

**FACER FACULDADES
UNIDADE RUBIATABA**

CURSO DE DIREITO

SAMOEL GONDIM RODRIGUES

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A TERCEIRA
VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.**

RUBIATABA-GO

2013

**FACER FACULDADES
UNIDADE RUBIATABA**

CURSO DE DIREITO

SAMOEL GONDIM RODRIGUES

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A TERCEIRA
VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.**

Monografia apresentada à FACER
Faculdades - Unidade Rubiataba, como
requisito para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito sob a orientação do
professor Marcelo Gomes Teixeira.

RUBIATABA - GO

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

SAMOEL GONDIM RODRIGUES

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A TERCEIRA VELOCIDADE DO
DIREITO PENAL.**

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACER FACULDADES - UNIDADE RUBIATABA**

RESULTADO _____

Orientador _____
Marcelio Gomes Teixeira

1º Examinador _____

2º Examinador _____

**Rubiataba
2013**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Miguel e Selma que mesmo enfrentando muitas dificuldades, sempre priorizaram a educação de seus filhos.

AGRADECIMENTOS

Ao bom DEUS, meu senhor e salvador. "Bendito o homem que confia no Senhor e cuja esperança é o Senhor" (Jr. 17.7). Formo-me para ser seu servo, pai.

Ao meu pai MIGUEL DE SOUSA RODRIGUES e minha mãe SELMA MARIA GONDIM CARDOSO RODRIGUES, que me ensinaram honra, caráter, dignidade e valor da vida. São eles que me inspiram a ser uma pessoa melhor a cada dia, minha eterna gratidão.

A minha querida irmã LETÍCIA GONDIM RODRIGUES, companheira na dor e na alegria, pelos exemplos de amor e por ser minha inspiração para chegar até esse glorioso momento.

Aos orientadores Professores SÉRGIO LUIS OLIVEIRA DOS SANTOS e MARCELIO GOMES TEIXEIRA pelo auxílio, paciência e dedicação.

A Professora GERUZA SILVA DE OLIVEIRA, por nos guiar com simpatia e profissionalismo na construção deste trabalho de conclusão de curso.

Aos meus melhores amigos do curso de Direito, VALDIR CORRÊA NUNES JÚNIOR, LUDMILA CORRÊA PEDROSA e CARINA AVELINO DE BORBA SILVA pelos cinco anos de cumplicidade.

“A sociedade brasileira, entre aturdida e perplexa, pensa que o Direito Penal e Processual Penal, com leis mais severas, como a dos crimes hediondos, lhe trará a sonhada segurança. Ledo engano, pois só a diminuição do enorme desnível social, a contínua luta pela erradicação dos bolsões de miséria, e o investimento na infância e na juventude nos darão um futuro melhor. Todavia, ao invés de leis penais e processuais-penais mais inteligentes, editamos leis mais rigorosas.”

(Roberto Delmanto)

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, desde a sua concepção até os dias de hoje. Isso com base nos estudos empregados pelo alemão Günther Jakobs. Desse modo, será analisada a teoria funcionalista moderada da conduta; a teoria funcionalista sistêmica ou radical, na qual se concebeu a expressão Direito Penal do Inimigo; as três velocidades do Direito Penal, concebidas por Jesus Maria Sanchez; o Direito Penal do Inimigo em si que abrangerá seu conceito e suas características; a flexibilização de direitos e garantias fundamentais, processuais e penais; e sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro. Ao fim, faz-se uma conclusão crítica a respeito do tema, enfatizando que a implantação deste instituto acaba por gerar um controle ideológico do Estado sobre seus cidadãos.

Palavras chaves: Direito Penal do Inimigo. Jakobs. Funcionalismo. Direitos e garantias processuais e penais. Segurança coletiva.

ABSTRACT: This paper discusses the theory of the Criminal Law of the Enemy, from its conception to the present day. That's based on studies by German employees Günther Jakobs. Thus, we will analyze the moderate functionalist theory of conduct; systemic or radical functionalist theory, which was conceived in the Criminal Law of the Enemy expression, the three speeds of the Criminal Law, designed by Jesus Maria Sanchez, the Criminal Law of the Enemy itself covering its concept and its features, the flexibility of fundamental rights and procedural guarantees and criminal, and its expansion in the Brazilian legal system. At the end, it is a critical conclusion on the subject, emphasizing that the implementation of this institute ends up generating an ideological state control over its citizens.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Jakobs. Functionalism. And criminal procedural rights and guarantees. Collective security.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

A.c. = Antes de Cristo
ADI = Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF = Arguição de descumprimento de preceito fundamental
Apud = Junto a
Art. = Artigo
Arts. = Artigos
CF = Constituição Federal
CP = Código Penal
CPP = Código de Processo Penal
DJ = Diário da Justiça
DJU = Diário da Justiça da União
EC = Emenda Constitucional
HC = Habeas Corpus
LC = Lei Complementar
LEP = Lei de Execução Penal
Min.= Ministro
nº = Número
p. = Página
pp. = Páginas
Rel. = Relator
RDD = Regime Disciplinar Diferenciado
RT = Revista dos Tribunais
RJ = Rio de Janeiro
STF = Supremo Tribunal Federal
STJ = Superior Tribunal de Justiça
SP = São Paulo
TJ = Tribunal de Justiça
T = Turma
Vol. = Volume
§ = Parágrafo
SP = São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O FUNCIONALISMO PENAL.....	14
1.1 Desenvolvimento do Funcionalismo e Suas Teorias	14
1.1.1 Teoria Funcionalista Moderada ou Moderna: Claus Roxin	17
1.1.2 Teoria Funcionalista Radical ou Sistêmica: Günther Jakobs	19
2. DIREITO PENAL DO INIMIGO: A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL	25
2.1 As Três Velocidades do Direito Penal	25
2.2 Caracterização do Direito Penal do Inimigo.....	26
2.3 Identificando o Inimigo e o Cidadão	29
3. A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, PROCESSUAIS E PENAS	34
3.1 O Direito Penal do Inimigo Frente à Constituição Federal Brasileira	34
3.2 Limitação de Direitos e Garantias e a Questão da Segurança Coletiva	39
4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	45
4.1 Punição dos Atos Preparatórios e a Tipificação dos Delitos de Mera Conduta	45
4.2 Prolongação do Lapso Temporal das Interceptações Telefônicas	48
4.3 Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/2003)	57
4.4 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990)	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se desenvolve em quatro capítulos. Trata-se de um estudo monográfico que visa explorar aspectos gerais e peculiares da terceira velocidade do Direito Penal. Isso de acordo com a concepção radical do jurista alemão Jakobs, criador da atual e polêmica teoria denominada Direito Penal do Inimigo, a qual, buscando-se adequar as normas de seara penal às novas demandas da sociedade moderna, oferece uma visão inovadora quanto à punibilidade daqueles que optam por praticar crimes graves. São os considerados inimigos do Estado, uma vez que, por ignorar as imposições estatais, perdem as características de pessoa.

O primeiro capítulo versa sobre a digressão histórica do Direito Penal do Inimigo, mais precisamente no que tange ao período do Funcionalismo Penal, dando enfoque nas duas principais concepções sobre esse tema, o funcionalismo teleológico moderno ou moderado de Roxin e o funcionalismo sistêmico ou radical de Jakobs (tema escolhido para esta monografia).

A Teoria Funcionalista Moderada, fortemente defendida por Roxin, alimenta a concepção de que o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta praticada pelo infrator ameaçar essencialmente os bens sociais, dando prioridade aos valores e princípios garantistas. Essa corrente visa proteger os bens jurídicos, e faz isso em obediência às políticas criminais.

Noutro norte, a Teoria Funcionalista Radical, idealizada por Jakobs, se preocupa com os fins da pena, impondo-se sanções mais severas a determinados criminosos. De acordo com essa concepção, a pena a ser aplicada deve ser superior e desproporcional ao delito praticado, pois se leva em conta as características negativas do autor (Direito Penal do Autor) e não a conduta por ele praticada (Direito Penal do Fato).

O Direito Penal do Inimigo trata da questão da aplicação da punição e ainda como o delinquente é visto pela sociedade. Em poucas palavras, na visão desta teoria, para alguns delitos e infratores, as penas e sua aplicação devem ser mais severas para se garantir a normalidade do sistema. Isto porque, o indivíduo não é rotulado por comportamentos isolados e concretos, mas sim por suas atitudes rotineiras.

O segundo capítulo analisa o Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade do Direito Penal, de acordo com a demarcação do Direito Penal como

velocidades trazida pelo alemão Sanches. São analisadas as duas primeiras velocidades do direito penal (penas privativas de liberdade; e penas pecuniárias ou restritivas de direitos, respectivamente), até chegarmos à terceira (Direito Penal do Inimigo), a qual intitula esse trabalho.

Ainda nesse capítulo, é feita a caracterização do direito Penal do Inimigo, delineando-se conceitos do que seria essa teoria e qual o seu verdadeiro objetivo. Conceitua-se também tanto os inimigos como os cidadãos, a fim de compreendermos a divisão do ramo penal elaborada por Jakobs.

Segundo Jakobs, na esfera penal devem existir “dois pólos de um mesmo mundo” ou “duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. (JAKOBS, 2011, p. 21).

Assim, o indivíduo pode se enquadrar na categoria de cidadão ou de inimigo. Aos cidadãos são garantidos todos os direitos e garantias penais e processuais. Por outro lado, para aquele indivíduo considerado inimigo, seja por sua alta periculosidade, seja por sua reiterada conduta criminosas ou integração em organizações criminosas, serão aplicadas as regras do Direito Penal do Inimigo, nas quais se incluem restrição de direitos. Na verdade, o inimigo é visto como um sujeito não portador de direitos.

O terceiro capítulo discorre sobre a flexibilização de direitos e garantias fundamentais, processuais e penais em consequência da aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo em um país democrático de direitos. O referido aspecto é analisado à luz dos princípios e garantias constitucionais, assim como da questão da segurança pública.

Neste sentido, é possível perceber que muitos direitos individuais e coletivos acabam sendo suprimidos em prol dessa “garantia de segurança”, como por exemplo o direito à intimidade e até mesmo à dignidade.

Ainda no referido capítulo, são pontuadas as principais críticas direcionadas à Teoria Funcionalista Sistêmica de Jakobs e quais os possíveis problemas que sua aplicação acarretaria em um país que busca preservar a dignidade da pessoa humana e a democracia.

Ademais, a análise sobre a convivência deste tipo de direito em um Estado democrático tem levantado muitas divergências entre os que acreditam que a atuação do Direito Penal deve ser mínima ou garantista para aqueles que acreditam que esta atuação deve ser mais severa e presente.

Por fim, no quarto capítulo, podemos observar a recepção do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, ocasião em que são citados diversos exemplos de aplicabilidade da aludida teoria sistêmica radical em terras pátrias.

Em verdade, não se pode negar a presença de características marcantes do Direito Penal do Inimigo na lei penal brasileira. Foram escolhidos a título de exemplo: a) a punição dos atos preparatórios e a tipificação dos delitos de mera conduta; b) a prolongação do lapso temporal das interceptações telefônicas; c) o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD (Lei nº 10.792/2003); e d) Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990).

Dessa forma, o desenvolver do tema em vertente envolve um estudo pormenorizado, com ampla pesquisa doutrinária, em âmbito nacional e de direito comparado, buscando-se demonstrar a origem, funcionamento, aplicação e concepções referentes ao Direito Penal do Inimigo.

1. O FUNCIONALISMO PENAL

O presente capítulo visa apresentar uma das mais inovadoras e relevantes teorias existentes na seara do direito penal moderno. O denominado funcionalismo penal. Para isso, serão estudadas as duas principais concepções sobre o tema, a saber: o funcionalismo sistêmico-radical de Jakobs (tema escolhido para esta monografia), e o funcionalismo teleológico-moderado de Roxin.

1.1 Desenvolvimento do funcionalismo e suas teorias

Desenvolvido na Alemanha, no início dos anos 70, o funcionalismo penal é uma teoria que propõe uma reanálise dos elementos que compõem o conceito analítico de crime (conduta humana, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), bem como da teoria da pena, à luz dos valores de política criminal vigentes na sociedade atual, ou seja, nada mais é do que mais uma das várias teorias gerais do crime.

Como prelecionado por Capez (2012, p. 157), a teoria funcional:

Surgiu na década de 1970, fruto de estudos e pesquisas de penalistas alemães, preocupados em submeter o rigor da bitolada e bizantina dogmática aos fins do direito penal. Para não se tornar uma ciência hermética, reclusa em bibliotecas distantes da realidade social, o sistema deveria abrir-se, deixando a adequação típica de ser um procedimento exclusivamente científico.

Para muitos, a teoria funcional surgiu como um divisor de águas no ramo do direito penal, eis que, com a crescente gama de críticas à teoria finalista no final da década de 60, grandes pensadores alemães ganharam espaço e apresentaram uma nova visão acerca de como lidar com o direito penal, ou seja, surgia aí, a teoria funcional, também chamada de pós-finalismo, a qual procura dar conta dos problemas da função do direito penal.

Ainda na visão de Capez (2012, p. 157), o funcionalismo “É o direito penal estudado, entendido e aplicado de acordo com sua função social. Daí, o nome teoria funcional”.

Para Masson (2012, p. 82), com o nascimento das ideias funcionalistas:

Pretendia-se abandonar o tecnicismo jurídico no enfoque da adequação típica, possibilitando ao tipo penal desempenhar sua efetiva

função de mantenedor da paz social e aplicador da política criminal. Essa é a razão do nome desse sistema: funcional.

O funcionalismo penal questiona a validade do conceito de conduta desenvolvido pelos sistemas clássico e finalista. E, ao conceber o Direito como regulador da sociedade, delimita o âmbito das expectativas normativas de conduta, vinculando-se à teoria da imputação objetiva. Busca-se o desempenho pelo Direito Penal de sua tarefa primordial, qual seja, possibilitar o adequado funcionamento da sociedade.

O movimento funcionalista está alicerçado na convicção de que a elaboração de um sistema jurídico-penal ideal não deve ater-se a dados ontológicos, tais como ação do agente ou a causalidade, dentre tantos outros, mas sim vincular-se exclusivamente aos fins específicos do direito penal, ampliando-se nesse ramo a chamada função social.

Nesse sentido, também ensina Capez (2012, p. 157):

A dogmática e o tecnicismo jurídico cedem espaço à política criminal e à função social pacificadora e reguladora dos comportamentos sociais. Dependendo da finalidade reitora do direito penal, bem como daquilo que se entender como sua função, diferente será o tratamento jurídico dispensado à hipótese concreta.

Os funcionalistas, portanto, enxergam o direito penal como instrumento garantidor da funcionalidade e da eficácia das relações sociais, buscando-se com isso, o bem comum da sociedade.

Impossível, porém, analisarmos o funcionalismo penal apenas sobre uma vertente, vez que tal instituto foi edificado, basicamente, por meio de duas orientações, quais sejam, a moderna ou moderada, difundida por Roxin, e a radical ou sistêmica defendida por Jakobs (2003), as quais se diferenciam consideravelmente.

Como bem destaca Hassemer (*apud* Moraes, 2011, p. 123), ao lecionara sobre o trajeto das ciências penais após a II Guerra:

[...] duas delas foram particularmente marcantes, a saber, o desinteresse pelos efeitos práticos das opções dogmático-penais, especialmente no campo da política criminal, e a tendência de formular enunciados normativos com a pretensão de solidez e de delimitação hermética (JAKOBS e ROXIM).

Com clareza e sabedoria, características que lhe são peculiares, Masson (2012, p. 83), traça distinções substanciais acerca das duas vertentes mencionadas alhures. Vejamos:

O funcionalismo de Roxin preocupa-se com os fins do Direito Penal, ao passo que a concepção de Jakobs se satisfaz com os fins da pena, ou seja, a vertente de Roxin norteia-se por finalidades político-criminais, priorizando valores e princípios garantistas, enquanto a orientação de Jakobs leva em consideração apenas necessidades sistêmicas, e o Direito Penal é que deve se ajustar a elas.

Em suma, sustenta o funcionalismo que a dogmática penal deve ser direcionada à finalidade precípua do Direito Penal, ou seja, à política criminal. Essa finalidade seria a reafirmação da autoridade do Direito, que não encontra limites externos, mas somente internos (Jakobs) ou então a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico (Roxin).

O funcionalismo ofertado por Roxin aponta para obediência às políticas criminais, protegendo-se assim bens jurídicos.

Por outro lado, o funcionalismo de Jakobs intenta revitalizar a norma penal por meio da imposição das penas.

Greco (*apud* Moraes, 2011, p. 126), demonstrando indignação para com o sistema finalista, também destaca, em suma, visível diferença entre o método finalista e o funcionalista:

O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legalidade da atuação do direito penal.

Após reproduzir o referido pensamento de Greco, Moraes (2011, p. 126) ensina:

Tal assertiva revela o retrato da mudança de paradigmas: a questão ‘o que é o Direito?’ deu lugar ao dilema ‘para que serve o Direito?’. Logicamente, essa transformação também se deu no Direito penal, que passou a ter seus objetivos na busca da eficácia e eficiência. Como efeito primordial dessa mudança, o foco passou a ser o direito de punir e a busca da prevenção da criminalidade, pano de fundo do Direito

Penal da ‘normalidade’ ou da descrição do ‘Direito penal do cidadão’, segundo a concepção de Jakobs.

Tem-se, então, que na concepção funcionalista a sociedade é complexa e, conseqüentemente, seus problemas também o são, sendo que há várias maneiras de se interpretar essa realidade, isso de acordo com as constantes mudanças sociais, daí porque a necessidade de aplicar-se a teoria funcional, qual seja, atender às novas tendências criminais com um novo sistema punitivo.

1.1.1 Teoria Funcionalista Moderada ou Moderna: Claus Roxin

Esta orientação funcional, estruturada nas premissas de Parsons, identifica um direito penal reconhecido como teleológico, valorativo e moderado, fortemente adotado por Roxin (2002).

Roxin (2002, p.82) é esclarecedor ao expressar o fundamento ideológico de sua teoria funcional:

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.

O direito penal possui como escopo primordial amparar bens jurídicos, sendo assim configurar-se-ia crime somente quando aludidos valores fossem atingidos, ou seja, o crime não deve estar atrelado a uma conduta típica, subscrita em uma folha de papel. O que interessa é saber se a conduta praticada pelo agente possui competência para ameaçar os valores sociais. Uma conduta, mesmo que mal intencionado o seu executor, que não ponha em cheque a ordem político-criminal, não merece punição em âmbito penal.

Referido pensamento funcional fortalece a premissa de que o direito penal deve ser utilizado com *ultima ratio*, ou seja, a aplicação do direito fica à margem das demais normas jurídicas.

A propósito, a conduta está inserida dentro de um contexto social. Capez (2010, p.158) ensina que:

A conduta passa a ser uma categoria pré-jurídica (lógico-objetiva), que não pode ser entendida apenas como fenômeno causal ou finalista, mas inserida dentro de um contexto social, ordenado pelo Estado por meio de uma estratégia de políticas criminais. Isto quer dizer que não é dado ao legislador selecionar qualquer comportamento, a fim de considerá-lo criminoso. A lei não cria o crime, mas apenas o reconhece, traduzindo um anseio social, mediante critérios legítimos e democráticos, e seguindo um método científico que pressuponha necessidade, idoneidade e proporcionalidade da norma.

Segundo essa classe de pensadores, o dolo, a culpa e a finalidade estão impregnados na conduta do agente. Sem antes analisar os efeitos da conduta não há como identificar a existência do fato típico, não existe uma conduta típica sem que haja vontade e finalidade de delinquir. A conduta está fortemente inserida dentro de um sistema social.

Seguindo os parâmetros da teoria de Roxin (2002), o conceito de crime subdivide-se, basicamente, nos elementos: fato típico, ilicitude e reprovabilidade (em substituição à culpabilidade), sendo que a conduta faz parte do fato típico.

Detalhadamente, Capez (2010, p. 157), explica como o Estado deve agir ao aplicar a teoria funcional de Roxin (2002) a eventuais casos concretos:

O Estado, em primeiro lugar, estabelece qual a sua estratégia de política criminal, tendo em vista a defesa da sociedade, o desenvolvimento pacífico e harmônico dos cidadãos e a aplicação da justiça ao caso concreto. Somente depois será fixado o modo de solução dos conflitos. As regras jurídicas cedem sua antiga preponderância à sociologia. A subunção formal pouco vale diante dos fins maiores do direito penal.

No intuito de aclarar o assunto, Capez (2010, p.158), arremata:

O Estado não é uma entidade absoluta que impõe arbitrariamente regras abstratas aos cidadãos, como se fossem seus escravos. Não cria nem inventa novos delitos, mas apenas traduz os sentimentos e

anseios coletivos em regras que possam estimular e incrementar as relações sociais.

Desse modo, o Direito penal cumpre um papel regulador dos comportamentos em sociedade, compelindo a cada qual exercer a sua função social, garantindo, com isso, o pleno funcionamento do sistema.

Assim, tem-se que, na concepção funcionalista moderada, o tecnicismo da norma penal pré-estabelecida, perde espaço para as funções sociais do direito.

1.1.2 Teoria Funcionalista Radical ou Sistêmica: Günther Jakobs

A referida corrente se mostra influenciada pelos preceitos da teoria dos sistemas de Luhmann e pelos estudos sociológicos de Durkheim, tendo como substancial idealizador, Jakobs.

Segundo o teórico alemão Luhmann, a sociedade é complexa, sendo que: “A função da norma jurídica, desse modo, está orientada para a redução das complexidades das relações vitais da sociedade mediante uma formulação abstrata e indeterminada que corresponde ao panorama simbolizante da sociedade pós-moderna” (MORAES, 2011, p. 100).

Nos dizeres de castro (2010, p. 34), segundo Luhmann, além de inibir conflitos, o direito influencia no desenvolvimento social, ou seja, exerce função tanto repressiva como preventiva. Em outros termos, ao punir alguém por ter cometido um crime, visa-se tanto corrigir o erro do agente como infundir medo a quem pretende delinquir:

O direito exerce não só as funções de manutenção de padrões comportamentais e de regulação de conflitos, mas serve também como “instrumento de desenvolvimento social”. A consequência mais evidente é uma maior tolerância, inclusive com os comportamentos divergentes (crimes), havendo uma maior seletividade conseguida através de mecanismos reflexivos (normas que normatizam as normas, por exemplo). As formas de seleção servem para manter o complexo normativo sob controle. O Direito vai se diferenciando funcionalmente e para que isso ocorra é necessário, primeiramente, um processo de “fixação de expectativas normativas”.

Tangerino (2004, p.88) corrobora que, para Luhmann, tanto a sociedade como o direito são sistemas sociais, premissa por meio da qual Jakobs se baseou para confeccionar sua teoria funcionalista:

A sociedade, para Luhmann, é um sistema. O Direito, dada suas características comunicativas autopoiéticas, é também ele, um sistema social. Jakobs se valerá desse modelo teórico para a construção da teoria jurídico-penal funcionalista. A distinção inicialmente proposta por Jakobs é aquela entre sociedade e mundo exterior. Nesse sentido ou bem o autor expressa com seu feito um sentido relevante para a comunicação ou bem não chega a alcançar o plano do relevante para a comunicação, mantendo-se na natureza, ainda que o dito autor chegue a considerar privadamente que esse mundo natural tem sentido. Tal distinção, no plano do direito penal, do ponto de vista funcional, recebe o nome de culpabilidade.

Aludidas ideias de Luhmann tiveram como pilar os pensamentos Durkheimianos tocante à solidariedade e seus tipos. Os pontuados de Durkheim, como já dito, também se mostram latente na teoria de Jakobs.

Ao abordar o assunto, Durkheim ensina que a solidariedade social pode ser mecânica ou orgânica. Bem assim, afirma Quinteiro (2002, p. 79):

O indivíduo não se pertence, é literalmente uma coisa de que a sociedade dispõe. A solidariedade é chamada mecânica quando liga diretamente o indivíduo à sociedade, sem nenhum intermediário, constituindo-se de um conjunto mais ou menos organizado de crenças e sentimentos comuns a todos os membros dos grupo: é o chamado tipo coletivo.

Na solidariedade orgânica de Durkheim há um enfraquecimento nas relações coletivas, os indivíduos são interdependentes na sociedade, e isso se dá através da divisão do trabalho no meio social.

Nas palavras de Quinteiro (2002, p. 81) “ocorre uma interdependência entre todos e cada um dos demais membros que compõem tal sociedade. A função da divisão do trabalho é, enfim, a de integrar o corpo social, assegurar-lhe a unidade”.

Peculiaridades à parte destaca-se o fato de que, seja a solidariedade orgânica ou mecânica, sempre estaremos diante da finalidade de propiciar uma harmonia social, o que se dá por meio da ligação entre indivíduos. Sinteticamente, Durkheim intentou entender a solidariedade social, em divergentes formas, como elemento essencial no esclarecimento da formação das organizações sociais, para tanto, levou em conta a função de uma convicção coletiva e da repartição do trabalho social.

Feitas essas ilações estruturais acerca da teoria Jakobiana, necessário se faz analisarmos com mais afinco seus parâmetros.

Jakobs é um doutrinador alemão, ancorado nas políticas públicas de combate à criminalidade, seja em âmbito nacional e/ou internacional. Apresentou nos anos 80, uma nova roupagem a pensamentos funcionalistas já existentes, e fez isso criando uma teoria, a qual recebeu a nomenclatura de “Direito Penal do Inimigo”, todavia, somente em meados do ano de 1990 a tese ganhou desenvolvimento teórico e filosófico. (JAKOBS, 2012, passim)

Para Jakobs, o inimigo é todo aquele que não aceita fazer parte do estado e por isso não deve ter tratamento igualitário ao de um cidadão, sendo, portanto, considerado uma não pessoa. Hodiernamente, devido sua importância, a tese também é chamada de “Terceira Velocidade do Direito Penal”, o que será tratado em tópico específico no desenvolver desse trabalho. (JAKOBS, 2012, passim)

Sintetiza Moraes (2011, p. 30) que “O ‘inimigo’ é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social [...]”.

Trata-se de uma tese voltada para o legalismo. Jakobs dá destaque à missão do direito penal, no intuito de amparar e garantir um sistema social organizado. A esse respeito, Capez (2011, pp. 158/159): “A função da norma é a reafirmação da autoridade do direito. É a sua aplicação constante e rotineira que lembra à sociedade os padrões de comportamento tidos por normais e os considerados indesejáveis”.

Capez (2011, p. 159) é esclarecedor ao traçar a grande liberdade que tem o legislador ao definir o tipo penal incriminador de acordo com os ditames da teoria radical, já que para manter o equilíbrio do sistema, leva-se em conta o sistema de modo generalizado, excluindo-se até mesmo garantias individuais, caso necessário. Aliás:

Nesta linha, o conceito de crime não resulta de uma lesão a um interesse vital do homem, mas de mera desobediência a uma determinação do sistema. A prática da infração penal consiste em uma disfunção, ou seja, uma quebra do funcionamento do complexo social, devendo a repressão criminal ser aplicada como forma de comunicar à sociedade e ao agente que foi desobedecido um comando necessário para o desempenho da função sistêmica do Estado.

A política criminal está em primeiro plano, enquanto o sujeito individualmente fica em segundo, ou seja, a preservação do sistema fala mais alto. Assim, aquele que por ventura contrariar as regras de convivência em sociedade será considerado delinquente, não cidadão ou até mesmo inimigo, ao mesmo tempo em que será punido para que o equilíbrio volte a reinar.

Consoante concepções de Jakobs, no que se refere a pena a ser aplicada aos delinquentes, esta deve se mostrar superior, mais grave, do que a conduta praticada, ou seja, diferentemente do finalismo clássico ao qual estamos acostumados, eis que neste caso busca-se equiparar a pena à gravidade da infração cometida. A função da pena funcional é, basicamente, colocar em funcionamento a confiança ofertada pela lei, castigando-se com a ótica voltada para a manutenção da ordem social, ou seja, “[...] la pena debe garantizar la seguridad de las expectativas em los contactos sociales, posibilitando la existência de le propria sociedad [...]” (JAKOBS, 1997, p. 20)

Nesta toada, leciona Moraes (2011, p. 34):

Na concepção de Jakobs – funcionalista extrema ou radical – a ação aparece como parte da teoria da imputação (conduta do agente/infração a norma/culpabilidade) que, por sua vez, deriva da função da pena. Primeiro deve-se estabelecer quem deve ser punido por contrariar a estabilidade normativa: o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e de forma culpável. Para os funcionalistas, a imposição da pena, terá assim, o caráter de reestabilizar a norma, uma vez que sua função é justamente garantir essas expectativas. A pena terá a função de garantir a norma e, conseqüentemente, assegurar por via indireta, essa expectativa.

Exercitando sua admirável capacidade de reflexão, Castro (2010, p. 75), também pontuou importantes considerações acerca do papel da pena de acordo com conclusões do funcionalismo extremo, tal como: “A função primordial da pena no Direito Penal do Inimigo, diferentemente do que ocorre no Direito Penal Comum, é a de eliminação de um perigo”.

Ainda, Castro (2010, p. 60):

O delito praticado por um cidadão não se dirige contra o Estado ou suas instituições. Não afeta a chamada normalidade, é fato esperado, não há um inimigo a ser destruído e sim um cidadão que danificou a vigência da norma e é chamado a equilibrar esse dano através da pena. A pena mantém a expectativa na vigência das normas defraudadas pelo autor do delito. Já em outros casos, tendo em vista que a “expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminuí a disposição de tratar o delinquentes como pessoa” (Jakobs, 2005, p.30). Para esses casos, é que se aplicariam as normas próprias do Direito Penal do inimigo.

No que tange à culpabilidade, Jakobs, diferentemente de Roxin, considera a culpabilidade como terceiro elemento do crime, sendo seus elementos: a imputabilidade; a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

De acordo com Moraes (2011, p 134):

Jakobs – especificamente partindo da premissa de que a função da pena é (re)afirmar a vigência da norma em favor da estabilização do sistema social – considera que a culpabilidade constitui “uma falta de fidelidade ao direito”, justificando, pois, a imposição da pena. Assim, o autor de um fato antijurídico, afirma o jurista alemão, tem culpabilidade quando tal atuação antijurídica não só indica uma falta de motivação jurídica dominante – por isso é antijurídica – como também o autor é responsável por esta falta.

Se posta em prática a teoria do crime defendida por Jakobs, até mesmo condutas que não gerem perigo concreto deverão ser sancionadas, uma vez que o que interessa para o estado é: a conduta é proibida ou não? Em caso positivo, a condenação será medida imperiosa, em outras palavras, tão somente a intenção criminal, sem qualquer resultado prejudicial à vítima, pode acarretar em punição.

Capez (2011, p. 159), traz essa ideia e transcreve um exemplo e uma comparação (feitos pelo próprio Jakobs) no intuito de esclarecer o assunto:

A norma pode, perfeitamente, incriminar condutas de perigo abstrato, infrações de mera desobediência, tais como dirigir sem habilitação, independentemente de resultar qualquer perigo concreto deste comportamento, pois o motorista que assim se conduz desatende uma determinação coletiva, confundindo os padrões de permitido e proibido.

Para exemplificar seu pensamento, Jakos afirma: “Quem quer atuar de modo a não colocar em perigo as outras pessoas, somente pode comportar-se não perigosamente, se souber quais são os modos de comportamento considerados arriscados. Não é possível respeitar a norma sem o conhecimento de como o mundo está regulado ...”. Ao final, faz ainda uma interessante comparação: “... a quem não segue regras elementares da matemática, se considera um *tonto*, mas aquele que descumpre regras elementares de convivência, só a pena pode declará-lo infrator”.

Como elucida o próprio Jakobs (2012, p. 90), o direito penal deve possuir características rígidas, pois assim, terá o respeito necessário para sua efetividade:

O Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal

é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Portanto, para ele, o direito penal comum não deve existir para o agente refratário, já que, devido seu comportamento perigoso, não deve ser considerado como pessoa, mas inimigo, e, conseqüentemente, não terá o mesmo tratamento que o cidadão de bem.

Sobre o assunto, ainda Moraes (2012, p. 50):

Em síntese, os riscos modernos, acentuados pelas inovações trazidas à humanidade (globalização da economia e da cultura, meio ambiente, drogas, o sistema monetário, movimentos migratórios, aceleração do processamento de dados etc.), invariavelmente geram uma reação irracional e irrefletida por parte dos atingidos. Disto decorre a insegurança e o medo que tem impulsionado frequentes discursos postulantes de uma tutela de segurança pública, em detrimento de interesses puramente individuais.

Castro (2010) mostra-se comungar da mesma linha de raciocínio de Moraes (2011). Na concepção de Castro (2010) o direito penal clássico se mostra inábil para deter a criminalidade perpetrada pelos inimigos, para ele “o direito penal tradicional não vem dando mostras de ter capacidade para resolver o problema da segurança na era pós-modernidade, dentro do binômio risco/perigo” (CASTRO, 2010, p.57).

À vista disso, para Castro (2010, p. 37), o Direito Penal do inimigo deve ser encarado como medida de exceção, fundado no princípio da isonomia:

Um indivíduo que pratica atos criminosos de maneira persistente, inclusive crimes voltados contra o próprio Estado democrático de Direito ou suas instituições, e eventualmente até se une a outros como mesmo objetivo, precisa ser tratado com medidas mais severas, proporcionais a tais atos, pois os desiguais precisam ser tratados desigualmente.

Destarte, Jakobs, concebeu uma visão de endurecimento do direito penal e processual penal aos indivíduos perigosos, buscando-se uma competente e preventiva defesa social, uma vez que trata do autor de determinadas atitudes consideradas criminosas como “fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais” (JAKOBS, 2012, p. 21).

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO: A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

2.1 As três velocidades do direito penal

A demarcação do Direito Penal como velocidades, criada pelo alemão Sanches (2002), visa, basicamente, encontrar soluções para os problemas gerados pelo ordenamento jurídico-penal contemporâneo.

Nesse raciocínio, Jakobs (2012, p. 92), destaca, em síntese, o que seria cada uma das velocidades do direito penal até chegar à terceira, a qual nos interessa, eis que cuida-se do atualmente denominado “Direito Penal do Inimigo”:

[...] a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõe penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sanches, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direitos – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo –, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras <<clássicos>> a menor gravidade das sanções. Independentemente de que tal proposta possa parecer acertada ou não – uma exceção que excede dessas breves considerações –, a imagem das <<duas velocidades>> induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sanches – no Direito Penal do inimigo como <<terceira velocidade>>, no qual coexistiram a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a <<flexibilização>> dos princípios político-criminais e as regras de imputação.

Nessa toada, obtempera-se que atualmente o Direito Penal do Inimigo é considerado a terceira velocidade do Direito Penal, de modo que segundo as ideias de Sánchez (2002) o Direito Penal passou por uma fase de expansão, donde verificou-se a existência de três velocidades.

A primeira é a tradicionalmente conhecida, na qual a proteção das pessoas se perfaz por meio da pena privativa de liberdade; já na segunda, substituem-se as penas restritivas de liberdade pelas restritivas de direito e as de multa; e a terceira velocidade que pode ser considerada como fusão das anteriores, de forma que é considerada uma velocidade híbrida, que visa a privação de liberdade (primeira velocidade) com flexibilizações de algumas garantias materiais e processuais (segunda velocidade).

2.2 Caracterização do Direito Penal do Inimigo

É salutar delinear alguns conceitos do que seja Direito Penal do Inimigo para melhor compreensão a respeito do presente estudo.

Ao definir o Direito Penal do Inimigo Nucci (2009, p. 384), assevera:

[...] trata-se de um modelo de direito penal, cuja, finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, dentre outros). Estes não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais alheios. Portanto, estariam situados fora do sistema, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade. São pessoas perigosas, em guerra constante contra o Estado, razão pela qual a eles caberia a aplicação de medidas de segurança e seus atos já seriam passíveis de punição quando atingissem o estágio da preparação. Admite-se, ainda, que contra eles sejam aplicadas sanções desproporcionais à gravidade do fato praticado [...].

Assim sendo, o Direito Penal do Inimigo, de grosso modo, busca adequar as normas de seara penal às novas demandas da sociedade moderna. Traz uma visão inovadora quanto à punibilidade daqueles que optam por delinquir em alto nível. São os considerados inimigos do estado e não cidadãos. Em suma, é inimigo aquele que refuta cotidianamente as normas legais de um estado, dando a crer que permanecerá na infidelidade com o ordenamento estatal.

Segundo Hireche (2005, p. 04), “o Direito Penal do Inimigo representa um combate a certas classes, a certas e determinadas pessoas – desviantes dos padrões de normalidades ditados pela elite dominante”.

Nesse sentido, para o autor acima, o Direito Penal do Inimigo visa combater o inimigo. Referido autor orienta que o Direito Penal do Inimigo representa uma manifestação do simbolismo jurídico-penal, sendo a teoria, um instrumento de controle social.

Hireche (2005, p. 7) ainda enfatiza que “essencialmente, o discurso do Direito Penal do Inimigo é simbólico, apela para o lado imaginário das pessoas, para os seus medos e frustrações, para a necessidade de se resguardarem dos estranhos, dos diferentes”.

Assim, extrai-se das ideias de Hireche (2005), que a primazia do Direito Penal nada mais é do que a “demonização” do delinquente altamente perigoso ou seja, daquele que desafia as normas do Estado, questiona sua legitimidade e não se submete à dominação. “O Direito Penal do Inimigo representa uma representação do maniqueísmo social, é dizer: divide-se a sociedade entre bons e maus, entre amigos e inimigos” (HIRECHE, 2005, p. 19).

Para Cesconetto (2009, p. 22) “Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”.

Como já delineado no capítulo anterior, para o próprio Jakobs:

O Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Jakobs defende que no Direito Penal do Inimigo, a pena não deve ser proporcional ao crime, mas sim ao agente, sendo ele inimigo: pena cruel, sendo ele cidadão: pena clássica. Em outros termos, as penas são proporcionalmente altas, principalmente no que tange a atuações específicas, tais como o crime organizado, o tráfico de drogas e o terrorismo.

Defendendo latentemente sua concepção, Jakobs (*apud* Ribeiro, 2011, p. 72) enfatiza que, com relação a quem opte por criminalizar, apenas será tratada como pessoa o autor delituoso que “apesar de seu ato, ofereça garantia de que se conduzirá, em linhas gerais, como cidadão, quer dizer, como pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico”.

A propósito, Moraes (2012 p.196):

Para o enfrentamento dos ‘inimigos’, as sociedades modernas têm recorrido a regulações jurídicas de características tais que permitiriam identificá-las facilmente como típicas de um ‘Direito Penal do Inimigo’. Seriam elas:

a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;

- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações, como explícitos casos europeus, que se autodenominam de ‘leis de luta ou de combate’;
- d) restrição de garantias penais e processuais e
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil

A punibilidade de atos meramente preparatórios, os tipos penais de mera conduta e aos de perigo abstrato, estão para o Direito Penal do Inimigo como medidas de prevenção, apenas a intenção criminal, devido à relevância da conduta pretendida, é suficiente para gerar reprovação social frente à presunção de perigo ou dano, sendo indiferente a produção, ou não, do resultado. No Brasil, mesmo que singelos, temos exemplos desse tipo de punição, o que, no entanto, será visto mais adiante, em momento oportuno.

Cavalcante (2005, p. 187), ao discutir o assunto, pontifica que “a doutrina alemã vem abordando esta questão de maneira monográfica, para a qual tem cunhado o termo ‘Vorfeldkriminalisierung’ (criminalização no âmbito prévio)”.

Com relação à “desproporcionalidade das penas”, tem-se que os inimigos serão altamente penalizados pelos crimes que cometerem. As penas não serão aplicadas em proporcionalidade com a prática delitiva, mas sim, em desproporção elevada, assim fazendo, defendem os seguidores de Jakobs, que haverá mais eficiência nas punições. Quando o agente se vê preocupado com a disparidade da pena o que prevalece são os preceitos do afamado dito popular: “pense duas vezes antes de agir” (nesse caso, antes de delinquir).

Como se não bastasse o caráter antecipatório da pena e a desproporcionalidade desta, é também característica do Direito Penal do Inimigo, como visto, a relativização de garantias penais e processuais e até mesmo constitucionais, o que será debatido com mais detalhe no terceiro capítulo deste trabalho.

Ainda nessa risca, de acordo com as valiosas asseverações de Gomes (*apud* Moraes, 2011, p. 198):

Suas principais bandeiras seriam flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); inobservância dos princípios básicos, como o da ofensividade da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; aumento desproporcional das penas; criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); endurecimento sem causa da execução penal; exagerada antecipação da tutela penal; corte de direitos e garantias fundamentais; concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito

(delação premiada, colaboração premiada etc.); flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); infiltração de agentes policiais; uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); etc. (Luiz Flavio Gomes, 2004, apud Moraes, 2011, p. 198).

2.3 Identificando o inimigo e o cidadão

Para que entendamos quem, eventualmente, será submetido a tais regras penais endurecidas, é necessário compreendermos certa divisão do ramo penal criado pelo jurista alemão. Em outros dizeres, precisamos identificar quem é o inimigo.

Para Jakobs, no campo penal existem “dois polos de um mesmo mundo” ou “duas tendências opostas em um só contesto jurídico-penal” (JAKOBS, 2011, p. 21), quais sejam o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

Enquanto o Direito Penal do Cidadão é direcionado à “pessoa”, o Direito Penal do Inimigo está voltado para a “não-pessoa”.

Neste sentido, Masson, (2012, p. 95) ensina:

Nitidamente, enxerga-se na concepção de Jakobs a convivência de dois direitos em um mesmo ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, um direito penal do cidadão, amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado Democrático de Direito. Sem prejuízo, em parcela menor e restrita a grupos determinados, com ele coexiste o Direito Penal do inimigo, no qual o seu sujeito deve ser enfrentado como fonte de perigo e, portanto, a sua eliminação da sociedade é o fim último do Estado.

Na mesma linha de raciocínio, Castro (2010, p. 60) esclarece que:

O delito praticado por um cidadão não se dirige contra o Estado ou suas instituições. Não afeta a normalidade, é fato esperado, não há um inimigo a ser destruído e sim um cidadão que danificou a vigência da norma e é chamado a equilibrar esse dano através da pena. A pena mantém a expectativa da vigência das normas defraudada pelo autor do delito. Já em outros casos, tendo em vista que a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição de tratar o delinquente como pessoa. Para esses casos é que se aplicariam as normas próprias do Direito Penal do inimigo.

É notório que para especificar quem seja, ou não, inimigo a tese em epígrafe é estruturada sobre o conceito de pessoa e de não-pessoa, sendo que para Jakobs, o

inimigo é uma não-pessoa, pois aquele que se nega a adaptar-se às normas de um estado de cidadania não deve se beneficiar das vantagens do conceito de pessoa.

O inimigo não é, para Jakobs, possuidor de direitos, pois não pode ser considerados como pessoa. Nas palavras de Santos (2009, p. 28-29):

Para ele (Jakobs), há uma diferença bastante clara entre pessoa e ser humano. Assim, para que alguém possa ser reputado como pessoa, não basta simplesmente ser considerado em seu aspecto meramente civilístico-jurídico. Pelo contrario: pessoa é todo aquele que representa um papel. Porquanto somente se deve subsumir como pessoa aquele ser que cumpre seu papel na sociedade – vale dizer, que se porta conforme os ditames normativos.

Jakobs (2011, p. 43), doutrina que: “Só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real”.

À medida que um agente desvia-se, “provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito” ele “não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.” (JAKOBS, 2011, p. 34). Em casos como este o indivíduo não faz *jus*, segundo Jakobs, a ser tratado como pessoa, uma vez que não existe, garantia nenhuma de que ele agirá, futuramente, nos moldes das leis vigentes.

Em resumo, dita Jakobs (2011, p. 47):

Quem por princípios próprios se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

A respeito da definição de pessoa, Jakobs (1996, pp. 35/36) afirma que:

Ser persona significa tener que representar um papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. [...] La subjetividad de um ser humano, *ya per definitionem*, nunca Le es accessible a outro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas em El contexto de las demás manifestaciones concurrentes.

Jakobs etiqueta os indivíduos por seus comportamentos. Ele não observa somente a situação fática, mas verifica também a salvaguarda ou insegurança que a atuação do agente pode trazer para a sociedade. Ao ser analisado sua periculosidade e seu modo de vida é que é possível desvendar se o indivíduo representa um "perigo" para a sociedade ou não.

Cesconetto (2009, p. 22) deixa claro que Jakobs identifica os inimigos:

[...] pelos tipos de crimes que cometem (delitos sexuais), ou pela sua ocupação profissional (criminalidade econômica, tráfico de drogas), ou por participar de uma organização criminosa (terrorismo), [...] e, portanto, devem ser tratados como inimigos, sendo que para este se volta o DPI. Estes indivíduos são penalizados pelas atitudes que ainda podem cometer num futuro próximo, ameaçando uma sociedade por completo.

Criminosos desse nível de periculosidade desafiam o poder estatal, confeccionam suas próprias leis e, usam de artifícios fraudulentos para se defenderem das exigências legais impostas pelo Estado.

Atentados terroristas, como por exemplo, o ataque às torres gêmeas de 11 de setembro do ano de 2001, em Nova Iorque, fez com que a teoria do combate ao inimigo ganhasse veemência por todo mundo, especialmente, nos Estados Unidos da América e em certos países Europeus.

Não obstante os tipos de delinquentes citados como inimigos por Jakobs, tais como, terroristas; criminosos organizados (quadrilhas); autores de delitos sexuais e criminosos econômicos, a lista não é taxativa, mas exemplificativa, já que, na verdade, inimigos são todos aqueles que praticam infrações penais perigosas, desta forma subjetiva.

Todavia, o catedrático Jakobs deixa clara sua indignação específica quanto ao terrorista. Dando enfoque a esse delinquente especializado, o alemão o intitula como sendo aquele inimigo que “rechaça, por princípios, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem” (JAKOBS, 2012, p. 36).

Segundo ele, o praticante do terrorismo não é um mero delinquente, já que assim sendo, deveria ser submetido a sanções inerentes ao Direito Penal do Cidadão, mesmo que cometa delitos drásticos e reiterados (JAKOBS, 2012, pp. 35/36).

Jakobs menciona a título de exemplos, leis alemãs que refletem a diminuição da “disposição em tratar o delinquente como pessoa”, vejamos: Leis de luta

contra a criminalidade econômica, de 29.07.1976 e de 15.05.1986; a Lei de luta contra o terrorismo, de 19.02.1986; a Lei para a luta contra o tráfico ilegal de drogas tóxicas e outras formas de manifestação da criminalidade organizada, de 15.07.1999; a Lei para a luta contra os delitos sexuais e outras infrações criminosas, de 26.01.1998; e a Lei de luta contra o delito, de 28.10.1994. (JAKOBS, 2012, pp. 34/35).

Lado outro, temos que a reincidência, a habitualidade da conduta delituosa e a integração à organizações criminosas são os fatores que marcam a passagem de um cidadão para inimigo, ou seja, não é qualquer indivíduo que pode se rotulado como inimigo. Apenas certas infrações penais estariam submetidas à competência do Direito Penal do Inimigo, das quais podemos citar: condutas que afronte a segurança do grupo social e comportamentos delituosos frequentes. (SÁNCHEZ *apud* MASSON, 2012, p. 93).

Em outros termos, apenas as condutas que transmitam habitualidade e periculosidade contundentes a coletividade estão cognoscíveis aos ditames funcionalistas em análise.

Cesconetto (2009, p. 22) conceitua, com aprumo, o inimigo:

[...] o inimigo é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social.

Nesse toar, Masson (2012, p. 93), com brilhantismo e perspicácia, esclarece qual é o perfil do inimigo idealizado por Jakobs:

Inimigo, para ele, é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um cidadão e, por consequência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas.

Em síntese, trata-se de um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento ou em sua ocupação profissional ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização criminosa, vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.

Assim, o indivíduo que descumpre os preceitos estatais está em guerra com o próprio Estado e a sociedade da qual faz parte. Daí porque não merece, segundo Jakobs, ser conceituado de cidadão, mas sim de inimigo.

3 A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, PROCESUAIS E PENAIS

3.1 O Direito Penal do Inimigo frente à Constituição Federal Brasileira

Considerando que tudo é válido para combater o inimigo, esse prisma acaba por gerar abusos. Violações e renúncias de direitos e também garantias fundamentais são permitidas na busca desse combate. A maioria das críticas à teoria de Jakobs está voltada justamente para esta relativização dos direitos e garantias processuais e penais.

É cediço que nosso Estado é Democrático de Direito e a Constituição Federal Brasileira de 1988, com a soberania que lhe é peculiar, nos assegura essa característica. Aliás, já no seu artigo art. 1º expõe que “A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Já no inciso III do mesmo artigo, nos foi apresentado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse primeiro artigo da carta magna trata dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. E para muitos, tão somente a singela análise deste artigo é capaz de sustentar a inconstitucionalidade da teoria do Direito Penal do Inimigo, já que, em sua teoria pura, a tese defende o inimigo como coisa e não como cidadão, o que violaria um princípio constitucional fundamental.

Segundo Jakobs (2012, p. 40):

[...] Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. [...]

O Doutor Bulos (2007, p. 73) deixa claro que, no seu sentir, “A violação de um princípio compromete a manifestação constituinte originária. Violá-lo é tão grave quanto transgredir uma norma qualquer”.

Assim, de acordo com o raciocínio do doutor acima, uma teoria que advenha de quem quer que seja, será constitucional, apenas se estiver regida pelos princípios constitucionais, até porque a Magna Carta é alicerce do Estado.

Ademais, o art. 5º, inserido no título II da Constituição Federal, apresenta um rol de direitos e garantias fundamentais, taxado por muitos como contrários à teoria de Jakobs. Logo no *caput*, verifica-se que “ [...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Destarte, extinguir o caráter de pessoa de um humano, tal como defende o Direito Penal do Inimigo, seria uma discriminação inconstitucional.

Jakobs (2012), ancorado nas ideias jusfilosóficas de Fichte, fundamentou sua teoria. Fichte (*apud* Jakobs, 2012, p. 25):

Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos.

Desse modo, Jakobs volta a afirmar que aquele que não adere ao padrão estatal não mais faz *jus* às garantias fundamentais, cessando dessa forma o direito à vida, assim como o tratamento meritório inerente a cada cidadão que proíbe a tortura, penas cruéis, prisão perpétua, dentre outros.

Neste proceder, o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, sendo assim, um ordenamento penal diversificado para determinada classe de pessoas, viola a igualdade dos seres.

Já no art. 5º, inciso XLVII, “a”, do mesmo diploma magno, observa-se que a pena de morte, salvo raras exceções, foi banida pela implantação de um estado democrático de direito:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade nos termos seguintes:

[...]

XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

[...]

A propósito, destacou Bulos (2007, p. 273):

[...] deve existir um ato de cunho jurídico-internacional [...]. Embora inexista disposição taxativa a esse respeito, parece-nos que apenas a guerra externa enseja a pena de morte. A guerra interna ou civil não, porque para tal ato beligerante exista urge ser declarado. E esta declaração só ocorre entre Estados soberanos e não entre Estados federados, dotados de simples autonomia, integrantes do território nacional.

Portanto, seguindo-se o rigor da Constituição Federal, não parece viável declarar-se tal guerra contra aquelas pessoas que não se enquadram no sistema proposto pelo Estado.

Nestas pegadas, Bulos (2007, p. 273) acrescenta que:

O direito penal moderno não nega que em todas as relações humanas o valor principal é a vida. Realmente, não é dado a ninguém, nem mesmo ao próprio Estado, interromper o ciclo vital de quem quer que seja. Mesmo naqueles crimes hediondos e bárbaros, nos quais são utilizados expedientes torpes e absurdos, é injustificável a adoção da pena capital.

Deveras, o Estado é o detentor do *jus puniendi*, entretanto, a Carta Magna não permite ceifar a vida de um agente por mais cruel que seja o crime praticado por ele.

Ademais, no inciso XLVII do Art. 5º da Constituição Federal, em sua alínea “e”, é vedada a aplicação de penas cruéis, até porque a sanção não pode confrontar com a dignidade inerente à pessoa humana.

Cernicchiaro (1995, p. 146) é claro e objetivo ao exemplificar sua indignação quanto à aplicação de penas cruéis:

A obrigação de sair à rua portando capela de chifres, como dispunha o Livro V das Ordenações Filipinas, amarrar os pés do preso com barras de ferro a fim de impedir-lhe os movimentos, provocar marcas no corpo do condenado e tantos outros exemplos que, felizmente, vão ficando na história, hoje, devem ser banidos de modo absoluto.

Ribeiro (2011, p. 93) também expressa sua opinião contrária aos pensamentos de Jakobs, apelidando a teoria do Direito Penal do Inimigo de “esdrúxula”.
Veja-se:

Ora, é evidente que, em um Estado Democrático de Direito, qualquer medida concretizadora de um estado de exceção não pode prescindir de prévia estipulação na Constituição e de decretação que seja feita segundo os trâmites nela estabelecidos. Além disso, toda medida dessa natureza há de vigorar, necessariamente, por tempo determinado e, enfim, dificilmente o estado de exceção poderá referir-se a criminosos comuns. Acrescente-se, ainda, que os direitos fundamentais da pessoa humana impõem limites mesmo para um Direito excepcional ou de guerra. Por tudo isso, consideramos que a concepção de Jakobs, analisada nesse trabalho, é verdadeiramente esdrúxula.

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo XI, 1, dispõe:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

De igual modo, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, sustenta que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Por fim, a Constituição Federal Brasileira no inciso LVII do artigo 5º impõe que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Veja-se que a Constituição Federal, diferentemente do que ocorre na Declaração Universal e no Pacto de San José da Costa Rica, garante o direito da não culpabilidade de forma mais abrangente, garantindo-o até o trânsito em julgado da sentença penal, e não somente até que fique provado a culpa do agente.

Ocorre que, no Direito Penal do Inimigo, punir-se-ia o indivíduo antes mesmo que este praticasse uma conduta delitiva, ou seja, mais uma vez, a teoria de Jakobs vai de encontro a um princípio constitucional, qual seja o da presunção da inocência, e, por via de consequência, acaba por afrontar o princípio da ofensividade, pois se sabe que, para este, não se pode punir um fato que não causou lesão a um bem jurídico tutelado.

Nessa ótica, segue recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. REGISTRO CIVIL EM DUPLICIDADE. NASCIMENTO ALEGADO EM DOIS PAÍSES DIVERSOS.

BUSCA DA DUPLA CIDADANIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONHECIMENTO POSTERIOR DA INDEVIDA CONDUTA. CONSEQUENTE INGRESSO DE AÇÃO ANULATÓRIA PELOS ACUSADOS. BOA-FÉ. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. AÇÃO PENAL. AFETAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Os pacientes registraram em duplicidade o nascimento do filho, em países diversos, crendo que com a conduta regularizariam a dupla cidadania do seu rebento, sendo que, ao serem posteriormente informados do caráter indevido do ato, ingressaram com uma ação anulatória de registro civil para regularizar a situação, o que trouxe ao conhecimento do órgão ministerial a quaestio e motivou a exordial acusatória. 3. Não há falar em extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição, eis que inexistiu decurso temporal superior ao previsto em lei, pois o termo inicial para a contagem do prazo é o dia em que o fato se tornou conhecido, nos termos do artigo 111, inciso IV, do Código Penal. 4. De se invocar, no caso, o cânone da boa-fé objetiva, que ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes; destacando-se, dentre os seus subprincípios, o duty to mitigate the loss. 5. Na espécie, existe manifesta ilegalidade, visto que somente se trouxe a lume o imbróglio após o ingresso da ação anulatória pelos pacientes para regularizar a situação, em franca atitude de mitigar, dentro do empenho possível e razoável, o evento danoso - duty to mitigate the loss. 6. **Acura-se dos autos a ausência da afetação do bem jurídico tutelado, fé pública, ensejando, portanto, a atipicidade da conduta dos pacientes, em atenção ao princípio da ofensividade.** 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, reconhecendo a atipicidade da conduta, trancar a ação penal. (STJ - HC: 266426 SC 2013/0070770-4, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 07/05/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2013) (sem grifo no original)

Deste modo, é nesse ponto que os críticos da teoria de Jakobs fundamentam que o Direito Penal do Inimigo se mostra incompatível com os princípios de um estado democrático de direito, pois permite ao Estado extrapolar os limites delineados pela Constituição Federal.

De outra parte, Moraes (2012, p. 301), nos lembra que:

[...] a própria Suprema Corte brasileira já decidiu que direitos humanos fundamentais, entre eles as garantias e os direitos individuais, e coletivos consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, não poderiam ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração do desrespeito ao verdadeiro Estado de Direito.

Ocasão em que fazia referência ao julgado: RHC2.777- 0/RJ, Rel. Min. Pedro Acioli, RSTJ 59/69, STJ – 6º Turma.

Moraes (2012, p 301), agora parafraseando Farias (2000, pp. 64/65), reforça sua convicção a respeito da questão da colisão de direitos no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana deve sim ser aplicado, mas não de modo absoluto, ou seja, a depender da casuística, tal princípio pode ser flexibilizado:

Conquanto seja a dignidade um valor inerente a cada pessoa que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais, o princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto no sentido de que deva prevalecer incondicionalmente sobre os princípios opostos em qualquer situação. Ele está sujeito também à lei de colisão de direitos e, sob determinadas condições do caso concreto que irão prevalecer sobre princípios colidentes. São as condições do caso concreto que irão indicar a procedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, obtempera-se que o tema é controvertido e tem gerado grandes discussões, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

3.2 Limitação de direitos e garantias e a questão da segurança coletiva

Masson (2012, p. 94), de sua parte, salienta:

Inicialmente, o Estado não deve reconhecer os direitos do inimigo, por ele não se enquadrar no conceito de cidadão. Consequentemente, não pode ser tratado como pessoa, pois entendimento diverso colocaria em risco o direito à segurança da comunidade.

O inimigo, assim não pode gozar de direitos processuais, como ampla defesa e o de constituir defensor, haja vista que, sendo uma ameaça à ordem pública, desconsidera-se sua posição de sujeito na relação jurídico-processual. Possível, inclusive sua incomunicabilidade.

Na luta contra o inimigo, o que entra em voga é a pessoa do indivíduo e não a conduta delituosa por ele praticada, a punição se daria pela periculosidade e não pela culpabilidade, o que não corresponde à substância do Direito Penal. Com base nessas ilações, surgem algumas indagações: Os inimigos seriam inimputáveis? Caberia então medida de segurança?

O Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Direito Penal do Fato. No Direito Penal a perseguição é camuflada, enquanto que no Direito Penal do Inimigo a perseguição é declarada. (HIRECHE, 2005, *passim*).

No raciocínio do ilustre Meliá (2012, pp. 101/ 102):

a) O Direito Penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas demoniza (igual exclui) a determinados grupos de infratores; b) em consequência, o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor. Há que ser enfatizado, de novo, que estas características não aparecem com esta nitidez preto no branco, no texto da Lei, mas que se encontram sobretudo em diversas tonalidades cinzentas. Porém, parece que conceitualmente pode-se tentar a diferenciação.

O discurso de que se abre mão dos direitos e garantias fundamentais em nome da coletividade ou segurança coletiva é uma falsidade. O discurso do Direito Penal do Inimigo é na verdade um discurso de controle social, tendo uma função política de separar classes. O inimigo é eleito por aqueles que têm o poder de segurança. (HIRECHE, 2005, *passim*).

Para Moraes (2011) O Direito Penal trata-se de uma dialética entre segurança da sociedade e liberdade do cidadão. “O Direito Penal, como medida extrema de manutenção da ordem e de pacificação social é, por excelência, o reflexo da moral de um povo” (MORAES, 2012, p. 23).

Moraes (2011), portanto, entende que quanto maior a necessidade de aplicar-se o Direito Penal em uma sociedade, maior é o indício de que ela está em crise. Aumenta-se assim, a carga simbólica que tem o Direito Penal, sendo que a expectativa que se cria é de que todos os problemas serão resolvidos com a edição de uma lei mais rigorosa ou com uma punição mais severa ao “inimigo”.

Para o autor, a segurança pública se converteu em pretensão social legítima e a omissão do Poder Público em aplicar políticas eficazes acaba por atribuir todo o encargo sobre o Direito Penal.

Tocante à redução de direitos individuais em prol da segurança coletiva, assevera Moraes (2012, p. 50):

[...] Tanto na legislação pátria quanto na estrangeira, o ‘Direito Penal do risco’ vem permitindo a adoção de uma política criminal pautada pela preocupação incessante de criminalizar e prevenir a criminalidade organizada, a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes, a criminalidade econômica, o terrorismo e os crimes contra a humanidade, primeiros sinais da tendência de perenizar um Direito Penal de ‘terceira velocidade’ – o Direito Penal do Inimigo’.

Moraes (2012, p. 52), aborda também a calorosa discussão sobre o papel da mídia que, segundo ele, potencializa a sensação de insegurança diante dos delitos. E dá o atentado terrorista do “11 de setembro” como exemplo:

[...] Além de policiar, por vezes, violando direitos e garantias penais e processuais, a mídia – amparada pela tecnologia que acelerou o processo de divulgação e informação por todo o mundo, pela ‘ilimitada’ liberdade de expressão e pelo ‘irrestrito’ direito à informação – acentua a sensação de insegurança coletiva. O atentado terrorista do ‘11 de setembro’ transmitido ao vivo em todo o planeta também espalhou o terror e o medo por todas as partes do mundo, até mesmo em países com realidades díspares e distantes dos Estados Unidos.

Segundo o autor supra, o sensacionalismo da mídia transmite ao público uma percepção que não corresponde à realidade, sendo que a referida “percepção errônea aproxima o cidadão da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência” (MORAES, 2012, p.52).

É inegável a relevância da imprensa no ânimo das pessoas no que diz respeito à punição e também à sensação de insegurança. A título de exemplo desse poder midiático, temos o famoso caso do assassinato da atriz Daniella Perez em 1992:

O crime abalou o país pela violência — Daniella foi morta aos 22 anos com 18 golpes de tesoura — e pelos personagens envolvidos em questão. A atriz, além de ser filha de Glória Perez, era casada com o ator da Globo Raul Gazolla. E, na época, fazia par romântico com seu assassino na novela De Corpo e Alma, da TV Globo.

O caso teve tanta repercussão e comoção nacional que Glória Perez colheu 1,3 milhão de assinaturas na tentativa de mudar a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), editada pelo governo Fernando Collor em 1990. Originalmente a lei classificou como hediondos os crimes de sequestro, tráfico e estupro. Tais crimes eram inafiançáveis e os condenados não podiam usufruir os benefícios da progressão da pena. Os réus teriam de cumprir a pena em regime integralmente fechado.

A campanha empreendida por Glória Perez resultou numa emenda popular para alterar a lei e incluir nela o crime de homicídio qualificado.

O dispositivo da lei que vedava a progressão de regime, no entanto, não teve vida longa. No início de 2006, por seis votos a cinco, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90. Justamente o que proibia a progressão de regime. Em 2007, o Congresso aprovou nova modificação na Lei. (PINHO, 2009).¹

Jakobs (2012, p. 63) legitima a aplicação do Direito Penal do Inimigo, desde que a teoria seja aplicada apenas em situações excepcionais e de extrema conveniência:

[...] o Estado não tem porque colocar em jogo, de forma negligente, a sua configuração. Quando se fala em Direito Penal do inimigo, isto não significa "Lei do menor esforço", "penas por meros indícios ou suspeitas" ou, inclusive, "esquartejamento público para intimidação", ou coisas similares (ainda que isso, obviamente, não resolva o problema de como fazer a delimitação).

E acrescenta:

[...] o Direito Penal do inimigo deve ser limitado ao necessário, e isso com completa independência do mandato racional preexistente de limitar a violência física, por seus efeitos secundários corruptores. (JAKOBS, 2012, p. 64)

Diante disso, a flexibilização de direitos e garantias processuais se restringiria aos casos de relevância – tal como no terrorismo – , objetivando-se evitar

¹ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos>. Acesso em 01 de novembro de 2013.

maiores danos. Por esta ótica, o "inimigo" é livre para executar atos de acordo com sua vontade, até porque, ele está "fora do Estado". Jakobs não defende um Direito Penal do Inimigo absoluto, mas sim claramente estrito.

Enfatizando-se contrário aos ditames da Teoria do Direito Penal do Inimigo, Conde (2011, p. 193) defende que o Direito Penal do Inimigo não é legítimo. No seu sentir, Direito é criação do Estado e utilizado para controlá-lo. Destarte, se o agente não se enquadra às regras do Estado, este não deve lhe aplicar regras jurídicas não aceitas por aquele:

De modo completamente inverso, não é direito que cria as garantias como parece acreditar Jakobs. O direito não faz mais que reconhecer garantias pré-existentes, que o sujeito não tem porque é cidadão, mas sim por ser pessoa humana. Sua condição humana precede e transcende a existência do próprio Estado elaborador de regras. E esta elaboração de regras é mero reconhecimento formal da existência material de garantias. Esta é a razão, pela qual o Estado simplesmente não pode negar as garantias fundamentais do ser humano.

Zaffaroni (*apud* Castro, 2010, p. 103), ao abordar a questão da legitimidade do Direito Penal do Inimigo, se mostra totalmente indignado com a concepção do alemão Jakobs, haja vista que interpreta tal Direito como sendo próprio de Estados autoritários:

É incorreto rechaçar a legitimação parcial do novo autoritarismo "cool" que Jakobs ensaia sob o argumento de que sua base é schmittiana. Isso não é verdade. Sua base deve ser criticada porque conduz irremediavelmente ao Estado absoluto de Carl Schmitt e acaba nele.

Ainda nas linhas de raciocínio do renomado Zaffaroni (*apud* CASTRO 2010, p. 104), temos que o Direito Penal deve ser garantista. Não cumprindo com sua função, o Direito Penal certamente prejudicará o Estado de Direito, o que poderá até proporcionar a sucumbência deste:

A função do direito penal do Estado de Direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites

menos irracionais possíveis. Se o Direito Penal não consegue que o poder jurídico assuma esta função, lamentavelmente terá fracassado e com ele o Estado de Direito perecerá.

Inúmeras são as críticas ao Direito Penal do Inimigo, assim como à sua aplicabilidade em um Estado democrático de direito. Realmente seria necessário a implantação de um direito tão radical na tentativa de combater a criminalidade? Não seria arriscar além dos limites em algo abstrato, de incerta efetividade?

A celeuma se agrava ainda mais a partir do momento em que se analisa o Estado e a sociedade como um todo, se estamos, em verdade, preparados para convivermos com tamanha restrição de direitos. Almejar, de modo doentio, a punição e a extinção do perigo pode configurar a representação de uma comunidade solidariamente desorganizada.

Nos valiosos ensinamentos do Mestre Foucault (2010, p.72):

[...] essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua "humanidade".

4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Por mais que se diga que o Direito Penal do Inimigo não se adéqua a um Estado Democrático de Direitos, é perfeitamente possível identificarmos características inerentes à teoria de Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro.

Sem a intenção de esgotar o tema, mas sim em caráter exemplificativo, vejamos alguns casos de aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo em âmbito pátrio.

4.1 Punição dos atos preparatórios e a tipificação dos delitos de mera conduta

Os atos preparatórios nada mais são do que a seleção de meios capazes de gerar o resultado de um delito. Já os crimes de mera conduta são aqueles que se configuram pelo simples comportamento previsto no preceito primário da norma penal, não se exigindo nenhum resultado (GRECO, 2011, p. 246).

Nos casos de punição de atos preparatórios, não se aguarda o início da execução do crime no chamado *iter criminis*, como é a regra para a punição, pois a simples intenção de cometê-los já é o bastante para se pleitear uma condenação penal. O crime de quadrilha ou bando, previsto ao teor do artigo 288 do Código penal, é um exemplo:

Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

O crime de formação de quadrilha ou bando se consuma no momento em que mais de três pessoas se unem com a intenção de cometer crimes. Veja-se que não é exigível a prática de qualquer delito. A punição é devido à mera situação de risco para a segurança pública e para a paz social. Trata-se de crime de perigo abstrato, ou simplesmente, como prefere Nucci (2009), “crime de perigo”.

“Os crimes de perigo são os que se contentam, para a consumação, com a mera probabilidade de haver um dano”. (NUCCI, 2009, p. 180)

Hungria (*apud* Moraes, 2011, pp. 200/2001) destaca a necessidade da tipificação criminal para a associação em quadrilha ou bando:

A delinquência associada ou de grupo fez-se, na atualidade, um alarmante fenômeno de hostilidade contra a ordem jurídico-social. Certos indivíduos que, por circunstâncias múltiplas, notadamente por influência de um ambiente criminógeno, a agravar-lhes a inconformação com a própria capacidade de êxito pelos meios honestos, coligam-se como militantes inimigos da sociedade, formando entre si estáveis associações para o crime e entregando-se, pelo encorajamento e auxílio recíprocos, a todas as audácias e a todos os riscos. É o **banditismo** organizado. Seus componentes, chefes ou gregrários, incubos ou súcubos, são, via de regra, **homens sem fé nem lei**, que não conhecem outra moral além dos aberrantes "pontos de honra" com que requintam a solidariedade para o maléfico. Pela mútua sugestão e pelo fermento de imoralidade no seio do "bando" ou "quadrilha", fazem do crime o seu meio de luta pela vida, caracterizando-se por singular impiedade, afrontoso desplane, menosprezo a todos os preconceitos, ou extrema insensibilidade ética.

Além do delito acima mencionado, vejamos outras práticas criminosas de mesma natureza previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

A associação para o tráfico, crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) também é uma delas:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

E ainda, agora no Código Penal (CP):

Petrechos para falsificação de moeda

Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:
Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Ameaça

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)

Extorsão

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem, indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

[...]

É clarividente nos casos supra citados o caráter de antecipação da punição. Independentemente de eventual prosseguimento efetivo na empreitada criminosa, o agente pode ser punido, em outros termos, não há a necessidade de se exercer qualquer ato de execução para caracterizar o tipo penal. Na visão de Jakobs, esse fenômeno se dá devido à necessidade de expandir-se os limites para a prevenção.

Observe que no caso do preceito primário do artigo 34 da Lei de Drogas, é perfeitamente possível que a simples posse de balanças de precisão e algumas embalagens usadas para embalar substâncias entorpecentes configure o crime de tráfico de entorpecentes.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Enfatizando a ideia de que a punição dos crimes de mera conduta possui ordem preventiva, Jakobs (*apud* Moraes, 2011, p. 199), esclarece com objetividade que “A idoneidade dessa conduta basta para torná-la objeto de reprovação, por parte do

legislador, em face da presunção de dano ou de perigo, sendo indiferente que chegue, ou não, a produzir qualquer resultado”.

Assim, os crimes de mera conduta se dão pelo fato da prevenção. Basta a presunção de dano ou de perigo na conduta do agente para que se possibilite a reprovação e, conseqüentemente, a punição do acusado. Nestes casos, a efetivação do resultado naturalístico é indiferente, assim como impossível, configurando-se apenas como a intenção de cometê-lo.

Nas lições do professor Capez (2010, p. 178), “Crime de mera conduta é aquele que não admite em hipótese alguma, resultado naturalístico, como a desobediência, que não produz nenhuma alteração no mundo concreto”.

Ainda:

[...] o resultado naturalístico não é apenas irrelevante, mas impossível. É o caso do crime de desobediência ou da violação de domicílio, em que não existe absolutamente nenhum resultado que provoque modificação no mundo concreto. (CAPEZ, 2010, p. 288)

Para Jakobs (*apud* Moraes, 2011, p. 203) "esses delitos contradizem a orientação social da comunicação entre cidadãos livres; tampouco cabe convertê-los em infrações administrativas, mas devem ser eliminados sem mais".

4.2 Prolongação do lapso temporal das interceptações telefônicas

A Lei nº 9.296/1996, a qual disciplina acerca da interceptação telefônica, mais especificamente em seu artigo 5º, dispõe que o prazo máximo para a medida é de 15 dias, excepcionalmente prorrogáveis por igual período.

A esse respeito, leciona Gomes (2009):

Prazo de quinze dias: por força do art. 5.º da Lei 9.296 /1996 a captação das comunicações telefônicas e telemáticas não poderá exceder o prazo de quinze dias. Quinze dias, como se vê, é a duração máxima. Pode o juiz, portanto, autorizar a interceptação por prazo menor. O limite temporal que foi estabelecido faz parte da proporcionalidade em abstrato, da qual se encarregou o legislador. Toda medida restritiva de direito fundamental deve, efetivamente, ter limite. Seria um absurdo autorizar a quebra do sigilo das comunicações por tempo indeterminado. Conta-se o prazo desde o dia em que se iniciou a ingerência. Por se tratar de medida restritiva de direito constitucional, computa-se o dia do começo.

Renovação por igual período: o art. 5.º diz que a interceptação é "renovável por igual tempo". Isso significa que na renovação o juiz pode fixar no máximo quinze dias. Mas para tanto se exige "comprovação da indispensabilidade do meio de prova". Urge, como se percebe, novo pedido, onde se demonstre a indispensabilidade da prova, é dizer, a sua necessidade, a inexistência de outros meios disponíveis (art. 2.º, II). E o juiz, na decisão, deve fundamentar essa indispensabilidade tendo por base os fatos e o direito. O cuidado que se deve tomar é o de evitar "autorizações impressas", com expressões genéricas, vagas e adequadas para todas as situações. Em cada momento, em cada renovação, impõe-se a demonstração da indispensabilidade da prova, que faz parte da proporcionalidade. O juiz não pode, no nosso modo de ver, nem autorizar nem renovar a interceptação "de ofício" (v. art. 3.º da Lei 9.296/1996). Não se admite a quebra do *ne procedat iudex ex officio*.²

Não obstante tais regramentos que restringem a duração das interceptações telefônicas, a Corte Suprema (STF), assim como demais tribunais, já firmaram entendimento no sentido de que os prazos para a interceptação, em determinados casos, podem ser prorrogados de acordo com a proporcionalidade. E ainda há casos de deferimento nos quais sequer se constata a prática de crime.

A propósito, o STF:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado por Maria Celeste Costa e Silva e outro, em favor de Jidevaldo de Souza Lima, contra decisão monocrática que julgou prejudicado o HC n. 135.710/MS no Superior Tribunal de Justiça (STJ). O presente habeas foi a mim distribuído por prevenção ao AI n. 858.084/MS. Na espécie, o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 10 meses de reclusão, em regime aberto, pela prática dos delitos previstos nos arts. 303 (peculato) c/c 53 (co-autoria) e 319 (prevaricação, por 15 vezes), todos do CPM. Interposta apelação (n. 2009.022603-4/0000-00), o Tribunal a quo manteve a sentença incólume. Eis a desse julgado: "APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES MILITARES – PREVARICAÇÃO (DOIS DELITOS) E PECULATO – ABSOLVIÇÃO QUANTO A UM DELITO DE PREVARICAÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO DOS RÉUS – PROVAS INSUFICIENTES – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO – ÉDITO ABSOLUTÓRIO MANTIDO – IMPROVIDO. Em que pesem os fortes indícios de que os réus praticaram o delito de prevaricação, o fato é que ante as provas adunadas aos autos deve-se aplicar o princípio in dubio pro reo, pois não se pode afirmar com certeza que o édito condenatório obriga que eles retardaram ou deixaram de praticar ato de ofício indevidamente, uma vez que não poderiam realizar a aludida prisão civil, haja vista a determinação judicial e o comando de seu superior hierárquico máximo.

² Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 13 de outubro. 2013.

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES MILITARES – PREVARICAÇÃO (DOIS DELITOS) E PECULATO – RECURSO DEFENSIVO – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA POR: 1. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NOS CRIMES INVESTIGADOS; 2. POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS POR OUTROS MEIOS; 3. EXTRAPOLAÇÃO DE PRAZO; 4. DETERMINAÇÃO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE; 5. AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DA AUTORIDADE QUE REALIZOU A INTERCEPTAÇÃO – AFASTADAS – QUEBRA DE SIGILO FISCAL E DILIGÊNCIAS DE BUSCA E APREENSÃO – SUSCITADA ILICITUDE – NÃO CONFIGURADA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DOS DELITOS DE PECULATO E PREVARICAÇÃO – PROVAS SUFICIENTES PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO – IMPROVIDO. Inexiste ilegalidade de interceptações telefônicas precedidas de autorização judicial devidamente fundamentada na presença de indícios razoáveis de autoria e na indisponibilidade de outros meios de prova, nos precisos termos determinados pela Lei n.9.296/96. A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o lapso temporal ser avaliado motivadamente pelo Juízo sentenciante, como no caso vertente. Não há falar em incompetência da autoridade indigitada como coatora para determinar a quebra do sigilo telefônico, se evidenciado que, durante as investigações, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra o paciente perante a Justiça Estadual. A realização da interceptação telefônica pela Polícia Militar se justifica pelo possível envolvimento de policiais nos fatos. Diante das provas adunadas aos autos, depoimento de uma testemunha em conjunto com as gravações telefônicas ocorridas entre o apelante e o corréu, não há como se aventar a pretendida absolvição da prática do delito tipificado no art. 303, do Código Penal Militar (peculato), uma vez que restou devidamente demonstrado que o apelante e o corréu, no exercício da função pública, desviaram em proveito do apelante a quantidade aproximada de 60 (sessenta) litros de combustível, bem como utilizaram crédito destinado ao abastecimento das viaturas policiais para trocar óleo de motor da camionete S-10 de propriedade particular do Capitão (réu). Se o réu deixou de encaminhar, indevidamente, quinze autos de infração de trânsito, a fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, o delito de prevaricação encontra-se devidamente demonstrado, impondo-se a manutenção da condenação pelo tipo previsto no art. 319, CPM. APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – PECULATO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL PARA APONTAR O MONTANTE DO COMBUSTÍVEL DESVIADO – IRRELEVÂNCIA – OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS – IMPROVIDO. Se demonstrado pelo harmônico conjunto probatório que o acusado, no exercício da função pública, desviou em proveito do corréu a quantidade aproximada de 60 (sessenta) litros de combustível, bem como utilizou o crédito destinado ao abastecimento das viaturas policiais para trocar óleo de motor da camionete S-10 de propriedade particular do corréu, imperiosa a manutenção da condenação da prática do delito tipificado no art. 303, do Código

Penal Militar (peculato)”. Ainda não conformada, a defesa interpôs recurso especial, inadmitido pelo TJ/MS. Daí a interposição de agravo de instrumento (n. 1.367.122/MS) e a impetração de habeas corpus (HC n. 135.710/MS) perante o STJ. Ao agravo de instrumento, negou-se provimento, o que motivou a interposição de agravo regimental (AgRg no AI n. 1.367.122/MS), julgado pela Sexta Turma do STJ, nos termos da ementa a seguir: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. IDONEIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA NA FASE INQUISITORIAL. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE IDENTIFICAÇÃO DOS ACUSADOS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PREVARICAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. 1. Afasta-se a alegação de incompetência do Juízo, bem como a de que a prova obtida pelas interceptações diria respeito ao crime de tráfico, não podendo ser utilizada na condenação do recorrente por outros delitos, se o deferimento da interceptação telefônica pelo Juízo estadual militar não se deu para apurar a prática do crime de tráfico internacional de drogas, mas de delitos militares (prevaricação e peculato) que estariam sendo praticados por policiais militares no intuito de encobrir a ação de traficantes. 2. Reconhecida a licitude da prova, cai por terra o argumento de invalidade da condenação que, segundo o agravante, além da prova obtida pela interceptação, teria sido lastreada apenas em depoimento prestado na fase inquisitorial. 3. A alegação de que a testemunha teria prestado depoimento ‘sob pressão’ não foi objeto de análise pelo Tribunal a quo, estando a carecer do necessário prequestionamento, nos termos da Súmula 282/STF. E, ainda que esse óbice pudesse ser transposto, a apreciação do tema demandaria incursão ao campo probatório, providência vedada em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 4. Nos mesmos enunciados incide a apreciação da tese de que o Ministério Público não cumpriu o ônus de provar a ocorrência dos ilícitos e de que o julgador singular, ao aferir a personalidade do agravante, teria se lastreado em conceitos extra-autos, pois essas questões não foram apreciadas pela Corte de origem e seu enfrentamento impõe a análise de matéria fático-probatória. 5. O verbete que impede o reexame de provas no âmbito especial obsta, também, a análise da tese de inexistência de indícios razoáveis de autoria e materialidade a amparar o deferimento da quebra do sigilo telefônico. 6. A alegação de que a interceptação telefônica não teria sido precedida de investigações prévias e da identificação dos acusados não foi objeto de apreciação no acórdão impugnado, sem que o agravante opusesse embargos declaratórios. Ausente, portanto, o prequestionamento, segundo a Súmula 282/STF. 7. O Tribunal de Justiça sul-matogrossense entendeu presente o elemento subjetivo referente à satisfação de interesse pessoal, necessário para a configuração do crime de prevaricação. Conclusão cuja revisão, em recurso especial, esbarra na Súmula 7/STJ. 8. Agravo regimental improvido”. Transitado em julgado o acórdão, conseqüentemente, foi julgado prejudicado, por perda superveniente de objeto, o HC n. 135.710/MS. Agora, nesta Suprema Corte, a defesa reitera as alegações suscitadas nas instâncias precedentes no sentido de: a) ofensa ao art. 5º, LXXVIII da

Constituição da República (negativa de tutela jurisdicional); b) inobservância dos requisitos da Lei n.9.296/1996 consubstanciada na incompetência do Juízo Militar, inexistência de indícios razoáveis e de investigação preliminar, incompetência da autoridade que procedeu a escuta e exagerada prorrogação do limite temporal; c) imotivada quebra do sigilo fiscal; d) ilicitude da prova; e) investigação iniciada por denúncia anônima. Liminarmente, requer a defesa a suspensão da ação penal e seus incidentes até o julgamento deste writ e, no mérito, a concessão da ordem para declarar a nulidade da decisão que autorizou as interceptações telefônicas e a quebra de sigilo fiscal, bem como todas as provas derivadas, consequentemente, da ação penal ab initio. Decido. A concessão de liminar em habeas corpus dá-se em caráter excepcional, em face da configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. No caso, não vislumbro a presença dos requisitos exigidos para a concessão da medida liminar. Segundo a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo. Consoante frisou o Ministro Cezar Peluso, ao denegar a ordem no HC 82.899/SP: “Não há, no processo penal, nulidade ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu.” É que o sistema das nulidades é norteado pelo princípio do prejuízo, ou seja, as formas processuais descumpridas devem ser invalidadas apenas quando verificado o prejuízo. Ademais, dispõe o artigo 563 do CPP: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Portanto, vê-se que a literalidade do dispositivo deixa clara a exigência do prejuízo para as partes para o reconhecimento da nulidade processual. Inicialmente, a defesa alega que “toda a violação da intimidade do paciente decorreu de denúncia anônima, portanto, infundada a fundamentação do Juiz que autorizou a quebra de sigilo telefônico e fiscal, provocando uma devassa na privacidade do paciente, em afronta direta a Constituição”. Contudo, parece-me que essa pretensão aduzida pela defesa não merece acolhida. É que a comunicação de um crime, por qualquer pessoa, às autoridades estatais responsáveis pela instauração de procedimentos investigatórios se mostra plenamente possível e em consonância com o controle social exercido por qualquer um do povo, bem como o repúdio às condutas tidas como ilícitas e atentatórias à paz social. Nesse sentido, discorre Guilherme de Souza Nucci que “delatio criminis é a denominação dada à comunicação feita por qualquer pessoa do povo à autoridade policial (ou a membro do Ministério Público ou juiz) acerca da ocorrência de infração penal em que caiba ação penal pública incondicionada (art. 5.º, § 3.º, CPP). Pode ser feita oralmente ou por escrito. Caso a autoridade policial verifique a procedência da informação, mandará instaurar inquérito par apurar oficialmente o acontecimento”. (Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 134). Daí, cediço o entendimento desta Suprema Corte no sentido de que a “denúncia anônima” não tem o condão de invalidar o inquérito policial quando as investigações se utilizam de outras diligências colhidas para averiguar a delatio criminis; ou a ação penal, quando a condenação fundamenta-se em conjunto probatório constante dos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Transcrevo precedente da Segunda Turma: “HABEAS CORPUS. ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’ SEGUIDA DE

INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIS NÃO DECORRENTES DE ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’. LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada ‘denúncia anônima’, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada ‘notícia anônima’, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. Ordem denegada”. (HC 99.490/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, por unanimidade, DJe 1º.2.2011). No que tange ao deferimento das interceptações telefônicas e do afastamento do sigilo fiscal promovido pelo Juízo Militar, não encontro, num juízo preliminar, qualquer ilegalidade apta a declarar as nulidades apontadas pela defesa. Primeiro, quanto à alegação de incompetência da Justiça Militar para apreciar o pleito das interceptações, não assiste razão à defesa. É que, conforme se extrai do pedido de interceptações, o paciente (policial militar) estava sendo investigado pelo suposto envolvimento na prática do crime de tráfico de entorpecentes previsto no art. 290 do CPM. Dispõe o art. 124 da CF/88 caber à Justiça castrense julgar os crimes militares definidos em lei, portanto, em estrito cumprimento ao princípio do juiz natural e ao art. 1º da Lei n. 9.269/1996. Impende esclarecer, ao contrário do que alega a defesa, não existir nos autos qualquer informação no sentido de que as investigações tinham por finalidade averiguar possível envolvimento com tráfico internacional de drogas. O pedido é estanque em motivar a solicitação das interceptações telefônicas e de afastamento de sigilo fiscal em razão de suposto envolvimento no crime de tráfico de entorpecentes (eDOC 2, p. 17-20). Não bastasse, a defesa não juntou aos autos a primeira decisão que determinou a quebra de sigilo fiscal e a interceptação telefônica, tampouco as decisões que prorrogaram essas interceptações. Limitou-se a defesa a anexar à inicial os ofícios que comunicaram as decisões, inviabilizando, desse maneira, a apreciação de todas as demais alegações suscitadas pelo impetrante relativas às provas colhidas na fase pré-inquisitorial. **Por último, no que tange às alegações relativas ao desrespeito ao limite temporal das prorrogações, também não encontro, em análise superficial, qualquer ilegalidade que se mostre patente. Ademais, a jurisprudência desta Corte já firmou o entendimento no sentido de ser plenamente legal a prorrogação de interceptação telefônica per relationem, quando presente situação fática que justifique a prolongação da quebra, seja pela natureza da investigação ou pela complexidade da conduta criminoso a ser monitorada, desde que autorizadas judicialmente.** Cito precedentes das Turmas: “**HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. LICITUDE. ORDEM DENEGADA.**

Segundo informou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as questionadas prorrogações de interceptações telefônicas foram, todas, necessárias para o deslinde dos fatos. Ademais, as decisões que, como no presente caso, autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento. Como o impetrante não questiona a fundamentação da decisão que deferiu o monitoramento telefônico, não há como prosperar o seu inconformismo quanto às decisões que se limitaram a prorrogar as interceptações. De qualquer forma, as decisões questionadas reportam-se aos respectivos pedidos de prorrogação das interceptações telefônicas, os quais acabam por compor a fundamentação de tais decisões, naquilo que se costuma chamar de fundamentação per relationem. (HC 84.869, rel. min.Sepúlveda Pertence, DJ de 19.08.2005, p. 46). Ordem denegada”.(HC 92.020/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, por unanimidade, DJe 8.11.2010)

“Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Interceptação telefônica. Crimes de tortura, corrupção passiva, extorsão, peculato, formação de quadrilha e receptação. Eventual ilegalidade da decisão que autorizou a interceptação telefônica e suas prorrogações por 30 (trinta) dias consecutivos. Não ocorrência. Possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem. Precedentes. Decisão proferida com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º). Alegada falta de fundamentação da decisão que determinou a interceptação telefônica do paciente. Questão não submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância não admitida. Precedentes. Ordem parcialmente conhecida e denegada. 1. É da jurisprudência desta Corte o entendimento de ser possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua (HC nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05). 2. Cabe registrar que a autorização da interceptação por 30 (dias) dias consecutivos nada mais é do que a soma dos períodos, ou seja, 15 (quinze) dias prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias, em função da quantidade de investigados e da complexidade da organização criminosa. 3. Nesse contexto, considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem, não há que se falar, na espécie, em nulidade da referida escuta e de suas prorrogações, uma vez que autorizada pelo Juízo de piso, com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º). 4. A sustentada falta de fundamentação da decisão que determinou a interceptação telefônica do paciente não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, sua análise, de forma originária, neste ensejo, na linha de julgados da Corte, configuraria verdadeira supressão de instância, o que não se admite. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado”. (HC 106.129/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma,

por maioria, DJe 26.3.2012) Destart, não vislumbro flagrante ilegalidade apta a permitir o deferimento do pedido acautelatório. Ainda, no presente caso, a defesa não logrou instruir o feito com os documentos necessários à análise dos constrangimentos ilegais sustentados. Ante o exposto, indefiro o pedido de medida liminar. Intime-se a impetrante para que emende a inicial no prazo de 5 dias. Emendada a inicial, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 22 de maio de 2013. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente.
(STF - HC: 117734 MS , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 22/05/2013, Data de Publicação: DJe-099 DIVULG 24/05/2013 PUBLIC 27/05/2013) (sem grifo no original)

No mesmo sentido, o STJ:

HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO. DISTRIBUIÇÃO E REVENDA CLANDESTINA DE COMBUSTÍVEIS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. USO DE DOCUMENTO FALSO. CORRUPÇÃO ATIVA. 1. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS MOTIVADAS E PROPORCIONAIS. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. 2. PRORROGAÇÃO SUPERIOR À TRINTA DIAS. RAZOABILIDADE. INVESTIGAÇÃO COMPLEXA. 3. NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE SEGUNDO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. NÃO OCORRÊNCIA. MERA REITERAÇÃO. TEMAS DETIDAMENTE ANALISADOS. 4. ORDEM DENEGADA. 1. A importância da fundamentação ultrapassa a literalidade da lei que a garante, pois reflete a liberdade, um dos bens mais sagrados de que o homem pode usufruir, principalmente em vista dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Relativamente à interceptação telefônica, considerando a proteção constitucional à intimidade do indivíduo, a importância da fundamentação das decisões judiciais atinge maiores proporções, não podendo a autoridade judicial se furtar em demonstrar o *fumus bonis juris* e o *periculum in mora* da medida. 2. **O caso em exame merece tratamento excepcional.** Isso porque, investiga-se, a partir de fundados indícios, a ação coordenada entre empresários supostamente praticantes habituais de sonegação tributária e adulteração de combustíveis, sob a proteção de membros de corporações policiais, que para tanto receberiam vantagens econômicas indevidas. 3. **Os pressupostos exigidos pela lei foram satisfeitos. De um lado, tratava-se de investigação de crimes punidos com reclusão. Por outra volta, tendo em vista que os crimes descritos na inicial não costumam acontecer às escâncaras - em especial tratando-se de delitos cometidos por policiais e grandes empresários contra a Administração Pública, cujo modus operandi prima pelo apurado esmero nas operações -, satisfeita está a imprescindibilidade da medida excepcional.** 4. A Lei n.º 9.296/1996 é explícita quanto ao prazo de quinze dias, bem assim quanto à renovação. No entanto, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, essa aparente limitação do prazo para a realização das interceptações telefônicas não constitui óbice

à renovação do pedido de monitoramento telefônico por mais de uma vez. Precedentes. 5. **No caso, não seria razoável limitar as escutas ao prazo único de trinta dias, pois, a denúncia indica a participação de 58 (cinquenta e oito) réus, e se pauta em um conjunto complexo de relações e de fatos, com a imputação de diversos crimes praticados com permanência, estabilidade e habitualidade. Assim, não poderia ser ela viabilizada senão por meio de uma investigação contínua e dilatada a exigir a interceptação ao longo de diversos períodos de quinze dias.** Precedentes. 6. Habeas corpus denegado.

(STJ - HC: 187335 RJ 2010/0186697-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 19/04/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012) (sem grifo no original)

E ainda, o TJRJ:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÃO REITERADA DA MEDIDA.

A Turma, por maioria, reiterou o entendimento de que as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas sucessivas vezes pelo tempo necessário para a produção da prova, especialmente quando o caso for complexo e a prova, indispensável, sem que a medida configure ofensa ao art. 5º, caput, da Lei n. 9.296/1996. Sobre a necessidade de fundamentação da prorrogação, esta pode manter-se idêntica à do pedido original, pois a repetição das razões que justificaram a escuta não constitui, por si só, ilicitude. Precedentes citados: RHC 13.274-RS, DJ 29/9/2003; HC 151.415-SC, DJe 2/12/2011; HC 134.372-DF, DJe 17/11/2011; HC 153.994-MT, DJe 13/12/2010; HC 177.166-PR, DJe 19/9/2011, e HC 161.660-PR, DJe 25/4/2011. HC 143.805-SP, **Rel. originário Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJRJ), Rel. para o acórdão Min. Gilson Dipp, julgado em 14/2/2012.** (sem grifo no original)

Não há dúvida que o STF e o STJ têm priorizado o combate ao crime, principalmente quanto aos meticulosamente organizados, operando por meio da interceptação telefônica. Esse entendimento jurisprudencial vai de encontro com a doutrina clássica que aponta falhas na Lei 9296/1996 capazes de eivá-la de inconstitucionalidade, uma vez que autoriza a quebra desordenada de certos direitos e garantias constitucionais.

Entretanto, o entendimento jurisprudencial acima relatado, defende que, considerando que a criminalidade se organiza cada vez mais, ao contrário, dos meios de combate do Estado, a saída é aplicar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e permitir determinadas flexibilizações de garantias a fim de penalizar quem viola os

bens mais valiosos amparados pela Constituição Federal de 1988 e pela lei penal, mesmo que isso acabe por caracterizar em ideais inerentes a um direito penal de 3ª velocidade.

4.3 Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/2003)

A Lei 10.792 passou a vigorar a partir do dia 1º de dezembro do ano de 2003, alterando a Lei de Execuções Penais - LEP (Lei 7.210, de 11 de junho de 1984), ocasião em que foi criado o chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o qual se destina àqueles reeducandos suspeitos de terem se envolvido ou participado de organizações criminosas, quadrilha ou bando.

De acordo com a LEP, o RDD será aplicado ao preso que descumprir os pressupostos estabelecidos no seu art. 52:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

O RDD consiste em um maior grau de isolamento do detento, sendo-lhe impostas restrições maiores do que às inerentes ao regime fechado de cumprimento da pena. Tal regime permite a incomunicabilidade do preso, o que põe em cheque a constitucionalidade do instituto.

Observemos como as regras do RDD se adaptam à concepção do Direito Penal do Inimigo. Jakobs (2012, p. 38):

Como no Direito Penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não tem lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa.

Ancorada na redação dada à Constituição Federal de 1988, parte da doutrina taxa o regime como flagrantemente inconstitucional, uma vez que no Brasil é vedada a aplicação de penas cruéis (art.5.º, inciso XLVII, alínea “e”, CF/88); é assegurado ao sentenciado preso, sem qualquer distinção, o respeito à integridade física e moral (art. 5.º, XLIX, CF/88); e garantido que ninguém seja submetido a tratamento desumano ou degradante (art.5.º, III, CF/88). Por esta latente restrição às garantias individuais, não há como negar a existência de linhas marcantes do Direito Penal do Inimigo.

No regime em análise, penaliza-se o criminoso não pela conduta delitiva por ele praticada, tal como dita a regra da legislação penal, mas pela periculosidade do autor.

4.4 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990)

A Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que trata dos crimes hediondos, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro em virtude de expressa imposição constitucional. De acordo com o artigo 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Nos dizeres de Faria Júnior (*apud* Salgado, 1990, p. 27) a referida "lei surgiu, sem dúvida, como exigência da sociedade insegura e alarmada com o crescimento dos índices de criminalidade". O novo diploma, afirmou o Des. Silva Leme (*apud* Salgado, 1999), (HC 99.872, 3ª Câm. Crim. do TJSP, em 05.11.90), foi "elaborado com a finalidade inequívoca de agravar sanções e excluir mercês legais".

A Lei dos Crimes Hediondos é claramente uma espécie de política de enfrentamento à crescente criminalidade e faz parte de um clamor da sociedade por uma punição mais severa para crimes de alto nível, o que faz dessa norma uma simpatizante dos preceitos da teoria do Direito Penal do Inimigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a crescente criminalidade, têm-se tentado conciliar um Estado Democrático de Direito com um Direito Penal do Inimigo.

Há crimes e criminosos, principalmente no que se refere às organizações criminosas, que sozinho o Direito Penal comum não consegue controlar. Neste contexto de insegurança, a teoria do Direito Penal do Inimigo toma força. O Direito Penal do Inimigo não resolve o problema da criminalidade, mas certamente satisfaz a sensação de segurança da sociedade. A punição surge como uma forma de retribuição ou recompensa para os comportamentos que infringem a ordem social de modo relevante. Os cidadãos sentem-se mais seguros e protegidos quando as leis aplicadas são severas. Na verdade, a punição não é apenas uma retribuição a um crime, mas ela tem também, um resultado simbólico para as pessoas.

A aplicação de leis penais e processuais mais rígidas a determinados grupos de indivíduos, pode ser sim, ao menos simbolicamente, uma forma de os "cidadãos" se sentirem mais seguros, ou seja, uma forma de enfrentamento do perigo. Por outro lado, pode ser visto não somente como política de enfrentamento, mas também como forma de se manter a solidariedade orgânica da sociedade, ou seja, a coesão e identidade dentro dos grupos sociais, tal como estudado pelo Ilustre Durkheim. No entanto, a aplicação de uma lei penal ou processual mais severa não é garantia de uma diminuição da criminalidade ou plenitude na segurança coletiva.

Não se pode negar, que existe a aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, através de leis e mesmo restrição de garantias e direitos processuais penais, assim como uma flexibilização na aplicação de princípios. Isso gera uma certa polêmica quanto à constitucionalidade destas leis e também quanto à legitimidade do Direito Penal do Inimigo. O próprio Jakobs apud Moraes (2011, p. 202) afirmou que "quem pune por atos futuros já não tem nenhum motivo para deixar impune os pensamentos". Assim, a aplicação do Direito Penal do Inimigo, legítima ou não, é no mínimo perigosa em todos os seus termos.

Desse modo, deve-se, no entanto, prezar por ser aplicado com razoabilidade para que direitos e garantias individuais sejam respeitados. Esta é uma das maiores críticas ao Direito Penal do Inimigo, uma vez que ele impõe um Direito Penal do autor, através de rotulação do indivíduo, e aplicando às infrações penais, penas restritivas de

liberdade cominadas com várias restrições de garantias individuais. Isto porque o inimigo não é visto como um cidadão e a ele não estão garantidos direitos.

Deve-se considerar que o problema da criminalidade se resolve com políticas públicas adequadas, maior investimento em educação de base e distribuição de renda real. Penas rígidas e restrição de direitos são apenas medidas paliativas que, a longo prazo, não tem o condão de solucionar os problemas jurídico-criminais.

Desta forma, a aplicação do Direito Penal do Inimigo deve ser feita de forma mitigada. O ideal seria que fosse inexistente. Sua aplicação a todos os casos, não revela-se legítima, uma vez que deve haver um balizamento na aplicação dos direitos e garantias individuais. Não se pode suprimir estes direitos em prol da segurança coletiva, como se tem visto em muitas oportunidades.

O Direito Penal do Inimigo não pode ser considerado um não-Direito, assim como o inimigo não pode ser considerado uma não-Pessoa. É um Direito, pois traz em seu bojo um conjunto de regras e princípios que devem ser seguidos. É um Direito, porém limitador, uma vez que acaba por restringir muitos direitos.

Jakobs é incoerente ao traçar o conceito de inimigo dentro de um Estado Democrático de Direito. Infere-se que este conceito é próprio de Estados absolutistas. Esta teoria dá ao Estado um poder muito grande sobre os indivíduos. Isto vai de encontro às teorias mais garantistas, onde se tem a ideia de uma limitação do poder punitivo do Estado dentro de limites racionais. Neste enfoque, o Direito Penal do Inimigo apresenta-se como uma ameaça ao Estado Democrático de Direito. Em especial, no caso do Brasil, que já tem um histórico de longos anos de uma ditadura cruel.

Há uma certa contradição em se tentar combinar o Direito Penal do Inimigo com princípios, tais como o da Dignidade da Pessoa Humana, da Presunção de Inocência, da Integridade Física, dentre outros. A aplicação destes princípios demonstra uma inclinação muito mais garantista do que absolutista do Direito Penal brasileiro. Em verdade, é possível resolver a questão da criminalidade sem a aplicação do Direito Penal do inimigo, o que torna ainda mais duvidosa a questão da legitimidade da aplicação desta política criminal. O Direito penal do Inimigo não é um mal necessário. A incriminação baseada em perspectivas futuras, ou seja, a antecipação da punição, ofende o direito fundamental à liberdade e à dignidade. O Direito Penal do Inimigo, nada mais é, que uma arbitrariedade do Estado. Este, com fundamento em períodos de crescente criminalidade, acaba por criar leis que ofendem Direitos e Garantias Individuais,

aumentando seu poder de repressão. Desta forma, com a punição, o Estado exerce um controle ideológico sobre seus cidadãos.

Analisando as características do Direito Penal do Inimigo, conclui-se que sua aplicação é no mínimo errônea. Isto porque, se pune o autor por seu modo de vida ou comportamento, sendo que o acertado seria punir o sujeito pelo ato delituoso cometido. Sendo assim, a legitimidade da aplicação do Direito Penal do Inimigo está prejudicada desde seu nascedouro.

Ainda, não é possível a coexistência de dois Direitos Penais dentro de um Estado Democrático de Direito. Os critérios de definição do cidadão e do inimigo não são nada claros. Mesmo porque, a análise da periculosidade nem sempre comporta critérios objetivos. Os requisitos propostos pelos defensores da teoria do Direito Penal do Inimigo são, no mínimo, evasivos. Habitualidade criminosa, reiteração de conduta ou integração em organizações criminosas não são elementos tão hábeis para classificar um indivíduo como criminoso. Mesmo porque, é possível que um indivíduo que não se enquadre nestes requisitos represente mesmo assim, grande perigo para a sociedade.

A propósito, oportuno citarmos os valiosos ensinamentos de Delmanto (*apud* Conde, 2011, p. 204-205):

A sociedade brasileira, entre aturdida e perplexa, pensa que o Direito Penal e Processual Penal, com leis mais severas, como a dos crimes hediondos, lhe trará a sonhada segurança. Ledo engano, pois só a diminuição do enorme desnível social, a contínua luta pela erradicação dos bolsões de miséria, e o investimento na infância e na juventude nos darão um futuro melhor. Todavia, ao invés de leis penais e processuais-penais mais inteligentes, editamos leis mais rigorosas.

O receio que se instaura é a dúvida do caminho que segue o ordenamento político-criminal. Em outras palavras, quais medidas serão ainda tomadas quando as leis por mais rígidas que sejam, não saciarem a vontade de punição e não mais alimentarem a sensação de segurança da sociedade. É notório o anseio de grande parte da população por uma diminuição da menoridade penal, por maiores penas para os crimes, não progressão de regime e até mesmo votos favoráveis pela instauração de pena de morte. "Vigiar e punir" sempre parece ser a política imediatista que tem sido pregada pela mídia e pelo governo, como solução imediata para o discutível problema da violência.

REFERÊNCIAS

Livros:

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. **As três escolas penais** – clássica, antropológica e crítica. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1952.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, v. I.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. ver. atl., até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. V.1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Ed. Núria Fabris, 2010.

CAVALCANTE, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005.

CESCONETTO, César Augusto de Abrantes. **Direito penal do inimigo como terceira velocidade do ordenamento jurídico-penal**. Monografia (Graduação) – Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP) - Curso de Direito, 2009.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; JUNIOR, Paulo José da Costa. **Direito penal na constituição**, 3. ed. ver. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONDE, Francisco Muños; BUSATO, Paulo César. **Crítica ao Direito Penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

D598 Direito Humanos: **Documentos Internacionais**. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2006.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Código de Processo Penal Comentado**, Saraiva 2002.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JAKOBS, Günter e CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günter. Sociedad, **norma y persona em uma teoria de um derecho penal funcional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LAKATOS, Eva Maria, e MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia Científica.** São Paulo: 7ª Ed. Atlas S.A., 2010

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério. **Leis Penais anotadas**, 11ed, Campinas: Millennium Editora, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal, vol. 1**, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** Campinas: Millenium, 1999.

MARTIN, Luiz Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.** Tradução de PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de. São Paulo: RT, 2007.

MEDEIROS, Antônio André David. **Direito penal do inimigo: Noções e Reflexos no Processo Penal.** Mato Grosso do Sul: Revijur, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado.** São Paulo, Atlas, 2002.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Rizzato. Manual de Monografia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Como Utilizar o Direito Comparado para a Elaboração de Tese Científica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Martin Claret LTDA, 2006.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 5ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Legislação:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____, Brasília, DF. **Decreto Lei nº. 2.848 – Código Penal**, 07 de dezembro de 1940.

_____, Brasília, DF. **Decreto Lei nº. 3.689 – Código de Processo Penal**, 03 de outubro de 1941.

_____. **Código penal anotado**. 17. ed. atl. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Lei nº 10.792**, de 01 de dezembro de 2003.

_____. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984.

_____. **Lei nº. 8.072**, de 22 de julho de 1990.

_____. **Decreto-Lei nº 3.688**, de 3 de outubro de 1941.

Endereços eletrônicos:

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O estado como objeto de estudo: as diferentes visões do estado.** Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=52>>. Acesso em: 04 junho de 2013.

CARVALHO NETO, José Augusto de. **A teoria da janela quebrada e a política da tolerância zero face aos princípios da insignificância e da intervenção mínima no direito brasileiro.** Disponível em: < <http://www.conteudohuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-janela-quebrada-e-e-politica-da-tolerancia-zero-face-aos-principios-da-insignificancia-e-da-interv,32244.html> > Acesso em: 08 de abriu de 2013.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo** -Rogério Greco. Clubjus. Disponível em:<<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.24050>>. Acesso em 09 abriu 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº10. 217/01?** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2919/crime-organizado-que-se-entende-por-isso-depois-da-lei-no-10-217-01>> . Acesso em: 15 setembro 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica: prazo de duração, renovação e excesso.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>13 maio. 2009. Acesso em: 15 de outubro de 2013.

PINHO, Débora. **O crime que fez mudar a lei dos crimes hediondos.** Disponível em: < WWW.conjur.com.br > Acesso em 01 mar 2013.

SILVA, Lúcia Priscilla Rodrigues da. **Direito penal do inimigo: Uma análise à luz da constituição brasileira de 1988.** Disponível em: <http://www.sbpcnet.org.br/livro/58ra/SENIOR/RESUMOS/resumo_3004.html>. Acesso em: 04 setembro 2013.

DECLARAÇÃO

Eu, DOMINGAS CAMILO DE MORAIS, formada em Letras pela Universidade Federal de Goiás, com diploma de Licenciatura Plena em Letras Vernáculas, registrado sob o nº. 10.671, Livro 30-F, fls. 108, Processo 053863185-14, Carteira de Identidade nº. 554.211 – 2ª Via, SSP/GO, DECLARO para fins acadêmicos que fiz a revisão gramatical e ortográfica da monografia de **SAMOEL GONDIM RODRIGUES**, acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da FACER Faculdades – Unidade Rubiataba.

Rubiataba - GO, 10 de dezembro de 2013.

DOMINGAS CAMILO DE MORAIS