

DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUA IMPERFEITA INCONSTITUCIONALIDADE

Victor Ferreira Cabral¹

Luiz Eduardo Marinho Costa²

RESUMO

Aborda-se o chamado Direito Penal do Inimigo, indicando sua origem e seu doutrinador fundamental, responsável por sua disseminação. É possível conhecer outros doutrinadores envolvidos, seja acatando, seja criticando suas características. Na vertente do Direito Processual Penal existem críticas à teoria em questão, com relação ao seu ferimento em determinados princípios. Abordagem no que tange à nossa Constituição Federal e a inconstitucionalidade de alguns preceitos, para que tal teoria seja acatada em todos os aspectos. É trazida a possibilidade de ser adotada, entretanto, não em sua totalidade. Apresenta uma possível adaptação de certos conceitos para o nosso ordenamento, e em virtude de toda a evolução do Direito Penal brasileiro.

Palavras-chave: Origem. Doutrinadores. Direito Penal do Inimigo. Ordenamento Jurídico atual. Utilidade. Inconstitucionalidade de alguns preceitos. Adoção de forma moderada e adaptada.

CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: HIS IMPERFECT UNCONSTITUTIONALITY

ABSTRACT

Deals with the so-called enemy, criminal law indicating its origin and its essential view, responsible for its spread. It is possible to meet other scholars involved, either accepting or criticize their characteristics. In terms of criminal procedural law there are criticism of the theory in question, in relation to his injury in certain principles. Approach with regard to our Federal Constitution and the unconstitutionality of certain provisions, so that such a theory is rejected in all aspects. Is addressed the possibility of being adopted, however, in its entirety. Presents a possible adaptation of a number of concepts for our planning, and by virtue of the whole evolution of the Brazilian criminal law.

Keywords: Origin. Indoctrinators. Criminal law of the enemy. Current legal system. Utility. Unconstitutionality of certain provisions. Adoption of moderate form and adapted.

¹Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: victorcabral@paulocabral.com.br.

²Professor orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: luluca@supercabo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade abordar a temática do Direito Penal do Inimigo, apresentando sua formação histórica, explicando sua origem e em seguida sua fundamentação por seu doutrinador principal, o conhecido Günther Jakobs, além de caracterizar tal teoria, abordando seus preceitos e fundamentações.

Do ponto de vista deste doutrinador, é preciso haver dois tipos de direito. O primeiro sendo dirigido para o cidadão, seguidor fiel, ou quase, ao ordenamento, que, mesmo violando uma norma, tem a oportunidade de “reestabelecer” o cumprimento da norma através de uma sanção, mas como um cidadão. Desse modo, permanecendo, pelo Estado, o seu status de pessoa; e o segundo seria o chamado Direito Penal do Inimigo, sendo destinado aos indivíduos que, por sua ocupação, seu comportamento, ou até mesmo práticas, segundo Jakobs, “se tem afastado, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”³, devendo serem tratados como inimigos.

De acordo com o previsto em sua obra, Jakobs deixa bem claro que não apenas compara os dois modelos, mas tentar abordá-los para um único mundo jurídico-penal, conforme:

Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo 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 os demais⁴.

Após estas reflexões de forma inicial, a abordagem da pena é de salientar importância para a iniciação no tema. A pena é uma coação, sendo esta portadora de um significado, através de uma pessoa racional. Caracteriza uma desautorização da norma, sendo possível considerá-la um ataque a sua vigência. Nesse diapasão, a pena não apenas tem um significado, ela reproduz de forma física também, seja pela privação de liberdade, seja pela coerção intrínseca do exemplo.

³CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007,p. 33.

⁴CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2012,p. 21.

De uma forma até contraditória ao que será exposto, o nosso ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito o criminoso, e isso ocorre por duas razões: a possibilidade do delinquente voltar a ajustar-se com a sociedade, como lhe é de direito, mantendo seu *status* de pessoa, ou seja, retornar ao Direito; por outro lado, esse delinquente tem o dever de proceder à reparação, sendo pressuposto à sua existência de personalidade, ou seja, o delinquente não pode apenas sair da sociedade de forma arbitrária.

Desse modo, é possível para o leitor visualizar de forma mais aprofundada a temática, levando em consideração que vários preceitos originados do Direito Penal do Inimigo estão presentes de forma implícita em nosso ordenamento jurídico.

Nesse contexto, é sabido que princípios e direitos fundamentais além de estarem expressos de forma clara em nosso ordenamento, estão intrinsecamente inseridos na forma de analisar o ponto de vista penal. Porém, em virtude do avanço tecnológico e principiológico da nossa sociedade, os costumes precisam adaptar-se, assim como os fundamentos, princípios e pensamentos.

Por fim, o presente artigo abordará desde a origem da teoria em epígrafe, como suas fundamentações e argumentos, seus principais defensores, as críticas mais consistentes juntamente com seus idealizadores, algumas contraposições frente à nossa Constituição Federal em determinados artigos, uma possível aplicação em nosso ordenamento, forma moderada e o posicionamento do autor deste artigo científico.

2 ORIGEM DA TEORIA

Desde os primórdios que o inimigo esteve presente na história do ser humano, seja o primata considerado líder de uma tribo vizinha na disputa pela caverna segura, seja pelo ladrão da caça obtida, todos inimigos, dependendo do referencial.

Em Atenas, por volta de 621 a. C., Drácon era a figura de legislador, recebendo poderes para findar o conflito social provocado pelo golpe de estado provocado por Cilón. Em razão disto, foram criadas as conhecidas Leis Draconianas, nas quais possuíam uma tendência consuetudinária, ou seja, intrinsecamente baseada pelo costume.

Estabeleceu a pena de morte para os crimes mais graves, como roubo e homicídio, com o intuito de coibir tais delitos e, portanto, evitar que novos delinquentes agissem em razão da severa pena.

Esses delinquentes eram os inimigos de Atenas. Em Roma, havia a possibilidade das penas de morte, visto que, neste caso, o criminoso não possuía o status de pessoa, como exemplo o traidor à pátria, possuindo a pena de capitação com machado⁵.

Em todos esses casos, a figura do inimigo já passava a ser considerada em todo ordenamento existente, seja de uma forma mais animal, onde o mais forte impetrava, seja de acordo com o poder dado à um homem para governar um povo.

Adiantando alguns anos do ponto de vista cronológico, na primeira metade do século XX, com regimes totalitaristas e autoritaristas, a presença das raízes do Direito Penal do Inimigo era clara, com o condão de justificar a eliminação de seus inimigos, seja pela guerra e/ou torturas. Trazendo à tona a já presente caracterização do inimigo perante à sociedade, mesmo que de forma exacerbada, denegatória e discriminatória.

Em virtude da evolução da sociedade no âmbito desses regimes e da necessidade de um estudo mais aprofundado e com uma possível, mesmo que em partes, resolução para diversos conflitos, guerras e desordem, surge a figura do grande doutrinador Günther Jakobs, alemão, que trouxe à tona a referida teoria. De acordo com o renomado autor Alexandre Rocha Almeida de Moraes, Jakobs tomou como pilar essencial a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, conforme trecho de sua obra:

Günther Jakobs, discípulo de Welzel tido como um dos mais respeitados e polêmicos juristas da atualidade, idealizou o funcionalismo sistêmico pautado na Teoria dos Sistemas de Luhmann. Conforme já assinalado, tal teoria sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de reafirmar a vigência da norma. A rigor esta é sua descrição do Direito Penal da normalidade ou o que ele próprio domina de “Direito Penal do Cidadão”⁶.

Niklas Luhmann traz a ideia que as sociedades modernas são complexas e, por isso, para reduzir tal complexidade, os sistemas devem ser criados. Uma de suas vertentes são as expectativas, ou seja, as pessoas praticarão suas condutas na

⁵HABIB, Gabriel. **Direito Penal do Inimigo**. [Rio de Janeiro]: Canal Jurisprudência e Concursos – Jurisconcursos, visualizado em 10 de setembro de 2014. Entrevista concedida no dia 09 de setembro de 2011 para o site Tânia Fraga.

⁶MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 181.

expectativa de que as outras pessoas também se comportarão de acordo com o ordenamento, ou seja, com o esperado. Por exemplo, quando ausentamos de minha residência, temos a expectativa de que não seremos assaltados, em razão de acreditarmos que as outras pessoas da sociedade também estarão seguindo a orientação legal, e, conseqüentemente, não praticarão delitos. Além disso, acredita que o Direito precisa criar mecanismos para que os cidadãos possam seguir com o ordenamento.

Retornando a expectativa, Luhmann assevera que existem duas formas: as cognitivas e as normativas. A diferença de ambas está ligada na reação do homem pela defraudação das expectativas, ou seja, pela frustração por não ocorrer o esperado. Nesse sentido, para ele, ou se muda o comportamento humano diante de tal frustração ou se mantém a expectativa da norma.

Nas expectativas cognitivas, há a relação do homem com a natureza, ou seja, a partir do momento que ocorre algo que não era esperado em razão de um fato da natureza, há uma alteração do comportamento do homem. Se minha residência é devastada por uma enchente, minha atitude será de construir uma nova casa, entretanto, caso uma outra pessoa seja a responsável pela devastação, transfigurará para a chamada expectativa normativa. Nesta última, há uma relação do homem com os outros integrantes da interação social. A reação da frustração de uma expectativa normativa será completamente diferente da cognitiva, pois deverá ser aplicada uma sanção penal como forma de manutenção dessa expectativa.

Para o cidadão praticante de um delito, deverá ser-lhe aplicada uma punição para que toda a sociedade observe que poderá continuar seguindo com o ordenamento e que a expectativa será preservada. Portanto, o Estado mostrará que, apesar de aquela expectativa ter sido deturpada, todos os cidadãos poderão seguir suas vidas, com a expectativa de que aquilo não ocorrerá novamente. A sanção penal terá o papel de manutenção do modelo do contrato social.

O Direito Penal do Cidadão não possui um conceito claro, objetivo, seco. Por tratar-se de uma teoria, sua definição se esvai pelos pensamentos de seus doutrinadores, e inclusive do seu maior defensor. Contudo, com o intuito de orientar de maneira mais objetiva, simplificou da seguinte forma:

O direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de

segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz⁷.

Apresentada a noção inicial, é preciso, com respaldo neste autor, alegar que nem sempre a referida denominação tem o condão de ser pejorativa, segundo ele, *“um Direito Penal do inimigo é indicativo de ser uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas também aos rebeldes”*⁸.

Jakobs aborda que não se trataria mais da manutenção da ordem das pessoas que trazem irritações internas ao sistema social, senão de retorno às condições aceitáveis do entorno, em razão de uma neutralização dos que não oferecem uma garantia cognitiva mínima para ser tratada como pessoa, ou sem suas palavras, *“sem uma segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida”*⁹.

3 PRINCIPAIS SUSTENTÁCULOS E SEUS DEFENSORES

Do ponto de vista do alicerce, toda teoria precisa ter seus sustentáculos e fundamentações para que se tenha, pelo menos ao mínimo, de lógica, aplicação e reconhecimento. No Direito Penal do Inimigo não é diferente. Seu principal pensador, Günter Jakobs, funda-se de diversas outras teorias, conceitos, fundamentos e princípios para realizar uma mescla e analisar o seu contexto em nossa sociedade.

Conforme Jakobs, o Direito Penal do Inimigo é um direito pelo qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos. Pautando-se pela Teoria dos Sistemas Sociais de Guillermo Portilla Contreras, a comunicação tem um papel essencial para a relação social:

La relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se obtiene mediante al menos una regla independiente de tales preferencias, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Tal

⁷CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2012, p. 28.

⁸CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007, p.22.

⁹CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007, p. 33-34.

regla es una normal social em sentido estricto: si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma em consideración había sido precisamente exonerado el otro¹⁰.

Os inimigos não são pessoas para Jakobs, o conceito de pessoa para o jurista alemão diz respeito à forma pela qual se constrói o sistema social. Ele acredita que só é pessoa aquele que oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento social/pessoal. Como consequente, inexistindo tal garantia, ou de forma negada, o Direito Penal passaria de uma reação da sociedade de acordo com um crime de seus membros e passaria a ser uma reação contra um inimigo.

Logicamente não seria um simples delito ser o motivo para um cidadão transformar-se em inimigo, até porque, assim sendo, iríamos ter uma sociedade abarrotada de inimigos, visto que os crimes são cometidos a todo momento, seja de forma mais complexa ou de menor potencial ofensivo. Seguindo nesse diapasão, Jakobs aborta quatro aspectos determinantes para uma “classificação” de atitudes que acarretarão da definição do ser como um inimigo:

- a) Crime organizado: Neste caso, em razão de sua futura periculosidade, os envolvidos serão considerados como inimigos, independentemente de ter praticado algum delito, mas pela mera projeção de risco à sociedade.
- b) Terrorismo: Individual ou coletivamente, a prática terrorista está inclusa no, se assim podermos chamar, rol dos inimigos, visto que além de possuir o condão de realizar um ato contra o patrimônio alheio, está intrinsecamente enraizado com fundamentos atrelados às causas religiosas, racistas, econômicas e sociais, trazendo assim o dano não apenas material, mas psicológico para toda a sociedade envolvida.
- c) Criminosos sexuais: Também não há distinção se praticado de forma individual. Crimes de estupro, assédio sexual, favorecimento à prostituição, ou coletiva, como no compartilhamento de pornografia infantil em sites. Ou seja, o fato da sexualidade de outrem ser alvo de delitos realizados pelo, antes, cidadão, já é alvo para sua caracterização em inimigo.
- d) Imigrantes ilegais: Neste ponto, existem elementos essenciais para a classificação do inimigo. No momento que um cidadão resolve sair de seu país de origem para, de

¹⁰PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y novas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. In: QUIROGA, Jacobo López Barja de; ESPINAR, José Miguel ZugarIdía (Coords.) **Dogmática y ley penal – libro homenaje a Enrique Bacigalupo**. Madri: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset e Marcial Pons Ediciones y Sociales S.A., 2004. t. I.

forma ilegal, adentrar noutro, as hipóteses negativas são abundantes. Prática de crimes, fuga policial, tentativa de burlar as leis de imigração, alteração na economia do local, incremento na violência, enfim, diversos problemas sociais podem ser apontados em razão da prática de imigração ilegal¹¹.

Na concepção de Jakobs a ação aparece como parte da teoria da imputação que, por sua vez, deriva da função da pena. É necessário estabelecer quem deve ser punido em razão de ter contrariado a estabilidade da norma, portanto, sendo punido o agente em razão de ter agido de forma culpável e de modo contrário à norma.

A imposição da pena terá o condão de reestabelecer a norma, visto que possui a função de garantir as expectativas, ou seja, garantir a norma. Assevera Jakobs: *o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade*¹². Atrelado à tal teoria, Carrara conseguiu em sua obra caracterizar três significados da palavra pena, de forma distinta:

1º - em sentido geral, exprime qualquer dor, ou mal que ocasione dor; 2º em sentido especial, designa um mal que sofremos por causa de um fato nosso, perverso ou incauto; e desse modo compreende todas as penas naturais; 3º - em sentido especialíssimo, indica aquele mal que a autoridade pública inflige a um culpado em razão de delito por ele praticado¹³.

As chamadas teorias absolutas consideram a pena de uma forma justa intrinsecamente, sendo necessária para remediar o mal acontecido, sendo o princípio moral como fundamento. As teorias que surgem do Direito Penal como um fim em si mesmo são consideradas absolutas, cuja justificativa não depende de razão utilitária ou preventiva.

Neste diapasão, temos Kant com um posicionamento tendencioso ao caráter absoluto da teoria. Para ele a pena é um imperativo categórico, ou seja, quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra, portanto, não devendo fazer parte dela. Ele aborda que mesmo havendo apenas um criminoso e a sociedade em vias desaparecimento, mesmo assim, deverá ser punido. Isto em

¹¹HABIB, Gabriel. **Direito Penal do Inimigo**. [Rio de Janeiro]: Canal Jurisprudência e Concursos – Juriseconcursos, visualizado em 10 de setembro de 2014. Entrevista concedida no dia 09 de setembro de 2011 para o site Tânia Fraga.

¹²JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**: Teoria de Um Direito Funcional. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003. V. 6; p. 1.

¹³CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**: Parte Geral. Campinas: LZN, 2002. v. II. p. 43.

função de uma equação simples: o delito sendo punido com a pena cabível trazendo a justiça.

Jakobs caracteriza o Direito Penal do Inimigo com três elementos: primeiro, há a constatação um amplo adiantamento da punibilidade, ou seja, neste âmbito, não há uma perspectiva do ordenamento jurídico-penal e sim prospectiva, ou seja, visando fato futuro; segundo, as penas previstas de forma desproporcionalmente altas; e terceiro, a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais¹⁴.

De acordo com sua posição, Jakobs acredita que estão se diferenciando duas “velocidades” no ordenamento jurídico: sendo a primeira como o setor que se impõem penas privativas de liberdade e devem manter-se de uma maneira estrita aos princípios políticos-criminais; já como segunda velocidade seria composta pelo conjunto de flexibilizações aos modos proporcionais dos princípios das infrações impostas com penas pecuniárias ou restritivas de direito. O Direito Penal do Inimigo surgiria com uma terceira velocidade, havendo de uma maneira compartilhada a imposição de penas privativas de liberdade e com a flexibilização desses mesmos princípios¹⁵.

4 CRÍTICAS E OPOSITORES

As críticas existentes e expostas, dizem respeito, na verdade, aos modelos de Direito Penal que, invariavelmente, vêm sendo classificados como linhagens de um Direito Penal do Inimigo ou de Direito autoritário.

Entretanto, quando são analisados os fundamentos de tais críticas à Teoria de Jakobs, poucas são as que ultrapassam os argumentos emocionais ou meramente retóricos, sendo embasados pelo fato de tal teoria ir de encontro com alguns direitos fundamentais.

Nesse diapasão, Cornelius Prittwitz, também alemão e da mesma geração de Jakobs, critica que a grande parte dos opositores à teoria se atém apenas à sua

¹⁴CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2012, p. 90.

¹⁵CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2012, p. 92.

nomenclatura, sem fundamentar seus ideais de oposição, chegando a escrever: *“Tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas”*¹⁶.

É válido ressaltar que Jakobs, sem dúvidas, optou por tal terminologia com o objetivo de provocar, visto que, como mencionado acima, a maioria das críticas que recebe são fundamentadas na alusão ao desrespeito de princípios constitucionais e para acentuar a censura à proposta de supressão de garantias, com a aplicação deste modelo de política criminal.

Há uma grande quantidade de autores que criticam o Direito Penal do Inimigo, porém, basicamente projetando seus argumentos numa incompatibilidade desta com o nosso ordenamento jurídico, em razão do desenvolvimento histórico de nossa sociedade, no que tange aos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

A crítica mais comum é voltada para a diferenciação da “pessoa” e “inimigo”, utilizada por Jakobs com base na Teoria dos Sistemas de Luhmann, porém Gracia Martín, de forma diversa da maioria, argumenta que o Direito Penal do Inimigo se constrói a partir do reconhecimento de seus destinatários como “não-pessoas”.

Outro que questiona a concepção metodológica de Jakobs acerca de tal conceito de inimigo-pessoa é Francisco Conde, alegando que quando tratamos inimigos como ‘não pessoas’ existe uma consideração que já ocorreu em virtude de uma negação ao Estado de Direito, visto que independentemente de quais sejam os critérios utilizados para definir quem será o ‘cidadão’ e quem é ‘inimigo’¹⁷.

Para ele, a referida tese possui uma construção de forma ambígua, sendo de forma semelhante para qualquer sistema democrático ou totalitário, advertindo que, com preocupação, se tal sistema fosse adotado, a realidade habitual mudaria, passando a ser um campo de concentração, havendo tortura como meio de prova e uma generalização da adoção da pena de morte. A crítica de Conde também afere à restrição à mera constatação, sem analisar os Direitos do estado de Direito do sistema de Jakobs. Um dos críticos mais engajados, Zaffaroni diz:

O sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se) seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão-somente pela sua

¹⁶PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, mar./abr. 2004. p. 44.

¹⁷MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 265.

inclinação pessoa ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar¹⁸.

Mais do que questionar a possibilidade ou não, de convivência de diferentes sistemas de Direito Penal, fato é que parte da doutrina afasta peremptoriamente a ideia por admitir que, a rigor, o “Direito Penal do Inimigo” representa um ‘não-direito’. Riquer e Palácios, nesta esteira, questionam o fato de Jakobs reconhecer que o Direito Penal do Inimigo segue outras regras distintas das do Direito Penal Jurídico, sendo uma espécie de estado interno, que ainda não foi resolvido.

Situando-se mais próximo de nossa atualidade, temos a figura do notório professor e doutrinador Rogério Grecco, que abordou o tema em questão de forma bem clara e específica, posicionando completamente contrário aos preceitos trazidos por Jakobs. Primeiramente, ele cita que o meio em que estamos atualmente, com altos índices de criminalidade, delitos praticados sem nenhum receio e despejados em nossos noticiários, formam um terreno completamente fértil para o plantio dos preceitos do Direito Penal do Inimigo. A busca pela segurança, pela certeza da punição e pelo medo fazem com que a sociedade passe a enxergar na punição o caminho para a resolução da violência, como dito:

O convencimento é feito por intermédio do sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, que causam revolta e repulsa no meio social. Homicídios cruéis, estupros de crianças, presos que, durante rebeliões, torturam suas vítimas, corrupções, enfim, a sociedade, acuada, acredita sinceramente que o Direito Penal será a solução de todos os seus problemas¹⁹.

Prosseguindo com seus ideais, Grecco acredita que o Estado Social foi deixado de lado para o Estado Penal, na forma de que a preocupação com a educação foi deixada de lado a partir do momento que a violência assola nossa sociedade, e, a então problemática, errada certeza de que a violência se combate apenas com sanção penal. Citando o também ilustre João Ricardo W. Dornelles, crítico do sistema:

O mito do Estado Mínimo é sublinhado, debilitando o Estado Social e glorificando o ‘Estado Penal’. É a constituição de um novo sentido comum penal que aponta para a criminalização da miséria como um mecanismo perverso de controle social para, através deste caminho, conseguir regular o trabalho assalariado precário em sociedades capitalistas neoliberais²⁰.

¹⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117-118.

¹⁹GRECCO, Rogério. **Artigos. Direito Penal do Inimigo**. Net. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em: 12 out. 2014.

²⁰DORNELLES, João Ricardo W. **Conflitos e segurança – Entre pombos e falcões**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 54.

Após todas essas críticas e oposições, seria um ultraje não citar o chamado sistema norte americano denominado de Tolerância Zero, criado em Nova Iorque com o objetivo de findar os problemas com a violência, da forma que for.

Nessa época, o prefeito da cidade de Nova Iorque, Rudolph Giuliani, tendo obtido sucesso com sua campanha eleitoral, passa a assumir o Poder Executivo do município, iniciando tal sistema. Como completo opositor ao sistema temos o ilustre Lööc Wacquant:

Essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial empreendida por William Bratton, responsável pela segurança do metrô de Nova York, promovido a chefe de polícia municipal. O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.). Usam para isso três meios: aumento em 10 vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro com obrigação quantitativa de resultados, e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinalético e cartográfico consultável em microcomputadores a bordo dos carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua e a intervenção quase instantânea das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e ‘outros comportamentos anti-sociais associados aos sem-teto’, segundo a terminologia de Kelling²¹.

Em suma, a quebra do Estado de Direito é o foco mais importante a ser discutido em face do que é criticado no Direito Penal do Inimigo. Para seus opositores, Jakobs invoca o Estado, direito concreto em sua tese, entretanto, tornando-se sem aplicação, conseqüentemente, fazendo com que o soberano passe a designar como inimigo da maneira que lhe for mais oportuno, ficando este, mais fraco, sem ter como resistir.

Seguindo dessa maneira, qualquer indivíduo pode ser considerado inimigo, deixando a sociedade alerta constantemente, aguardando uma nova conceituação de inimigo. Sem que sejam respeitados princípios constitucionais, seja devido processo legal, presunção de inocência, culpabilidade, legalidade, entre outros.

²¹ WACQUANT, Lööc. *As prisões da miséria*. Tradução, André Telles. Edição ampliada – Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.p. 26.

5 CRÍTICAS AO PROCESSO PENAL DO INIMIGO

Nesse aspecto, após todo o conteúdo já explicitado neste artigo, não seria coerente deixar de abordar as críticas que existem ao tema na vertente do Processo Penal, ou, de forma adequada, ao Processo Penal do Inimigo.

Como tratado anteriormente, Jakobs com sua fundamentação de distinção entre o cidadão e o inimigo, conseqüentemente, fere alguns princípios básicos tanto do Direito Penal como do Direito Processual Penal.

Em razão da evolução dos métodos de investigação, muitas vezes ilegais, adotados atualmente para o combate à violência, temos autores que vão de encontro aos procedimentos, em razão de suas inconstitucionalidades. Podemos citar Hassemer no trecho de sua autoria:

Investigadores camuflados e agentes de ligação, sondagens e observações prolongadas, operações arrastão em bancos de dados e buscas por meios eletrônicos, emprego clandestino de aparelhos visuais e auditivos até mesmo no recesso do lar, tecnologia, processamento de dados ostensivo e 'preventivo', utilização de anotações íntimas em criminalidade²².

De uma forma mais atenta ao nosso cotidiano, a maneira como a falta de eficiência dos meios de investigação, a sabida demora do procedimento penal e a sensação de impunidade de certos crimes quando seus autores recebem penas que, para a sociedade, são brandas demais, acarretam na transgressão de muitos princípios, seja, até mesmo, pela insaciável vontade de nossos investigadores na resolução criminal, seja pelo desleixo aos mesmos em razão da referida sensação da não punição.

Nesse diapasão, o ilustre Marques da Silva, em sua excelente obra, traz à tona a necessidade de adaptação dos princípios processuais penais à nossa evolução, principalmente tecnológica:

No processo penal, a ineficiência dos meios investigatórios tradicionais determinou que muitos princípios constitucionais fossem adequados à investigação moderna, tais como a escuta telefônica, os agentes infiltrados. Estes métodos revolucionam a investigação criminal, embora, algumas vezes, entrem em conflito com os direitos fundamentais, restando a questão de adequá-los às garantias constitucionais²³.

²²HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993. p. 68.

²³MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. P. 150-151.

Neste contexto, é possível que encontremos um cenário perigoso de nossa segurança, visto que esta, atrelado à criminalidade e aumento do tráfico de drogas vem influenciando a opinião pública, em razão da percepção dos indivíduos e na crescente importância. Infelizmente, quando uma norma é contestada ou sofre uma transgressão, causa no receio, no medo, porém, fascina. Isto porque o errado é contagiante, e a impunidade ainda mais.

De todo modo, ao que parece, a necessidade do enfrentamento da criminalidade, organizada ou não, vem ganhando o embate, com a constitucionalização de alterações radicais no sistema processual clássico. A limitação do princípio *in dubio pro reo*; a constante falta de limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa do suspeito na investigação criminal; a menor transparência na investigação; todos eles são exemplos de adaptações que tanto os princípios como as leis estão sofrendo para buscar o, ou um dos, mais preciosos: segurança.

6 CONTRAPONTO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como não poderia deixar de tratar de início, o primeiro artigo de nossa Carta Magna em seu terceiro inciso traz como fundamento a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. De uma maneira objetiva, os opositores à teoria já tomam como base tal artigo, com o fulcro de que Jakobs não atende tal preceito.

Não podemos tratar aqui como sendo uma falácia absoluta tal argumento dos opostos à teoria, porém, ela precisa ser analisada por outra vertente: a da opção do, então, inimigo em “deixar de ser” um cidadão apto em ter seus direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal pelo fato de ter tomado uma atitude oposta ao Estado Democrático.

Adiantando a leitura de nossa Carta Maior, no artigo 4º, inciso II, é citado a prevalência dos direitos humanos como preceito constante nas relações internacionais. Conforme explicado anteriormente, de forma analógica, é preciso, novamente, visualizar tal fundamento com outras lentes, semelhantes às utilizadas no artigo 1º.

Neste mesmo artigo sendo que no inciso VIII, é previsto o repúdio ao terrorismo, e ao racismo. Jakobs, como não poderia deixar de ser, tem em seus

fundamentos principais na adoção de sua teoria o combate ao terrorismo. Como citado anteriormente, o terrorista é caracterizado como inimigo em razão de representar risco, presente e futuro, ao ordenamento jurídico.

De uma forma até apática, a maioria dos críticos e opositores à teoria trazem à tona o preceituado no Art. 5º de nossa Constituição no que tange no trecho “...inviolabilidade do direito à vida, à liberdade...” alegando que, com a adoção do Direito Penal do Inimigo, o direito à vida se esvairia de uma forma que passaria a ser tratada como dispensável. Seria sem relação de nexos apontar que todos estão errados, visto que o inimigo, sendo assim caracterizado, teria sim a violabilidade de sua vida e sua liberdade, entretanto, necessitando que preenchesse os “requisitos” que foram explicitados anteriormente, ou que se enquadre nas condutas tidas como ilícitas.

De acordo com o Art. 60, §4º, IV da nossa Carta Magna, os direitos e garantias individuais não serão objetos de deliberação em proposta de emenda, ou seja, fulcro tal artigo, uma emenda constitucional não poderia vigorar se dispusesse de vedação ou supressão de direitos e garantias individuais. É justa a oposição dos críticos de acordo com esse artigo, em se tratando de uma cláusula expressa em nossa Constituição.

A questão é que, de fato, para uma adoção de forma total do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento, seria necessária toda uma reformulação em nossas leis, o que não é o intuito em ápice. O objetivo deste artigo também é de demonstrar que temos em nossas raízes fundamentos oriundos do Direito Penal do Inimigo, e que, mesmo assim, em razão de vidente violência atual e na apatia de nosso sistema, é pregado que com adaptações em determinado setores atrelados com os preceitos desta teoria, a nossa sociedade poderia começar a combater, de verdade, o inimigo, ou melhor, o opositor ao Estado.

7 POSSÍVEL APLICAÇÃO DE FORMA MODERADA

Nossa sociedade atual, moderna, tem como característica clara o individualismo de massas, ou seja, pela unificação de um determinado polo social. Em razão das transformações do sistema de organização e de comunicações, globalização, existem traços de uma forma preponderante com a responsabilidade com a formação da “sociedade de riscos”, visto que a sensação de insegurança

coletiva acorda todos os dias com os novos bens jurídicos objetivados à proteção do Direito, ocorrendo assim, uma descodificação do Direito, um crescimento descontrolado e conseqüentemente, irracionalidade legislativa.

Nesse diapasão, trazendo para o âmbito brasileiro, e com o claro e já conhecido descrédito no Poder Público de forma geral, há uma enorme descrença da efetividade, em razão das alternativas de controle social menos árduas à liberdade do cidadão.

Infelizmente, atualmente, a técnica legislativa do Direito Penal, baseada nos princípios fundamentais, não consegue mais aplicar de forma exclusiva, em virtude da natureza dos bens jurídicos transindividuais, ou em razão da objetivação da tutela em decorrência do avanço tecnológico, atrelado com a necessidade de repressão dos crimes graves que assolam nossa sociedade. De acordo com o ilustre autor Alexandre Rocha Almeida de Moraes, os princípios estão se esvaindo pelo ralo da necessidade de árdua prevenção do Estado em razão da enorme violência, conforme:

Está se tornando evidente que as garantias e os princípios utilizados pela doutrina quase como uma cartilha – necessidade, proporcionalidade, exclusiva proteção de bens jurídicos, legalidade, taxatividade, anterioridade, ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade – soam como mero discurso acadêmico e inócuo frente às posturas adotadas pelos Estados para enfrentamento da criminalidade contemporânea²⁴.

Levando em consideração o tão conhecido *Pacto de San José da Costa Rica*, no qual o nosso país além de ser signatário adota de uma forma rígida para a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, e inclusive, de forma mais áspera ainda, contra esta teoria em ápice, em seu artigo 27 admite a possibilidade de suspensão de garantias. Conforme exposto:

Capítulo IV - SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

Artigo 27 - Suspensão de garantias:

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social²⁵.

²⁴MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 300

²⁵ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Pacto de São José da Costa Rica**. Capítulo IV.

O brilhante Asúa conseguiu em poucas frases deixar claro a real necessidade que o Estado tem em ter uma liberdade no alcance dos direitos, para que não se ultrapasse e acabe gerando uma sociedade com tão liberal que se torne desregrada e sem parâmetros, expondo:

Se a liberdade fosse um valor por si somente admitiria a maximização: quanto mais liberdade, maiores bens. E basta fazer mentalmente o ensaio, para convencer-se de que a liberdade levada a tais extremos cairia em libertinagem, [...] Não se deve esquecer isto quando se constrói o Direito Penal do futuro. Durante o tempo que, e posto que a liberdade não é um valor em si, senão que persegue um fim, teremos que proclamar que não há liberdade contra a liberdade, e que o Estado tem direito de defender-se²⁶.

Conquanto que seja a dignidade um valor inerente à pessoa e que traz em sua raiz uma pretensão ao respeito perante aos demais, o princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto, devendo prevalecer sobre todos os outros. Claro que ele também está sujeito à rota de colisão de direitos, que poderá não prevalecer sobre os princípios no referido entrave, ou seja, são as condições concretas que indicarão a precedência, ou não, do tão conhecido e defendido, princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, a nossa Suprema Corte possui decisões que tratam de direitos humanos fundamentais, abordando o fato de que os princípios inerentes à pessoa humana não podem ser utilizados como escudo pelos cidadãos para a prática de ilícitos, ou até mesmo redução da responsabilidade civil ou penal pelos atos. Essa forma de escudo causa para o Estado um verdadeiro desrespeito ao ordenamento jurídico. Conforme exposto no Recurso Ordinário de Habeas Corpus, originário do STJ -RJ:

RHC 2777 RJ 1993/0014035-3. Ministro PEDRO ACIOLI. 22/06/1993. T6-SEXTA TURMA. DJ 27.09.1993 p. 19832. LEXSTJ vol. 54 p. 382. RSTJ vol. 59 p. 69.

Ementa

RECURSO ORDINARIO EM "HABEAS CORPUS". FATO TIPICO. EVENTUAL NULIDADE DE INQUERITO POLICIAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATORIA EM "HABEAS CORPUS". DIREITOS HUMANOS. PRONUNCIA. TRIBUNAL POPULAR.

I - A DENUNCIA NARRA, EM TESE, CRIME A SER JULGADO E A PROVA DA SUA OCORRENCIA DAR-SE-A NO CURSO DA AÇÃO PENAL E NÃO EM INQUERITO POLICIAL, MERA PEÇA INFORMATIVA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. EVENTUAIS NULIDADES HAVIDAS DURANTE O INQUERITO POLICIAL NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL.

II - APESAR DE SE ADMITIR O TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL EM "HABEAS CORPUS", NAQUELES CASOS EM QUE

²⁶ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal. La Ley e el Delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, 1990. p. 73.

INEQUIVOCADAMENTE DEMONSTRADA A INEXISTENCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL, AQUI OS FATOS NÃO SÃO ESTREMES DE DUVIDA, O QUE IMPEDE TAL.

III - NÃO É POSSÍVEL O TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL SE A ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA DEMANDA APRECIÇÃO DE PROVA (RHC N. 2475-0-RS, RHC N. 2517-0-PR, RHC N. 1280-0-MG, RHC N. 2312-4-SP, RHC N. 2541- 8-SP, RHC 2118-8-RS, ENTRE OUTROS).

IV - ESTA MUITO EM VOGA, HODIERNAMENTE, A UTILIZAÇÃO AD ARGUMENTANDUM TANTUM, POR AQUELES QUE PERPETRAM DELITOS BARBAROS E HEDIONDOS, DOS INDIGTADOS DIREITOS HUMANOS. PASMEM, CEIFAM VIDAS, ESTUPRAM, SEQUESTRAM, DESTROEM LARES E TRAZEM A DOR A QUEM QUER QUE SEJA, POR NADA, MAS DEPOIS, BUSCAM GUARIDA NOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. E VERDADE QUE ESSES DIREITOS DEVEM SER OBSERVADOS, MAS POR TODOS, PRINCIPALMENTE, POR AQUELES QUE, IMPENSADAMENTE, COMETEM OS CENSURADOS DELITOS TRAZENDO A DOR AOS FAMILIARES DAS VITIMAS.

V - A PACIENTE ESTA PRONUNCIADA, LOGO COMPETE AO TRIBUNAL DO JURI, NA SUA COMPOSIÇÃO SOCIAL, REPRESENTADO PELA SOCIEDADE, EVIDENCIAR A JUSTIÇA, DANDO A CADA UM O QUE E SEU, FAZENDO JUSTIÇA AS PARTES.

VI - RECURSO IMPROVIDO.

Retomando de uma forma breve o que foi exposto anteriormente, o conhecido modelo americano conhecido como “Tolerância Zero” trouxe muitos benefícios para a sociedade de uma forma geral, no que tange à análise de que é possível frear a violência que cresce a cada dia. Citando como exemplo países desenvolvidos, temos a Grã-Bretanha e a sua renomada *Metropolitan Police*, respeitada mundialmente.

Em virtude de um pesado investimento na preparação dos policiais, um rígido controle de armas e uma baixa desigualdade social, a polícia britânica, na qual apenas 5% é armada, conseguiu passar o período entre 2012 e 2013 sem matar uma única pessoa e atirar apenas três vezes. Isso demonstra que mesmo em sociedades mais desenvolvidas, alvos de terroristas e delinquentes de todo o planeta, é possível se combater o crime não apenas reforçando a polícia com armas mais potentes, mas com políticas públicas devidas e com uma permanente atualização com a população.²⁷

Nossa situação atual precisa ser considerada em aspecto de urgência, ou de alerta. É claro que precisamos de delimitação de um modelo de “Direito Penal do Inimigo”, isto devido ao fato de que o legislador penal, pelo menos desde a edição do Código Penal em 1940, não adotou como parâmetro exclusivo nenhuma tendência do Direito Penal moderno, atual.

²⁷BANDEIRA, Luiza. Polícia britânica ‘atirou apenas três vezes’ em um ano. Londres. Net. Atualizado em 17 de Setembro de 2014. G1. Seção Mundo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/09/policia-britanica-atirou- apenas-tres-vezes-em-um-ano.html>>. Acesso em: 01 out. 2014.

De uma forma mais recente, podemos constatar um meio claro de adaptação do nosso ordenamento jurídico perante aos preceitos e fundamentos do Direito Penal do Inimigo, logicamente que não em sua totalidade, mas com clara essência. A criação da Lei 12.850/2013 é claramente uma maneira que o legislador encontrou para adotar medidas de combate às organizações criminosas, definindo-a, citando as infrações penais correlatas e o procedimento criminal adequado. Por conseguinte alterou o Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, o nosso conhecido Código Penal, e revogou a Lei nº 9.304/1995, que tratava da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Nesta mesma lei vigente, no Artigo 1º, §2º, inciso II, há a correta analogia ao se abordar que as organizações terroristas entram no rol da referida lei, tendo aplicabilidade para tal grupo. Prosseguindo com a análise desta lei, em seu capítulo II, é vislumbrado as caracterizações das investigações e obtenção de provas, possibilitando colaborações premiadas, acesso e interceptação de registros telefônicos, como infiltração dos policiais nas atividades de investigação.

O entrave de discussões em se tratando da legitimidade do Direito Penal do Inimigo, é mais uma decisão política do que jurídica, visto que é possível, de uma forma consciente, justifica-lo de forma jurídica em determinados casos concretos e extremos, objetivando o balanço de interesses constitucionais e sem deixar de utilizar o Princípio da Proporcionalidade.

É preciso de forma clara, objetiva e rápida, definir a forma que deverá ser tratado como “inimigo” e em quais circunstâncias poderia uma política criminal de tal natureza ser justificada, sob pena de as vertentes que simplesmente propõem sua inconstitucionalidade transformarem-se em inócuas de acordo com a sistemática incorporada ao ordenamento e, conseqüentemente, à contaminação de toda o âmbito jurídico.

8 FINALIZAÇÃO E POSICIONAMENTO

A discussão acerca da legitimidade ou não do Direito Penal do Inimigo, em se tratando de argumentos jurídicos opostos, só reflete, na verdade, na instalada crise que nossa sociedade moderna vive atualmente, independentemente da área de controle social.

Falar em restrição é ato anormal, demonstrando uma situação crítica que se encontra a sociedade e a necessidade de meios incomuns, entretanto institucionais, possuírem a função de retomar a normalidade, passando a ser vedada a supressão dos direitos individuais.

Não estamos aqui defendendo uma total exclusão de direitos fundamentais. Até porque não há como suprimir, em hipótese alguma, o direito à vida, ou a dignidade da pessoa humana, ou até mesmo à liberdade, entre outros, todavia, não de forma arbitrária, sendo uma exceção, com total vigilância das autoridades competentes e de acordo com o direito constitucional.

Desse modo, a falta de racionalismo, bom senso e dificuldade da retirada do egoísmo social intrínseco, parece ser o grande desafio da atualidade, atrelado a isto também a necessidade de tornar público aos destinatários o seu conteúdo normativo.

Em uma sociedade repleta de casos de violência extrema, um ponto essencial a ser abordado é a questão da incerteza da punibilidade. A pena, como dito anteriormente, tem o principal condão não de punir em si, mas servir com uma espécie de coerção, ou seja, que se evite tal delito em razão da consequência que trará, resultando numa sanção. Entretanto, mesmo com penas altas de forma bem clara no Código Penal, a incerteza de ser punido é um dos fatores para o cometimento dos crimes. A certeza de receber uma sanção, mesmo tipificada com uma pena menor, tende a ser mais eficaz do que a esperança da impunidade de uma pena mais pesada.

Outro aspecto importante a ser abordado é na omissão do poder público. A origem da adoção de uma política criminal de emergência traduz a incompetência estatal. O Direito Penal não tem, pelo menos não deveria ter, o condão de solucionar problemas sociais, mas é resultado dos valores agregados à cultura, resultante da complexidade das relações humanas. Acreditar, e utilizar, o Direito Penal com fins políticos ou de forma administrativa implicará num descompasso, ou seja, numa deturpação da solução, acarretando consequências desastrosas no centro do Estado de Direito: a liberdade.

A ilustre e conceituada autora Alice Bianchini traz à tona de uma forma bem objetiva o desastre que a adoção de políticas criminais com o intuito de acalmar uma demanda social assola uma sociedade:

Criam-se, assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de

mudança do quadro que determinou a alteração (ou a criação) legislativa. Produz a ilusão de que algo foi feito²⁸.

É essencial analisar que, para uma possível reconstrução, ou recomeço, da segurança pública não poderia ocorrer sem algumas condições, dentre uma delas podemos citar a periodicidade de um reexame na legislação penal. A proteção jurídica passará por diversas fases no decorrer de sua trajetória, podendo excluir, incluir, apreciar e depreciar, porém ao ritmo das circunstâncias, ou seja, um direito penal fundado de forma antropológica não pode encontrar um mínimo de ética se tenha sido fixado uma única vez.

Outro aspecto a ser abordado é a consequência da gritante precariedade, e ao mesmo tempo utópica, entre a teoria da legislação penal brasileira e a realidade prática. O elevado grau de reincidência entre os agentes criminosos, uma vez custodiados pelo Estado, também é um problema constante. O intuito de socializar o preso no sistema penal tem o intuito teórico de combate a reincidência criminal, conforme entende o ilustre Foucault:

Calcular uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada mas à desordem futura. Fazer de tal modo que o malfeitor não possa ter vontade de recomeçar, nem possibilidade de ter imitadores²⁹.

Esse é o verdadeiro sentido da existência do ordenamento jurídico brasileiro em relação à atividade criminosa, mas de fato não se consegue transformar a teoria em prática, o que gera infratores eternos mediante a reincidência.

De uma forma crítica e com o condão de sugestão, é possível delimitar alguns preceitos que possuem o objetivo de encontrar a melhor maneira de fomentar um debate de forma racional e com fulcro na realidade. Primeiramente delimitar os limites, evidenciar omissões de outras esferas de controle social e ater-se à falta de políticas públicas estatais; ter de forma concreta uma codificação de leis com atualização periódica, abrangendo estratégia, análise dos sistemas, racionalismo e, claro, bom senso; definir os modelos de políticas criminais, abordando os diversos tratamentos que o cotidiano nos trará; e adotar uma política criminal de maneira que possa dialogar com outras vertentes ou disciplinas, voltadas principalmente na realidade brasileira.

²⁸BIACHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002. V. 7. (Série: As Ciências Criminais do Século XXI). p. 123.

²⁹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 113.

Enfim, discutir a legitimidade do Direito Penal do Inimigo ou a chamada terceira velocidade do Direito Penal e conseqüentemente sua necessidade é muito mais além pela procura de fundamentos constitucionais ou previstas em leis.

A discussão deve ater-se à serenidade, lógica, racionalismo. A adoção de juízos precipitados e com radicalismos afobados só trarão prejuízos. É preciso que ocorra um reconhecimento da crise do Direito Penal, assim como reconhecer seus problemas originários, buscando um novo ordenamento jurídico penal, em virtude de ocorrer uma espécie de crise na filosofia e de princípios, sendo estas refletidas no Direito Penal.

Com o condão de finalizar este artigo, e de forma digna trazer o ilustre Tobias Barreto, que de maneira muito sábia nos disse: *que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou*³⁰.

REFERÊNCIAS

ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de Derecho Penal. La Ley e el Delito**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, 1990.

BANDEIRA, Luiza. **Polícia britânica ‘atirou apenas três vezes’ em um ano**. Londres. Net. Atualizado em 17 de Setembro de 2014. G1. Seção Mundo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/09/policia-britanica-atirou- apenas-tres-vezes-em-um-ano.html>>. Acesso em: 01 out. 2014.

BARRETO, Tobias. **Crítica Política e Social**. Obras Completas de Tobias Barreto. Edição comemorativa. Brasília: Instituto Nacional do Livro. Ministério da Cultura. Record, 1990.

BIACHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002. V. 7. (Série: As Ciências Criminais do Século XXI).

CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁰BARRETO, Tobias. **Crítica Política e Social**. Obras Completas de Tobias Barreto. Edição comemorativa. Instituto Nacional do Livro. Ministério da Cultura. Record, 1990. P.78.

CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**. Organização e tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**: Parte Geral. Campinas: LZN, 2002. v. 2.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflitos e segurança** – Entre pombos e falcões. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Pacto de São José da Costa Rica**. Capítulo IV.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 25 Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GRECCO, Rogério. Artigos. **Direito Penal do Inimigo**. Net. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>> Acesso em: 12 out. 2014.

HABIB, Gabriel. **Direito Penal do Inimigo**. [Rio de Janeiro]: Canal Jurisprudência e Concursos – Juriseconcursos, visualizado em 10 de setembro de 2014. Entrevista concedida no dia 09 de setembro de 2011 para o site Tânia Fraga.

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

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

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y novas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos. In: QUIROGA, Jacobo López Barja de; ESPINAR, José Miguel Zugarldía (Coord..) **Dogmática y ley penal – libro homenaje a Enrique Bacigalupo**. Madri: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset e Marcial Pons Ediciones y Sociales S.A., 2004. t. I.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, mar./abr. 2004.

WACQUANT, Loïc. ***As prisões da miséria***. Tradução, André Telles. Edição ampliada – Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.