2011. p. 76.

formas de delinquência, especialmente no que se refere aos terroristas e às organizações criminosas.⁸⁶

Neste diapasão, Jakobs apresenta sua perspectiva:

O direito penal pode ver no autor um cidadão, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos.⁸⁷

Jakobs ao conceituar a sua teoria, percebeu a necessidade de buscar a legitimação do direito penal do inimigo como parte integrante do direito penal, sendo, todavia, um direito penal de emergência, com vigência em caráter excepcional e direcionado ao não cidadão. Sua resignada aceitação e sua infundada pretensão de aspirar contê-la, somadas ao seu entusiasmo com a legislação repressiva, contudo, contribuíram para a legitimação do direito penal do inimigo, sendo que sua declaração de guerra se voltou para os inimigos da sociedade, com preocupação orientada a delitos graves, como o terrorismo.⁸⁸

Assim, no ano de 2002 Jakobs esclareceu a sua concepção de pessoa como o cidadão que pode ser arrolado do mesmo modo que uma pessoa fiel ao direito, argumento que aqueceu um pouco mais o debate sobre o tema, ao criar e identificar a categoria de não pessoas. O arremate de seu incêndio ocorreu com a publicação de *Direito Penal do Inimigo*, em 2003, quando Jakobs abandonou sua contenção descritiva e crítica e passou a empunhar a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.⁸⁹

O que se verifica na teoria Jakobsiana é a introdução de elementos que são próprios do Estado total no interior do Estado de direito, o que resulta na implosão deste por aquele e na ruína da responsabilidade científica.

⁸⁶ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62.

⁸⁷ GRECO, Luis. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, São Paulo, v. 6, n. 7, p.211-247, dez. 2005.

⁸⁸ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 76.

⁸⁹ Idem. *Ibidem*, p. 77.

Apesar de ser uma postura radical, não há como negar a coerência dos argumentos apresentados por Jakobs. Talvez, seja por este grande motivo, que esta teoria vem sendo palco de grandes discussões na contemporaneidade, tendo em vista que não se pode negar que ela serve-se, no mínimo, como alerta de uma possível e necessária mudança na estrutura do sistema penal, que se encontra eminentemente ineficiente.

Por ser assim, faz-se necessário traçar as características que delimitam a essência da teoria criada e defendida pelo teórico Gunther Jakobs, pois somente desta forma, poder-se-á obter fundamentos necessários para se posicionar diante da celeuma que o presente trabalho se propõe a analisar, qual seja a constituição do Direito Penal do Inimigo na conjuntura do Estado garantista, que prima pela concretização dos direitos e das garantias fundamentais.

2.3 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

Possuindo sua origem que remonta há pouco mais de uma década, a Teoria do Direito Penal do Inimigo parece ganhar novos rumos conforme se estabelece a expansão do direito penal. Por meio desta teoria, há a construção de dois polos antagônicos, sendo que de um lado estabelecem-se os cidadãos, que resguardam todas as garantias que lhes são inerentes; e do outro lado, apresentam-se os chamados inimigos, que perdem as garantias penais e processuais.

Diferentemente do cidadão que delinuiu, o inimigo é aquele que se afasta do ordenamento jurídico de modo permanente, rompendo com toda a tranquilidade social. Não oferece nenhuma garantia à fidelidade da norma, o que é imprescindível para ser tratado como pessoa pelo direito.⁹⁰ É por ser assim, que o Direito Penal do Inimigo concebe a ideia de um inimigo que age de modo habitual. Por isso, explana Martin:

Posto que a existência dos inimigos no nosso sentido descrito em um fato real, e posto que a falta de segurança cognitiva existentes com o respeito a eles – isto é, o perigo que os mesmos representam para a vigência do ordenamento jurídico – é um problema que não pode ser resolvido com o direito penal ordinário (do cidadão), nem tampouco com meios policiais, por isso surge a necessidade – que não tem nenhuma alternativa possível – de

⁹⁰ JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19-70.

configurar um direito penal do inimigo, diferenciando os princípios e suas regras.⁹¹

Argumenta Jakobs para sedimentar a sua segregação em cidadãos e inimigos:

O direito penal do cidadão é o direito de todos, o direito penal do inimigo e daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só a coação física, até chegar à guerra. O direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo combate perigos.⁹²

A partir de um modelo posto, os indivíduos vinculam-se por meio de um ordenamento jurídico. Todavia, Jakobs apresenta a instituição do indivíduo perigoso, que recebe o nome de inimigo, sobre o qual se aplica um não direito. Assim, Cancio Meliá estabelece:

O direito conhece os dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate a periculosidade.⁹³

Jakobs apresenta um novo sistema para o direito penal, de modo que esboça uma renormatização dos conceitos jurídico-penais, voltado para orientá-los conforme a função que propõe ao direito penal. Esta função é tão somente a garantia da funcionalidade do sistema, isto é, a proteção da norma jurídica, não se preocupando com a tutela dos bens jurídicos.

Corroborando com este pensar, tem-se que a teoria analisada e proposta por Jakobs tinha como um de seus pressupostos a antecipação da punibilidade. Esta se fundamenta no princípio de proteção aos bens jurídicos, que conseqüentemente, induz à legitimidade de tudo aquilo que se relaciona de forma positiva com o conceito de bem jurídico. Assim, antecipa-se a punibilidade para os atos que sejam meramente preparatórios da conduta delitiva, uma vez que busca combater os sinais de perigos realizados pelo indivíduo.

⁹¹ MARTÍN, Luis Gracia. **Considerações críticas sobre o atualmente denominado “Derecho penal del enemigo”**. Revista eletrônica de ciência penal y Criminología. Disponível em: <<http://criminer.urg.es/recpc>>. Acesso em: 10.05.2013.

⁹² JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**, p. 30

⁹³ Idem. *Ibidem*, p. 10-12.

Por ser assim, o autor não é apenas potencialmente perigoso para os bens da vítima, mas ataca todo um ordenamento jurídico, violando a esfera de fidelidade que pende sobre sua relação com o Estado, e por ser assim, deve ser extirpado da sociedade.⁹⁴

Cumpra asseverar que a noção de inimigo remonta à cultura romana, que promovia a distinção entre o *inimicus* e o *hostis*, de forma que o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o inimigo político era o *hostis*. Assim, o estrangeiro, o *hostis*, o estranho e o inimigo, careciam de direitos em termos absolutos, pois encontravam-se fora da realidade social.⁹⁵

Ademais, o estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo que abarcará todos aqueles que incomodam o poder estatal, sendo para a cultura daquela época os rebelados, indisciplinados ou simples estrangeiros, e sendo assim, inspiram a falta de confiança e mereciam ser contidos.⁹⁶

Este é, pois, um conceito que atravessou toda a história do direito ocidental e apresenta-se, cada vez mais clamado, na atual conjectura do direito penal, refletindo no pensamento de juristas, de teóricos políticos, mas também de toda a sociedade.

Jakobs, ainda na concepção do inimigo, parte do normativismo para estabelecer que o inimigo não deve ser considerado pessoa, tendo em vista que alguns seres humanos são perigosos e que por si só devem ser segregados e eliminados do convívio social. Reconhecer este postulado é estabelecer um paralelo com toda a proposta de contenção existente no direito penal do século XX. Assim, o que propõe Jakobs não deve ser visto como um alvoroço, mas sim como uma evolução do pensamento do *hostis* e do estrangeiro.⁹⁷

Diante desse normativismo proposto por Jakobs, tem-se que a validade da norma se opera mediante uma relação triangular que existe entre o violador da norma, o atingido pela violação da norma e a própria norma. Analiticamente, resulta que a expectativa que pende sobre a conduta do indivíduo e sobre a violação da norma, continua sendo limitada

⁹⁴ JAKOBS, Gunther. Trad. André Luís Callegari. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo: Revistas Dos Tribunais, 2000.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Evan, 2007, p. 22.

⁹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 23.

⁹⁷ Idem. *Ibidem*, p. 162.

a casos isolados, e que assim conclui-se para a validade da norma. Disso resulta que a validade da norma pode sofrer lesão por meio da violação da norma, como por meio da lesão de confiança do atingido pela norma, não importando o modo como isso ocorra, bastando que gere perigo.⁹⁸

É por isso, que crimes de ameaça, de perturbação da paz pública tornam-se puníveis por meio desta teoria, que busca analisar a periculosidade do indivíduo, o dano que pode vir a causar à sociedade, formando um direito penal do autor, vinculado à condição do indivíduo pelo que ele é. Diversamente de uma análise operada pelo juízo da culpabilidade, que configura a existência de um direito penal do fato. Assim, Jakobs prima sempre pela ideia de proteção da confiança normativa.

Como resposta a frustração da expectativa normativa operada pelo indivíduo, por romper o que é conceituado como garantia cognitiva mínima, Jakobs estabelece que a pena servirá como o meio de se garantir a segurança cognitiva da vigência da norma.⁹⁹ Dessa sorte, surge a configuração de uma desproporcionalidade na aplicação da pena, que buscará eliminar um perigo, e que por ser assim, será a maior possível, para que o indivíduo possa ficar o maior tempo longe da sociedade, sem romper com a norma e sem ferir a fidelidade normativa.

A pena é imposta com o fim de demonstrar a toda coletividade que a norma segue vigente, que a especial noção do mundo de delinquente foi combatida, e que as demais condutas sociais podem seguir sendo orientadas com base naquela norma, que foi devidamente aplicada. Assim, Gunther Jakobs garante as expectativas de todos os demais indivíduos da sociedade sobre aquela norma.¹⁰⁰

Ainda, a teoria de Jakobs só faz sentido se sedimentada sobre um Estado Democrático, tendo em vista que prima pelo rompimento dos direitos e das garantias que são inerentes ao indivíduo. Busca habilitar o poder punitivo, de modo que este atue na contenção

⁹⁸ BUNG, Jochen; Trad. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 62, p.107-133, set/out, 2006. p. 118

⁹⁹ Idem. Ibidem.

¹⁰⁰ LYNNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Gunther Jakobs**. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 11-29.

dos entes perigosos, e assim, possa impedir que todo o sistema penal acabe por se contaminar pela atuação do inimigo.

Assim, as características do Direito Penal do inimigo são a antecipação da intervenção penal, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias penais e processuais penais do Estado de Direito. Ademais, busca-se eliminar um perigo. Estabelece Gunther Jakobs:

A punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.¹⁰¹

Por isso, o Direito Penal do Inimigo não busca, tão somente, compensar um dano causado à vigência da norma, como ocorre no Direito Penal do cidadão, mas prima essencialmente pela eliminação do perigo representado por indivíduos, tratados como não pessoas.

Argumenta que o tratamento do inimigo será dado de forma rigorosa, mas dentro do que for estritamente necessário, de modo que por meio da atuação do poder punitivo o indivíduo possa ser neutralizado, perdendo alguns de seus direitos, mas mantendo todos os demais direitos que lhe garantam o retorno.

O Direito Penal do inimigo é uma teoria que se volta para impedir a destruição do ordenamento jurídico, na sua concepção eminentemente funcionalista, e assim, evitar, por consequência, a destruição da sociedade. Concebe-se sobre a nova vertente social expansionista, como forma de contenção à criminalidade.

Após esta breve análise, estabelecida sobre os elementos definidores da teoria de Gunther Jakobs, permite-se concluir que, na forma em que se propõe na atualidade, há uma grande contrariedade de seus postulados com a finalidade adquirida e aplicada no direito penal, como também com o modelo aplicável ao Estado Democrático de Direito.

Com efeito, com as crescentes discussões que pendem sobre a teoria desenvolvida por Jakobs, surgiram inúmeros doutrinadores apresentando críticas ao que era formulado, e por ser assim, cumpre apresentá-las, para se obter ponderações inerentes a ambos os lados da dogmática jurídica construída.

¹⁰¹ JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19-70.

2.4 CRÍTICAS PREPONDERANTES À TEORIA DE GUNTHER JAKOBS.

Segundo o discurso do Direito Penal do inimigo, este se destina àqueles que abandonaram de forma definitiva o Direito, o que se infere a partir da habitualidade delitiva e da reincidência que lhes são peculiares. No entanto, este Direito que deve ser violado para que possa aparecer a figura do inimigo é o Direito Penal do cidadão. Desta lógica, há que se configurar que um direito só pode ser violado por quem seja efetivamente destinatário de normas, isto é, pelo próprio cidadão. Para se comprovar a existência de um crime, deve-se submeter o infrator a um processo, que também, e não diferente, será regido pelo Direito Penal do cidadão, sendo garantido todos os direitos que são a eles inerentes, inclusive o princípio da não culpabilidade.¹⁰²

Dessa forma, comprovada a prática delitiva do agente infrator, será, desde logo, submetido à aplicação da pena, que também estará sobre o crivo das regras do Direito Penal do cidadão, pois foi este direito que se viu violado. Assim também afirma Jakobs, que quem é julgado pelo Direito Penal do cidadão não perde sua condição de pessoa, mesmo quando condenado.

Por ser assim, questiona-se onde é que o Direito Penal do inimigo irá buscar seus destinatários, isto é, em não pessoas preexistentes à aplicação das normas? Anunciando desta forma, cabe estabelecer que é o próprio processo que definirá a privação ou não da condição de pessoa do indivíduo, e a sua consequente definição como inimigo, pois este é quem viola uma norma do cidadão, e por ser assim, submete-se ao Direito Penal do cidadão, e logo, terá a aplicação de uma pena conforme preleciona este processo.

Resta configurado que o Direito Penal do inimigo só é possível ser estabelecido desde que haja a existência prévia de pessoas, e não de não pessoas, de modo que não se pode falar em regras aplicadas ao Direito Penal do inimigo, que não sejam condizentes com as regras aplicadas ao próprio cidadão, tendo em vista que o indivíduo passará pelo julgamento por um processo, que será regido pelas regras do direito aplicável ao cidadão.¹⁰³

Zaffaroni afirma que a formulação teórica operada por Jakobs viola frontalmente o próprio princípio de Estado de Direito, na medida em que pressupõe o poder em mãos de um soberano, que individualiza inimigos por decisão política e contra quem não

¹⁰² WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62.

¹⁰³ Idem. Ibidem, p. 62.

se pode oferecer resistência, configurando na formação de um Estado totalitário, e para o qual não se encontram limites.¹⁰⁴

Ainda é por oportuno salientar que em um Estado democrático de Direito, a lei penal só poderá ser validamente aplicada se estiver vinculada formalmente e materialmente ao que é disposto no texto constitucional, de forma que todos os poderes só serão legítimos se forem exercidos de acordo com os direitos fundamentais.

Inferre-se deste pensamento que o direito penal do inimigo nasce, por si só, já deslegitimado, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana, que é o princípio matriz do Estado de Direito, e condição intrínseca à existência humana, apresenta-se desde a constituição do inimigo, violado.

Aponte configura que antes de se castigar de forma mais rigorosa aqueles que não oferecem garantias ou certezas cognitivas, deve-se verificar se o Estado encontra-se em condições de oferecer, a todas as pessoas, oportunidade de socialização em função do Direito. Deve-se primeiro averiguar se o Estado oferece o respeito ao direito, ou se a contrário senso, apresenta instituições que são os primeiros a deslegitimarem os postulados jurídicos.¹⁰⁵

Assim, a teoria apresentada por Jakobs viola diretamente a dignidade humana, garantindo somente a proteção à norma e a seu conseqüente equilíbrio social. Zaffaroni afirma:

Representa uma grave decadência do pensamento, já que se desembaraça da verdade para substituí-la pelo funcional, através do qual a verdade se converte numa questão de funcionalidade.¹⁰⁶

Diante do pensamento apresentado por Jakobs, tudo aquilo que seja funcional, e mantenha a permanência do sistema social formado, independentemente das características que são apresentadas por ele, será legitimado pela teoria do inimigo. Assim, qualquer ordem social, por mais injusta e imperial que seja, pode legitimar-se, se estiver presente no conjunto normativo.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Evan, 2007, p. 164.

¹⁰⁵ APONTE, Alejandro. **Derecho penal de enemigo VS. Derecho penal del ciudadano. Gunther Jakobs e lós avatares de um derecho penal de la enemistad**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, n. 51, p. 9-43.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 87.

Ademais, o bojo da teoria do inimigo conduz à formação de um direito penal do autor, em que não se prima pela tutela aos bens jurídicos, mas sim pelas condições pessoais de cada indivíduo. Neste diapasão, opera-se a punição de um indivíduo por aquilo que ele é, pelas condições meramente subjetivas, e não por aquilo que o indivíduo fez ou praticou contra outrem. É, pois, um retrocesso inadmissível.

Ainda, não se pode buscar solucionar o problema da megacriminalidade buscando promover a legitimidade da repressão sobre os pequenos delituosos comuns, pois este Direito Penal do inimigo acaba por concretizar a seletividade do direito penal, etiquetando determinados indivíduos que terão o tratamento de inimigo, e serão diferentes de todos os demais, de forma que escolherá de modo arbitrário grupos de pessoas que serão tratados diferentemente.

Corroborando com a função do Direito Penal frente ao Estado Democrático de Direito, conclui-se que a existência de um direito penal do cidadão, configura a existência de uma redundância. E a contrário, o direito penal do inimigo se apresenta como uma incoerência, por ser um não direito ao retirar direitos e garantias que são inerentes ao indivíduo.¹⁰⁷

Para o Direito Penal do inimigo não importa se as penas sejam desproporcionais, importa apenas que estas cumpram com a finalidade que se volta o direito penal, que é a garantia da vigência da norma. Dessa forma, ao aplicar uma pena tendo por base a periculosidade do agente, não se analisa a proporcionalidade em sua aplicação, tão somente visa-se extirpar o perigo.

Assim, para Meliá não deve existir Direito Penal do inimigo, pois este é politicamente errôneo, sendo inconstitucional.¹⁰⁸ Este direito leva a formação de um Estado de guerra, de emergência, culminando na exclusão de um indivíduo, considerado perigoso, e com o tratamento de inimigo, para fora da sociedade.

Portanto, analisar este direito parcial conforme os postulados constitucionais, e não de modo diverso disso, é o que deve fazer qualquer pessoa, para

¹⁰⁷ JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 54.

¹⁰⁸ Idem. Ibidem, p. 73.

verificar as possibilidades concretas de aplicação deste ramo dentro do Estado Democrático de Direito. Ademais, deve-se buscar entender o direito penal e o processo penal tendo por referência a Magna Carta, pois esta é a pressuposição correta para a solução da celeuma apresentada neste trabalho.

Passa-se a analisar os reflexos diretos que essa teoria tem operado na realidade brasileira.

2.5 REFLEXOS DO EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL NA REALIDADE BRASILEIRA.

Como se procurou demonstrar no capítulo precedente, a sociedade contemporânea pode ser devidamente classificada como a sociedade do risco, imperando sobre ela o medo latente, que decorre essencialmente do aumento da criminalidade nas ruas brasileiras.

Diante desse fenômeno, a sociedade vem pleiteando por mais segurança em detrimento dos próprios direitos fundamentais do indivíduo. O Direito Penal, por sua vez, é utilizado como uma forma de contenção a esse avanço da criminalidade, de modo que as autoridades se voltam para a elaboração de normas jurídico-penais de eficácia em curto prazo, visando eliminar na sociedade do risco o medo que lhe aflige, criando uma falsa sensação de combate ao crime ou eliminação do perigo.

O Estado Democrático de Direito, na expansão de sua legislação penal, pede pela legitimação da verdadeira guerra contra a criminalidade, podendo, para isso, dispor dos próprios direitos e das garantias inerentes ao cidadão, em prol da defesa social, refletindo a teoria proposta por Jakobs.¹⁰⁹

Portanto, o medo imperado na sociedade contemporânea, faz com que esta reclame por mais segurança, e sendo assim, acaba por influenciar o processo de produção e modificação das normas jurídico-penais.

¹⁰⁹ LOPES, Claudio Ribeiro; OTA VIANO, Luis Renato Telles. **Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo.** Revista de ciências penais, São Paulo: Revista dos Tribunais. v.8, n. 14, p. 107-117, jan/jun. 2011.

Entretanto, a expansão do direito penal não resolve o problema da megacriminalidade, uma vez que se forma um direito penal simbólico, que possui como última vontade sossegar o clamor público.

Ademais, consoante às características do Direito Penal do Inimigo apresentadas ainda neste capítulo, no que diz respeito à realidade brasileira, pode-se verificar, na legislação penal infraconstitucional, alguns reflexos inerentes à teoria idealizada por Jakobs. Sendo assim, passa-se a apresentá-las de modo eminentemente exemplificativo.

No que concerne a lei dos crimes hediondos, devidamente regulamentada pela lei 8.072/90, há que se estabelecer que a Constituição Federal de 1988, em sua redação do art. 5º, inciso XLIII, já estabelecia que os crimes hediondos seriam insuscetíveis de certos direitos processuais – anistia, graça, fiança, entre outros.

Sendo assim, após dois anos da previsão constitucional e de uma onda de extorsões mediante sequestro, considerando principalmente o caso de Abílio Diniz e do Roberto Medina, foi elaborada a lei 8.072/90, que trouxe um rol de crimes que eram taxados como hediondos, sendo, pois, considerados crimes mais perigosos que outros. Por ser assim, estes crimes passaram a ter tratamento diferenciado, sendo-lhes vedado alguns direitos além daqueles já vedados pelo texto constitucional, como a liberdade provisória e a progressão de regime.¹¹⁰

Diante dessa regulamentação, percebe-se que a lei 8.072/90 foi um instrumento utilizado pelo governo para promover o combate a determinados crimes que assolavam a sociedade brasileira à época. Assim, é vista por alguns como um despreparo técnico do legislador, que acaba por consolidar um discurso punitivo em ascensão, derivado tão só da opinião pública.

Ainda dados estatísticos que foram recolhidos pelo Instituto Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e tratamento do delinquente constataram que esta lei foi ineficaz e inócua, sendo que os crimes de que trata tiveram sua incidência aumentada.¹¹¹ Logo, esta lei retrata mais um caráter eminentemente simbólico do direito penal, voltado para

¹¹⁰ FRANÇA, Leandro Ayres; BUSATO, Paulo César. **TIPO: Inimigo**. Curitiba: Grupo De Pesquisa Modemas Tendências Do Sistema Criminal, 2011. p. 94.

¹¹¹ Idem. Ibidem, p. 85.

o combate daquele que é visto como ente mais perigoso do que outros, e que por isso deve ter um tratamento diferenciado, mais ríspido, rompendo-lhe direitos e garantias essenciais.

Ademais, a lei 10.792, que entrou em vigor em 2003, alterou a Lei de Execução Penal, introduzindo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que é aplicado a determinados detentos suspeitos de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando, permitindo o seu isolamento celular por um período de até um ano, podendo ainda ser prorrogado por um prazo igual a um sexto do prazo estabelecido inicialmente, havendo restrições quanto à possibilidade de receber visitas.¹¹²

É, pois, evidente que tal lei introduziu uma violação a garantias do detento, tendo em vista que reflete diretamente na pena a que é submetido. Há uma modalidade de pena cruel, atentando contra o princípio da isonomia, tendo em vista que se pune o delinquente não pelo fato praticado, mas pela periculosidade, sendo esta uma das características principais do direito penal do inimigo.

Pode ainda referir-se ao decreto 5.144/2004, que regulamentou o que era disposto no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), no que toca as aeronaves hostis e suspeitas de tráfico de entorpecentes. A lei 9.614/98, chamada Lei do Abate, possibilita a derrubada das aeronaves consideradas hostis dentro do estado brasileiro. Esta lei afronta diretamente o texto constitucional, pois fere o direito à vida, à liberdade, a ampla defesa e o contraditório.¹¹³

Dessa forma, pelo simples fato de estar a bordo de uma aeronave que esteja em voo, pode colocar a vida de inocentes em perigo, tendo em vista que ao deixar de serem identificadas pela FAB ou desobedecerem certas ordens por falta de equipamentos, poderão ter sua aeronave derrubada, mesmo sem transportar drogas ilícitas, pois refletem um estado de perigo. Esta é mais uma flagrante presença da aplicação do direito penal do inimigo, tendo em vista que primam pela eliminação de um elemento, considerando tão somente o seu estado de periculosidade, ferindo o direito essencial do homem, que é a sua vida.

Quando se trata do art. 288, do CP, que se refere ao crime de quadrilha ou bando, há a premente antecipação da tutela penal à lesão de bens jurídicos, punindo o

¹¹² ALENCAR, Antonia Elúcia. **Inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática.** Revista dos tribunais, São Paulo. v. 895, ano 99, p. 471-498, maio de 2010.

¹¹³ Idem. Ibidem.

indivíduo pelo simples fato de estar em bando, independentemente do início dos atos executórios, bastando para tanto a existência de atos preparatórios do crime. Mais uma latente existência do direito penal do inimigo. Ademais, o projeto de lei 94/2007 busca promover uma alteração essencial neste tipo penal, de modo que permite concluir que não basta cometer apenas um delito, é necessária a estabilidade e a permanência delitiva, ampliando o contexto punitivo, de crimes para infrações penais (incluindo as contravenções). Revela-se, pois, com características inerentes ao inimigo.

Em sede processual, tem-se que a vedação à liberdade provisória fez escola no ordenamento jurídico penal, sendo devidamente incorporada no art. 7º, da lei 9.034/1955, que tutela a criminalidade organizada, na qual criou o “juiz investigador”, que pode adotar técnicas de escuta e de investigação altamente lesivas às liberdades do indivíduo; no art. 3º, da lei 9.613/98, que cuida da incriminação da lavagem de dinheiro; no art. 21, da lei 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento, que ainda ampliou as figuras típicas, passando a penalizar mais severamente as condutas de perigo decorrentes da posse e do porte ilegal de armas, que são em sua essência crimes abstratos.¹¹⁴

Essa legislação instrumentaliza o capítulo mais lamentável da atualidade latino-americana e o mais deplorável de toda a história da legislação penal, até então já visto. Sedimenta-se no fato de que políticos amedrontados com a ameaça da publicidade negativa acabam por provocar o maior caos legal autoritário da história das legislações penais.¹¹⁵

Portanto, a priori, pode-se configurar que o direito penal do inimigo encontra certa guarida na legislação penal brasileira, pois se verifica que certos direitos são retirados dos indivíduos por estes serem perigosos, por estarem reunidos em bando, por não responderem a ordens das FAB (mesmo quando seus instrumentos falham e não conhecem a ordem), por praticarem determinado crime definido como hediondo (que passa a ser um rótulo determinado pelo legislador ordinário).

Contudo, não se pode olvidar que os postulados garantistas são conquistas humanas que se confundem com a própria evolução da humanidade, de modo que, a

¹¹⁴ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 93.

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan 2007. p. 79.

democracia não pode ser assegurada sem a efetivação das garantias fundamentais dos indivíduos, já que são elas, justamente, que conferem legitimidade à sociedade democrática.

116

Logo, é inadmissível que um Estado de Direito tenha normas jurídicas que sejam contrárias às próprias conquistas históricas dos direitos fundamentais, isto é, contrárias à existência do ser humano.

Sendo assim, o próximo capítulo volta para uma análise estritamente constitucional do direito penal, sob as vertentes das garantias penais taxadas no corpo do texto constitucional. Sendo que, por meio deste estudo será possível verificar até que ponto esta regulamentação trazida na legislação brasileira possui caráter constitucional ou inconstitucional, de modo que poderá, enfim, determinar se esta teoria trazida por Gunther Jakobs possui fundamentos corretos que justifiquem sua existência no Estado Democrático de Direito.

¹¹⁶ LOPES, Claudio Ribeiro; OTA VIANO, Luis Renato Telles. **Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo**. Revista de ciências penais, São Paulo: Revista dos Tribunais. v.8, n. 14, p. 107-117, jan/jun. 2011.

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE ÀS GARANTIAS PENAIS.

O presente capítulo busca analisar a compatibilidade ou não da teoria idealizada por Guther Jakobs com o atual Estado Democrático Direito, na sua condição garantidora de direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano. Sabe-se que a essência da teoria de Jakobs é a distinção e divisão do direito penal em dois grandes grupos, quais sejam, os cidadãos e os inimigos. Àqueles são dados todos os direitos que lhes são inerentes, todavia estes são vistos como não pessoas, e, portanto, não possuem qualquer direito.

Dessa forma, está-se diante de um dos temas mais emblemáticos da contemporaneidade, devido à megacriminalidade que se opera na realidade brasileira, e em contraposição apresenta-se o fundamento do Estado Democrático de Direito - seu princípio matriz -, que é a dignidade da pessoa humana. Sendo assim passa-se a analisar até que ponto a proposta de Jakobs é compatível com o Estado Garantista.

Ademais, para melhor compreensão desta celeuma, faz-se necessário apresentar a configuração do direito penal aliado à constituição como conquista insuperável para evolução de qualquer povo, como também apresentar o Estado Garantista brasileiro.

3.1 DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO.

Primeiramente, cabe reconhecer que há uma íntima relação entre o Direito Penal e a Constituição Federal. Esta ligação é construída diante das diversas condutas sociais realizadas pelo indivíduo, que passam a ter determinada relevância na esfera penal, sendo que estes valores só serão protegidos se forem erigidos ao patamar de tutela constitucional.

O Direito Penal é, e sempre foi o ramo jurídico mais eficaz para se proteger o cidadão contra as agressões praticadas em desfavor dos direitos e garantias individuais.¹¹⁷ Dessa forma, o *ius puniendi* do Estado incidirá sempre sobre a violação a bens jurídicos relevantes, que são aqueles protegidos constitucionalmente.

Consoante ao que se apresenta, e diante da ideia de bem jurídico penal na sociedade, surgiram teorias afirmando que a constituição é que reflete os bens, isto é, sendo a constituição o instrumento que abarca todos os valores mais caros para uma sociedade, é

¹¹⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao Estudo de Direito Penal: evolução histórica, escolas penais, valores constitucionais, princípios penais e processuais e direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 66.

justamente nela que o legislador ordinário deve se pautar quando vier a escolher os bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal.¹¹⁸

Afirma-se, portanto, que a Constituição de um país define os bens que são raros e importantes a uma sociedade, de modo que os consagra como uma expressão consensual da vontade da maioria dos membros de certa comunidade.¹¹⁹

Luiz Regis Prado estabelece que os bens dignos e merecedores de tutela penal são aqueles indicados constitucionalmente, e também aqueles que possuem certa ligação com o Estado Democrático de Direito.¹²⁰

A dignidade penal relaciona-se com a identificação de bens passíveis de serem tutelados penalmente na sociedade, sendo que somente a Constituição tem o condão de estabelecer essa dignidade penal, isto é, a capacidade de determinar quais são os bens jurídicos que merecem a proteção conferida pelo Direito Penal.

Dessa relação que surge entre a Constituição e o Direito Penal, busca-se determinar o que pode ser reconhecido pelo constituinte como sendo um bem jurídico penal, de modo que não se define quais são os critérios a serem utilizados para promover tal reconhecimento, apenas tratam de bens relevantes, que em certo período são fundamentais para o convívio social.

Diante disso, uma das formas de se relacionar o Direito Penal e a Constituição é tomando esta como limite negativo daquele. Sendo assim, pode-se gerar a criminalização desde que não se desrespeite o que postula o texto constitucional, ainda que o bem a ser tutelado não esteja contido na Constituição de modo expresse. Significa, portanto, dizer que não se exige, nesta concepção negativa, para a criminalização, que a Constituição tenha reconhecido a dignidade do bem a ser tutelado pelo Direito Penal.¹²¹

¹¹⁸ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. 3º São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003. p.49.

¹¹⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora, n. 6, 1996. P. 176-177.

¹²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: RT, 1996, p. 69.

¹²¹ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. 3º São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003. p.55.

Considera-se, pois, que a Constituição é o limite negativo do Direito Penal, de modo que não se pode elaborar uma norma incriminadora que contrarie o texto constitucional, sendo este bem tutelado expressa ou implicitamente pela norma constitucional.

Pietro Nuvolone entende que a Constituição não esgota os bens cujas violações são passíveis de serem criminalizadas. Reforça que os bens tratados pelo texto constitucional possuem relevância primária.¹²²

Paralelamente a este pensamento de estabelecer a Constituição como limite negativo do Direito Penal, surge, a contrário senso, a teoria que vê a Constituição como limite positivo do Direito Penal. Atuando dessa forma, admite-se que o legislador ordinário somente poderá utilizar a tutela penal para proteger bens jurídicos que estejam reconhecidos na Constituição, sendo estes os direitos fundamentais.

Sendo a Constituição um limite positivo ao Direito Penal, estabelece-se uma limitação ao legislador ordinário ao aplicar ou modificar o Direito Penal, tendo em vista que este só recairá sobre bens jurídicos que estejam expressamente previstos no texto constitucional. Agindo dessa forma, haverá uma extrema limitação ao poder punitivo do Estado, e será garantida a intervenção mínima do Direito Penal na sociedade, contrariando o que postula a teoria do inimigo de Jakobs.

Por ser assim, adotando a posição negativa ou positiva da constituição, busca-se neste tópico estabelecer a ligação que pende entre o Direito Penal e a existência constitucional, de modo que o texto constitucional existe como forma de limitar o *ius puniendi* do Estado, uma vez que a criminalização somente será aceita se não contrariar os ditames constitucionais.

Dessa forma, o Direito Penal atuando fora do que postula o texto constitucional, isto é, contrariando ou retirando ou limitando os direitos fundamentais, estará sendo, por sua vez, arbitrário e inconstitucional.

Assim, o Direito Penal em consonância com o texto constitucional somente será legítimo se for ao encontro dos valores constitucionais.

Ademais, neste contexto é ainda mais coerente determinar que a Constituição exerça uma limitação positiva sobre o Direito Penal, devendo este apenas tutelar

¹²² NUVOLONE, Pietro. **Norma penal e princípio constitucional**. Milano: Giuffrè, 1957. p. 17-18.

bens que sejam reconhecidos como os direitos fundamentais (erigidos como cláusula pétrea do Estado brasileiro), tendo em vista que, pelo menos ao nível formal, tudo pode ser alçado ao nível constitucional, e atuando de modo restritivo, garante-se uma maior proteção aos bens que são essencialmente fundamentais à sociedade.

Com efeito, sabe-se que permitir uma interpretação extensiva do Direito Penal no que concerne a tutela dos bens jurídicos, é permitir o alargamento do Direito Penal e a formação de uma possível arbitrariedade, que é o caminho encontrado na legislação penal brasileira da atualidade.

Assim, consoante o entendimento de Gomes Canotilho:

O caráter longo da Constituição não é uma opção; é um resultado da compreensão da lei fundamental como lei material fundamental de um Estado supervisor de uma sociedade pluralista e complexa, não havendo, portanto, razões para admitir uma interpretação extensiva para fins de alargamento do Direito Penal.¹²³

Portanto, utilizando como suporte do Direito Penal os princípios da mínima intervenção penal, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da lesividade, tem-se que para realizar o Direito Penal mínimo, o mesmo rigor com que se aplica ao princípio da legalidade, deve também ser utilizado na aplicação do texto constitucional.

Dessa forma, partindo dessa primeira vinculação do Direito Penal ao texto constitucional, forma-se o primeiro fundamento para deslegitimar a teoria idealizada por Jakobs, que está sedimentada na proteção da norma jurídica em si, de modo que tudo que possa garantir a validade desta norma possui legitimidade para o Direito de Jakobs, não importando se vai de encontro ou não dos postulados constitucionais.

Ademais, entende Gunther Jakobs que o Direito Penal do Inimigo quando reconhece a figura do inimigo poderá desconsiderar todos os direitos que lhe são inerentes, pois este é visto como um ser daninho, perigoso, que deve ser extirpado da sociedade. Atuando dessa forma, Jakobs acaba por romper com a ligação existente entre o Direito Penal e a Constituição, tendo em vista que o Direito Penal só se legitima a partir do momento que passa a tutelar os direitos fundamentais trazidos na Carta Magna. Atuar de modo diverso é criar um Estado absoluto, que não admite limites à atuação criminalizadora.

¹²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 213.

É com este pensamento que se passa a analisar as características que sedimentam o Estado Democrático de Direito, que é marcado essencialmente pelo princípio da legalidade, que se vê relativizado pela teoria do inimigo; e pelas garantias e direitos fundamentais, que são retirados pela teoria de Jakobs.

3.2 NOÇÕES REFERENTES AO ESTADO GARANTISTA.

O Direito Penal de garantias é intrínseco ao Estado de Direito, pois as garantias processuais penais e as garantias penais decorrem do experimento de contenção e formam a essência do que encerra o Estado de polícia, isto é, acabam por ser o próprio Estado de Direito.¹²⁴

O Direito Penal e o Estado de Direito devem reconhecer que todo homem é pessoa responsável, e que não pode ser lícito que um ordenamento estabeleça regras que neguem objetivamente a condição de ser humano. Existindo este ordenamento que inclua regras incompatíveis com a dignidade humana, seria injusto e levaria à desvinculação do Estado de Direito, uma vez que a própria Constituição Federal reconhece a justiça como um valor supremo ao ordenamento jurídico do Estado de Direito. Sob este pensamento, nem o homem seria capaz de dispor de sua dignidade, pois é uma qualidade que não se separa do substrato ontológico.¹²⁵

Zuniga Rodríguez afirma que em um Estado Garantista, a finalidade da política criminal é realizar os direitos fundamentais, sendo estes os princípios guia de qualquer Estado em sua atuação penal.¹²⁶

Zaffaroni estabelece:

É inerente ao Estado de Direito as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, isto é, são o próprio Estado de Direito. O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar a garantias dos cidadãos como limites redutores das

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan 2007. p. 173

¹²⁵ MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o Direito penal do inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 176.

¹²⁶ ZUNIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Política criminal**. Madrid: Colex, 2001. p. 25

pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo.¹²⁷

Sendo assim, os limites impostos a todo Estado de Direito decorrem, em sua essência, dos direitos fundamentais, que são indisponíveis ao ser humano. A conservação dos limites impostos pelo Estado de Direito, quando se volta para o combate à criminalidade, torna-se mais fácil quando possa ser normativamente desobrigado.¹²⁸

Portanto, um Estado Garantidor é aquele que possui normas penais estruturadas sob a forte presença das garantias constitucionais penais, o que significa ainda que os preceitos que incriminam só podem existir se respeitarem os direitos e as garantias fundamentais preconizados pela Constituição Federal.

Ademais, o Estado Democrático de Direito pretende superar o modelo estabelecido no Estado liberal e social, de modo que o Estado de Direito deve ser aquele Estado governado pelo Direito emanado da vontade geral, consoante afirma o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que se contrapõe ao Estado Absolutista, que acaba por ser construído no Direito Penal do Inimigo.¹²⁹

Zaffaroni expõe que o Estado de Direito não é nada além da contenção de um Estado de polícia, que acaba sendo conseguido como consequência da experiência proferida ao longo das lutas contra o poder absoluto.¹³⁰

Entretanto, desde as últimas décadas do séc. XX até o presente momento histórico presencia-se uma crescente desvirtuação de uma das principais características do constitucionalismo democrático, qual seja, o reconhecimento dos direitos fundamentais. Essa configuração origina-se do debate instaurado entre os direitos fundamentais e a defesa social, uma vez que a sensação de insegurança imperada na sociedade e a percepção de que o Estado não está sendo mais capaz de lidar com o problema de segurança pública, insere um

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 171

¹²⁸ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 144

¹²⁹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 145.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 169.

sentimento de impunidade, fixando um estado de emergência penal, jamais visto pela sociedade brasileira.¹³¹

Com efeito, a reivindicação por segurança é legítima, estando prevista no art. 144, da CF, todavia, sua busca não deve ser operada pelo caminho da transgressão a outros direitos e garantias, como vem sendo bem afirmado pela consagração do Direito Penal do Inimigo ou pela luta contra o inimigo. Desse modo, o Direito Penal deve estar vinculado à Constituição, servindo como uma garantia ao cidadão, e lhe protegendo do imoderado *ius puniendi* do Estado.

Diante da supremacia do ordenamento jurídico a que foram erigidos os direitos fundamentais, não pode haver espaço para justificar a sua supressão para determinada parcela de destinatários.

Portanto, o que se procura demonstrar neste trabalho, e que por muitas vezes é olvidado, é que no debate jurídico-penal brasileiro, a atividade penal estatal exercida em um Estado Democrático de Direito só pode ser desenvolvida como *ultima ratio*, atuando na proteção dos bens jurídicos mais relevantes, a partir de uma prévia regulamentação legal, desde que haja necessidade, adequação e merecimento da tutela penal.

Por ser assim, o princípio da legalidade, devidamente esculpido no inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição, confere a máxima de um Estado de Direito, de que todos, inclusive os governantes, encontram-se subordinados aos ditames legais, e destes não podem desviar.

Ainda a pena é um dos meios mais sublimes que conta o Estado para impor suas sanções jurídicas, sendo que esta não pode ser a pena de morte, nem a pena perpétua ou cruel. Assim, em um Estado Democrático de Direito, a aplicação da pena justa, proporcional e adequada ao fato cometido deve ser o princípio norteador da elaboração do Direito Penal.

Assevera Feldens:

Em um modelo de Estado constitucional de Direito a exemplo do nosso, a ciência jurídico-penal não desfruta de existência autônoma em face da Constituição, senão que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação. Dito de outro modo: a dogmática jurídica e

¹³¹ MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Direito e política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo**. Publicação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, com apoio do Programa de Pós-graduação em ciências criminais da PUCRS. Revista de Estudos Criminais, São Paulo. v. 9, n.33, abr/jun 2009. p. 111-134.

a política criminal não podem estrutura-se de forma divorciada da Constituição, a qual predispõe-se a definir os marcos no interior dos quais haverão de desenvolver-se tais atividades político-intelectivas.¹³²

Ainda como garantia penal deve-se reconhecer a excelência do princípio da proporcionalidade. É por meio deste que o legislador poderá ponderar os seus interesses, de modo que será legitimado a sacrificar determinados direitos fundamentais no lugar de objetivos que são sociais. Na aplicação penal, a proporcionalidade somente poderá ser utilizada quando conjugarem os ditames da necessidade, da adequação e da proporcionalidade estrita da intervenção, sendo nada mais que a subsidiariedade do Direito Penal, que apenas atuará quando os demais meios não puderem ser utilizados.

As garantias processuais penais são estabelecidas também no art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que ao acusado cabe a garantia do devido processo legal, com todos os direitos que lhe são inerentes, como o contraditório, a ampla defesa, o julgamento justo, a assistência jurídica adequada e capacitada.

De fato, reconhecer a Constituição como norma fundamental, constituindo o valor de referência de um programa de política criminal, é redescobrir seu significado como um conjunto de normas substanciais dirigidas à garantia da divisão dos poderes e dos direitos fundamentais de todos, princípios que são negados em um Estado absoluto.

Dessa forma, ao analisar as garantias trazidas pelo Estado de Direito, tem-se que estas resumem-se na essência definidora de todo indivíduo. Restringi-las ou eliminá-las, mesmo que por certo lapso temporal, é retirar do cidadão aquilo que possui de proteção diante da atuação estatal. Neste diapasão, a configuração de um inimigo, tratado como não pessoa, que não possui direitos, viola fundamentalmente os ditames de um Estado Democrático e de Direito.

Agir flexibilizando a legalidade, ou aplicando penas desproporcionais, ou alargando a intervenção penal, ou retirando garantias processuais do indivíduo, é romper com os postulados de um Estado garantidor, e infringindo a própria dignidade humana. Certamente, só com a implantação de um modelo de Direito Penal mínimo e garantista, comprometido verdadeiramente com os direitos fundamentais, que são definidos

¹³² FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 43

constitucionalmente, é que se poderá reduzir o grau de arbitrariedade, desigualdade e de seletividade que marcam a atual história do sistema punitivo brasileiro.

Portanto, chega-se ao ponto de estabelecer as considerações finais do presente trabalho, de modo a definir se há compatibilidade ou não deste Direito Penal do Inimigo com o Estado Garantidor, que é marcado pela presença e aplicação das garantias penais, devidamente trazidas no arcabouço constitucional, em seu art. 5º.

3.3 A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA REALIDADE BRASILEIRA SERIA CONSTITUCIONAL OU NÃO?

A cada nova análise feita às ideias de Gunther Jakobs, nasce a noção de que o Direito Penal do Inimigo não deve existir. Os críticos dessa teoria limitam-se a estabelecê-la como algo extremamente totalitário e contrário ao ordenamento jurídico, essencialmente naquilo que concerne ao Estado garantista.

Todavia, o discurso apresentado por Jakobs deve ser visto como uma construção dogmática-teórica, altamente coerente, baseado em um normativismo exacerbado. Por meio deste estudo, estabelece-se que se faz necessário, principalmente na realidade atual brasileira, compreender os argumentos expostos por Jakobs, tendo em vista que é um grande equívoco simplesmente ignorar o teórico.

O Direito Penal do Inimigo surge como uma forma de contenção ao aumento da criminalidade. Sabe-se que após o atentado às Torres Gêmeas, em 2001, o Direito Penal jamais foi o mesmo. Sendo assim, foi o teórico alemão Gunther Jakobs, que construiu uma das teorias mais polêmicas e discutidas na contemporaneidade.

Por meio da noção de inimigo, devidamente construída diante da periculosidade trazida pelo indivíduo, sendo este reconhecido como um sujeito que desempenha um papel na sociedade, e que com esta assume uma responsabilidade, nasce o famoso Direito Penal do Inimigo.

Jakobs diante da necessidade latente de combater os crimes que se tornavam cada vez maiores e mais organizados, e almejando promover a defesa do sistema penal como um todo, essencialmente no que concerne à norma jurídica, propõe a divisão do Direito Penal em dois grandes grupos – os cidadãos, que são aqueles que cometem crimes, mas não há habitualidade e muito menos rompem a fidelidade consagrada à norma; e os inimigos, que se

insurgem contra a norma rompendo com a fidelidade que lhes foi depositada, praticando crimes considerados mais graves e com certa habitualidade.

Sendo assim, àquele inimigo, que é um ente perigoso a toda sociedade, não cabe qualquer direito, ou qualquer garantia ou direito fundamental. Diante do seu ato, perde a condição de cidadão no próprio Estado Democrático de Direito, devendo ser eliminado do convívio social.

Ademais, o Direito Penal do Inimigo determina que o ente que é dotado de periculosidade não terá nenhum direito ou garantia processual ou material; terá a aplicação de uma medida de segurança que acaba por ser desproporcional, tendo em vista que busca retirá-lo o maior tempo possível da sociedade; haverá uma antecipação da tutela penal, de modo que atos meramente preparatórios serão condenados, como o crime de quadrilha ou bando.

Com efeito, o sujeito da imputação penal é o homem, e não a pessoa social-normativa defendida por Jakobs, e ainda o sujeito que sofrerá as consequências jurídico-penais também será o homem, que é analisado de forma ontológica. O mal proporcionado pela pena não pode ser aplicado a um papel abstrato, a um inimigo construído normativamente, mas a um homem de carne e osso.¹³³

O destinatário do Direito Penal do Inimigo é o inimigo, que passa a ser um indivíduo construído normativamente, por meio de uma construção social. Todavia, para o Direito Penal o seu destinatário é o homem real e empírico. A proposição de Jakobs da pessoa como portador de um papel no direito penal destrói a sua legitimação, pois o direito volta-se para a aplicação de penas ao homem, como estrutura ontológica, e não à natureza ou aos animais ou ao inimigo.¹³⁴

Estabelecer quem é este inimigo, construído normativamente, pode gerar a formação de um abuso estatal, tendo em vista que não há uma definição muito clara de quem seja o inimigo e muito menos há uma maneira segura de distinguir o inimigo do cidadão.

Além disso, deve-se ter em mente que a teoria social de Jakobs invoca uma funcionalização sistêmica da sociedade, em detrimento da humanidade que dignifica o ser no mundo, de modo que Jakobs, independentemente de qualquer estrutura constitucional,

¹³³ MARTIN, Luis Gracia. **Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo.** Revista Eletrônica de Ciência penal y Criminologia. Disponível em: <<http://criminet.urg.es/recpc>>. Acesso em: 02.08.2013.

¹³⁴ Idem. Ibidem.

idealiza a sua teoria, tendo como única referência a tutela normativa e a funcionalização do sistema penal.¹³⁵

Utilizar o Direito Penal do Inimigo de forma legítima só seria possível se partisse de uma autorização proveniente do próprio sistema jurídico-penal, como meio de promover a distinção de tratamento punitivo entre cidadão e inimigo. Sendo assim, o Direito Penal do inimigo estaria restrito a uma incidência estática, pois fora dessa configuração continuar-se-ia aplicando os princípios do Direito Penal tradicional.¹³⁶

Jakobs argumenta em sua teoria que ambos direitos conviveriam dentro dos mesmos limites em um Estado Democrático de Direito. Entretanto, permitir que o inimigo possua um lugar legítimo dentro e fora do direito e fora de um contexto bélico, que foi inicialmente implantado, é plantar a ideia necessária para a configuração de um Estado absolutista. Sendo assim, o Direito penal do inimigo limitaria a concretização dos princípios do Estado de Direito, pois estaria atuando paralelamente com medidas emergenciais, que são fundadas na ideia de necessidade, que não é amparada na lei ou na ordem, quando utilizada como fundamento para o estado de exceção.¹³⁷

Por oportuno, deve-se estabelecer que a necessidade, neste contexto, será averiguada por aqueles que detêm o poder, e assim, a limitação do Estado de Direito condiciona-se à arbitrariedade, que também designará o inimigo adequado a cada época.

Sendo possível distinguir os inimigos dos cidadãos, ainda assim seria ilícito promover um tratamento diferenciado aos inimigos, retirando-lhes suas garantias penais e processuais penais. Assim, ainda que se pudesse formar um inimigo sob o ponto de vista fático, este não poderia ser tratado diferentemente sob o ponto de vista normativo. O projeto da modernidade conduz à institucionalização da produção de inimigos.¹³⁸

¹³⁵ JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Luiz Moreira. Rad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. VIII.

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 156.

¹³⁷ MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Direito e política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo**. Publicação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, com apoio do Programa de Pós-graduação em ciências criminais da PUCRS. Revista de Estudos Criminais, São Paulo. v. 9, n.33, abr/jun 2009. p. 111-134.

¹³⁸ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 15.

Há que se destacar que a proposta idealizada por Jakobs reflete, na verdade, um direito penal de exceção, que se fundamenta na oposição entre amigo e inimigo, conduzindo sempre na utilização de um Direito Penal voltado para a dominação, para a seletividade, e acaba por neutralizar as classes excluídas do próprio mundo capitalista. Isso ocorre, principalmente, pois se tem a formação de um direito penal específico que se aplica a toda generalidade.

Por ser assim, é um Direito que culmina na condição simbólica, tendo em vista que passa a estigmatizar certos grupos de pessoas, considerando o fato de estarem em determinado local, ou por situações pessoais de cada indivíduo, corroborando para a formação de um direito penal do autor, que tende a ser eminentemente injusto quando da individualização da pena de cada um. Portanto, o Direito Penal do Inimigo, sob esta análise, é uma afronta ao Estado de Direito, tornando-se uma demonização, que é uma técnica retórica de afirmar determinada posição por meio da estigmatização de certos grupos, instituições, culturas.¹³⁹

Assim, aplicar normas diferentes a certo grupo, não por sua conduta ou fatos praticados, mas por aquilo que é, viola a princípio da igualdade, que é postulado constitucional, devidamente expresso no art. 5º. Essa legislação de emergência ou simbólica representa a reinserção no ordenamento jurídico de medidas típicas do estado de polícia, que também se apresenta como uma afronta ao Estado de Direito, uma vez que este busca romper com a formação de estados de polícia em sua constituição.¹⁴⁰

Ademais, como fora apresentado, a sociedade clama por mais segurança pública em detrimento das liberdades dos indivíduos. Por ser assim, nesta busca incessante por mais tutela estatal, o imediatismo toma conta da legislação penal brasileira, seja na sua produção, modificação ou aplicação.

As garantias fundamentais só podem ser mitigadas se assim for devidamente previsto no texto constitucional, pois consoante o art. 60 da Constituição, estas são inseridas no arcabouço das cláusulas pétreas, que não permitem qualquer restrição aos direitos fundamentais. Assim, a Constituição apenas prevê que nas hipóteses de estado de sítio e de defesa, arts. 137 e 136, ambos da CF, poderá haver certa limitação a direitos, tendo em vista

¹³⁹ FRANÇA, Leandro Ayres; BUSATO, Paulo César. **TIPO: Inimigo**. Curitiba: Grupo De Pesquisa Modernas Tendências Do Sistema Criminal, 2011. p. 126.

¹⁴⁰ Idem. Ibidem, p. 127.

que a própria Constituição delimita no espaço e no tempo o seu poder de atuação e quais são os limites das medidas emergenciais.

Quando da aplicação da pena, esta possui seu caráter de prevenção geral e especial, como também o seu fim de retribuição e de ressocialização, conforme prepondera a Lei de Execução Penal e o art. 59, do Código Penal. Todavia, mesmo que a pena possua esta ideia de retribuir o mal com o mal, ainda refere-se à culpabilidade da ação perpetrada e não ao autor. A retribuição da culpabilidade se funda na realização de um injusto penal, ou seja, a ação ou omissão típica, ilícita, que gera um juízo de reprovação por sua conduta praticada. Por ser assim, atuar na defesa de um direito penal do autor, condicionando a aplicação de uma pena ou sanção, pela configuração da periculosidade ou pela análise das condições pessoais do autor, é construir um direito que afronta o Estado Democrático de Direito.

Ainda na análise da pena, que Jakobs propõe alterar para a medida de segurança, pois se faz uma análise da periculosidade do autor e não de sua culpabilidade, tem-se que hodiernamente, na legislação penal brasileira, atribui-se um agravamento da pena de muitos pela presença da reincidência penal ou mesmo o uso de uma herança agravante – que é devidamente consolidada na psique de muitos operadores do direito. Assim, pela reincidência retiram-se diversos direitos processuais ou mesmo da execução penal (como a suspensão do processo, a fixação do regime de pena menos gravoso ou progressões de regime).

Sabe-se que a utilização da reincidência ou dos maus antecedentes como limitador de direitos dos indivíduos, é por deveras autoritário, pois não se vinculam a um ato, mas ao autor. Logo, esta aplicação não responde aos anseios de um Estado Democrático e de Direito.

Diante de formas mais sofisticadas de crimes praticados, tendo por referência as organizações criminosas e o tráfico de drogas, tem-se que na atualidade, há uma tendência das legislações utilizar-se de certas providências que são tidas como as únicas capazes de por fim a tais atividades, como promover inversões do ônus da prova, utilizar testemunha anônima, utilização de agentes infiltrados nas organizações criminosas, interceptações telefônicas, violações de segredos, buscas domiciliares sem mandado judicial, prazos maiores para a prisão processual, impedimento de recursos em liberdade, etc.¹⁴¹ Por

¹⁴¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O crime organizado e as garantias processuais**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.21, p.08, set. 1994.

meio desta configuração, o réu nega-se a si próprio como pessoa, titular de direitos, excluindo-se de forma permanente da comunidade e do sistema jurídico a que é submetido.

Portanto, admitir um Direito Penal do Inimigo é romper drasticamente com a noção de um Estado Democrático de Direito, pois primeiro ao promover a distinção entre cidadãos e inimigos, reconhecendo direitos diferentes a ambos, infringe-se com a igualdade de tratamento formal e material dos indivíduos.

Posteriormente, ao determinar a construção do inimigo, caminha-se para a formação de um Estado absolutista, pois todo o poder é dado àquele que possui capacidade para isso. Poderá determinar no tempo e no espaço que pretender a configuração de inimigos que são necessários, para ele, naquele dado momento.

Deve-se ter em mente que os direitos fundamentais são a base de todo e qualquer ordenamento jurídico, que tenha como premissa básica a configuração de cidadãos detentores de direitos e garantias. A diferenciação de direitos do cidadão e do inimigo é, pois, incompatível com a conjuntura estatal garantista.

Dworkin estabelece que cada vida humana tem um valor inerente, distinto e igual. Tal princípio é a premissa da ideia de direitos humanos, isto é, os direitos que as pessoas têm decorrem do fato de serem humanas, sendo assim, premissa indispensável de uma ordem moral, e, portanto, de todo e qualquer Estado de Direito.¹⁴²

A sofisticação da criminalidade nos últimos anos obteve como resultado o fato de se promover um forte clamor popular por políticas criminais, que sejam mais ríspidas. Ademais, nos meios de comunicação lança-se a luta contra o terror ou contra o inimigo, exigindo unicamente uma resposta ao aumento da criminalidade.

Entretanto, qualquer estudioso, operador ou aplicador do direito, teórico ou cientista, deve trazer na mente que a criminalidade é um problema social, que nasce na sociedade, e que, por consequência, também deve ser solucionado pela sociedade. O problema criminal possui inúmeras origens, mas acreditar que a solução só pode ser encontrada na ordem legislativa-penal, produzindo uma maior quantidade de normas, que sejam mais rigorosas, é uma grande utopia.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. **O terror e o ataque à liberdades civis**. Revista de Direito e Democracia – Universidade Luterana do Brasil. V. 5. Canoas: Editora ULBRA, 2004. p. 175.

O sistema penal precisa sim de uma revitalização, precisa ser mais eficiente e igualitário, todavia depositar toda a confiança na expansão do Direito Penal é pactuar para a concretude de teorias que desprezam a noção de pessoa, de ser humano, e que são, por isso, inadmissíveis no Estado brasileiro atual.

Por fim, cabe a cada um ter em sua consciência que a questão criminal é condição muito mais complexa do que é proposto pelos discursos penais, que propagam a supressão de garantias penais.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve por escopo central promover uma análise crítica das propostas definidas na política criminal idealizada por Gunther Jakobs, que é o Direito Penal do Inimigo, de modo que se chegou à conclusão de que há incompatibilidade deste instituto com os ditames do atual Estado Garantista Brasileiro.

Hodiernamente, existem três grandes propostas de políticas criminais, sendo que uma propõe o abolicionismo do sistema penal como um todo; a outra é apresentada pelo minimalismo, que defende a intervenção *ultima ratio* do Direito Penal; e a última é a defesa do expansionismo, que quer controlar a megacriminalidade, e para isso, utiliza-se de instrumentos que ampliam a esfera de atuação e intervenção do Direito Penal na sociedade, de modo a punir mais, estando devidamente sintetizada na Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Sendo assim, foi necessário apresentar, no início deste trabalho, o estudo das políticas criminais contemporâneas. Sabe-se que foi devido à globalização e a crescente onda de criminalidade e de violência que surgiu a política criminal ligada ao expansionismo penal e ao seu endurecimento, criando condições para o nascimento do inimigo, como forma de resguardar a segurança clamada pela sociedade.

Foi demasiadamente importante demonstrar a relevância da compreensão dos fins desempenhados pelo Direito Penal sob a égide da análise das políticas criminais defendidas por cada autor utilizado neste presente trabalho. Dessa forma, ao demonstrar o Abolicionismo Penal defendido por Hulsman, mostra-se que há uma crise de legitimação do próprio sistema penal, quando este seleciona determinados grupos estereotipados, sendo, portanto, arbitrário, seletista e reproduzidor de desigualdades sociais. Um sistema que age dessa forma, esquecendo-se de suas demais funções, não deve continuar existindo. Assim, propõe o fim de todas as instituições criminais até então já criadas, de modo a promover uma relegitimação da forma de punir do Estado, criando meios alternativos de punição.

Por conseguinte, buscou-se uma política criminal que fosse orientada para a legitimação do sistema punitivo estatal, estando este conforme com as garantias tuteladas no Estado Democrático de Direito, e que estão expressas no texto constitucional. Dessa forma, Luigi Ferrajoli defende que o Minimalismo penal é o único fim a que se pode destinar o Estado, de forma legítima, para promover a aplicação da pena. É um direito que é maximamente condicionado, atuando somente quando há absoluta necessidade, resguardando

todas as garantias do indivíduo. Assim, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, toda e qualquer política criminal que busque atuar de modo legítimo deve ter como fim o resguardo dos direitos e das garantias inerentes ao cidadão.

Ademais, os princípios que norteiam o Direito Penal Mínimo, na análise da segunda política criminal, estão próximos de todos aqueles defendidos na Constituição Federal, em seu art. 5º, estando vinculados às garantias e aos direitos fundamentais do ser humano, como: o princípio da não culpabilidade; o princípio da legalidade em sentido estrito; o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade; o princípio da subsidiariedade; o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio da dignidade penal; princípio da retributividade; princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; princípio do acusatório, do contraditório e da ampla defesa. E por esta conclusão, dentro do Estado de Direito Democrático Brasileiro, só fará sentido a aplicação do Direito Penal quando este estiver condizente com as propostas aplicadas pela política do minimalismo penal, isto é, o Estado está limitado em sua atuação, pela existência das garantias penais.

Por fim, fez-se a apresentação de uma política criminal mais ostensiva e repressiva no controle da criminalidade como forma de garantir o efficientismo penal. A sociedade clama por mais segurança, pela maior punição, por criminalizar mais, por aumentar o aparato de policiais, tornando-se necessário romper com os direitos e garantias dos cidadãos, para promover a relegitimação do sistema penal. A concepção expansionista do Direito Penal encontra guarida diante dos problemas que são inerentes à própria manutenção de um modelo de direito penal, que se encontra incapaz de resguardar os postulados liberais e que, sendo assim, deve ser substituído por outro modelo que atente para as necessidades, que atualmente são urgentes para toda a sociedade.

Este modelo que é proposto confronta-se diretamente com o Direito Penal Mínimo, pois viola os ditames constitucionais ao retirar a essência de um Estado Democrático de Direito, que são as garantias fundamentais e a flexibilização da legalidade. Assim, a adoção de uma política criminal só pode ocorrer quando for capaz de promover a inclusão do outro, partindo da premissa de que a criminalidade nasce com a comunidade, e com esta deve ser solucionada, sendo, portanto, um problema social.

Sob este paradigma, tem-se que a presente monografia optou pela análise das propostas da teoria do Direito Penal do inimigo, tendo como seu maior pressuposto a política criminal voltada para o endurecimento do Direito Penal, isto é, como surgimento do

expansionismo penal. Assim, a teoria foi idealizada pelo penalista alemão Günther Jakobs catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito pela Universidade de Bonn na Alemanha.

A Teoria do Inimigo, naquele trabalho, estabelece-se com advento do Direito de “terceira velocidade”, apresentado por Jesus Maria Silva Sánchez, que é pautada na retirada de direitos e garantias penais, na antecipação da tutela penal, na adoção de tipos penais de perigo abstrato e nas normas penais em branco, concomitante com a adoção de regimes rigorosos de cumprimento de penas privativas de liberdade. Esta caracterização configura a maximização de um direito penal, que confronta diretamente com o princípio da intervenção mínima do Estado, e por ser assim, assessoria o despertar das primeiras definições das políticas criminais, que se destinam ao combate dos ditos inimigos, de modo que se pode gerar a imputação de penas injustas e desumanas, assim, desproporcionais.

Na definição de sua Teoria, Gunther Jakobs sedimenta todo o seu estudo na premissa do funcionalismo radical sistêmico, que se faz extremamente necessário compreender para poder analisar os postulados da Teoria do Inimigo. Assim, na análise da visão funcionalista, todos os conceitos jurídicos devem ser reunidos de forma a satisfazer as funções do próprio sistema penal, que para Roxin, volta-se para a tutela constitucional subsidiária de bens jurídicos, que são essenciais à vida social.

Todavia, Jaboks estabelece que o Direito Penal só se legitimará quando atuar na defesa do ordenamento jurídico, valorando a norma penal em si. Assim, seu objeto de proteção não são os bens jurídicos, mas a norma penal que é violada. Atua sobre condutas que não são apenas relevantes para o direito, mas que produzem um risco permanente para o convívio social, que rompem com o pacto de fidelidade firmado entre o indivíduo e o Estado.

A análise desse funcionalismo radical de Jakobs permite concluir, na conjectura da construção da Teoria do Direito Penal do Inimigo, que não há a ideia de tutela de um bem jurídico penal, mas a formação de um direito que é na sua essência formalista e arbitrário. Sendo assim, ao propor a dualidade do Direito, Jakobs definiu dois grandes grupos: os cidadãos, que são aqueles que cometem algum crime, mas que não rompem a barreira da permanência ou da habitualidade, podendo, portanto, receber a tutela de seus direitos e garantias, formando o Direito Penal do Cidadão; e os inimigos, que são aqueles que rompem drasticamente e permanentemente com a ordem jurídica, impondo um risco social em sua conduta, e que, por ser assim, não devem ter direitos e garantias penais a serem tutelados,

devendo ser extirpados do convívio social, formando o que se denomina Direito Penal do Inimigo.

Argumenta em sua teoria que o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão conviveriam juntos em um Estado Democrático de Direito. Contudo, ao se permitir que o inimigo possa ter lugar legítimo dentro e fora do direito, e inclusive fora de uma situação bélica, é formular a ideia de um Estado absolutista. E que por ser assim, não encontra respaldo na construção democrática de Estado.

Para Jakobs, o inimigo deve ser tratado como não pessoa, sendo um sujeito que não possui direitos e garantias pelo simples fato de ter rompido com o ordenamento jurídico, ao cometer uma conduta que impõe risco a toda sociedade, e de forma habitual. Logo, o inimigo será punido pela sua periculosidade e não por um juízo de reprovação que pende sobre a sua conduta realizada – culpabilidade. Ademais, perderá a sua condição de cidadão, e terá o tratamento de ente daninho e perigoso, que deve ser eliminado da estrutura social.

Ainda sob este expansionismo penal, o legislativo vem atuando na feitura de normas que refletem imediatamente os postulados da teoria do inimigo, de modo que há restrição a garantias dos indivíduos, pelo simples fato de enquadrarem-se em certo tipo penal. Dessa forma, a lei 8.072/90 postula que os crimes hediondos (pelo simples fato de serem rotulados como hediondos ou crimes mais graves) são insuscetíveis de graça, indulto, anistia, fiança. Ademais, o Regime Disciplinar Diferenciado repercute a aplicação de uma pena injusta e desproporcional, pois pune o indivíduo não pelo fato cometido, mas por sua periculosidade, de modo que permite o seu isolamento celular por um período de até um ano, que pode ser prorrogado por um prazo igual a um sexto do que fora estabelecido anteriormente.

São diversos os outros exemplos de infiltração do conceito de inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, podendo acrescentar a Lei 9.614/98, chamada Lei do abate, que possibilita a derrubada de aeronaves consideradas hostis dentro do estado brasileiro, pelo simples fato de não serem reconhecidas pelas Forças Armadas. Assim, violam-se os direitos à vida, à liberdade, à ampla defesa e ao contraditório. Ainda é por oportuno apresentar a Lei 10.826/2003, o Estatuto do Desarmamento, que ampliou as figuras típicas, passando a penalizar mais severamente as condutas de perigo decorrentes da posse e do porte ilegal de armas.

Essa ampliação legislativa representa o momento mais lamentável da atualidade brasileira, de modo que a sociedade clama por mais segurança, por uma maior eficiência penal, que vem sendo acatada pelo poder legiferante, em detrimento da garantia de direitos do indivíduo, enquanto ser humano.

Toda a construção normativa que vem se operando sobre o reflexo da formação de um inimigo, revelam-se inconstitucionais, tendo em vista que demonstram uma extrema violação aos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da presunção de inocência, da dignidade penal e humana.

Sendo assim, foi necessário apresentar a relação que prepondera entre o Direito Penal e a Constituição Federal. Sabe-se que esta é a essência jurídica e normativa de qualquer Estado Democrático de Direito, de modo que todo e qualquer bem jurídico relevante no âmbito social, deve estar atrelado a um postulado constitucional, seja de forma direta ou de forma indireta.

Dessa forma, o Direito Penal só será validamente legitimado se gerar a proteção de direitos constitucionais, isto é, de direitos fundamentais. É pela existência destes direitos, que o *ius puniendi* do Estado encontra sua limitação, quando tiver que interferir na esfera da liberdade de cada indivíduo.

A dignidade penal está atrelada à identificação de bens passíveis de sofrerem tutela penal, e sendo assim, somente a Carta Magna pode determinar o que é a dignidade penal, ou seja, o conjunto de bens jurídicos relevantes para o Direito Penal. É esta noção que rompe imediatamente com o que apresenta a Teoria do Direito Penal do Inimigo, que não reconhece no inimigo a condição de sujeito de direitos, e conceber um Direito Penal fora dos ditames constitucionais, é formar um direito penal arbitrário, e conseqüentemente, inconstitucional.

É evidente que o Direito penal de garantias é intrínseco ao Estado de Direito Brasileiro, de modo que as garantias penais formam o núcleo de um estado Democrático e de Direito. Ademais, reconhecer o ser humano como pessoa é dotá-lo de direitos e garantias, que são inatos ao homem. Assim, nenhum indivíduo seria capaz de abdicar de sua dignidade, logo, nenhum homem é capaz de abandonar ou ter por restringidos arbitrariamente direitos que lhe são inatos. Rompe, portanto, com a noção de não pessoa criada por Jakobs.

Em um Estado garantista, a função primordial de qualquer política criminal adotada é efetivar os direitos e as garantias penais. Assim, qualquer política, ainda que tenha o condão de combater o crime, só se legitima se tiver o escopo de também garantir os direitos dos demais cidadãos, pois criminalizar não é compatível com o aniquilamento do indivíduo.

Sobre a supremacia a que foram erigidos os direitos fundamentais, sendo as garantias penais e processuais penais parte destes, não pode existir qualquer tipo de espaço para promover a justificativa da supressão dos direitos a uma parcela de indivíduos, tratados por Jakobs como inimigos.

Assim, na concretude de um debate jurídico-penal não se pode olvidar que a atuação penal de um Estado só pode existir quando puder ocorrer *ultima ratio*, de modo que em um Estado Democrático de Direito apenas poderá existir a intervenção quando houver absoluta necessidade, sobre bens considerados relevantes para o ordenamento jurídico, estando devidamente regulamentados constitucionalmente, e sobre a estreita legalidade penal. Ainda assim, atuará intervindo sobre a esfera que não infrinja qualquer direito fundamental e intrínseco a qualquer ser humano.

Argumenta-se muito, hodiernamente, a construção da reincidência ou dos maus antecedentes como forma de agravar a pena de determinado indivíduo. Todavia, sabe-se que utilizar estes instrumentos como limitadores de direitos, é culminar em um autoritarismo sem tamanho, pois esta condição está atrelada ao autor do crime e não ao fato cometido. São circunstâncias pessoais que maculam a situação do indivíduo, e que possuem aplicação de modo perpétuo e sem nenhuma limitação ou condição objetiva. Logo, esta aplicação não é correspondente com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, flexibilizar a legalidade, aplicar penas que são desproporcionais, alargar a punição penal, retirar garantias penais, antecipar a punição para os atos preparatórios, é romper com os dizeres de um Estado garantidor, infringindo a própria dignidade humana. Seguramente, somente com a implantação de um Direito Penal Mínimo e garantista, que esteja devidamente comprometido com os direitos fundamentais, é que se poderá produzir um sistema penal menos arbitrário, menos desigual, menos seletivo, mais justo e mais proporcional.

Para toda a sociedade e diante das atuais atrocidades, é mais do que urgente uma profunda mudança na órbita penal, e o meio adequado encontrado por esta sociedade tem sido pedir por mais punição, por uma norma mais dura, que reconheça no indivíduo a construção de um inimigo da sociedade. Todavia, não se pode acreditar que a única solução

para a megacriminalidade apresentada seja a atuação da legislação penal, tendo em vista que esta só deverá atuar quando os demais meios falharem e conjuntamente com estes.

Deve-se reconhecer que o problema da criminalidade não possui sua origem no século em que se apresenta, mas remonta às origens da sociedade. Assim, a criminalidade é dada como um problema social, e deve ser solucionado por esta sociedade.

A Constituição Federal consagra o Estado Democrático de Direito como seu princípio constitucional, coadunando com a dignidade da pessoa humana. Logo, admitir a possibilidade de um Direito Penal do Inimigo é romper com todos os ditames básicos do Estado escolhido pela Carta Magna, para preponderar na órbita estatal.

Conclui-se, portanto, desta pesquisa de trabalho, que por mais que se busque legitimar a existência de um Direito dualístico, dividindo-o entre cidadãos e inimigos, para conter a criminalidade social, este não se justificaria na órbita constitucional instaurada em nosso Estado Garantista, pois romperia com as suas premissas fundamentais.

Por ser assim, em um Estado Democrático de Direito, que prima, essencialmente, pelo cumprimento do princípio da legalidade e da prevalência dos direitos fundamentais, admitir a configuração de um inimigo, que retira direitos dos indivíduos e que flexibiliza a legalidade, é romper com os ditames essenciais e básicos para a configuração de qualquer Estado Democrático.

Neste diapasão, torna-se necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal, resguardado como guardião da Constituição Federal, para declarar a inconstitucionalidade das normas legais formuladas, que se demonstram como atos atentatórios aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana – princípio matriz-, pois é este valor importante para tutela do Estado Democrático de Direito e para a promoção da validade do Direito Penal.

Ademais, findo esta conclusão com a citação operada por Dworkin ao reconhecer a condição garantista que é inerente ao ser humano, pelo simples fato de ser humano.

“Estabelece que cada vida humana tem um valor inerente, distinto e igual. Tal princípio é a premissa da ideia de direitos humanos, isto é, os direitos que as pessoas têm apenas pelo fato de serem humanas, sendo assim, premissa indispensável de uma ordem moral, e, portanto, de todo e qualquer Estado de Direito.”

Ronald Dworkin.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Antonia Elúcia. **Inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática**. Revista dos tribunais, São Paulo. v. 895, ano 99, p. 471-498, maio de 2010
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos E Abolicionismos: A Crise Do Sistema Penal Entre A Deslegitimação E A Expansão**. Revista Da Esmesc, Florianópolis, v. 13, n. 19, p.459-487, 28 jul. 2006.
- _____, Vera Regina Pereira. **Sistema Penal máximo X Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- APONTE, Alejandro. **Derecho penal de enemigo VS. Derecho penal del ciudadano. Gunther Jakobs e lós avatares de um de recho penal de la enemistad**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, n. 51.
- BARATTA, A. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**, Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- _____, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Trad. Ana Lúcia Sabadell. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 2, n.5, jan-mar. 1994.
- BUNG, Jochen; Trad. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 62, p.107-133, set/out, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 213.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012. Cf. Nilo Batista, *Introdução*, cit. p.91.
- CONDE, Muñoz. **Introdução do direito penal: parte geral**. Barcelona: Bosch, 1984.
- DWORKIN, Ronald. **O terror e o ataque à liberdades civis**. Revista de Direito e Democracia – Universidade Luterana do Brasil. V. 5. Canoas: Editora ULBRA, 2004.
- DE FOLTER, Rolf S. **Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justiça pena. Una comparación de las ideas de Hulsman**. Mathiesen y Foucault. *In:* SCHEERER; HULSMAN;STEINERT; CHRISTHIE; DE FOLTER;MATHIESEN. **Abolicionismo penal**. Trad. Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989.
- FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora, n. 6, 1996. P. 176-177.

FRANÇA, Leandro Ayres; BUSATO, Paulo César. **TIPO: Inimigo**. Curitiba: Grupo De Pesquisa Modernas Tendências Do Sistema Criminal, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O crime organizado e as garantias processuais**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.21, p.08, set. 1994.

GRECO, Luis. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, São Paulo, v. 6, n. 7, p.211-247, dez. 2005.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HULSMAN, Louck; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 1º Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda, 2003.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. *In*. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs. e tradução). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____, Gunther. Trad. André Luís Callegari. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo: Revistas Dos Tribunais, 2000.

_____, Gunther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Luiz Moreira. Rad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. VIII.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho, teoria del de recho, dogmática jurídica**. Trad. Gregorio Robles Morchón. Madrid: Debate, 1992.

LOPES, Claudio Ribeiro; OTAVIANO, Luis Renato Telles. **Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo**. Revista de ciências penais, São Paulo: Revista dos Tribunais. v.8, n. 14, p. 107-117, jan/jun. 2011.

LYNNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Gunther Jakobs**. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Direito e política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo**.

Publicação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, com apoio do Programa de Pós-graduação em ciências criminais da PUCRS. Revista de Estudos Criminais, São Paulo. v. 9, n.33, abr/jun 2009. p. 111-134.

MARTÍN, Luis Gracia. **Considerações críticas sobre o atualmente denominado “Derecho penal del enemigo”**. Revista eletrônica de ciência penal y Criminologia. Disponível em: <<http://criminer.urg.es/recpc>>. Acesso em: 10.05.2013.

_____, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o Direito penal do inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 176.

MIR PUIG, Santiago. **Constituição, direito penal e globalização**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

MORAES, Vinicius Borges de. **Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Gunther Jakobs**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 74, 2008. p. 9-33.

_____, Vinicius Borges de. **Como teoria da vigência da norma e da pessoa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 74, p.9-33, ser/out, 2008

NUVOLONE, Pietro. **Norma penal e princípio constitucional**. Milano: Giuffrè, 1957. p. 17-18.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. 3º São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: RT, 1996, p. 69.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus; GRECO, Tradução: Luís. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002.

SAKAUE, Jéssica Tiemi. **Direito Penal do inimigo**. Encontro De Iniciação Científica, São Paulo, v. 5, n. 5, p.1-9, 2009.

SCHEERER, Sebastian. *Hacia el abolicionismo*. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER; MATHIESEN. **Abolicionismo penal**. Trad. Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao Estudo de Direito Penal**: evolução histórica, escolas penais, valores constitucionais, princípios penais e processuais e direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2003.

STEINERT, Heinz. Mas Allá del delito e de la pena. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER; MATHIESEN. **Abolicionismo Penal**. Trad. Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 3ª edição. V.1**, São Paulo: RT, 2001.

_____, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; ALOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1.

_____, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991b.

_____, Eugenio Raúl. **O inimigo do direito penal**. 2. Ed. Tradução: Sérgio Iamarão. Rio de Janeiro: Renan, 2007.

ZUNIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Política criminal**. Madrid: Colex, 2001. p. 25.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.