

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE

Luana Batata Biral

Presidente Prudente/SP

2013

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE

Luana Batata Biral

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do Curso de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito Penal e Processo Penal sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2013

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE

Trabalho de Monografia aprovado como requisito de Conclusão de Curso de Pós-Graduação strictu sensu em Direito Penal e Processo Penal.

Rodrigo Lemos Arteiro

Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, 02 de agosto de 2013.

Dedico este trabalho aos meus pais por serem a razão de todas as minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por me ensinarem tudo o que sei e que sou, por tudo o que fizeram e fazem por mim, e por todo esforço e sacrifício para que eu pusesse trilhar meu caminho.

Aos meus avós por serem meus exemplos de sabedoria.

Ao meu orientador Professor Rodrigo Lemos Arteiro por despertar a minha paixão pelo Direito Processual Penal, por toda dedicação, incentivo, confiança e compreensão.

Ao Professor Gilson Amâncio, que com toda sua sabedoria e paciência tem me ensinado um pouco do muito que sabe, por todo suporte e amizade, essenciais na minha trajetória;

Ao Prof. Jurandir José dos Santos por todos os conselhos, pelo apoio e incentivo profissional.

Agradeço, ainda, aos meus queridos amigos com os quais dividi os melhores momentos dessa jornada. Em especial à Bruna, amiga e companheira de todas as horas.

Finalmente, agradeço ao Fábio, por me fazer alguém melhor.

RESUMO

O Direito Penal do Inimigo, segundo a concepção de Günther Jakobs, trouxe a lume a necessidade de revisão do Direito Penal vigente, buscando o endurecimento na aplicação das normas penais em face da criminalidade atual. O presente trabalho tem por objetivo apresentar as premissas básicas desta tese, analisando sua evolução histórico-filosófica e a compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, à luz dos princípios da Proporcionalidade e Individualização da Pena.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Elementos. Aplicabilidade. Expressões.

ABSTRACT

The Criminal Law of the enemy, according to the design of Günther Jakobs, has revealed a need to study from another sight the Penal Law, aiming basically the application of criminal laws in a severe way facing the crime today. This paper aims to present the basic assumptions of this thesis by examining its historical evolution and philosophical compatibility with the democratic rule of law in the light of the principles of proportionality and individualization of punishment.

Keywords: The Criminal Law of the enemy. Elements. Applicability. Expressions.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL.....	12
2.1 A Função da Pena.....	12
2.1.1 Origem.....	12
2.1.2 Teoria Absoluta ou Retributivista.....	13
2.1.3 Teoria Relativa ou Prevencionista.....	13
2.1.4 Teoria Mista.....	15
2.2 A Interpretação do Direito Penal de Acordo com a Necessidade de Cada Sociedade.....	16
2.3 Sociedade de Risco, Expansionismo Penal e a Terceira Velocidade do Direito Penal.....	18
3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO	22
3.1 Aspectos Históricos	22
3.2 Conceito	24
3.3 Elementos e Forma de Aplicação na Visão de Günther Jakobs	27
4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS.....	35
4.1 Princípio da Legalidade	35
4.2 Princípio da Individualização da Pena.....	38
4.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	39
4.4 Princípio da Proporcionalidade.....	41
4.5 Princípio da Igualdade.....	43
5. O INIMIGO.....	46
5.1 Quem é o inimigo?.....	46
5.2 O sociopata.....	47
5.3 Medida de segurança.....	52

6. CRÍTICAS.....	56
7. DIREITO COMPARADO – O DIREITO PENAL DO INIMIGO PELO MUNDO.....	62
8. EXPRESSÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	66
8.1 Admissibilidade de Provas Ilícitas.....	67
8.2 Regime Disciplinar Diferenciado.....	70
8.3 Lei do Abate.....	71
8.4 Crime de Quadrilha ou Bando.....	73
9. O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE.....	76
10. CONCLUSÃO.....	78
BIBLIOGRAFIA.....	80

VERDADE

(Carlos Drummond de Andrade)

A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
Onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo, segundo a concepção de Günther Jakobs, trouxe a lume a necessidade de revisão do Direito Penal vigente, visando o endurecimento na aplicação das normas penais em face da criminalidade atual. O presente trabalho tem por objetivo apresentar as premissas básicas desta tese, analisando sua evolução histórico-filosófica e a compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, à luz dos princípios da Proporcionalidade (proibição da proteção insuficiente) e Individualização da Pena.

Alicerçado na obra do alemão Günther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo caracteriza uma tendência de evolução do Direito Penal voltado à luta contra a criminalidade moderna. Visa aplicar ao "inimigo" (delinqüente contumaz) um direito consistente na aplicação de medidas repressivas, relativização de garantias penais e processuais penais e penas baseadas na sua periculosidade. A legitimação desse direito encontra justificativa no comportamento do próprio "inimigo", que não se sujeita às regras básicas do convívio social e repudia o sistema penal imposto pelo Estado.

No Brasil, as cenas de violência espalham o medo e o terror na população que assiste, os chefes das organizações criminosas ordenarem ataques de dentro das prisões, de posse de telefones celulares, aos quais, em tese, não deveriam ter acesso.

As idéias de Jakobs, consideradas polêmicas, vêm se fortalecendo legitimadas pelo temor e pela demanda da crise contemporânea. Desta forma, suas propostas devem ser analisadas sem juízos apriorísticos, mas de forma racional para chegarmos, se possível for, à efetiva solução da criminalidade organizada.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

2.1 A Função da Pena

2.1.1- Origem

A pena, em sua origem, nada mais era do que vingança. Dividia-se em vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Segundo lições de Magalhães Noronha (2003, p.20) “Na vingança privada, a princípio, a reação era do indivíduo contra o indivíduo, depois, não só dele como de seu grupo, para, mais tarde, já o conglomerado social colocar-se ao lado destes”. Porém, o revide não guardava correta proporção à ofensa. Surge então a Lei de Talião e seu preceito basilar “olho por olho, dente por dente”, com o fim de delimitar a forma de vingança.

Na vingança divina os castigos eram aplicados através das “ordálias ou juízo de Deus”. Os castigos, aplicados em nome e à conta de “Deus”, tinham por fim purificar a alma do criminoso.

Por fim, o objetivo da vingança pública, de acordo com Noronha (2003, p. 33), era “a segurança do príncipe ou soberano, através da pena, também severa e cruel, visando à intimidação”.

Na Grécia, com Platão, pena começa a ser vista como meio de defesa social, também por meio da intimidação.

Posteriormente, o Período Humanitário expôs a necessidade de modificação e reformas no caráter repressivo da pena. O italiano Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, foi quem teceu as maiores considerações nesse campo, tais como: a necessidade de moderação das penas; a abolição da pena de morte, que deve

ser substituída pela prisão perpétua; imposição de banimento e não das penas de confisco ou infamantes. Pregou a celeridade e certeza do castigo, pois “quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será”.

No período Criminológico, Lombroso concluiu que “a pena não possui fim exclusivamente retributivo, mas, sobretudo, de defesa social e recuperação do criminoso, necessitando, então, ser individualizada, o que evidentemente supõe o conhecimento da personalidade daquele a quem será aplicada”.

Surgem, então, as teorias justificadoras das funções da pena.

2.1.2 – Teoria absoluta ou retributivista

A Teoria retributivista considera a pena uma retribuição ao mal causado pelo criminoso, um verdadeiro castigo. Assim, a pena é um mal justo aplicado àquele que praticou um mal injusto, previsto em lei.

Foi a primeira teoria desenvolvida para justificar a pena, pois tem estreita relação com o latente sentimento popular de revolta contra os atos dos criminosos, presente nas raízes de todos os povos.

2.1.3 – Teoria relativa ou prevencionista

A Teoria prevencionista vê na pena o fim de manutenção da ordem e segurança jurídica e social, pela prevenção do crime. Trata-se de uma concepção utilitarista da pena, como sendo instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (Luiz Régis Prado).

Desta forma, tem por foco a periculosidade dos agentes e sua aplicação leva em consideração a personalidade do criminoso no momento da fixação e execução da pena, como acentua Aníbal Bruno:

Essa consideração de que o destino da pena é evitar a prática de novos crimes faz com que no momento de sua aplicação ela seja fixada tendo-se em vista não só a natureza do crime e as circunstâncias que possam modificar o julgamento da sua gravidade, mas todos os elementos que venham contribuir para a definição da personalidade do agente, sobre a qual o processo executivo irá promover a sua reabilitação.

A Teoria prevencionista, por seu fim, se divide em duas formas de atuação: a prevenção geral e a especial, ambas divididas em negativa e positiva.

A teoria da prevenção geral entende ser a pena um instrumento eficaz para desestimular os cidadãos a praticarem ações delituosas. A prevenção geral negativa visa dissuadir os futuros autores de infrações penais pela influência psicológica inibidora da ameaça da sanção.

Por sua vez, a prevenção geral positiva traz a pena como reforço da confiança da sociedade no Estado. Através da aplicação da pena, o Estado realiza a propaganda de sua efetividade. A pena, então, deve ser vista como necessária para satisfazer a sede de Justiça da sociedade.

Diferentemente da prevenção geral, onde a função da pena é dirigida à toda a sociedade, a teoria da prevenção especial é essencialmente voltada ao apenado. Desta forma, tem por objetivo reeducar o delinquente corrigível e tornar inócuo o delinquente incorrigível.

Assim, Welzel aconselha que

Quando a probabilidade de repetição for pequena, a pena também deverá ser baixa, ainda que diante do cometimento de crimes graves. No mesmo sentido, quando a probabilidade de repetição for elevada, a pena deverá ser severa, mesmo diante de fatos insignificantes.

Essa teoria tem estreita relação com o Direito Penal defendido por Jakobs, já que preceitua a aplicação de uma pena eficaz e efetivamente proporcional ao caso e principalmente ao criminoso.

A prevenção especial positiva, traduzida em célebre frase de Carnelutti, “consiste na idéia de que a pena é o remédio utilizado pelo Estado em favor do doente”. Ou seja, a pena é um “bem” oferecido pelo Estado ao cidadão que precisa de “ajuda”, visando “melhorar” o indivíduo.

Para essa teoria, o *quantum* da pena do infrator deve ser o quanto necessita para se ressocializar.

A prevenção especial negativa, por sua vez, visa proteger a sociedade do autor do crime, através da aplicação da pena.

Aníbal Bruno assevera que se evita novo crime através do afastamento do condenado do meio social. Tal afastamento poderia ocorrer através de penas privativas de liberdade, inclusive com a prisão perpétua, ou por meio da pena de morte, sendo admitida essa hipótese no respectivo país (1967).

2.1.4 – Teoria mista

Atualmente, a pena ganha não apenas uma função, mas uma composição delas. Como sintetiza Bruno, “a pena apresenta como retribuição, em satisfação a uma exigência da Justiça, mas ao mesmo tempo como instrumento de prevenção dos crimes no interesse da defesa social”.

Sobre o tema ensina Enrico Ferri:

Se a Idade Média tinha visto somente o delinquente e a Escola Clássica tão somente o homem, a realidade impunha ter em conta o homem delinquente, não desconhecendo no delinquente os direitos insuprimíveis do homem, mas não esquecendo nunca a insuprimível necessidade da defesa social contra o delinquente. A repressão deve atender, essencialmente, ao estado de periculosidade, que se afere não somente pelas circunstâncias da prática criminosa como também pelas características de antissociabilidade do agente. A pena é expressão de três finalidades principais – a eliminatória, a repressiva e a reparadora, embora possa sintetizar sua função essencial na defesa social.

Francesco Carrara sobre o fim da pena já afirmara que *“sem o direito penal seriam as cidades um contínuo teatro de lutas e de guerra sem limite. E aí está porque na tranqüilidade reside, segundo meu modo de entender, o verdadeiro fim da pena.”*

Fica claro, portanto, independentemente das teorias ilustradas, que a manutenção da ordem jurídica é a função precípua da pena, sendo essa a condição fundamental para a convivência humana na comunidade.

2.2 A evolução do Direito Penal e sua interpretação de acordo com a necessidade de cada sociedade

A evolução da criminalidade na sociedade atual gerou uma espécie de pânico na população. A insegurança trazida pelos ataques terroristas, recorrente atuação de organizações criminosas, guerrilha do narcotráfico, exigem uma legislação penal eficiente, daí a legitimação para a criação de leis mais severas e medidas de combate à violência contemporânea.

Ante às inúmeras reações sentimentais da população em torno dos criminosos e da vítima, de reflexões psicológicas e sociais sobre as causas da criminalidade, de definições jurídicas do crime cometido, difunde-se e radica na consciência pública a necessidade de uma defesa mais eficaz e mais prudente contra o tumultuar da delinquência.

É necessário, pois, rumar para um Direito mais eficiente no combate à criminalidade. O Direito Penal deve abrir espaço para uma nova “velocidade” do Direito Penal que consiga conter a livre atividade de criminosos, acobertados por uma série de garantias individuais que se sobrepõem ao interesse coletivo da segurança e paz social.

A quebra desses dogmas é uma tarefa árdua, no entanto, se faz necessária para a manutenção da ordem nos dias de hoje. O Direito não pode ficar inerte ao tempo e às evoluções da sociedade. Como já dissera Néelson Hungria, “a ciência que estuda, interpreta e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se numa sucessão de fórmulas vazias”.

O Direito defendido por uma determinada geração não pode ser tido como verdade única, capaz de engessar todas as próximas. Deve ser, então, flexível à sua época. O novo Direito há de empurrar o passado, de acordo com os valores vigentes.

Portanto, adequando-se à demanda da sociedade moderna, busca-se um direito correspondente, já que o direito nada mais é do que exteriorização dos valores de um povo. A cada época seu direito. O direito é mutante, inconstante. É, ou pelo menos deve ser, aquele que se ajusta à crise contemporânea. De sorte que, muda a sociedade, muda o direito.

Nesse sentido leciona Francisco Muñoz Conde: “o Direito Penal existe porque existe um tipo de sociedade que dele necessita para manter as condições fundamentais e sua convivência”.

Assim, é dela – sociedade – que, na melhor análise, o direito parte ou deve partir para sua formação (fontes, costumes, tradição), já que, também, a ela se destina.

2.3 A Sociedade de Risco, o Expansionismo Penal e a A Terceira Velocidade do Direito Penal

Com exposto acima, o Direito Penal já passou por muitas mudanças para atender aos anseios da sociedade. Diversos motivos ensejaram tais mudanças, revoluções, guerras, formas de governo e suas políticas sociais, entre outros. Agora, faz-se necessária a análise do contexto atual para concluir se é possível e justificável o implemento de um Direito Penal de recrudescimento.

Nesta esteira de evolução, o grande personagem, sem dúvida, é o avanço dos meios tecnológicos e das comunicações em nível global, ampliando o acesso à informação e, gerando, sobretudo, enorme sensação de insegurança, uma vez que a notícia do crime chega com enorme velocidade ao conhecimento da população.

Ademais, atreladas às novas tecnologias surgiram novas formas delituosas, realizadas por meio da informática e da internet; ou por elas potencializadas, tais como pedofilia, acesso indevido a informações sigilosas, desvio de dados, etc. A sensação de perigo, então, começa a entrar constantemente dentro dos lares.

O sensacionalismo empregado pela mídia na veiculação de notícias, especialmente as de cunho criminal, leva à percepção do caos social e à sensação de aumento de criminalidade. Neste momento, o sistema penal passar a ser a única esperança de pacificação social. Assim, abre espaço para o implemento de um Direito Penal Simbólico, de leis promocionais, que buscam dar satisfação à sociedade.

Dentre as novas formas de criminalidade destacam-se a macrocriminalidade, em especial a econômica, o crime organizado, que engloba crimes

como o narcotráfico, formação de milícias privadas, tráfico de moedas, de armas, de pessoas para prostituição ou de crianças para adoção, e, por fim, o temido terrorismo.

Entramos, então, na era da 'Sociedade de Risco', conforme observado pelo sociólogo alemão, Ulrich Beck, quanto à percepção crescente do caos e do descontrole.

É nesta era da "Sociedade de Risco" e de total descrédito das outras instituições, que o Direito Penal é chamado a atuar – em muitas situações – em *prima ratio*, como ferramenta de controle de riscos.

Amplia-se, portanto, o poder punitivo para tutelar situações que expõem a perigo a sociedade, para tanto o legislador tipifica novas formas de delitos, aumenta penas em abstrato para crimes já previstos no ordenamento jurídico, passa a tutelar bens jurídicos metaindividuais, utiliza com frequência de leis penais em branco, técnicas de reenvio, e, principalmente, de tipificações de condutas de perigo, concreto e abstrato.

Neste processo de expansão, o Direito Penal passa a atuar em novos campos, essencialmente como instrumento de prevenção.

É neste terreno, de expansionismo penal e sociedade de riscos que se desenvolve a terceira velocidade do Direito Penal, intimamente ligada ao Direito Penal do Inimigo, como veremos a frente.

Analisemos, então, a classificação do Direito Penal quanto às suas "velocidades", desenvolvida por Jesús-Maria Silva Sánchez.

A primeira velocidade, baseada no modelo liberal-clássico, tem a prisão como pena por excelência e mantém a rigidez dos princípios político-criminais iluministas, as regras de imputação e os princípios processuais.

A segunda velocidade traz a mitigação das penas privativas de liberdade em favor das pecuniárias ou restritivas de direitos, Há uma relativização de garantias penais e processuais penais para aplicação de sanção penal de menor intensidade. O instituto da transação penal, previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), é exemplo da mencionada velocidade.

A terceira velocidade resgata o modelo de pena privativa de liberdade, traz a relativização de garantias penais e processuais em favor da persecução penal, antecipação da proteção penal e novas formas de imputação. No campo de terceira velocidade do Direito Penal é que Jakobs delinea seu Direito Penal do Inimigo.

Sobre a terceira velocidade do Direito Penal, Silva Sánchez aponta que:

constatada a existência real de um Direito Penal de tais características – sobre o que não parece caber dúvida alguma - a discussão fundamental versa sobre a legitimidade do mesmo. Certamente ela teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência.

No entanto, na realidade, não há que se falar em definições isoladas dessas “velocidades”, já que a proposta é a coexistência delas para se buscar a efetiva tutela penal.

Como o próprio Jakobs afirma:

Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais. O

Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo combate perigos.

Entendemos que “as velocidades” do Direito Penal, cada uma com suas características e com a marca de uma época, não devem se sobrepor, mas devem ser aplicadas em sincronia, mesclando seus traços, para chegar ao melhor modelo aplicável ao caso concreto.

Por fim, e somente para fins didáticos, fala-se em uma quarta velocidade do Direito Penal, que estaria ligada ao Neo-punitivismo e ao Direito Internacional. Diz respeito à aplicação das normas internacionais e de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional àqueles que ostentaram a posição de Chefes de Estado e violaram gravemente tratados internacionais de direitos humanos e praticaram crimes contra a humanidade.

A quarta velocidade não foi desenvolvida por Silva Sánchez e recebe críticas por não guardar relação com o desenvolvimento histórico-filosófico e características das outras velocidades por ele desenhadas.

3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.1 Aspéctos Históricos

A construção de Jakobs teve seus primeiros traços ainda no absolutismo. Foi desenvolvida, ainda que em outro prisma, por ilustres pensadores e filósofos, tais como Kant, Hobbes, Fichte, Rousseau, entre outros. Jakobs, então, inspirou-se em teses jusfilosóficas desses pensadores, tornando-as pilares para a criação de seu Direito Penal do Inimigo.

Já na filosofia grega pré-cristã falava-se na eliminação do criminoso da sociedade como se elimina um tumor do corpo humano, a mesma idéia orienta Tomás de Aquino na Idade Média a preconizar a morte do pecador, desprovido de dignidade própria do homem e, portanto, passível de ser eliminado como um animal.

Retornando à antiguidade, os romanos já distinguiam os delinquentes comuns dos “hostis”, os que estavam ou eram postos fora da comunidade. Assim, os “hostis”, condenados pelo Senado por atos atentatórios à República, como a traição, eram declarados inimigos e reduzidos a condição jurídica equivalente à dos escravos e, em decorrência, sujeitos a punições que eram proibidas aos cidadãos.

A par dos antecedentes históricos, os fundamentos jusfilosóficos também embasam a tese de Jakobs.

Na obra “O Contrato Social” de Rousseau, “o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele, logo, deve ser tratado como tal”.

No mesmo sentido, Fichte preleciona que “quem abandona o contrato social perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos”.

Mas é na doutrina de Hobbes onde se vê mais nitidamente a fonte filosófica da ideologia do Direito Penal do Inimigo formulada por Jakobs. Hobbes pregava que:

o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição. Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa a recaída ao estado de natureza. E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.

Como se sabe, na teoria contratualista hobbesiana o Estado é fruto do temor do homem pelo homem (o homem é o lobo do homem) e, para conviver e sobreviver, os homens transferem ou renunciam os seus direitos em favor do Estado, que se sobrepõe a todos. Ao transferir ou renunciar seus direitos em favor do Estado, os indivíduos tornam-se súditos desse Estado, obrigando-se à obediência às leis desse Estado.

Se o súdito comete delito, é punido como “mau cidadão”, porque se pode ter em relação a ele “segurança cognitiva” de um bom comportamento futuro, pautado pelas leis do Estado. Porém, se o indivíduo persevera na delinquência, demonstrando renúncia ao pacto social de obediência às leis, deve ser tratado não mais como súdito, mas como inimigo; e a este não se aplicam penas ou castigo, e sim atos de hostilidade; já não devem ser sujeitos às sanções previstas por lei para os cidadãos transgressores, mas sujeitos a tratamento conforme o direito de guerra.

Partindo da idéia desses pensadores, que entendem o delito como quebra do contrato social, de modo que o delinqüente já não pode mais usufruir de seus

benefícios, Jakobs adota a posição de maneira semelhante, porém entende que a violação à lei deve ser de forma contumaz, e não isolada.

O denominado Direito Penal do Inimigo, portanto, sustentado nesses substratos históricos e filosóficos, busca justificar-se numa situação de insegurança trazida principalmente pelo terrorismo e pela criminalidade organizada.

Assim, aperfeiçoando os conceitos sobreditos e amoldando-os ao vigente Estado Democrático de Direito, Jakobs expõe sua teoria, que vem sendo objeto de estudo e parâmetro para novas construções no Direito Penal e Processual ao redor do mundo.

3.2 Conceito

O Direito Penal do Inimigo apresenta-se como um novo conceito ou uma nova “velocidade” do Direito Penal. Tal teoria é fundada numa premissa ou paradigma básico: a dicotomia entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, e busca legitimar as tendências de endurecimento do Direito Penal em algumas áreas do Direito. Por isso, sua construção dogmática parte da distinção entre cidadão e não-cidadão (inimigo).

Assim, ao cidadão é destinado o Direito Penal Comum, porque, mesmo tendo transgredido a lei penal, o delito por ele praticado é uma violação acidental e limitada ao ambiente interno do sistema.

O cidadão, ao praticar delito, na concepção funcionalista sistêmica de Jakobs, deve ser punido para que se reafirme a validade da norma e seu reconhecimento como modelo de orientação do contrato social.

Já ao inimigo nega-se a condição de cidadão, porque este, tendo se afastado definitivamente do Direito, recusa sua condição de cidadão, dela abdicando e, por isso, não faz jus aos benefícios próprios do conceito de pessoa. Disso decorre que

o Estado e o Direito Penal e Processual Penal devem tratá-los como inimigos, para os quais o Direito Penal do Cidadão não tem vigência, e daí que, como não se tem em relação a eles denominada “segurança cognitiva”, ou seja, a garantia de que continuarão fiéis à norma após a punição o que se deve buscar é a sua inocuidade.

Em outras palavras, cidadão é o indivíduo que transgride a lei por mera falha, e que sancionado tem por certa sua ressocialização. O inimigo, por sua vez, não respeita as regras impostas pelo Direito Penal, não reconhece o *jus puniendi* estatal, cometendo, assim, por reiteradas vezes, delitos que causam repúdio à população, tornando-se, desta forma, inimigo do Estado, daí falar-se em Direito Penal do Inimigo.

Para Jesús-Maria Silva Sanchez:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo o caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta (...) Se a característica do inimigo é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de assecuramento cognitivo desprovidos da natureza de penas.

O “inimigo” não oferece garantias mínimas de sua recuperação social; sua personalidade, histórico criminal e ausência de respeito às leis deixam claro que tal indivíduo não tem como e, principalmente, não pretende tornar-se um cidadão passível de ressocialização. Para melhor visualização do “inimigo” citamos como exemplo os integrantes de organizações criminosas e organizações terroristas, ou seja, aqueles que fazem do crime seu estilo de vida.

Nesse sentido, Hungria, sobre a formação de quadrilha ou bando, nos lembrando o possível “inimigo”, preleciona que:

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 incapacidade 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 gregários, 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 malefício. 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 deslante, menosprezo a todos os preconceitos, ou extrema insensibilidade ética.

Portanto, tendo em mente os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, não há como falar em tratamento igualitário entre o ladrão de galinhas, que não oferece perigo à sociedade e o chefe de organização criminosa, que, mesmo recluso em penitenciárias, consideradas de segurança máxima, envia ordens para que os crimes mais bárbaros sejam cometidos fora do presídio e, sem a mínima dúvida, quando de lá sair, cometerá novamente todos os delitos dos quais nunca se afastou.

Assim, o Direito Penal do Inimigo tratado aqui, nada mais é que a aplicação, em rigor, dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, concomitante à fiel aplicação do art. 59 do Código Penal, que determina que a pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

O que se defende, então, é a eficácia das normas penais contidas no nosso ordenamento jurídico e não a propositura de um Direito Penal autoritário, que mitiga direitos e garantias.

3.3 Elementos e forma de aplicação na visão de Günther Jakobs

Em poucas linhas, após o amadurecimento das noções desta tese, oportuno tecer comentários sobre suas bandeiras. As premissas do Direito Penal do Inimigo, defendidas por Jakobs, são, principalmente (Meliá, 2009. p. 90):

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) previsão de penas abstratas mais altas;
- c) criação de leis, como já praticado na Europa, denominadas de “leis de luta ou de combate”;
- d) restrição de garantias penais e processuais penais;
- e) aperfeiçoamento do sistema de execução penal para garantir a eficácia das penas;

Luís Flávio Gomes apresenta, nessa mesma linha, sua percepção sobre tais características:

- a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança;
- b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade;
- c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim o futuro (o que ele representa de perigo futuro);
- d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo;
- e) o inimigo não é um sujeito de direitos, sim, objeto de coação;

- f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com status de pessoa, já o inimigo perde esse status;
- g) o Direito Penal do Cidadão mantém a vigência, o Direito Penal do Inimigo combate, preponderantemente, perigos;
- h) o Direito penal do Inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios.
- i) mesmo que a pena seja intensa, ainda assim justifica a antecipação ocasional, espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação o inimigo, deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

O Direito Penal do Inimigo desenvolvido por Jakobs tem sido alvejado de críticas por vários pensadores do direito, que atacam a relativização de garantias penais e processuais penais do acusado. No entanto, a tese defendida por Jakobs deve ser vista de forma razoável, com a devida ponderação e não como uma ofensa ao Direito Penal garantista. Deve-se considerar a parcela ínfima de aplicação deste direito e a sua combinação com o Princípio da Proporcionalidade, para que se possa legitimar, em algumas situações, a utilização de medidas próprias ao combate de determinados tipos de delinquentes penais.

Em sua tese, Jakobs afirma que:

aquele que se comporta de maneira permanente por fora do pacto social não receberá tratamento dentro dele. Quem por princípio 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.

Ainda:

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.

Porém, Jakobs ressalva que isso não significa a autorização de ações desmedidas, mas que não ultrapassem a medida do necessário. Seria um comparativo com o instituto da legítima defesa, onde se repele agressão injusta e atual, utilizando-se moderadamente dos meios de defesa. Assim, o Direito Penal do Inimigo trata também de espécie de legítima defesa (da sociedade), utilizando-se dos meios estritamente necessários para repelir essa agressão.

Importante frisar que a teoria de Jakobs não é um produto finalizado, mas sim um protótipo. Muitas questões acerca deste tema devem ser revistas e reelaboradas, para que possa ser finalmente aplicada como instituto penal.

Portanto, o que se propõe não é a aplicação do Direito Penal do Inimigo de Jakobs em sua pureza, mas uma base para a revisão do Direito Penal vigente e da sua eficácia no combate à criminalidade moderna.

Vale destacar que o conceito de pessoa, para Jakobs, não é o equivalente a ser humano. O termo “pessoa”, usado para explicar tal tese tem acepção jurídica, não é algo dado pela natureza, mas sim uma construção social.

Para Jakobs, o sujeito livre (pessoa), sempre será um sujeito que ostenta responsabilidades. Assim:

Ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível. Pessoa é algo distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social (do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir pessoas jurídicas); ou seja, somente pode ser pessoa jurídico-penal ativa, é dizer, autor ou partícipe de um delito, quem dispõe da competência de julgar de modo vinculante a estrutura do social, precisamente o Direito. Se trata, como resulta evidente, do conceito jurídico-penal de culpabilidade.

Desta forma, infundada a crítica ao Direito Penal do Inimigo como instituto que viola a condição humana, como se a aplicação dessa teoria retirasse o caráter de “pessoa”, reduzindo à condição de animal, ou algo do gênero sub-humano. Quando se afirma o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo, quer se falar na esfera jurídica de pessoa detentora de direitos e deveres, sem entrar na esfera de sua dignidade, que em momento algum é abalada pela tese de Jakobs.

a) Antecipação da tutela penal – punição de atos preparatórios e tipos de mera conduta

A punição dos atos preparatórios, caracterizando uma antecipação da tutela penal, pregada por Jakobs, vem sendo discutida como atentado ao Direito Penal do fato ou do resultado. No entanto, tais figuras há tempos foram acolhidas e tipificadas pelo Direito Penal brasileiro. A punição dos atos preparatórios como delitos de perigo é verificada no nosso ordenamento jurídico no tipo penal de apetrechos para falsificação

de moeda, formação de quadrilha ou bando, posse ou porte de arma de fogo, entre outros.

A este respeito, Alice Bianchini ressalta que

A antecipação de tutela penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, comumente conhecidos como crimes-obstáculos, possui caráter excepcional e só se justifica quando se estiver diante de bens de categoria muito elevada e, ainda assim, desde que a descrição realizada na conduta típica seja inequívoca. Este tipo de punição visa prevenir ações indubitavelmente lesivas ou perigosas, mediante a punição dos atos idôneos para comissão de outros crimes.

A punição de crimes de mera conduta tem, hoje, inegável caráter preventivo. Já dissera Manoel Pedro Pimentel, “a idoneidade dessa conduta basta para torná-la objeto de reprovação, por parte do legislador, em face da presunção do dano ou de perigo, sendo indiferente que chegue, ou não, a produzir qualquer resultado”.

A legislação brasileira é rica em tipos penais de mera conduta, tais como: abandono de função, ameaça, ato obsceno, perigo para a vida de outrem, etc.

b) Direito Penal do Autor X Direito Penal do Fato

Na construção do Direito Penal é possível tomar por base o fato ou o autor. Quando o fato é tomado de forma exclusiva como base para a punição tem-se o Direito Penal do fato, no extremo oposto, tomando-se por base exclusivamente o autor, revela-se o Direito Penal do autor.

Assim, muitos doutrinadores afirmam que o Direito Penal do Inimigo estaria derogando o Direito Penal que pune a prática de atos ilícitos para punir o autor do crime. A punição teria por base o criminoso e não o crime cometido.

Porém, desde as Escolas Penais, com Lombroso, Garofalo e Von Liszt, chama-se a atenção do Direito Penal para o autor do fato, que deve ser analisado na aplicação da pena, afinal, é sobre ele que deve produzir efeitos a sanção.

No entanto, deve-se levar em conta que as teorias radicais ou extremadas nem sempre são a melhor escolha, o adequado seria a adoção de uma teoria moderada ou mista, de um Direito Penal do fato que considere também seu autor. O ideal seria que no julgamento do fato fosse analisada a personalidade do autor na forma de exteriorização do ato, para saber qual a melhor sanção para aquele tipo de personalidade.

A par das teorias do Direito Penal do autor e do fato, Francisco de Assis Toledo entende que o Brasil adotou o modelo de Direito Penal do fato, porém, que considera as condições pessoais do autor no momento da punição.

A proposta, portanto, não é a aplicação de um Direito Penal prospectivo, mas sim retrospectivo (baseado em um fato ou fatos típicos praticados anteriormente ao julgamento), que considere a pessoa do infrator, e, sendo claro que voltará a incidir na norma, sejam-lhe aplicadas sanções mais severas e relativizadas algumas garantias penais e processuais, como por exemplo progressão de regime de pena, liberdade condicional, etc.

Para não ferir o Direito Penal do fato e prevenir a reincidência, levando em conta o autor, a majoração na pena não seria valorada com base no que ele fará, o que consagraria um Direito Penal puramente prospectivo (somente do autor), mas com base no que fez. A pena proporcional e eficaz ao “inimigo” é a própria pena a ele fixada em razão dos crimes que praticou. Para tanto seria necessário que a pena aplicada, pelo crime ou crimes cometidos, fosse cumprida integralmente e não unificadas para atender ao limite máximo de 30 (trinta) anos. O limite referido deveria ser aplicado como

benefício somente àqueles que tem capacidade de retornar à sociedade e não beneficiar àqueles que colocarão em risco, novamente, a segurança da população.

c) Periculosidade X Culpabilidade

Discute-se que o Direito Penal do inimigo puniria o autor do fato somente com base em sua periculosidade. No entanto, para o “inimigo” a periculosidade é geradora da culpabilidade. Não há como dissociar os dois institutos, são interligados. A culpa do autor do crime, o *animus*, a vontade de cometer aquele delito é uma forma de exteriorização da periculosidade do indivíduo. Há culpabilidade, a noção do mal e a destinação para tal finalidade, daí ele ser perigoso.

Ressalte-se que estamos tratando aqui de personalidades sociopatas, de gênese má, de um Direito Penal voltado somente ao “inimigo”, assim, a periculosidade e a culpabilidade andam sempre juntas, o que não é observado entre cidadãos comuns, onde a prática de um crime é uma falha, um deslize. Nesse caso, a periculosidade e culpabilidade são plenamente dissociáveis.

Assim, para o “inimigo” sua periculosidade deve ser observada para aplicar-se o melhor modelo de pena, visando conter a sua personalidade.

Nesse sentido, Antônio Moniz Sodré Aragão:

A temibilidade do delinquente e não a gravidade do delito, é que deve servir de base e critério para a medida da pena, considerada como um remédio, um meio de defesa social; quanto maior for a temibilidade do criminoso, tanto mais intensa e viva deve ser a reação social; isto é: a gravidade da pena está na razão direta do grau de temibilidade do delinquente; A temibilidade do delinquente é maior ou menos conforme é maior ou menor a sua inadaptabilidade ou idoneidade à vida social: quanto mais anti-

social, mais temível é o indivíduo, porque maior é o mal que se pode esperar.

Seriam, portanto, dois caminhos, a culpa levaria à pena e a periculosidade à medida de segurança. Nos dizeres de Hans Welzel, que há muito já levantara a bandeira da conciliação entre periculosidade e culpabilidade, “enquanto que no primeiro a função do direito penal é de natureza ético-social, para o segundo há de se pensar em conseguir principalmente a proteção dos bens jurídicos mediante uma ação preventiva”.

Tem-se, no entanto, a preocupação com os critérios estabelecidos da periculosidade de um criminoso. Entende-se que tais critérios deveriam, não só, apontar a possibilidade do indivíduo voltar a delinquir, mas a probabilidade de que tornará a delinquir.

4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1 Legalidade

São postulados do Princípio da Legalidade: reserva legal, anterioridade, taxatividade e irretroatividade.

a) Reserva Legal e Anterioridade

Previsto no art. 5º, XXXIX da CF, o postulado da reserva legal garante que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; ou seja, somente a lei, antecedente à prática do fato, autoriza a constituição do delito e a aplicação da pena.

O postulado da reserva legal está presente na legislação da grande maioria dos povos civilizados, e, ainda que não positivado em alguns países, tem sua vigência por força de decisões judiciais, tamanha sua importância.

Exemplo disso é a previsão expressa do princípio no artigo 2º da Declaração Universal de Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948:

Ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometeram não forem crimes, segundo o direito nacional ou internacional. Tão pouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito.

A reserva legal serve como base para o poder punitivo do Estado, mas também limita esse poder, já que torna certos o delito e a pena, assegurando ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado.

A legalidade estrita veda ao legislador a construção de tipos penais incriminadores por meio de medida provória, resoluções, decretos, entre outros que não seja a lei em seu sentido estrito.

O princípio da legalidade é ponto basilar do garantismo penal. Refere-se o garantismo penal ao máximo de garantias do cidadão frente ao mínimo poder punitivo do Estado. Conforme a legalidade vai tendo seus contornos delineados, ganhando adjetivos (anterior, escrita, estrita, certa e necessária), o poder punitivo do Estado vai diminuindo.

Assim, o princípio da reserva legal é uma das armas do cidadão contra o arbítrio do Estado.

b)Taxatividade

O postulado da taxatividade ou determinação taxativa traz, expressamente, a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam, em seu máximo, claras, certas e precisas. Assim, veda ao legislador a formulação de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas ou vagas, ensejando entendimentos disformes.

Assim observa Luiz Luisi:

sem esse corolário, o princípio da legalidade não alcança seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada de clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas

diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação , ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.

Proíbe-se, desta forma, o tipo incriminador genérico, ambíguo, poroso, de conteúdo incerto.

c) Irretroatividade

O último corolário do princípio ora estudado é a irretroatividade das leis penais incriminadoras. Dispõe a Constituição da República no inciso XL do seu art. 5º que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Em razão da irretroatividade das leis penais incriminadoras, apenas conduta anteriormente definida em lei como infração penal pode ser punida.

A irretroatividade da lei penal assegura que a *lex gravior* só pode alcançar fatos cometidos após o início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores. Visa evitar, ante as mudanças de valorações do legislador, a punição mais severa a fatos que, no momento de sua comissão, não eram apenados, ou tinham pena mais branda.

Após breve exposição dos corolários do princípio da legalidade, convém salientar que o Direito Penal do Inimigo, ao contrário do que afirmam muitos autores, não fere o princípio em tela. O propósito do Direito Penal do Inimigo é a aplicação da própria lei, anterior, escrita, estrita e certa, porém, na exata proporção ao necessário, com mais rigor e eficácia, visando a contenção do criminoso contumaz e não criar uma nova norma, não positivada, para incidir sobre o “inimigo”, o que ofenderia a legalidade.

Também não observamos qualquer óbice ao implemento de novas leis, seguindo o devido processo legislativo, após a adequação e ponderação do Direito Penal aqui proposto, para regulamentação das normas aplicáveis ao “inimigo”.

4.2 Princípio da Individualização da Pena

A individualização da pena consiste em adequar a pena à figura do criminoso, à sua personalidade, às circunstâncias em que cometeu o crime, etc. Na já citada frase de Hungria nada mais é que “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.

O processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos: o legislativo, o judicial e o executório.

No primeiro momento, o legislador prevê para cada delito uma quantidade variável de pena, causas de aumento ou diminuição, qualificadoras e circunstâncias que visam sempre amoldar a punição ao caso concreto, levando em conta principalmente aquele que receberá a punição.

Na segunda etapa o judiciário se incumbem da quantificação e fixação da pena, determinando, também, o modo de sua execução.

A execução da pena é a terceira fase da individualização. Na fase executória, de extrema importância para este trabalho, após esmiuçada análise da personalidade e periculosidade do criminoso, é que se deve ter em conta a finalidade da sanção imposta. Diferente será o tratamento quando o fim da pena é a exclusão ou a ressocialização, o que tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.

Já dispõe o art. 5º da Lei de Execução Penal que “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.” No mesmo sentido, o art. 41, inciso XII, da mesma Lei dispõe que é direito do preso “a igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena”.

Quer seja, a própria lei prevê tratamento diferenciado para as determinadas classificações de custodiados.

No mais, a leitura do artigo 59 do Código Penal reflete a necessidade da pena para os fins de repressão e prevenção da reiteração criminosa pelo “inimigo”.

Reza o caput do citado artigo:

O juiz, atendendo á culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A redação do art. 59 prevê que a pena deve ser necessária e suficiente à repressão e prevenção do crime de acordo com a figura do autor.

Dentro da discricionariedade concedida pelo legislador, o juiz pode fazer as opções cabíveis levando em consideração as exigências do caso concreto, utilizando-se dos meios disponíveis e necessários a reprimir e prevenir o crime e a atuação do criminoso.

Neste processo de individualização, novamente, se insere o princípio da proporcionalidade para fazer a graduação da sanção tendo em vista o autor e o bem jurídico tutelado.

A individualização da pena, agregada ao princípio da proporcionalidade é uma das grandes portas de entrada para a aplicação do Direito Penal de rigor, já que permite a vinculação da pena à personalidade do agente, legitimando, assim, a aplicação de medidas proporcionalmente adequadas àqueles que necessitam de tratamento diferenciado, para que se cumpra o fim da pena.

4.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é traduzido como o reconhecimento do homem como ser detentor de direitos naturais, que não são adquiridos pelo Direito positivado, mas simplesmente pelo seu estado de natureza.

Nos dizeres de Miguel Reale, “o indivíduo deve ceder ao todo, até enquanto não seja ferido o valor da pessoa, ou seja, a plenitude do homem enquanto homem”. O Estado pode intervir na vida do cidadão desde que respeite a sua condição de ser humano, não o expondo a situações degradantes e sub-humanas.

O Estado Democrático de Direito deve garantir o mínimo vital de dignidade ao seu cidadão.

Em âmbito carcerário, o art. 40 da Lei de Execução Penal evidencia a garantia à dignidade da pessoa humana em sua redação: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios.”

A imposição de regime de cumprimento de pena diferenciado para o “inimigo” não infringe a dignidade da pessoa humana. Como visto alhures, o conceito de pessoa tratado aqui é estritamente jurídico.

As medidas previstas por este instituto tolhem a liberdade do indivíduo transgressor, como qualquer outra pena privativa de liberdade aplicada ao condenado, não se cogita, portanto, a violação ao princípio da dignidade, pois não se vislumbra o desrespeito à integridade física ou moral do apenado, que devem ser observadas durante toda a custódia.

Insta consignar que, atualmente, a dignidade da pessoa humana é ferida diariamente nos presídios brasileiros, mesmo sob a égide de um Direito Penal extremamente garantista. É imprescindível, portanto, qualquer que seja o direito aplicado, a revisão do sistema penitenciário para que se possa garantir um limite mínimo de dignidade ao sentenciado e a efetiva aplicação de um Direito Penal justo.

4.4 Princípio da Proporcionalidade

Resume-se o princípio da proporcionalidade em seara penal na efetiva busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação de dos direitos dos cidadãos. É um mandamento supraconstitucional que deve ser observado em todos os momentos da atuação do Direito.

O princípio da proporcionalidade também é chamado de princípio da razoabilidade, termo que significa tudo que é exercido conforme a razão.

A aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade deve ser feita no caso concreto, ponderando, conforme a razão, o direito a ser tutelado primordialmente naquela situação.

O princípio da proporcionalidade, em âmbito penal, é aplicado desde a Lei de Talião, Código de Hamurabi e Lei das XII Tábuas, correspondendo à idéia de que a pena deve se igualar ao delito, sendo um mal da mesma natureza e intensidade que a ofensa. No século XVIII, influenciado por ideais iluministas, Beccaria impulsionou o importante período humanitário do Direito Penal, defendendo a proporcionalidade entre o delito e a pena.

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou o princípio estabelecendo que a lei só deve cominar penas estritamente necessárias.

Hoje, o Princípio da Proporcionalidade é estudado em sua dupla face, uma delas visa evitar excessos, impedir a hipertrofia da punição (trata-se do garantismo negativo – proteção do indivíduo contra o Estado), a outra impede a proteção deficiente por parte do Estado (garantismo positivo – direito do indivíduo a uma prestação do Estado).

O Supremo Tribunal Federal tem trabalhado bastante o princípio sob seu ângulo da vedação da infraproteção, qual seja, evitar a intervenção insuficiente do Estado (evitar a impunidade).

Dos julgados do Ministro Gilmar Mendes extrai-se a seguinte lição:

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Nesse mesmo sentido, ensina o Professor Ingo Sarlet:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade ancora a aplicação de um Direito Penal valorativo, onde flexibilizam-se princípios em prol da escolha da melhor interpretação para o caso em questão, onde ponderam-se direitos fundamentais e sacrifica-se aquele que tem menor importância para a sociedade.

Canotinho explica que o princípio da proporcionalidade guarda íntima relação com o da máxima efetividade das normas constitucionais (1991, p.352)

Enquanto manifestação do Princípio do Estado de Direito, deve ser o princípio da proporcionalidade, além de material, procedimental. A exigência de respeito ao conteúdo constitucional implica no dever que tem o intérprete-aplicador de atender a “especificidade (conteúdo, extensão e alcance) própria de cada princípio, não podendo exigir o sacrifício unilateral de um princípio e relação aos outros, antes aponta para a harmonia dos mesmos, de forma a obter-se a máxima efetividade de todos eles.

Nessa linha Feldens ressalta que

A valoração deve ser feita de forma adequada a atingir a finalidade pretendida e na medida necessária, utilizando-se do meio menos gravoso, dentre os disponíveis e eficazes. A intervenção é necessária se a finalidade protetiva (bem jurídico tutelado) não poderia ser conquistada, com a mesma eficácia recorrendo-se a uma medida alternativa menos restritiva. (2008, p. 73)

O princípio da proporcionalidade, por seu corolário de vedação à infraproteção, legítima, na medida do essencial e necessário, a relativização de direitos e garantias individuais e a consequente aplicação de um Direito Penal mais rigoroso, proporcional à gravidade do ilícito, evitando-se, assim, o sacrifício de um bem de maior valor.

4.5 Princípio da Igualdade

“O homem tem deveres, mas na condição de pessoa que possui valor em si mesma, tem antes de tudo direitos, como o direito à vida, à liberdade (às várias

formas de liberdade), à igualdade (pelo menos à igualdade dos pontos de partida)”(Norberto Bobbio).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, “caput”, assegura: “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 à propriedade.”

No entanto, esta igualdade deve ser vista como ponto de partida, como destacara Bobbio. A priori, todos são iguais e a lei deve protegê-los ou sancioná-los igualmente, porém, a realidade se mostra bem diferente da letra fria da lei. Não somos todos iguais, o que, aliás, seria impossível. Mas, a princípio temos que ser tratados com isonomia.

A interpretação que se extrai do direito de igualdade constitucional é a garantia de efetividade dos patamares mínimos de igualdade material entre os cidadãos, ligada principalmente ao campo da não-discriminação, quer seja pela raça, origem, religião, sexo, cor ou outras formas de discriminação.

Assim, algumas desigualdades são construídas pelo próprio texto constitucional, por exemplo quando prevê, em seu art. 14, II, alínea “a” que os analfabetos podem votar, mas afirma no parágrafo 4º do mesmo artigo que os analfabetos são inelegíveis. Ou quando suspende os direitos políticos dos condenados por sentença criminal transitada em julgado.

Portanto, o princípio da igualdade tem por fim não uma sociedade igualitária, mas uma sociedade justa, onde todos tenham iguais oportunidades de chances para o pleno exercício dos direitos individuais e coletivos, chegando, assim, à ideia de patamares mínimos de igualdades, e não igualdade em seu sentido literal.

Quando se fala em igualdade na aplicação da justiça vale dizer que a casos semelhantes deverá ser aplicada a mesma solução. Ou seja, a vinculação ao princípio geral da igualdade não significa tratar igualmente a todos que se encontrem em situações diferentes, mas sim tratar de forma igual aqueles que se encontram em

uma mesma situação. Isto se dá, por exemplo, nas taxas de cobrança diferenciadas do imposto de renda, na instituição de cotas para negros ou deficientes físicos, nas leis direcionadas a parcela específica da população (ex: Lei Maria da Penha, Estatuto do Idoso), entre outros.

Nesse sentido a lição de Robert Alexy

Não se pode exigir que todos devam ser tratados exatamente da mesma maneira e tampouco que todos devem ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, não se pode admitir qualquer diferenciação ou distinção sem que haja algum sentido. Cabe perguntar se e como se pode encontrar um meio-termo entre esses extremos. A chave sobre este aspecto é oferecida pela fórmula clássica: há que se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Desta forma o tratamento desigual aos desiguais justifica a adoção de políticas públicas ou ações afirmativas, justificando, também, o tratamento diferenciado aos indivíduos de extrema periculosidade, novamente, trazendo a lume o princípio supra-constitucional da proporcionalidade para que seja feita a devida valoração.

Assim, entende-se que a aplicação do Direito Penal do inimigo não fere o princípio da igualdade já que aplicado, em *ultima ratio*, a uma determinada categoria de “desiguais” e não de forma generalizada, como deve ser a aplicação do princípio da igualdade formal. Ademais, no “caput” do mesmo artigo (5º), ao lado da igualdade, a Carta Magna assegura o direito à segurança, em total paridade.

5. O INIMIGO

5.1 Quem é o inimigo?

Uma das grandes críticas ao Direito Penal do Inimigo é a ausência de critérios objetivos para a identificação do “inimigo” e se esse grau de abstração do conceito levaria à insegurança jurídica e abriria espaço a um etiquetamento indiscriminado de “inimigos”.

No entanto, ainda que extremamente necessário para resgatar a esperança no Direito Penal, identificar o inimigo não é tarefa fácil.

Em verdade, inimigo é aquele que rompe o “contrato social”, que afronta o Estado e sua soberania, não aceita seus limites, despreza suas leis, demonstra total descrédito em seu sistema punitivo e se afasta permanentemente do Direito.

Conter o avanço do crime organizado e executado, com ousadia, habitualidade e profissionalidade, por facções criminosas tem sido um dos grandes desafios, senão o maior, dos governantes e da política criminal, e o maior “inimigo” do Direito Penal brasileiro.

A identificação dos indivíduos que colocam em risco a sociedade, aos quais determina-se a responsabilidade pela maior parte dos fatos delitivos é de grande importância, pois além de reduzir os danos sociais - uma vez que, o afastamento do indivíduo da coletividade, impede, enquanto ele estiver sob a custódia do Estado, a reiteração delitiva - serviria para a diminuição de gastos do Estado.

5.2 O Sociopata

O escorpião aproximou-se do sapo que estava à beira do rio. Como não sabia nadar, pediu uma carona para chegar à outra margem.

Desconfiado o sapo respondeu: “Ora, escorpião, só se eu fosse tolo demais! Você é traiçoeiro, vai me picar, soltar o seu veneno e eu vou morrer.”

Mesmo assim o escorpião insistiu, com o argumento lógico de que se picasse o sapo ambos morreriam. Com promessas de que poderia ficar tranquilo, o sapo cedeu, acomodou o escorpião em suas costas e começou a nadar.

Ao fim da travessia, o escorpião cravou o seu ferrão mortal no sapo e saltou ileso em terra firme.

Atingido pelo veneno e já começando a afundar, o sapo desesperado quis saber o porquê de tamanha crueldade. E o escorpião respondeu friamente: “Porque essa é a minha natureza!”

Como ilustrado na fábula acima, o “inimigo” do Estado e da sociedade pode ser considerado como aquele que tem natureza perversa, personalidade cuja pena não atinge sua finalidade, já que desprovidos de sentimento de culpa e arrependimento não são passíveis de regeneração social. Assim, a pena aplicada aos “inimigos” do Estado e da sociedade deveria ter caráter diferenciado, tal qual a medida de segurança, pois baseada na periculosidade do agente, tem por fim sua inocuização e a segurança da comunidade.

Aníbal Bruno já atentava para o tema:

A velha intuição de que existem homens que se encaminham para a prática do crime, por uma disposição natural, veio encontrar apoio

nas investigações criminológicas modernas. Homens para quem a delinquência é, por assim dizer, um destino, que as circunstâncias talvez possam frustrar, mas para o qual os impelem, ou verdadeiramente uma disposição congênita ou deformação da personalidade que as condições da vida criaram, mas em todo caso alguma coisa de íntimo e autêntico na sua própria natureza.

Porquanto, trouxemos neste capítulo alguma das possíveis definições do inimigo. Trata-se do chamado sociopata ou psicopata.

Para isso, utilizamos o estudo da professora Ana Beatriz Barbosa Silva, na sua obra “Mentes Perigosas, o Psicopata Mora ao Lado”, uma brilhante análise sobre a personalidade psicopática.

Os psicopatas são pessoas frias, insensíveis, manipuladoras, perversas, transgressoras de regras sociais, impiedosas, imorais, sem consciência desprovidas de sentimento de compaixão, culpa ou remorso.

De acordo com a psiquiatra

Os psicopatas mostram uma total e impressionante ausência de culpa sobre os efeitos devastadores que suas atitudes provocam nas outras pessoas. Os mais graves chegam a ser sinceros sobre esse assunto: dizem que não possuem sentimento de culpa, que não lamentam pelo sofrimento que eles causaram em outras pessoas e que não conseguem ver nenhuma razão para se preocuparem com isso.

Os sociopatas são totalmente indiferentes aos sofrimento alheio. Para eles as outras pessoas são meros objetos ou coisas, que devem ser usados sempre que necessários para sua satisfação. Se demonstram alguma relação de afetividade a membros de sua família (esposa, filhos), certamente é pelo sentimento de possessividade e não pelo amor genuíno.

Em razão dessa incapacidade em considerar os sentimentos alheios, os psicopatas mais graves são capazes de cometer atos horripilantes e totalmente desumanos.

Importante observar que os psicopatas não apresentam qualquer tipo de desorientação mental, não sofrem de delírios, esquizofrenia, ou outro distúrbio mental, não são, portanto, inimputáveis. Ao contrário, seus atos são calculados com frieza e total discernimento.

Segundo a psiquiatra Ana Beatriz Silva

Em maior ou menor nível de gravidade e com formas diferentes de manifestarem os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros “predadores sociais”, em cujas veias e artérias corre um sangue gélido. Eles se vêem como o centro do universo e tudo deve girar em torno deles. Pensam e se descrevem como pessoas superiores aos outros, e essa superioridade é tão grande que lhes dá o direito de viverem de acordo com suas próprias regras. Para os psicopatas, matar, roubar, estuprar, fraudar, etc. não é nada grave. Embora eles saibam que estão violando os direitos básicos dos outros, por escolha, reconhecem somente as suas próprias regras e leis.

Dessa forma, eles são incapazes de aprender através da experiência e por isso são intratáveis do ponto de vista da ressocialização.

Diferentemente do “cidadão”, que em qualquer momento da vida pode violar a ordem jurídica, seja pelas circunstâncias ou necessidade, o “inimigo” tem má índole e não apresenta vestígios de arrependimento, palavra que por sinal não existe em seu parco repertório emocional.

Segundo o psiquiatra canadense Robert Hare, os sociopatas têm total ciência sobre seus atos, sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais e por que estão agindo dessa maneira. A deficiência deles (e aí que mora o perigo) está no

campo dos afetos e das emoções. Assim, para eles, tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atravesse seu caminho ou os seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte de seu convívio íntimo. Esses comportamentos são resultados de uma escolha, exercida de forma livre e sem qualquer culpa.

No que tange ao Direito Penal do Inimigo e suas críticas quanto aos critérios objetivos de identificação do inimigo, é impotente salientar que é possível o diagnóstico médico, realizado de forma objetiva, para identificar o indivíduo sociopata.

Após anos de pesquisa, o psiquiatra e cientista Robert Hare desenvolveu um sofisticado questionário denominado escala Hare e que hoje se constitui no método mais confiável na identificação de psicopatas.

Silva destaca que

Com esse instrumento, o diagnóstico da psicopatia ganhou uma ferramenta altamente confiável que pode ser aplicada por qualquer profissional da área da saúde mental, desde que esteja bastante familiarizado e treinado para sua aplicabilidade. A escala Hare também recebe o nome de *psychopathy checklist*, ou PCL, e sua aceitação e relevância têm levado diversos países de todo o mundo a utilizá-la como um grande valor no combate à violência e na melhoria ética da sociedade. Essa escala se constitui no método mais fidedigno na identificação de psicopatas em populações prisionais e hoje é amplamente utilizada em diversos países no contexto forense.

Nessa linha de pesquisa, o neuropsiquiatra Ricardo de Oliveira-Souza e o neurorradiologista Jorge Moll desenvolveram um teste denominado Bateria de Emoções Morais (BEM), que utiliza tecnologia de Ressonância Magnética funcional (RMf). Esse teste tem por objetivo verificar como o cérebro dos indivíduos se comporta.

Importante lembrar que as leis e regras sociais não despertam nos psicopatas a mesma inibição que produzem na maioria das pessoas. Por isso,

observamos que, na trajetória de vida desses indivíduos, o comportamento transgressor e anti-social é uma constante.

Como observa a psiquiatra Ana Beatriz Silva

No sistema carcerário brasileiro não existe um procedimento de diagnóstico para a psicopatia quando há solicitação de benefícios, redução de penas ou para julgar se o preso está apto para cumprir sua pena em um regime semi-aberto. Se tais procedimentos fossem utilizados dentro dos presídios brasileiros, certamente os psicopatas ficariam presos por muito mais tempo e as taxas de reincidência de crimes violentos diminuiriam significativamente. Nos países onde a escala Hare (PCL) foi aplicada com essa finalidade, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos.

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, tentou convencer parlamentares a criar prisões especiais para sociopatas. Lamentavelmente, mais uma vez, faltou vontade aos parlamentares.

Posto isso, depreende-se necessário a neutralização de tais criminosos, através de sanção penal tal como a medida de segurança, pois ineficaz é a aplicação de pena comum para essas pessoas, que como visto, tem em sua natureza a reiteração criminosa.

A reincidência é certa, e nesse caso, deve-se primar pelo direito de segurança da sociedade em detrimento do direito à liberdade do psicopata.

Silva Sanchez já dizia que:

Se a característica do “inimigo” é o abandono duradouro do Direito e a ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria mais plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios

de asseguramento cognitivo desprovidos de natureza de penas. A transição do “cidadão” ao “inimigo” iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas. E nessa transição, mais além do significado de cada fato delitivo concreto, se manifestaria uma dimensão fática de periculosidade, a qual teria que ser enfrentada de um modo prontamente eficaz. O Direito do inimigo – poder-se-ia conjecturar – seria, então, sobretudo, o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos.

Por derradeiro, Magalhães Noronha ensina que: “Se o fim é corrigir a vontade má do delinquente, deve ela durar o tempo necessário – nem mais, nem menos – para se alcançar esse objetivo.”

5.3 Medida de Segurança

A medida de segurança já era adotada entre os povos primitivos, como forma de vingança e castigo, mas principalmente como forma de prevenção e defesa do grupo. Naquela época já se percebia que determinados indivíduos constituíam permanente ameaça à sociedade e contra eles não bastava somente a repressão; era necessária a aplicação de mecanismos especiais para a prevenção individual da delinquência.

O instituto da medida de segurança extenua um Direito Penal baseado na periculosidade do agente. É medida adotada pelo legislador brasileiro com base em critério preventivo, ancorado na periculosidade do agente, como pretende o Direito Penal do Inimigo.

Aníbal Bruno explica o instituto:

As idéias modernas sobre a natureza do crime e as suas causas e a exigência prática de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas

que se dirigem, não a punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou a segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irreduzível. São as chamadas medidas de segurança. Medidas que pertencem também ao Direito Penal. Com isso, alarga esse ramo do Direito a sua capacidade como instrumento da luta da ordem jurídica contra a criminalidade no sentido de tornar mais efetiva a prevenção geral e especial dos fatos puníveis.

Antes de reforma de 1984, o Código Penal adotava o sistema Duplo-Binário. Esse sistema vincula a medida de segurança à periculosidade do agente e permite a aplicação de medida de segurança ao imputável perigoso. Após a sobredita reforma, adotou-se o sistema Vicariante, onde se impõe a medida de segurança apenas ao inimputável e a possibilidade de substituição da pena, também em medida de segurança para o semi-imputável, impedindo a cumulação.

Pelo sistema Duplo-Binário, a medida de segurança era imposta de acordo com o grau de periculosidade do agente infrator, podendo ter sua aplicação destinada tanto ao inimputável quanto o imputável. O imputável seria submetido à medida de tratamento após o cumprimento da pena, e sua aplicação só cessaria quando fosse verificado, mediante exame, que o indivíduo deixou de ser perigoso para a sociedade.

A opção do legislador pelo atual sistema (Vicariante), ao ver de inúmeros doutrinadores foi um erro, pois retirou a possibilidade de aplicação de medida de segurança ao imputável perigoso, o que é extremamente incongruente, já que os criminosos de maior periculosidade são exatamente aqueles que têm pleno discernimento de seus atos, capacidade para planejá-los e cometê-los com total frieza.

Impende consignar, assim, a crítica do Professor Carlos Frederico Coelho Nogueira:

Este é o traço mais desastroso da nova Parte Geral do Código Penal, dentre os que abordo nessa conferência. (...) O novo sistema parte do

pressuposto infantil de que o réu imputável não pode ser perigoso. (...) Acho altamente duvidoso e mendaz tudo isso, pois o Código parte de uma aberração – o mau cumprimento das medidas de segurança – para erigi-lo como regra geral, e, ademais, esquece do réu que, além de culpável, é perigoso, como por exemplo, os reincidentes em crimes dolosos perpetrados com violência ou ameaça.

Em matéria de medidas de segurança , a sociedade e cada um de nós estaremos totalmente desprotegidos pela nova Parte Geral do Código Penal. (...) a soltura de cidadãos altamente perigosos será o triste tributo que a sociedade pagará à vaidade dos novos legisladores. (...)

Numa época em que a sociedade clama por segurança, dilui-se a repressão de crimes comuns, incentivando-se o incremento da criminalidade violenta.

A nova lei, *mitior*, será aplicada diariamente, beneficiando os indivíduos mais nocivos à sociedade. Que o digam os estupradores, assaltantes, latrocidias, homicidas, traficantes de entorpecentes e quejandos.

Como previsto no Código Penal, a medida de segurança aplicada ao inimputável será de internação ou tratamento ambulatorial e será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade.

De acordo com o Código Penal, prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos e a perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. Além disso, a desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

Se o inimputável, que oferece menos perigo e é muito menos danoso à sociedade, não pode ser beneficiado com os institutos da progressão do regime de pena, liberdade condicional, sursis penal, saída temporária, entre outros; e submete-se apenas ao regime acima exposto; conclui-se que, se a sanção ao inimputável é

igualmente baseada em sua periculosidade, não há razão alguma para justificar a aplicação de regime mais favorável ao psicopata.

Uma das propostas do Direito Penal do Inimigo, portanto, seria a possibilidade de aplicação de medida de segurança ao sujeito que oferece extrema periculosidade, para que se possa garantir a paz e ordem social, fim do Direito.

6. CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No decorrer do trabalho foram apresentados diversos enfoques da teoria exposta e suas críticas, quer seja à antecipação da punibilidade, à relativização de direitos e garantias, à aplicação de pena com base na periculosidade do agente, entre outras.

No entanto, boa parte dos críticos deste Direito Penal e Processual de exceção são os defensores da adoção de um modelo de Política criminal que mitiga direitos e garantias individuais.

De acordo com Moraes (2009, p.205)

Exemplo disso é a Lei brasileira dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95) que, a pretexto de afastar a incidência de pena de prisão para infrações de menor potencial ofensivo, flexibilizou a garantia do devido processo legal, permitindo a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direitos sem a produção necessária de prova e o exercício da ampla defesa.

Ressalte-se que quando se fala em um Direito Penal de segunda velocidade, que vem pra mitigar a aplicação de pena privativa de liberdade, deve-se reconhecer que essa nova “velocidade” teria se infiltrado e contaminado o modelo penal clássico, sem que houvesse qualquer questionamento acerca de sua legitimidade.

O mesmo não vem acontecendo com a terceira velocidade do Direito Penal, duramente criticado por defensores desse Direito Penal de segunda velocidade, por ser contrário ao proposto por eles.

Assim, importante destacar as principais críticas ao Direito Penal do Inimigo, sintetizadas por Luiz Flávio Gomes (em itálico), ponderando-as e rebatendo-as no que couber:

O que Jakobs denomina de Direito Penal do inimigo, como bem sublinhou Cancio Meliá (ob cit., p. 59 e ss.), é nada mais que um exemplo de Direito Penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele “é” e faz oposição ao Direito Penal do fato, que pune o agente pelo que ele “fez”. A máxima expressão do Direito Penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito Penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova “demonização” de alguns grupos de delinqüentes;

Como já exposto, não se pretende excluir do ordenamento o Direito Penal do fato, quer-se a punição pelo fato, considerando seu autor e a forma de contê-lo pela sua periculosidade e probabilidade de reiteração. O Direito Penal do Inimigo seria aplicado somente àquele indivíduo que oferece extremo perigo à coletividade, sobre o qual a pena não surte nenhum efeito, já que desprovido de sentimento de culpa ou regeneração social.

Falar em “demonização” soa bastante apelativo e pouco ponderado, como se a tese sustentada por Jakobs pretendesse reviver o nazismo e escolher uma determinada classe para dizimar, crítica que não encontra nenhum reflexo na teoria apresentada. Jakobs é um cientista do Direito e não um louco para sustentar uma nova forma de nazismo.

Se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser o vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que “Direito Penal do cidadão é um pleonasma, enquanto Direito Penal do inimigo é uma contradição”. O Direito penal do inimigo é um “não Direito”, que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;

Quando se fala em Direito Penal do cidadão refere-se ao Direito Penal da normalidade, é um pleonasma, porém necessário para se entender a dicotomia proposta. Já o Direito Penal do inimigo não é uma contradição, é um direito de exceção como todos os outros já positivados no direito brasileiro, como por exemplo a punição majorada para os autores de crimes hediondos, de crimes contra a mulher, contra o idoso, etc. O Direito Penal tem muitas exceções à regra, não vemos porque destacar somente essa como um atentado ao Estado Democrático de Direito. Também não se sustenta categorizá-lo como “não Direito”, o que abre espaço para caracterizar como “não Direito” outras várias áreas do Direito Penal. Tal qual a transação penal.

Não se reprovava (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo);

Como visto anteriormente, o juízo de reprovabilidade com base na culpabilidade e periculosidade para o “inimigo” andam juntos. A intenção não é excluir a culpabilidade do sistema penal substituindo-a pela periculosidade, mas sim a aplicação conjunta nos casos em que haja necessidade. A reprovação do cidadão continua a ser ancorada em sua culpabilidade.

É um Direito Penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito Penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo que propugnavam (inclusive) pelo fim das penas e imposição massiva das medidas de segurança);

Não há como se aplicar um direito exclusivamente prospectivo, como se fosse possível sair às ruas, sem motivo algum, procurando quem é perigoso e quem não é. O Direito Penal do Inimigo é retrospectivo, baseado em um fato ou fatos

pretéritos, mas que avalia, por ocasião desse fato, a probabilidade, pela personalidade do agente (periculosidade), de reincidência na norma penal.

O Direito Penal do inimigo não repele a idéia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados);

Ao contrário. O Direito Penal do Inimigo prega a exata proporcionalidade entre a sanção e a periculosidade o agente. As penas entendidas como desproporcionais pelos defensores do Direito Penal de segunda velocidade são, na verdade, proporcionais e necessárias ao delito e a periculosidade do agente e encontram total respaldo no Princípio da Proporcionalidade e Individualização da Pena.

Não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica “de guerra” (de intolerância, de “vale tudo” contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito;

Em nenhum momento o Direito Penal do Inimigo propõe a exclusão do devido processo legal. Propõe relativização de garantias em algumas fases da persecução penal, como já ocorre no Direito Penal vigente, porém para a efetiva aplicação da sanção adequada é imperioso a produção de provas e o respeito ao contraditório e ampla defesa. Ao estudar detidamente as premissas do Direito Penal do Inimigo não é possível chegar à conclusão que se trata de verdadeiro procedimento de guerra e que postula o afastamento do Estado de Direito.

Relembrando as palavras de Jakobs “quem não diferencia com clareza entre inimigo e delinqüente civil não deve se surpreender se confunde os conceitos de ‘guerra’ e ‘processo penal’.

Perdem lugar as garantias penais e processuais; O Direito Penal do inimigo constitui, desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais;

Não perdem lugar as garantias penais e processuais, não são retiradas do indivíduo, mas sim flexibilizam-se de acordo com cada caso concreto, como tantas outras mitigações de princípios e garantias no Direito Penal, à luz do princípio da proporcionalidade.

O Direito Penal de terceira velocidade prega a aplicação de penas mais severas, visando a contenção dos indivíduos altamente perigosos. O que não importa em retirar, como um todo, os direitos e garantias do acusado. Falar em pena de prisão sem as garantias penais e processuais é um absurdo jurídico, como se a prisão defendida pelo Direito Penal do inimigo fosse realizada sem o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, em verdadeiro ato de arbítrio do Estado.

Mas esse Direito Penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sítio);

Não se vislumbra a inconstitucionalidade do tema em tela, já que a própria Constituição Federal traz em seu arcabouço uma série de medidas excepcionais para variados casos. Até o direito à vida, relativizado em caso de guerra declarada, tornou a ser flexibilizado pela Lei do Abate para a proteção da sociedade. Importante lembrar, mais uma vez, que nenhum direito é absoluto.

A criminalidade etiquetada como inimiga não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afeta bens jurídicos relevantes, causa grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado);

Os “inimigos” do Estado não só chegam a colocar em risco a ordem jurídica vigente, como estabelecem um poder paralelo, confrontam as instituições essenciais do Estado e estabelecem sua própria ordem jurídica e suas próprias leis. Rotular unicamente o terrorista como “inimigo”, afastando essa definição da realidade social, principalmente brasileira é um grande engano.

O “inimigo”, *in casu*, é tanto o inimigo do Estado quanto o da sociedade, e na maioria das vezes de ambos. Além dos terroristas, são eles: os genocidas, os integrantes do crime organizado, chefes de facções, os delinquentes por natureza, aqueles que requerem medidas mais rigorosas para sua punição, já que não respeitam o ordenamento e não são passíveis de socialização. Alguns colocam em risco os pilares do Estado vigente, outros colocam em risco os maiores bens jurídicos que a sociedade pode ter.

No Estado de Direito só se justifica o Direito Penal da normalidade.

O Direito Penal do cidadão (da normalidade) deve ser aplicado àquele que corresponde às perspectivas do Estado de Direito. No entanto, para alguns criminosos é necessária a introdução de métodos de repressão que consigam neutralizá-los. Para essa minoria deve ser aplicado o Direito Penal do Inimigo. O Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão devem conviver em harmonia para enfim termos um Direito Penal justo e eficiente. Trazer elementos do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal para combater a criminalidade moderna e principalmente o crime organizado nada mais é do que tentar manter a normalidade do sistema vigente.

7. DIREITO COMPARADO – A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO CENÁRIO MUNDIAL

Com o fim de garantir a tranquilidade e segurança dos cidadãos, a teoria do Direito Penal do Inimigo vem sendo utilizada em vários países para a criação de leis mais severas no combate à criminalidade moderna.

Francisco Muñoz Conde sobre as expressões do Direito Penal do Inimigo no mundo já destacara que “exemplos deste Direito penal excepcional têm existido sempre desde as origens da codificação penal no século XIX, quando desde o primeiro momento se teve que recorrer a leis penais excepcionais”.

Na Espanha, as recentes reformas no Código Penal refletem, com clareza, a expressão de um Direito Penal do Inimigo. O Código Penal Espanhol, após a reforma de 2003 comina pena aos delitos de terrorismo de até quarenta anos de prisão, sem a possibilidade de redução ou concessão de liberdade condicional.

Outro exemplo do regime de dureza em território espanhol são os preceitos relativos à apologia ao genocídio e apologia indireta ao terrorismo, através de seu enaltecimento ou justificação, também a penalização da convocatória de referendos ilegais e da concessão de ajudas ou subvenções a partidos políticos dissolvidos ou suspensos por resolução judicial, introduzidas como forma de conter a formação de grupos para-militares que não reconhecem o poder do Estado.

A França também optou por uma política de endurecimento penal. A Lei de 31.10.2001 sobre “segurança cotidiana”, ampliou o poder de intervenção na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, bem como estendeu a competência do Estado para controlar a comunicação de possíveis terroristas.

Impulsionado pelo medo de novas empreitadas terroristas em seu território, logo após ataques realizados contra os sistemas de transporte de Londres matarem 52 pessoas e ferirem centenas delas, o governo britânico concedeu à Scotland Yard e ao MI5, serviço secreto inglês, licença para matar, com base em meros indícios ou suposições.

Nos Estados Unidos, após os ataques terroristas de 2001, autorizou-se uma nova política criminal para o combate ao terrorismo. Ressurgiram os valores patrióticos e o terrorismo tornou-se o maior inimigo dos norte-americanos.

Com essa nova política criminal, surgiram os institutos do “Combatente Inimigo” e o “Patriot Act”. O estatuto do “combatente inimigo” permitiu uma espécie de “prisão temporária” autorizando a manutenção indefinida de um indivíduo, privando-o de direitos, como o de ter um advogado e receber visitas. O “Patriot Act” é um “pacote” legislativo de medidas antiterrorismo, que restringe uma série de liberdades individuais, como por exemplo a permissão de monitoramento de registro de bibliotecas para saber quem empresta determinados tipos de livros.

Sancionado em 26.10.2001, após rápida e quase unânime aprovação do Senado, o “Patriot Act” expande o nível de atuação de agências nacionais de segurança (FBI), bem como das internacionais de inteligência (CIA), conferindo-lhes poderes inéditos, com o fim de evitar novos ataques terroristas em solo americano.

Vinícius Diniz Vizzoto, em sua obra “A Restrição dos Direitos Fundamentais e o 11 de Setembro” destaca sobre o Patriot Act:

O texto integral, composto por 342 páginas, aborda mais de 25 estatutos, e, além de autorizar agentes federais a rastrear e interceptar comunicações de eventuais terroristas, traz as seguintes inovações: a) torna mais rigorosas leis federais contra lavagem de dinheiro; b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; c) cria novos crimes federais; d) aumenta a pena de outros crimes

anteriormente tipificados; e e) institui algumas mudanças de procedimento, principalmente para autores de crime de terrorismo.

Antes disso, a prisão de Guantânamo, base militar dos Estados Unidos em Cuba, já exteriorizava o regime de endurecimento contra os “inimigos”. Os presos enviados para Guantânamo não fazem jus aos direitos estabelecidos na Convenção de Genebra, pois são considerados “combatentes inimigos”.

Outra política americana de caráter preventivo é o “Movimento Lei e Ordem”, tal política provocou várias modificações de recrudescimento na legislação dos EUA e, de acordo com alguns doutrinadores, teria influenciado na realidade brasileira quando instituiu-se a Lei dos Crimes Hediondos.

Essa política, traz em seu bojo, como no Direito Penal do inimigo, a dicotomia entre “homens bons” e “homens maus”. Sobre ela, pontua Antonio Carlos Santoro Filho:

De um lado os criminosos, que cada vez mais atemorizam a sociedade e desrespeitam a lei impunemente; de outro os homens de bem, trabalhadores, cumpridores da lei e que prezam a ordem, mas que se encontram numa situação de “reféns” dos delinquentes, “presos em suas próprias casas” e constantemente em pânico. O primeiro instrumento a ser utilizado nessa batalha, sem dúvida, é a sanção penal, que não deve ter uma preocupação preventivo-especial de reintegração social do criminoso, mas antes representar uma retribuição acentuada, exemplar. O mal deve ser pago com o mal, o que, se observado, implicará uma redução da criminalidade, pois o delinquente, diante da gravidade da sanção, terá o temor de incorrer na conduta ilícita.

Guardadas as devidas proporções e extremismos, um Direito Penal de endurecimento vêm sendo aplicado em todo o mundo, o que evidencia que esse assunto merece atenção dos legisladores e juristas, não fazendo juízos precipitados,

mas analisando com ponderação e razoabilidade o instituto do Direito Penal do Inimigo, para que se possa delimitar o seu campo de atuação.

8. EXPRESSÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, a demanda por novas políticas criminais também é crescente. Porém o “inimigo” brasileiro a ser combatido, e duramente combatido, não é o terrorismo, mas o crime organizado e o criminoso não passível de ressocialização.

Luís Flávio Gomes e Raul Cervini já alertavam que duas vinham sendo as premissas básicas dessa política puramente repressiva no Brasil:

a) incrementação de penas (penalização); b) restrição e supressão de garantias do acusado. A Lei do Crimes Hediondo e, agora, a Lei de “combate” ao crime organizado, dentre outras, são expressões desse modelo exclusivamente “dissuasório”, isto é, modelo que confia na “força ameaçadora da lei”(na linha da coação psicológica de Feuerbach).

A recente onda de criação de leis visando atender às atuais demandas penais deixa claro que há uma nova concepção dos tipos penais e instrumentos processuais para dar efetividade à persecução penal.

Abaixo alguns exemplos dessas leis:

a) Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), com a previsão de infiltração de agentes policiais, flagrante diferido e inversão do ônus da prova nas medidas assecuratórias de apreensão de bens do acusado.

b) Lei nº 9.034/95 (que define os meios operacionais de investigação e de prova de ilícitos praticados por organização criminosa) e sua previsão de ação

controlada, captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, acesso a dados sigilosos e infiltração de agentes policiais;

c) Lei de Interceptação Telefônica (Lei nº 9296/96), que disciplina a relativização de garantia constitucional em favor da persecução penal e do interesse social, trazendo novamente a premissa de que nenhum direito individual é absoluto.

d) Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que confere tratamento diferenciado a determinada categoria de criminosos; entre outras.

As prisões cautelares também são exemplos de medidas de exceção de restrição de liberdade, aplicadas somente quando preenchidos os requisitos legais e para os casos de extrema relevância e perigo ao Direito Penal, com o fim precípuo de impedir a reiteração criminosa.

Conforme leciona Tourinho filho (2003, p.571)

Caso clássico de decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública é aquele em que o réu demonstra concreta e cabalmente que, mesmo respondendo a processo criminal, continua a delinquir, ou ainda o caso revelador de comprovada periculosidade do acusado ou indiciado, para quem o crime constitui um meio de vida.

Identifica-se, portanto, uma mitigação de direitos e garantias individuais em favor da ordem pública, com base na periculosidade do agente, reafirmando a máxima que o direito à liberdade individual não pode se sobrepor à paz social.

Assim, alguns institutos presentes na legislação brasileira já evidenciam uma adoção a um Direito Penal de terceira velocidade, que caminha para um Direito Penal do inimigo aplicado, em forma de exceção, ao “inimigo da sociedade”.

8.1 Admissibilidade das provas ilícitas

A relativização do princípio da proibição da provas ilicitamente obtidas é mais um fator comprobatório da inserção de um Direito Penal de exceção, contra o chamado “inimigo” em favor da sociedade.

Tal relativização tem defesa no texto de Jesús-María Silva Sanchez

É provável que o âmbito dos “inimigos”, caracterizado até agora pela ausência de “segurança cognitiva mínima” das condutas, mostre ainda em alguns casos uma dimensão adicional, complementar, de negação frontal dos princípios políticos ou socioeconômicos básicos de nosso modelo de convivência. Da mesma forma, em casos dessa natureza (criminalidade do Estado, terrorismo, criminalidade organizada) surgem dificuldades adicionais de persecução e prova. Daí por que, nesses âmbitos, em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização de garantias substantivas e processuais.

Barbosa Moreira também entende que a admissibilidade da prova ilícita por aplicação do princípio da proporcionalidade pode servir à acusação (prova ilícita *pro societate*), com fundamento no princípio da isonomia e tendo em vista a crescente criminalidade organizada.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, fundada no princípio da isonomia, também poderia ocorrer em favor da acusação, por exemplo, na hipótese da criminalidade organizada, quando esta é superior às Polícias e ao Ministério Público, reestabelecendo-se, assim, a igualdade substancial na persecução criminal (paridade de armas).

Nas palavras de Barbosa Moreira:

O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em Juízo, algo diferente do que houver lhe ordenado o “poderoso chefe” do local.

Nessa linha, a referência a Barbosa Moreira apenas teve por objetivo destacar que os integrantes de organizações criminosas, de “criminalidade organizada” ou de “crime organizado”, na perspectiva dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, demandam medidas interventivas, sejam investigativas, processuais ou probatórias, mais gravosas em seus direitos fundamentais, em razão de sua desigualdade material, do que ocorre com a generalidade dos investigados, indiciados ou réus. Mas tais medidas interventivas mais gravosas em direitos fundamentais devem observar o princípio constitucional da legalidade, em vez de consistirem na utilização sistemática de provas ilícitas.

A desigualdade material de tais integrantes de organizações criminosas, isto sim, pode ser utilizada, constitucionalmente para motivar a edição de leis que estabeleçam medidas de intervenção mais gravosas quanto a tais integrantes do que seria lícitamente possível relativamente à generalidade dos investigados, indiciados ou réus. Obviamente, quando o princípio da liberdade probatória comportar a utilização de medida probatória mais gravosa sem se constituir em prova ilícita, não há necessidade de lei expressa.

Vale transcrever as palavras de Adalberto José Aranha, *em nome de um exagerado amor ao dogmatismo, grandes crimes e poderosos criminosos podem ficar impunes. Não devemos esquecer que o crime organizado é, quanto à sua execução, quase perfeito, porque planejado cientificamente, o que exige investigações mais apuradas.*

A questão é polêmica. No entanto, sobre a admissibilidade da prova ilícita, o próprio STF já decidiu que, justicado pelo interesse público na eficácia da repressão penal de determinados crimes, deve ser aplicado o Princípio da Proporcionalidade “em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável.” (STF – HC 79.512 – Min. Sepúlveda Pertence – DJ 16.05.2003).

8.2 Regime disciplinar diferenciado

Indiscutivelmente, a maior expressão de uma política rígida de segregação daqueles que oferecem perigo à sociedade é o Regime Disciplinar Diferenciado, criado em 2003 e previsto no art. 52 da Lei de Execução Penal:

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.

Como se vê, aquele que mesmo sob custódia, continua transgredindo a norma penal é sujeito a isolamento como forma de punição e, principalmente, como forma de impedir a prática de novos crimes. É notório que esse criminoso deve ser submetido a regime diferenciado, pois não oferece segurança alguma, nem mesmo em ambiente carcerário.

O caput do artigo em estudo prevê a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado quando da prática de crime doloso, o que salienta que não é necessária condenação, mas apenas o temor fundado na periculosidade do agente.

Tem-se, assim, positivado no Direito brasileiro, uma forma acentuada de punição do agente que oferece alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, o que traz a tendência ao Direito Penal do Inimigo no Direito Penal pátrio.

8.3 Lei do Abate

Na mesma esteira, a “Lei do Abate”, é patente expressão do Direito Penal do Inimigo no Brasil, pela qual se permite o tiro de abate de aeronaves por suspeita de

narcotráfico ou terrorismo, disciplinando ainda, o afundamento de embarcação em mar territorial brasileiro.

A Lei do Abate alterou o art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que trata da detenção de aeronaves por autoridades aeronáuticas fazendárias ou da Polícia Federal, todas as vezes que ocorrer a invasão do espaço aéreo brasileiro, sem identificação.

Pela citada Lei, o Brasil passa a ter o direito de abater aeronaves que ingressem indevidamente no espaço aéreo nacional, gerando suspeitas de que carregam entorpecentes ou armas. O §2º da Lei 9.614/04 prevê que, após esgotamento de todos os meios coercitivos previstos legalmente, a aeronave invasora será classificada como hostil, ficando sujeita à destruição.

Art.303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou de Polícia Federal, nos seguintes casos:

- I- se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;**
- II- se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;**
- III- para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;**
- IV- para verificação de sua carga no caso de restrição legal (art. 21)[1] ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do art. 21)[2];**
- V- para averiguação de ilícito.**

§ 1º. A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe foi indicado.

§ 2º. Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada (parágrafo acrescido pela Lei 9.614/98)

§ 3º. A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório.(parágrafo re-numerado e alterado pela Lei 9.614/98)”

Após reiteradas advertências, as aeronaves consideradas “hostis” ou “inimigas” são vistas como fontes de perigo à nação brasileira, pois mesmo após inúmeros avisos, continuam a desobedecer as ordens das autoridades aéreas. Daí ser legítima a relativização de direitos e garantias, já que teve várias oportunidades de se render, mas, optou por ignorar as ordens legais.

Ocorre, no caso, a defesa dos direitos dos cidadãos, notadamente o da segurança (art. 5º, *caput*, da CF), colocada em risco pelo tráfico de drogas ou terrorismo. É claro que tal medida extrema passaria sob o crivo do princípio da proporcionalidade, para justificar a eliminação dos tripulantes da aeronave transgressora.

8.4 Crime de quadrilha ou bando

O crime de quadrilha ou bando faz parte dos crimes contra a paz pública, como também os delitos de incitação ao crime e apologia ao crime ou criminoso.

Tal delito ameaça a paz da sociedade, na medida em que, quando há a formação da quadrilha é evidente o fim de cometimento de futuros crimes.

O crime de quadrilha ou bando tutela os sentimentos de tranquilidade e segurança da coletividade, além de uma convivência pacífica e harmoniosa em comunidade.

Como acentuam Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, “segundo a doutrina e a jurisprudência prevalentes, o bem jurídico protegido é constituído pela ordem pública, que resulta ameaçada pela simples existência de uma associação estável tendo como programa a prática de delitos”.

O bem jurídico da segurança e paz pública também é consagrado constitucionalmente no art 5º, inciso XVII – “ é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar” e inciso XLIV – “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

O Código Penal, no crime de quadrilha ou bando, utiliza a técnica de antecipação da punição, quando prevê a intervenção anterior ao efetivo abalo à ordem pública, pelo simples perigo a que expõe a sociedade.

Em lição de Magalhães Noronha:

No crime em estudo há, pois, lesão à paz pública, constituída pela existência da associação de criminosos, inconciliável com a ordem, disciplina, etc. que devem reinar no conglomerado social, e existe também perigo para os bens jurídicos, oriundo das ofensas concretas que se propõe realizar o bando ou quadrilha.

Assim, o crime do art. 288 do CP tem por fim a prevenção da prática de crimes, antecipando-se aos resultados, protegendo-se, indiretamente, outros bens jurídicos que poderiam ser objeto de violação por conta da atividade desenvolvida pela associação criminosa.

Ou seja, o crime de quadrilha ou bando é patente configuração de antecipação de tutela em um tipo de perigo abstrato, e nos crimes de perigo abstrato, de acordo com Santiago Mir Puig, não se exige um tal resultado, sendo suficiente a perigosidade inerente à própria conduta, elemento do Direito Penal defendido por Jakobs.

Por fim, durante a elaboração deste trabalho, outras leis de endurecimento e combate ao crime organizado foram inseridas no ordenamento penal, tais como a Lei nº 12.654/12, que prevê a coleta de perfil genético para fins de identificação criminal e a

Lei 12.694/12, que traz a definição de organização criminosa e dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por essas organizações. Certamente muitas outras virão.

O fato é, já vivemos uma terceira velocidade do Direito Penal, agora nos resta ter sabedoria para lidar com ela.

9. O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE

Evidente que não se propõe com este trabalho o retorno a um Direito Penal arbitrário, contaminado por características nazifascistas e divorciado dos princípios constitucionais. Muito menos uma “caça às bruxas” como parecem pintar os críticos do Direito Penal do Inimigo.

É claro que a denominação do instituto, pela carga ideológica e emocional de seus termos, a priori, gera certa repulsa e alguma incerteza quanto à sua finalidade.

Prittwitz lembrado por Moraes (2009, p.262), comentando o nome escolhido por Jakobs atentou “Tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas”.

No entanto, ao contrário do que aparenta à primeira vista, seu conteúdo não prega a eliminação ou dizimação de indivíduos “potencialmente perigosos” por mero capricho do Estado. Defende, apenas, que ameaças a bens de extremo valor à sociedade sejam devidamente neutralizadas. E ressalte-se, o termo “neutralizadas”, em hipótese alguma, diz respeito à pena de morte, ao banimento, ou qualquer outra pena flagrantemente inconstitucional. Simplesmente quer dizer que o Estado deve ter postura de enrijecimento frente ao inimigo, e não cobri-lo de benesses como ocorre hoje no nosso sistema penal, e principalmente no processo de execução penal.

Demonizar o Direito Penal do Inimigo em sua essência, é fechar os olhos à dominação do crime organizado, inclusive sobre as agências estatais. É deixar de buscar a paridade de armas, para lutar um Direito Penal parcialmente falido.

Em razão da exacerbada adesão ao laxismo penal, o Direito vem esquecendo de sua verdadeira missão, a defesa da sociedade. Temos acompanhado uma série de medidas despenalizadoras, a banalização do princípio da insignificância, entre outras que desestimulam a confiança no Direito Penal. Como resultado desse afrouxamento da resposta punitiva, temos o descrédito no Estado e o encorajamento de criminosos.

É necessário, pois, encontrar o meio termo.

Moraes (2009, p.294) pontua acertadamente que

Tanto o discurso que se intitula politicamente correto (a prisão não recupera), quanto o discurso que prega toerância zero (ignorando que grande parcela do aumento da criminalidade está na omissão do Poder Político e nas outras esferas de controle social, e não, em um Direito Penal brando), impedem o bem senso e a racionalidade que deveriam nortear o tema.

A finalidade precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos essenciais à sociedade. Não é por outra razão que a Constituição da República traz mandados expressos (e implícitos) de criminalização de condutas que colocam em risco a paz social.

Destarte, busca-se um Direito Penal do equilíbrio, que respeite garantias penais e processuais penais individuais estabelecidas na Carta Constitucional, mas que não conduza à impunidade, ressaltando sempre que o Direito Penal do Inimigo é medida excepcional.

10. CONCLUSÃO

Após apresentação da Teoria do Direito Penal do Inimigo, seus elementos, características e forma de aplicação, conclui-se que não há como negar que a implantação de medidas efetivas no combate ao crime organizado e, conseqüentemente aos “inimigos” da sociedade deve ser feita de forma racional. Mas também não há como fechar os olhos à crise que vive o direito penal vigente em face à criminalidade, que o vê como o direito da impunidade.

O sistema garantista, conquistado a duras penas, tem reconhecida sua importância e deve continuar vigorando como regra no Direito Penal brasileiro. No entanto, inevitável a inserção do Direito Penal do Inimigo no Direito Penal Moderno, dentro dos parâmetros promovidos pelo Estado Democrático de Direito e em consonância com a Carta Magna, contudo que seja eficaz à repreensão daqueles que desprezam as leis penais.

Um crime macula para sempre a vida de todas as pessoas que por ele foram atingidas, quer sejam, vítima, autor ou familiares, e deve ser duramente reprimido e evitado. Se há, portanto, algum modo de prevenir ou evitar que tornem a ocorrer este deverá ser aplicado.

Deve-se empregar a lógica da proporcionalidade e razoabilidade, não para conduzir a excessos, mas à justiça.

Verifica-se nessas linhas de pesquisa, sobretudo, um apelo da sociedade por dignidade e segurança. Devemos, portanto, caminhar para um Direito Penal voltado primordialmente aos anseios e necessidades desta sociedade.

Por fim, nas palavras de um gênio: “O mundo é um lugar perigoso para se viver, não exatamente por causa das pessoas que são más, mas por causa das pessoas que não fazem nada quanto a isso”. (Einstein)

Referências Bibliográficas:

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica : estudo comparativo. 6. ed., atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

BARRETO, Tobias. **Crítica Política e Social. Obras Completas**. Aracaju: ECE, 1926.

_____. **Estudos de Direito. Fundamentos do Direito de Punir**. Campinas: Bookseller, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFIM, Edílson Mougnot. **Direito Penal da Sociedade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T de. **Da Prova no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1956-1957, 2 volumes.)

CERVINI, Raúl. Criminalidad Organizada y Lavado de Dinero. *In*: PIERANGELI, José Enrique (coord.). **Direito Criminal – Coleção Jus aeternum**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. v. I

CONDE, Francisco Muñoz. As Reformas da Parte Especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em <www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Livraria do Advogado. 2008.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1999.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, s. d., v. 1.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo. Notícias Forenses, out. 2004.

_____. **Muñoz Conde e o Direito Penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>>. Acesso em: 30.07.2013.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói-RJ: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Néson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IX.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos de Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

_____. **Crítica del derecho penal de hoy**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; _____. **Derecho Penal del Enemigo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

LYRA, Roberto. **Novissimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases del Derecho Penal: concepto y método**. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faria Ed., 2002.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Efeitos da Condenação, Reabilitação e Medidas de Segurança. Curso sobre a Reforma Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 23. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. Vol. I.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. VirtualBooks. Formato: e-book/Rb.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luis Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme-SP: LEUD, 2000.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas, O Psicopata Mora ao Lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. Vol. II.

VIZZOTO, Vinicius Diniz. **A Restrição de Direitos Fundamentais e o 11 de Setembro**. Breve análise de dispositivos polêmicos do Patriot Act. J. Disponível em. www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp