

O direito penal do inimigo frente ao Estado Democrático de Direito

Caroline Leonello*

Fernando Tadeu Marques**

Resumo: O Direito Penal do Inimigo, ou também chamado de Terceira Velocidade do Direito Penal, como uma resposta veloz e recrudescida ao aumento da criminalidade, é analisado neste trabalho frente ao Estado Democrático de Direito.

Resumo: Direito Penal do Inimigo; Terceira Velocidade do Direito Penal; Estado Democrático de Direito.

Abstract: The Criminal Law of the Enemy, or also called Third speed of the Criminal Law, as a faster response and became more severe with increased crime, is analyzed in this work against the democratic state.

Key-words: Criminal Law of the Enemy, Third Speed of the Criminal Law , democratic state.

No presente artigo, será observado inicialmente que o Direito existe e permanece enquanto existe sociedade, ainda que minimamente organizada. Sem o direito e principalmente sem o direito penal, os homens, muito provavelmente, viveriam em constantes conflitos.

O direito penal é uma medida extrema, para se manter a ordem e harmonia de um Estado, porém desde os primórdios existiram homens que de algum modo e por algum motivo preferem viver à margem da sociedade, não respeitando assim as regras mínimas para uma convivência pacífica.

Com as teorias de Rousseau, Kant, Hobbes e Beccaria é possível identificar a presença de um “inimigo” na sociedade, um indivíduo que a princípio não aceita o

* Mestranda (aluna ouvinte/especial) em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; especializando em Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal Especial pela Escola Paulista de Direito – EPD; é Assistente acadêmica na do Professor Fernando Tadeu Marques na Universidade Cruzeiro do Sul e na Escola Paulista de Direito – EPD.

** Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Advogado Criminalista; Professor de Direito Penal e Processo Penal e Coordenador Adjunto do curso de direito da Universidade Cruzeiro do Sul; Coordenador; Professor do Complexo de Ensino Andreucci/ Proordem e Professor na pós graduação de Direito Médico e Hospitalar na Escola Paulista de Direito - EPD.

contrato social pactuado e coloca em risco os bens jurídicos tutelados bem como as normas em vigência.

No que pese a discussão de um Direito Penal do Inimigo ser relativamente atual, a idéia de inimigo não o é. A idéia de inimigo sempre esteve presente nas sociedades, e por muitas vezes, era combatida com extremo rigor, porém com o passar do tempo e com a evolução humana, o homem passou a ter mais respeito por si próprio, contudo foi preciso que atrocidades como a 1ª e 2ª Guerra Mundial acontecessem para que os Estados passassem a tutelar de fato os direitos inerentes ao homem, como a vida, liberdade, saúde, dignidade dentre outros.

Surge assim após a 2ª Guerra Mundial, a *Organização das Nações Unidas*, um direito que visa garantir e proteger, estando mais preocupado e atento com questões sociais, com o homem em si e conseqüentemente com a sua dignidade. Todavia, o homem e a sociedade continuam a “evoluir” surgindo, assim, novos fatos, novas tecnologias, novos modelos de comércio, de indústria. Hodiernamente vive-se em uma era tecnológica, sendo assim é inevitável o surgimento de novas necessidades e novos problemas. Notadamente, nesse processo, muitas pessoas prosperam e outras não. Isso gera muita desigualdade social, conseqüentemente há manifestações evidenciando revolta. Não é surpresa alguma diagnosticar um resultado catastrófico, ou seja, essas manifestações incentivarão a violência e intolerância.

Que a violência é um grande problema isso ninguém há de duvidar, no entanto, ela está cada vez mais presente entre as sociedades, contaminando, até mesmo, o seio familiar, que é a base e o alicerce da sociedade.

Logo, pode-se observar que o mundo, de um modo geral, está em crise, pois, o homem já não é mais o mesmo, uma vez que, cada vez mais, o direito penal tem de intervir nas relações sociais. O direito penal é certamente o reflexo do caráter de uma sociedade.

Diante de tanta violência e de tanta crueldade, como ataques terroristas, expansão da criminalidade organizada, delitos sexuais, tráfico de entorpecentes, tráfico de pessoas, surge um direito penal de exceção. O Direito Penal do Inimigo, ou também chamado de Terceira Velocidade do Direito Penal, como uma resposta veloz e recrudescida ao aumento da criminalidade.

Uma breve evolução histórica

O Direito Penal do Inimigo não consiste essencialmente em algo novo, e isso porque ele permeia a história da humanidade, uma vez que sempre existiu um direito penal mais rigoroso contrapondo-se a um direito mais brando.

Assim sendo, para que se possa entender o atual cenário da dogmática penal, é de suma importância observar, ainda que brevemente, a evolução do pensamento jurídico. Nesse sentido:

Em Atenas, Dracon não estabeleceu esta diferença porque a legislação penal por ele elaborada previa a pena de morte para todos os delitos. Porém, como assinala Alessandro Levi, em obra clássica – *Dellito e Pena nel Pensiero dei Greci* – essa situação não perdurou, e o direito penal ateniense reconheceu a necessidade de mitigar a pena para certos delitos. No entanto, nos crimes contra os deuses e as instituições do Estado, a pena continuava a ser a mais severa, ou seja, a de morte. E, no que concerne a tais delitos, a responsabilidade era objetiva, desconsiderada a intenção do infrator. Estes delinqüentes eram, portanto, em Atenas, os inimigos.¹

Segundo as lições de Luiz Luisi, o delito de traição à pátria, no mundo romano, em seus diversos modos, era punido com a pena de morte, e o traidor não era reconhecido como pessoa.

Deste modo traços do Direito Penal do Inimigo podem ser encontrados nas legislações das civilizações antigas.

No direito penal medieval, consolidado nas Ordenações Europeias dos séculos XV a XVII – das quais pela sua brutal severidade se destacam as Ordenações Portuguesas Afonsinas, Manoelinas e Filipinas – tinham, nos livros pertinentes aos delitos como inimigos a serem punidos com morte cruel (a vivicombustão, precedida de torturas) os hereges, os apóstatas, os feiticeiros, os pederastas, afora os autores de crimes de lesa majestade, previstos em numerosas hipóteses.²

Posteriormente, com o advento do Iluminismo, o delinqüente passa a ser visto como pessoa. Esse grande avanço se deve principalmente a Cesare Bonesana, O Marquês de Beccaria, que possui grande importância para a ciência jurídica, principalmente para o Direito Penal, uma vez que foi o precursor da Escola Clássica, porém embora o Iluminismo tenha humanizado o direito penal, no século XIX, com a chegada da Escola Positiva, Rafael Garofalo sustentava que para os delinqüentes “temíveis”, para os quais inexistiam, medidas capazes de fazer cessar sua

¹ LEVI, Alessandro. *Dellito e Pena nel Pensiero dei Greci*. Milão: Fratelli Bocca Editori, 1908, p. 205. *Apud* STREK, Lenio Luiz; LUISI, Luiz. *Direito penal em tempos de crise*. Pág. 113.

² STREK, Lenio Luiz; LUISI, Luiz. *Direito penal em tempos de crise*. Pág. 114.

“temibilidade” a única solução seria a eliminação de suas vidas. Para estes criminosos, sustentava, não há outra alternativa.³

Surge dentro dos Estados Democráticos de Direito, a contemporânea versão do direito penal do inimigo, e como muito bem observa Cancio Meliá, é necessário considerar as diferenças estruturais entre os sistemas políticos daqueles momentos históricos e o atual.

A influência dos pensamentos filosóficos

Durante a evolução do pensamento jurídico, não apenas na esfera penal, mas de todo o universo do direito, existiram muitos estudiosos que contribuíram com este universo, pois muitas obras escritas no passado são de suma importância hodiernamente.

Alguns importantes pensadores colaboraram de algum modo para o entendimento do que é de fato o *direito penal do inimigo*, dentre estes grandes pensadores estão: Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Thomas Hobbes e Cesare Bonesana.

É possível visualizar através da obra “*Dos delitos e das penas*”, que o direito penal passou a ser mais humanitário, pois até então a pena tinha a função de castigar, onde o infrator deveria sofrer por ter cometido um mal a algo ou a alguém, portanto o Estado “retribuía” o mal que este havia cometido com castigos e sofrimentos, utilizando torturas, ou até mesmo, a pena de morte.

Posteriormente com a Filosofia Iluminista de Rousseau e Hobbes, os delitos passaram a ser vistos como uma quebra do contrato social e as penas deixam de ser um castigo e passam a ser um meio de reintegração do indivíduo à sociedade, contudo o Contrato Social de Rousseau a liberdade passou a ser vista não apenas como um direito, mas como um dever de todos os homens. Segundo Rousseau, em sua obra “*Contrato Social*”, todos os indivíduos nascem livres. Deste modo, o direito a liberdade passa a ser visto como um direito inerente ao ser humano.

Atualmente, grande parte das sociedades vivem sob a égide de um Estado Democrático de Direito, onde há liberdade de pensamento, de expressão, dentre outras. Porém não há liberdade em sua plenitude, pois para se conviver em uma sociedade harmônica é necessário que cada indivíduo abdique um pouco de sua liberdade para o bem comum.

³ GARAFALO, Raffaele. *La Criminologia*, Madrid: Daniel Jorro Editor, 1912, p. 498. *Apud* STREK, Lenio Luiz; LUISI, Luiz. *Direito penal em tempos de crise*. Pág. 114.

Jean Jacques Rousseau

Como visto anteriormente, Rousseau concebeu um valor humanista a liberdade. Porém entende Rousseau que se faz imprescindível a realização de um contrato social, que seria uma livre associação de pessoas, que deliberadamente resolvam construir uma sociedade a qual então devem se respeitar mutuamente. Portanto seria o contrato social uma base sólida para a sustentação de um Estado, mas o que fazer quando um desses indivíduos que vivia harmonicamente em sua sociedade resolve quebrar o contrato? Rousseau muito provavelmente já prevendo isso, reforçou então a idéia do contrato social, através de uma sanção rigorosa e permanente que acreditava, possivelmente, ser necessária para a conservação do equilíbrio político do Estado por ele idealizado.

Jean - Jacques Rousseau em seu contrato social propõe o ingresso de uma espécie de religião civil, ou profissão de fé cívica, como ele, também, a chamava que deveria ser obedecida pelos cidadãos e uma vez aceito o contrato social, o seu descumprimento ensejava a pena de morte.

[...] pode banir do Estado o que não os crê; pode-o banir, não como ímpio, senão como insociável, como incapaz de, sendo preciso sacrificar a vida ao seu dever. Se algum, havendo publicamente reconhecido esses dogmas, procede como se os não acreditasse, puna-se com a morte, pois cometeu o maior dos crimes, mentiu em face das leis.⁴

Ainda, segundo Rousseau:

Enganam-se, a meu ver, os que distinguem a intolerância civil da teológica, pois são inseparáveis; é impossível viver em paz com gente que se julga condenada; amá-los seria aborrecer a Deus que os pune, e releva absolutamente convertê-los, ou atormentá-los.⁵

Deste modo nota-se que Rousseau previa uma pena severa para os indivíduos que rescindissem o contrato social e a influência religiosa em suas concepções era bem forte.

No *Contrato Social* de Rousseau é perceptível a idéia da existência de um inimigo entre a sociedade, nesse sentido:

⁴ ROUSSEAU, Jean - Jacques. O contrato social. Pág. 119.

⁵ Ob. Cit. Pág. 118.

[...] todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social, e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos pela residência, deve ser segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público, pois um inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral; é um homem, e manda o direito da guerra matar o vencido.⁶

Rousseau não apenas traz uma idéia de inimigo como também se pode evidenciar a concepção de um tratamento diferenciado para aqueles que de algum modo estão a desarmonizar a sociedade, ou seja, que rompem o contrato social (inimigos).

Immanuel Kant

Kant, em seu tratado “Sobre a paz perpétua” (1795), afirma que pode haver povos ou seres humanos em estado de natureza, cuja sua simples presença anárquica concebe um perigo. Nesta obra, Kant sustenta que se pode forçar a incorporação dos homens que se encontram no “estado de natureza” a permanecerem fora do “contrato”, pois esta seria a única maneira de se garantir a paz.

Comumente, admite-se que ninguém pode hostilizar o outro, a não ser que este tenha agredido o primeiro. É muito exato quando ambos vivem no estado civil e legal, pois pelo simples fato de haver ingressado no estado civil, cada um dá a todos os demais as garantias necessárias; e é a autoridade soberana que, tendo o poder sobre todos, serve de instrumento eficaz daquelas garantias. Porém, o homem - ou o povo - que se encontra no estado de natureza não me dá essas garantias e até me causa dano pelo simples fato de achar-se nesse estado de natureza, com efeito, ele está junto a mim, e ainda que não me hostilize ativamente, a anarquia do seu estado é para mim uma perpétua ameaça. Eu posso a entrar comigo em um estado legal comum, ou a afastar-se de mim.⁷

Destarte, é cristalino que a citação, supra, possui um cunho etnocêntrico, porém o que Kant afirma é que a resistência e a opressão devem ser combatidas, uma vez que podem trazer à tona o estado de natureza, e deste modo gerar um caos, como as guerras.

Para Kant apenas poderá ser “hostilizado” aquele que realmente tenha lesado outrem, porém para ele, o fato de um homem se encontrar neste estado e estar junto a

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Pág. 43.

⁷ KANT, Immanuel. À Paz Perpétua. Pág. 21.

outros que vivem em um estado legal, já é uma lesão. Todavia, por mais radical que seja a concepção de Kant sobre os homens que encontram-se em seu estado de natureza, o que ele visava era garantir a paz social.

Contudo, é prudente ter cautela, pois o Estado e a sociedade não devem hostilizar um indivíduo pelo simples fato dele existir.

Tendo em conta a maldade da natureza humana, que pode contemplar-se puramente nas relações livres entre os povos (enquanto no estado legal e civil aparece velada pela coação do governo) é de admirar, certamente, que a palavra 'direito', por pedante, ainda não tenha sido expulsa da política de guerra, e que nenhum Estado tenha se atrevido, a manifestar-se publicamente a favor esta opinião.⁸

Notoriamente a maldade existe entre os homens, mas não apenas de maldade é feito um homem. Somos, muito provavelmente, uma mistura de emoção e razão, onde ambas devem andar de mãos dadas e em paridade, para assim a convivência harmônica existir de fato.

Thomas Hobbes

Thomas Hobbes delimita de um modo bem nítido quem são em sua concepção os "inimigos". Em sua obra "O Leviatã", Hobbes afirma que os homens são iguais nas faculdades do corpo e do espírito, mas o seu estado de natureza é um estado de guerra de todos contra todos.

Hobbes, em princípio, mantém o delinqüente em sua função de cidadão: 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 uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos".⁹

Evidencia-se que para Hobbes nem todo o delinquente é um inimigo, mas sim os que cometem crimes de alta traição contra o Estado, uma vez que nega a sua própria Constituição ou o contrato social pactuado em sua sociedade. Hobbes, assim como Kant, reconhece a existência e importância de um direito penal do cidadão, que seria este para pessoas que não delinquem de modo persistente.

Não obstante, Hobbes determina um direito penal do cidadão para os "maus cidadãos" e um direito de guerra (similar ao direito penal do inimigo) contra os

⁸ Ob. cit. Pág. 6.

⁹ JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Pág. 27.

rebeldes (inimigos). Para Hobbes, assim como em Rousseau, os inimigos são os indivíduos que encontram-se no *estado de natureza*.

[...] durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida.¹⁰

Thomas Hobbes ainda define que o bem supremo do homem é a sua própria existência, ou seja, a vida fica totalmente vulnerável quando um indivíduo se encontra em seu estado de natureza.

Outro ponto importante, em *O Leviatã*, é o fato de Hobbes delimitar três causas principais de discórdia entre os homens, sendo a primeira: a competição; a segunda: a desconfiança; e por fim: a glória. Na competição os homens visam controlar os demais, controlando também os seus lucros, conquistas, e seus bens e não apenas os materiais. Por outro lado a desconfiança gera a insegurança e a glória vislumbra o orgulho e a reputação dos homens, ofertando-lhes a sensação de superioridade que acaba desqualificando os outros homens.

É possível notar que apesar de *O Leviatã* ter sido escrito no século XVII, o tema é bastante atual e infelizmente parece que os problemas enfrentados no passado se repetem no presente, porém em um novo formato, isso porque a atual sociedade está cada vez mais competitiva e não de um modo positivo. A desconfiança hoje parece ser um pilar que nasce no seio familiar e por fim a glória onde um quer realmente triunfar sobre o outro. Deste modo, gerando uma discórdia generalizada.

Felizmente, muitos homens possuem medo da morte e a esperança da paz; e o que o leva a tentar fugir deste estado de natureza é o anseio e o desejo da sua própria conservação.

Cesare Bonesana - O Marquês de Beccaria

Cesare Bonesana posicionou-se contra a crueldade e era a favor em geral pela pena de prisão como uma medida de humanização das penas em substituição a tortura, o trabalho forçado, a mutilação e demais meios cruéis que o Estado se utilizava para punir um transgressor da lei.

Destarte, para Beccaria o rigor da pena não estava em sua barbárie, mas sim no seu objetivo que deveria ser ressocializador. E foi através da obra “*Dos delitos e*

¹⁰ HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Pág. 45.

das penas”, do Marquês de Beccaria que surgiu tão fortemente a idéia de humanização das penas. Este foi um marco na história do Direito Penal e apesar da obra ser do século XVIII, é extremamente contemporânea e utilizada atualmente.

Cesare Bonesana ainda traz a idéia de que cada indivíduo da sociedade concede uma pequena parcela de sua própria liberdade para que um ente soberano proteja e garanta o bem público e as demais liberdades e garantias sociais, ainda que cada indivíduo faça isso pensando em seu próprio bem e ao de sua família, o faz, e isso beneficia a coletividade. Nesse sentido:

Fadigados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.¹¹

Cesare Beccaria vai além, e afirma que apenas a necessidade faz com que os homens abram mão de uma parte da sua liberdade para se alcançar a paz. E a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça.¹²

Deste modo, através dos ensinamentos de Beccaria, conclui-se que as penas somente podem ser fixadas através das leis, criadas pelo legislador, que deve representar toda a sociedade, e esta está ligada a um contrato social.

Cesare Beccaria sem sombra de dúvidas foi um homem a frente de seu tempo. Em uma das passagens de sua obra, *Dos delitos e das penas*, ele demonstra sabedoria e humanidade:

Poderão os gritos de um desgraçado de um desgraçado nas torturas tirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já praticada? Não. Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime.¹³

Na obra de Cessaria Beccaria vislumbra-se o princípio da proporcionalidade, onde as penas devem ser aplicadas proporcionalmente aos delitos. Desse modo o Marques de Beccaria quebra o pensamento que se tinha com relação à vingança posicionando-se contra a tortura, pois ainda que culpada, uma pessoa que é torturada,

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Pág. 19.

¹² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Pág. 19.

¹³ Ob. cit. Pág. 49.

muito provavelmente irá cometer um novo delito para retribuir a tortura que sofreu, portanto é uma reação em cadeia, que ao invés de trazer solução, pode originar em princípio mais problemas.

[...] o rigor das penas deve estar relação com o estado atual do país. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito rude de um povo que abandona o estado selvagem. Para dominar o leão em fúria, é preciso o raio, cujo ruído apenas faz irritá-lo. Contudo, à medida que as almas se tornam mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e, se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas.¹⁴

Por conseguinte, Beccaria traz a idéia de que é preciso estabelecer limites e fronteiras ao rigor das penas, e fundamenta que é contra a prática de tortura porque esta não passa de um suplício ou espetáculo, que ao invés de punir o criminoso pelo delito cometido, satisfaz o sadismo dos espectadores.

Porém qual seria a pena ideal? Ou ainda, qual o rigor necessário para a sua aplicação? Nesse sentido:

Uma pena, para ser seja justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens do crime. Ora, não existe homem que hesite entre o crime, apesar das vantagens que este enseje, e o risco de perder para sempre a liberdade.¹⁵

Muito embora o Cesare Bonesana não traga tão fortemente a idéia de um inimigo contra o Estado, como fez Kant, Rousseau e principalmente Hobbes, no entanto se referiu algumas vezes deste modo com relação aos criminosos, Beccaria posiciona-se, algumas vezes, de modo favorável a prisão perpétua, a qual se refere como: escravidão perpétua.

Deste modo, portanto a escravidão perpétua, que, que substitui a pena de morte, tem todo o rigor necessário para afastar do crime o espírito propenso a ele. [...] A vantagem da pena da escravidão para a sociedade é que amedronta mais aquele que a testemunha do que quem a sofre, porque o primeiro considera a soma de todos os momentos infelizes, ao passo que o segundo se alheia de suas penas futuras, pelo sentimento da infelicidade presente.¹⁶

Cesare Bonesana afirma ainda que não se deve aplicar os menores castigos aos maiores delitos.¹⁷ Para o Marquês de Beccaria a exata medida de um crime é o

¹⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Pág. 51.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Pág. 54.

¹⁶ Ob. cit.. Pág. 54 e 55.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Pág. 70.

prejuízo que este causou à sociedade. E nesse sentido ainda afirma que os atentados contra a vida e a liberdade dos cidadãos estão entre os grandes crimes.¹⁸

De fato, a nossa própria existência, ou seja, a nossa vida é o bem mais supremo, afinal sem a vida não alcançaremos nenhum outro direito, e logo em seguida a vida vem, a liberdade e a dignidade. Portanto se os crimes contra a vida são os mais gravosos, logo a pena para eles é ou deveria ser rígida.

Conceito e Características do Direito Penal do Inimigo

As alterações em geral e principalmente as jurídicas de um determinado período histórico são resultado de um dado momento na evolução da mentalidade do homem, e o direito penal pode ser visto como uma tradução da sociedade em que se vive.

Como já visto anteriormente o Direito existe enquanto há sociedade, para assim tornar as relações humanas mais harmônicas e, por conseguinte sem a existência do direito penal, as sociedades viveriam certamente em meio ao caos.

Teoricamente é simples conviver em harmonia, pois bastaria que cada cidadão abrisse mão de uma pequena parcela de seus direitos individuais em detrimento do bem coletivo. Deste modo o direito penal interviria minimamente nas relações sociais. Contudo, o que se vê acontecendo atualmente é bem diferente, pois cada vez mais o número de pessoas que delinquem aumenta, no Estado de São Paulo, por exemplo, o número da população carcerária está em crescente aumento, em dezembro de 2005 havia no total 138.116 presos (incluindo os presos provisórios) e em dezembro de 2010 estes números cresceram para 170.916 presos (incluindo os presos provisórios), de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (anexo 01 e 02).¹⁹

Porém não apenas o Brasil vem sofrendo com a atividade criminosa, as sociedades em geral estão em alerta, principalmente após os atentados terroristas, como os que ocorreram em: Nova York, em 11 de setembro de 2001; Madri, em 11 de março de 2004; Londres, em 07 de julho de 2005, bem como os incessantes conflitos que constantemente estão ocorrendo no Oriente Médio.

Todos esses eventos marcaram o mundo, dando início a uma nova era, inclusive de direitos, uma vez que o universo jurídico vai se adaptando as novas demandas sociais.

¹⁸ Ob. cit. Pág. 74.

¹⁹ Ministério da Justiça – Infopen - Sistema de informações penitenciárias: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm> - Acessado em: 25/09/2011, às 14 horas.

Assim, diante de tanta barbárie, torna-se extremamente difícil esperar uma postura diferente, se não o recrudescimento das normas; surge então neste contexto, um Direito Penal de Emergência, pois o emprego tão somente do Direito Penal Clássico aparentemente não é suficiente para proteger a sociedade dos graves crimes, como o terrorismo e o tráfico de drogas, o crime organizado, e outras novas figuras decorrentes dos avanços tecnológicos.

Esse “novo” direito penal de emergência ganhou então a nomenclatura de Direito Penal do Inimigo. Esta nova teoria surgiu na Alemanha, através de seu maior expoente Günther Jakobs, que utilizou-se da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, para criar o funcionalismo sistêmico, no qual o Direito Penal deve ter o papel de garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas, onde se verifica a flexibilização de garantias em benefício da funcionalização do Direito Penal.²⁰

[...] Jakobs influenciado pela Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, entende a sociedade como sendo comunicação, bem como o Direito Penal como um subsistema do sistema social; então, o que interessa no delito é a mensagem que a pessoa passa com a sua conduta, de que não reconhece a expectativa social. Portanto, cabe ao Direito Penal passar a contra-mensagem de que a expectativa continua válida com a aplicação da sanção, ou seja, chega à conclusão de que a função do Direito Penal é a proteção da norma, sendo, então, a pena uma reafirmação e não um mal ou castigo.²¹

Deste modo, diferente das demais teorias, Günther Jakobs fundamenta a finalidade da pena na manutenção da vigência da norma, e quando afasta a idéia da pena ser um castigo afasta também a concepção retributivista desta.

No que concerne especificamente a Teoria do Direito Penal do Inimigo, pode-se dizer que esta passou por duas fases em suma. Em um primeiro momento (fevereiro de 1985, em Frankfurt) Jakobs escreve um artigo sobre a referida teoria com uma posição descritiva e de acautelamento frente ao direito penal do inimigo, uma vez que este deveria ser separado do ordenamento jurídico penal do cidadão, para assim reduzir o perigo de contaminação desse direito penal de emergência.

O artigo de 1985 cunha, portanto, o conceito de direito penal do inimigo com propósitos primariamente críticos: a opinião dominante é atacada por sua atitude “despreocupadamente positivista.” O direito penal do inimigo “só se mostra legítimo como um direito penal de emergência, vigendo em caráter

²⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. Pág. 31

²¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; SAKAI, Rita Becca. Terrorismo e direito penal – Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo, ano 12, nº 14. 2008. Pág. 17.

excepcional”, e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação.²²

Posteriormente, no ano de 1999, em Berlin, no Congresso sobre os Desafios Futuros para a Ciência do Direito Penal, Jakobs passa a se manifestar de outro com relação ao direito penal do inimigo, neste segundo momento passa a defender a teoria e isso porque reconhece a existência de formas deste direito inseridas na legislação penal alemã. Entretanto reitera a idéia de que esse direito só deve ser aplicado aos inimigos e não aos cidadãos.²³

É fato que após os ataques terroristas, sobretudo o ocorrido em Nova York em 11 de setembro de 2001, a concepção de inimigo torna-se mais forte. Afinal este atentado terrorista, que foi transmitido ao vivo em todo o planeta espalhou terror e medo por todas as partes do mundo, até mesmo em países com realidades distintas dos Estados Unidos.²⁴

Günther Jakobs sustenta em sua obra escrita juntamente com Manuel Cancio Meliá, ressalta-se que este critica o direito penal do inimigo, que existem dois planos inseridos no Direito Penal, convivendo no mesmo contexto jurídico: o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo. O primeiro, direcionado àqueles que não romperam de forma definitiva com a sociedade devendo ser tratados como cidadãos. O segundo insurge-se contra aqueles que romperam de forma definitiva o contrato social e que, portanto, devem ser desmembrados do convívio social e vistos como inimigos, sendo o Direito Penal um meio através do qual o Estado realiza esse confronto.

Outrossim, é importante observar que a própria expressão “Direito Penal do Inimigo”, por si só, suscita determinados prejuízos motivados pela indubitável carga ideológica e emocional dos termos.²⁵

Alexandre Rocha Almeida de Moraes, afirma também:

Prittwitz, da mesma forma, entende ser igualmente notável e lamentável que a crítica quase unânime e dura que a concepção de Jakobs recebeu da ciência do Direito Penal alemã, somente se restringiu à terminologia, tivesse Jakobs escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas.²⁶

²² GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005. Pág. 216.

²³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; SAKAI, Rita Becca. Terrorismo e direito penal – Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo, ano 12, nº 14. 2008. Pág. 18.

²⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Pág. 52.

²⁵ Ob. Cit. Pág. 262.

²⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal.

O Direito Penal do Inimigo irá se diferenciar do modelo Clássico do Direito Penal, principalmente por suas características de enfrentamento aos “inimigos” e segundo o posicionamento de Luis Gracia Martín as principais características deste modelo de direito penal são:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de “leis de luta ou de combate”;
- d) restrição de garantias penais e processuais penais;
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.²⁷

Importante mencionar que Günther Jakobs defende que as contaminações jurídico-policiais como as diligências utilizadas na prevenção para delitos subsequentes ou o ingresso em prisão preventiva do perigo da reiteração delitiva devem ser entendidos como defesa frente aos riscos de forma jurídico-penal, ou seja, são medidas necessárias frente à periculosidade do terrorismo.²⁸

O Direito Penal do Inimigo possui um caráter excepcional principalmente no que tange as medidas antiterroristas e também contra o crime organizado, pois estes “fenômenos criminais” necessitam de uma regulamentação jurídica eficaz e não simbólica, onde apenas passa a impressão de que a sociedade, os bens jurídicos ou a norma estão sendo protegidos.

Conceber um ordenamento ideal é uma coisa, mas estabelecer um ordenamento realmente, de forma que ele se preste à orientação cotidiana é algo bem diferente. Quem não entender isso imediatamente pode se perguntar por que razão, à noite, tranca a porta de sua casa, onde, aliás, ninguém *está autorizado* a entrar sem sua permissão.²⁹

Jakobs não propõe o Direito Penal do Inimigo como uma regra a ser adotada no ordenamento jurídico, mas sim como um direito penal de exceção, ou seja, uma legislação de combate, e não a todo e qualquer crime, mas principalmente no que diz respeito ao terrorismo, o crime organizado, crimes econômicos, crimes sexuais e tráfico de entorpecentes.³⁰ Günther Jakobs vai além e indaga por que é necessário falar sobre esse direito penal de emergência:

²⁷ O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. Pág. 87-91.

²⁸ JAKOBS, MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, p. 39-41.

²⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Pág. xxvi.

³⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Pág. 12.

O Direito Penal do Inimigo é um Direito de exceção, um direito de necessidade do Estado de Direito. Somente é possível determiná-lo como Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito; em um Estado de Não Direito, ele não constitui uma singularidade, pois este vê inimigos em todas as partes. Um Estado de Direito distingue entre regra e exceção, somente estando consciente de si mesmo quando reflete regras e exceção enquanto tais, e somente essa reflexão permite limitar a exceção à medida do necessário. Assim, as presentes exposições não pretendem, de forma alguma, ser uma exportação ao ataque violento; pelo contrário, trata-se das condições da juridicidade orientadora. Por isso, nenhum Estado de não-Direito pode usar o texto aqui apresentado para a sua legitimação, e nenhum Estado de Direito que se encontre na sujeira do dia-a-dia pode fingir que ele não lhe diz respeito.³¹

Ainda que muitos sejam contrários ao Direito Penal do Inimigo, desprezar a sua existência, não é provavelmente a melhor solução, uma vez que cada vez mais surgem legislações no sentido de combate ao crime.

É importante repisar: em 1985, até com certo sarcasmo (ao se adotar terminologia que facilmente seria hostilizada), JAKOBS pretendia demonstrar que a legislação penal, sobretudo na Alemanha, já estava contaminada por caracteres que ele definia como um modelo de Direito Penal completamente diferente dos paradigmas do modelo liberal-clássico. Em 1999, com a institucionalização e aparente legitimação desses novos parâmetros, em vez de simplesmente legitimá-los e adotá-los (como pretendem fazer crer alguns apressados críticos), JAKOBS parece concluir que o retrocesso aos paradigmas exclusivamente clássicos seria impossível. Dessa forma, advertiu para a necessidade de se delimitar e diferenciar dois modelos de Direito Penal – ‘do cidadão’ e ‘do inimigo’, de forma a evitar a completa contaminação do modelo de inspiração iluminista.³²

Günther Jakobs em nenhum momento trata a sua tese como um “bem”, pois infelizmente o direito penal é o retrato de uma sociedade, portanto se um Estado de Direito necessita utilizar-se de uma legislação mais rigorosa isso é sinal de que as coisas não vão bem e que todos os outros sistemas falharam, é aí então que o Direito Penal e por vezes o Direito Penal do Inimigo ingressará no ordenamento jurídico desse Estado, a fim de dirimir a criminalidade. Nesse contexto, importante salientar que:

Um Direito Penal do Inimigo claramente delineado é menos perigoso, do ponto de vista do Estado de Direito, do que misturar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo.³³

Por conseguinte, o Direito Penal do Inimigo não deve ser utilizado como um pretexto para o cometimento de atrocidades, como ocorreu na Alemanha nazista,

³¹ Ob. cit. Pág. xxvii.

³² Moraes, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Pág. 184-185.

³³ Ob. Cit. p. 23.

Zaffaroni afirma que o nazismo e o fascismo foram uma espécie de Direito Penal do Inimigo, uma vez que todos os que fossem considerados “inimigos” eram submetidos a um direito penal paralelo.³⁴

[...] compreensível que se tenham feito comparações com a recente história alemã, o que, se por um lado, não parece de todo correto – primeiramente, porque não apenas a ideologia racista do nacional-socialismo, mas também concepções estatais totalitárias, ainda que não racistas (como o fascismo e o comunismo) negam o devido respeito a “indivíduos perigosos”, e em segundo lugar, porque em lugar algum a raça é considerada um indício da falta de segurança cognitiva do indivíduo.³⁵

Todavia, considerar as práticas nazistas como um Direito Penal do Inimigo pode ser contraditório, uma vez que o próprio Direito Penal do Inimigo puniria com rigor aqueles que praticassem crimes como racismo, genocídio. Além disso, o próprio Günther Jakobs reconhece Hitler como um inimigo, uma vez que cometeu crimes bárbaros contra a humanidade.³⁶ Claro que o Direito Penal do Inimigo, como qualquer outra legislação penal, pode ser utilizado em prol do bem social ou não, mas que determinará isso é o próprio homem.

O Inimigo x Pessoa

Nota-se que Günther Jakobs defende dois direitos penais: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, no qual o primeiro é o direito inerente a todos, e o último é o direito pertencente àqueles que se contrapõem como inimigos.

Porém, um questionamento é inevitável, quem são os inimigos? Para Rousseau todos os delinquentes eram inimigos. Kant também identificará inimigos na sociedade, sendo estes os homens que decidiam viver no estado natural, quebrando o contrato social. Já para Hobbes, somente os réus de alta traição eram considerados inimigos. Beccaria por sua vez, muito bem advertia que era necessário que cada indivíduo cedesse uma parcela mínima de sua liberdade para tornar possível a vida em sociedade. Deste modo, Jakobs encontra pilares para construir o seu conceito de inimigo:

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

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*, Pág. 54.

³⁵ GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005. Pág. 230.

³⁶ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*, Pág. 27.

ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança.³⁷

Nesse sentido ainda, Jakobs afirma também, que:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.³⁸

Jakobs reconhece também a idéia de “inimigo” através da existência de determinados indivíduos não permitirem a sua inclusão em uma constituição cidadã. Ou seja, como lidar com uma pessoa que desrespeita intensamente e permanentemente direitos fundamentais do homem, como o próprio direito a vida? Neste caso o Direito Penal do Cidadão não é suficiente, na visão de Günther Jakobs. Entretanto, adverte-se que:

[...] em princípio, nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico. Por isso, a introdução de um cúmulo-praticamente já inalcançável - de linhas e fragmentos de Direito penal do inimigo no Direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito.³⁹

Nesse sentido, a tese de Jakobs, refere-se não a todo e qualquer delinquente, mas ao que estão envolvidos principalmente ao terrorismo e ao crime organizado, como visto anteriormente. O termo pessoa para Günther Jakobs é uma construção social e, por conseguinte nem todo ser humano é pessoa jurídico-penal.⁴⁰

Pessoa, para Jakobs, é o titular de direitos e deveres em determinada ordem social. Cidadão, portanto, é aquele de quem se pode esperar o conhecimento da estrutura normativa da sociedade e o comportamento segundo expectativas comunicativamente compartilhadas. O inimigo a que se refere Jakobs, ao contrário de muito quanto já se alegou, não perde a sua humanidade. Não receber o tratamento de pessoa (social e jurídica, portanto) significa dizer apenas que determinados comportamento, em razão de sua peculiar natureza, poderiam revelar o completo abandono de uma sociedade com a qual, não só não se compartilha valor algum, mas também da qual não se respeitam as condições fundamentais de sua existência. É para essa situação que, segundo o autor, se justificaria o incremento das proteções penais e processuais penais.⁴¹

³⁷ JAKOBS; MELIÁ. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Pág. 49.

³⁸ *Ob. Cit.* Pág. 43-44.

³⁹ JAKOBS; MELIÁ. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Pág. 43.

⁴⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Pág. 193.

⁴¹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*, Pág. xxii.

Portanto, os indivíduos potencialmente tratados como inimigos são aqueles que se afastaram de modo permanente do Direito e não oferecem mais garantias cognitivas suficientes para viverem em sociedade. E por esses indivíduos não mais aceitarem também viver sob a égide de uma Constituição Cidadã, uma vez que repudiam os direitos humanos, não poderão conseqüentemente utilizar-se dos benefícios do conceito de “pessoa”. Vale destacar que:

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).⁴²

Deste modo, é possível concluir que para Jakobs os terroristas, os agentes que praticam os crimes econômicos, organizados, também os autores de delitos sexuais são inimigos. Evidente que dentro do conjunto delitivo, há certos crimes que podem ser considerados “mais graves” em relação a outros, pelo seu caráter lesivo e destrutivo, como os crimes supra citados, que são capazes causar danos irreparáveis.

Destarte, o Estado deve ter cautela ao manusear o Direito Penal do Inimigo, para que este não se torne a regra. Jakobs deixa claro que estes inimigos devem ser afastados do convívio social, deste modo neutralizando a periculosidade (direito penal do autor) que este representa para a sociedade.

Silva Sánchez e a terceira velocidade do Direito Penal

Por meio da construção de Jakobs e perante as transformações que estão ocorrendo na legislação penal, Silva Sánchez apresenta uma nova concepção e classificação: “As velocidades do Direito Penal”.

A primeira velocidade do Direito Penal está pautada no modelo liberal - clássico, traduzindo a idéia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios políticos - criminais iluministas. Já a segunda velocidade, aprecia a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, combinada com a adoção de penas não privativas de liberdade, como as pecuniárias ou restritivas de direitos. E por fim, surge a terceira velocidade, que representa um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla

⁴² JAKOBS, Günther. Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal. Pág. 16. *Apud*: Moraes, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Pág. 193.

relativização das garantias penais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem deste modo um modelo de “Direito Penal do Inimigo”⁴³

A “terceira velocidade” passa, então, a ser criticada, de um lado, pelas novas demandas e novos bens sujeitos à tutela penal, que vêm permitindo, com frequência, flexibilizações dos tipos, inserções de novas figuras de perigo abstrato e omissivas impróprias (sociedade do risco), antecipações da tutela penal etc.; e, defendida, de outro lado, pela sensação de insegurança que vem bradando por um maior rigorismo por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário.⁴⁴

O Direito Penal do inimigo está, portanto classificado como um Direito Penal de 3ª velocidade, no qual conviveriam principalmente a aplicação de penas privativas de liberdade e a flexibilização das garantias penais, destinado ao combate de crimes graves, como o terrorismo e outras formas de criminalidade organizada.

Esta classificação de SÁNCHEZ, ainda que possa pecar por generalizações ou pela imposição de rótulos a sistemas não exatamente similares, apresenta de imediato uma vantagem: enxergar que uma segunda velocidade de Direito Penal ou, mais precisamente, um modelo pautado pela flexibilização de garantias penais e processuais (ainda que com a cominação de penas alternativas à prisão), tenha se infiltrado e, possivelmente, contaminado o modelo clássico, sem que houvesse qualquer questionamento acerca de sua legitimidade. Tal constatação, é preciso consignar, remete à seguinte questão: a aceitação da flexibilização de garantias penais e processuais, ainda que sem a imposição de pena privativa de liberdade, não teria aberto as portas à legitimação de um Direito Penal de emergência para casos graves e excepcionais?⁴⁵

Um exemplo de direito *penal de segunda velocidade* no ordenamento jurídico brasileiro é a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, que regula os juizados especiais cíveis e criminais, e trouxe para a esfera criminal a possibilidade da aplicação de penas alternativas à prisão.

Consequentemente, o aumento da incidência do crime organizado, bem como o de ataques terroristas, promoveram a criação de novas estruturas na dogmática penal impressos por uma legislação de combate. Surgindo assim um *Direito Penal de terceira velocidade*, que neste caso para Jakobs:

Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos 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

⁴³ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós - industriais. Pág. 148.

⁴⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Pág. 33.

⁴⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Pág. 230-231.

o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais.⁴⁶

Importante ainda salientar, que Silva Sánchez, assim como Günther Jakobs reconhece a existência de um “inimigo”:

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 caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.⁴⁷

Desse modo, pode-se notar que tanto Günther Jakobs quanto Silva Sánchez, afirmam a existência de um Direito Penal excepcional, e que se algo não for feito, como o proposto por Günther Jakobs, a separação de um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo corresse o risco do direito penal de exceção torna-se a regra. Portanto, simplesmente negar a existência de um Direito Penal de Terceira Velocidade ou conceber juízos precipitados não irá solucionar os problemas da dogmática penal.

O Direito Penal do inimigo frente ao terrorismo

Embora o Brasil não tenha sido alvo até o momento, de ataques de grupos terroristas, vem enfrentando situações provocadas por facções criminosas, podendo causar a falsa impressão de que os problemas relacionados ao terrorismo encontram-se distante de nós.

Desde os atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, o “mundo” passou a se preocupar com as atividades terroristas, ensejando deste modo uma cooperação entre o poder judiciário e o poder policial.

É notório que os atentados terroristas, ocorridos em 11 de setembro de 2001, atingiram o cerne do poder econômico e militar dos Estados Unidos, mesmo que de maneira simbólica, evidenciando, portanto, a vulnerabilidade e a fragilidade a que todos os países estão suscetíveis.

A partir desse acontecimento, os problemas relacionados ao terrorismo entraram na lista dos problemas mundiais e o que aparentemente estava limitado a alguns países, como Espanha, Estados Unidos da América, Inglaterra, dentre outros,

⁴⁶ Direito Penal do Inimigo. Pag. 21

⁴⁷ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós - industriais. Pág. 149.

revelou que em princípio, nenhum Estado está livre de ser acometido por este mal, ocasionando reflexos em muitas legislações internas com o escopo de prevenir tais ataques.

Mister se faz ressaltar, a visão de Luigi Ferrajoli e a problemática atual:

O poder destrutivo das armas nucleares, as agressões sempre mais catastróficas ao meio ambiente, o aumento das desigualdades e da miséria, a explosão dos conflitos étnicos e intranacionais dentro dos próprios Estados tornam o equilíbrio internacional e a manutenção da paz cada vez mais precários. Por outro lado, o fim dos blocos e, ao mesmo tempo, a crescente interdependência econômica, política, ecológica e cultural realmente transformam o mundo, apesar do aumento de sua complexidade e de seus inúmeros conflitos e desequilíbrios, numa aldeia global.⁴⁸

Desse modo o terrorismo só pode ser combatido com a união e colaboração mútua entre os Estados, conseqüentemente a regulamentação contra o terrorismo deve ser tanto interna quanto externa, pois sendo o terrorismo um fato real, necessária se faz uma legislação que regulamente o assunto. Entretanto pode tornar-se complexo o combate ao terrorismo sem a adoção de um direito penal do inimigo.

Quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados – e, sobretudo, uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui, ainda que a um custo altíssimo para a liberdade.⁴⁹

As Nações Unidas, em Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional, que consta do anexo da resolução 49/60 da Assembleia-Geral, em 09 de dezembro de 1994, estabeleceram que:

Os Estados Membros das Nações Unidas reafirmam solenemente e de forma inequívoca sua condenação a todos os atos, métodos e práticas terroristas, por considerá-los criminosos e injustificáveis, seja onde for ou quem for que os cometa, incluídos os que colocam em perigo as relações de amizade entre os Estados e os povos, e ameaçam a integridade territorial e a segurança dos Estados.⁵⁰

Na obra de José Cretella Neto, verifica-se a existência de uma “evolução” no terrorismo, onde primeiramente existiu um terrorismo “tradicional” (pré “11 de

⁴⁸ A Soberania no Mundo Moderno. Pág. 47.

⁴⁹ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós - industriais. Pág. 59.

⁵⁰ Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/doc_terroristas.php. Acessado na data de: 26/09/2011, as 21h.

setembro”) e na atualidade surge um novo modelo de terrorismo, mais “moderno” (pós “11 de setembro”) ⁵¹:

	Terrorismo tradicional	Terrorismo moderno
Espaço da prática dos atos	Local, regional;	Transnacional, global;
Vítimas	Determinadas pela relação percebida com o <i>status quo</i> que pretendiam mudar;	Aleatórias, sem relação direta com o <i>status quo</i> ;
Armamento	Armas brancas, pistola, bombas (a partir do século XIX);	Bombas potentes, armas de destruição em massa, aviões;
Ideologia	Anarquistas, românticos;	Fundamentalistas, racionais;
Local dos Atentados	Em regra, não relevante (praças públicas ou interior de edifícios);	Sempre de grande importância simbólica;
Recursos Financeiros	Escassos	Relativamente abundantes

É com pesar, que se constata a utilização de atentados terroristas como fontes atrativas para os meios de comunicação em massa. É notório que os ataques são veiculados como forma de espetáculo e isso porque elevam a audiência, mas este fato apenas ocorre porque há um elemento imprescindível, o espectador.

A legislação penal brasileira e o Direito Penal do inimigo

O Brasil, assim como outros países, passou e está passando por diversas mudanças, como o crescente desenvolvimento industrial, crescimento das suas cidades, revolução tecnológica, dentre outros fatores. Porém, tanta evolução e tanto crescimento não geram apenas benefícios, pois infelizmente a desigualdade é “algo” muito presente nas sociedades modernas, o que gera inúmeros problemas, e ninguém tem dúvidas de que um deles é a violência e, por conseguinte a criminalidade, e assim surgem novas formas de agressão a bens fundamentais para a sobrevivência do homem. Com amparo em Luiz Luisi:

⁵¹ Terrorismo Internacional Inimigo sem rosto-combatente sem pátria. Pág. 115.

Basta lembrar as agressões ao meio ambiente, nos perigos oriundos da chamada engenharia genética, como a clonagem, e a possibilidade de se fazerem seres mistos de homem e animais, e os perigos de danos com o uso indevido desse Deus dos novos tempos, o computador.⁵²

Diante de tantas inovações a nossa sociedade vivencia uma guerra “interna” contra o tráfico de entorpecentes, e dentro deste âmbito, os “inimigos” não possuem mais limites para a violência, e a comunicação já não existe mais. Porém, ao contrário de muitos outros países, o Brasil não sofre ataques, eminentemente terroristas, mas enfrenta situações provocadas por facções criminosas.

A criminalidade organizada possui alvos determinados para serem atacados, volta se contra a sua própria sociedade, e também contra a estrutura político econômica em que vive.

A Constituição Federal de 1988 conferiu uma importância ao terrorismo, como se pode observar, através do artigo 4º, inciso VIII⁵³, o repúdio ao terrorismo e ao racismo. Portanto são práticas criminosas que o Brasil deveria combater com vigor.

Encontra se também no mesmo diploma legal, mais especificamente em seu artigo 5º, inciso XLIII⁵⁴, o acolhimento de restrições aos crimes de terrorismo, tortura e tráfico ilícito de entorpecentes, equiparados como crimes hediondos, e recebendo, portanto, igual tratamento, e de acordo com o artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos - 8.072 de 1990 - serão estes crimes insuscetíveis de: anistia, graça, indulto, não admitindo fiança.

Além também, da previsão do inciso XLIV, artigo 5º da Constituição Federal: “Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Se atentados terroristas e ataques de facções criminosas não ferirem a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, nada mais então os agredirá.

Importante salientar que o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República Federativa do Brasil contém um mandado de criminalização explícito que se trata de determinação extraída do próprio tema constitucional, o qual o legislador não tem a

⁵² Princípios Constitucionais penais. Pág. 192.

⁵³ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

⁵⁴ XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

faculdade de legislar, mas sim a obrigação, resguardando deste modo determinados bens de forma integral.⁵⁵

Desta forma, compete ao legislador acolher estas determinações impostas pela Constituição e estabelecer normas penais adequadas para proteção eficiente dos bens jurídicos, e para tanto, o terrorismo deve ser combatido de modo eficaz. O fato é que até o momento, não há uma lei no Brasil especificamente contra o terrorismo.⁵⁶

Nesse contexto, parte da doutrina defende que o terrorismo encontra-se tipificado no art. 20 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional). Contudo, a definição de atos de terrorismo se trata de uma cláusula genérica, que acaba permitindo ao julgador discricionariedade, por ausência de uma adequação de descrição do conteúdo fático desses atos, enquadrar, qualquer modalidade de conduta humana, ferindo dessa forma o princípio da legalidade, causando uma insegurança jurídica.⁵⁷

Os atentados terroristas internacionais provocaram reflexos na legislação Brasileira. Importante mencionar, que como reflexo desse novo cenário mundial foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a Resolução 1.373 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, através do Decreto 3.976/2001, decidindo que todos os Estados devem:

- a) Prevenir e reprimir o financiamento de atos terroristas;
- b) Criminalizar o fornecimento ou captação deliberados de fundos por seus nacionais ou em seus territórios, por quaisquer meios, diretos ou indiretos, com a intenção de serem usados ou com o conhecimento de que serão usados para praticar atos terroristas;
- c) Congelar, sem demora, fundos e outros ativos financeiros ou recursos econômicos de pessoas que perpetram, ou intentam perpetrar, atos terroristas, ou participam em ou facilitam o cometimento desses atos. Devem também ser congelados os ativos de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por essas pessoas, bem como os ativos de pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando, inclusive fundos advindos ou gerados por bens pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente, por tais pessoas e por seus sócios e entidades;
- d) Proibir seus nacionais ou quaisquer pessoas e entidades em seus territórios de disponibilizar quaisquer fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos ou financeiros ou outros serviços financeiros correlatos, direta ou indiretamente, em benefício de pessoas que perpetram, ou intentam perpetrar, facilitam ou participam da execução desses atos; em benefício de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por tais pessoas; em benefício de pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando.

Ainda através da adoção da Resolução nº 1.840, de 03 de junho de 2002, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, que proclamou a

⁵⁵ PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. Pág. 152-153.

⁵⁶ PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. Pág.153.

⁵⁷ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos, Pág. 116-117.

Convenção Interamericana contra o Terrorismo, foi recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.639, em 26 de dezembro de 2005. Essa Convenção tem por objetivo prevenir, punir e eliminar o terrorismo.

Não estaria desse modo, o Brasil, “deixando se contaminar” por um direito penal do inimigo? Pois além dos incrementos contra o terrorismo, não se pode olvidar que a Lei de Crimes Hediondos (lei nº 8.072/1990), Lei de Tráfico de Drogas (lei nº 11.343/2006), bem como a Lei de Prevenção e Repressão contra o Crime Organizado (lei nº 9.034/1995), e também a Lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (10.792/2003) suprimiram garantias, expandiram a área de atuação da lei penal além de punir atos preparatórios. Hungria, já visualizava a necessidade de criminalização das associações em quadrilha ou bando:

A delinqüência associada ou de grupo fêz-se, ma 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 todos 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 desprante, menosprezo a todos os preconceitos, ou extrema insensibilidade ética.⁵⁸

Será então possível enfrentar crimes como tráfico de entorpecentes, terrorismo, o crime organizado, respeitando-se todas as garantias do Estado Democrático de Direito?

[...] o paradigma do Direito Penal Clássico é o homicídio de um autor individual. Não parece desarrazoado sustentar que a maior parte das garantias clássicas do Direito Penal adquire seu fundamento nessa constatação. O paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças). A delinqüência da globalização é delinqüência econômica, à qual se tende a assinalar menos garantias pela menor gravidade das sanções, ou é criminalidade pertencente ao âmbito da classicamente denominada legislação “excepcional”, à qual se tende assinalar menos garantias pelo enorme potencial patenteada com relação às regras dogmáticas de imputação.⁵⁹

⁵⁸ Comentários ao Código Penal. Vol. I, tomo I. Pág. 177

⁵⁹ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós - industriais. Pág. 94-95.

É possível notar, através da Lei do Abate (decreto nº 5144 de 16 de junho de 2004), a presença do Direito Penal do Inimigo, uma vez que autoriza o abate de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e atividades afins, com a autorização do Presidente da República, este fato é indiscutivelmente e efetivamente a aplicação da pena de morte sem direito ao devido processo legal.⁶⁰

Destarte, é possível notar existência de um direito penal do inimigo na legislação penal brasileira, o seu incremento pode ser por diversas razões, econômica, política, social e até mesmo em detrimento do clamor público. E como bem alerta Jakobs é mais favorável um direito penal do inimigo bem delimitado do que a sua “contaminação” por toda a legislação, sem distinções.

Será possível enfrentar a criminalidade organizada, respeitando-se as garantias do estado democrático de direito, e do seu direito penal substantivo e adjetivo? Ou necessário se faz um direito penal e processual penal de emergência, com sacrifício nas garantias individuais?

Entendo, como um jurista que vem pregando um direito penal mínimo, respeitoso dos direitos humanos, que necessário se faz achar a forma de conciliação entre o enfrentamento real, e não meramente simbólico, do crime organizado, e o respeito aos postulados constitucionais em que se expressam as garantias dos cidadãos.⁶¹

O fato é que, por mais que haja clamor público e até mesmo interesses políticos econômicos por de trás de uma legislação mais rigorosa, o surgimento de novas tecnologias, novos anseios da sociedade e a evolução como um todo trazem consigo novas formas de criminalidade que devem ser combatidas, não há qualquer custo, mas de um modo eficaz e justo.

Considerações finais

A concepção de inimigo não é algo contemporâneo como já assinalado anteriormente, pois em Rousseau todos os delinquentes eram inimigos, já para Kant e Hobbes em princípio todas as pessoas eram consideradas cidadãos, mas aqueles que se encontravam em seu “estado natural” eram inimigos.

Destarte, a denominação inimigo, por mais que possa parecer pejorativa, já é algo bastante utilizado, ainda que implicitamente e por meio de outros nomes, como: delinquente, criminoso, réu. Pois sem sombra de dúvidas ninguém gostaria de ser réu em uma ação penal, ainda que vigore o princípio da presunção de inocência, de acordo com o artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; SAKAI, Rita Becca. Terrorismo e direito penal – Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo, ano 12, nº 14. 2008. Pág. 23.

⁶¹ LUISI, Luis. Os princípios Constitucionais Penais. Pág. 201.

Mas, seja como inimigo, ou como delinquente, a sociedade faz distinções. Logo repugnar a teoria de Jakobs, baseando se em juízos pré-concebidos tão somente pela nomenclatura da teoria pode ser um tanto quanto precipitado.

Não obstante, a teoria de Jakobs é formulada através da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, que tem como alicerce a comunicação entre os sistemas. Deste modo Günther Jakobs passa a entender que a pessoa existe em função de sua relação social, portanto, aquele indivíduo que não se comporta como tal, não merece ser considerada uma pessoa, mas isso não é o mesmo que dizer que o inimigo não é um ser humano, Jakobs tem uma visão diferenciada no que tange o termo “pessoa”.

Contudo, se pode esquivar do fato do Direito Penal do Inimigo já está “contaminando” a legislação penal no Brasil, deste modo é possível constatar um direito penal de emergência no que tange o combate ao crime organizado onde se pune atos preparatórios, bem como o regime disciplinar diferenciado.

O fato é que o Brasil será palco de dois grandes eventos: a Copa do Mundo em 2014 e as Olimpíadas, em 2016, dos quais participarão vários países que se encontram na mira de inúmeros grupos terroristas, e ainda não há tipificação no ordenamento jurídico nacional do delito de terrorismo, apesar do Brasil ser signatário da Convenção Interamericana contra o Terrorismo e ter se comprometido a tomar medidas administrativas e jurídicas para prevenir, punir e combater o terrorismo.

O ideal é que o Brasil e os demais Estados encontrem um ponto de equilíbrio entre as garantias fundamentais e as medidas de recrudescimento, para que a exceção não se torne a regra. Atualmente a sociedade brasileira vive uma crise moral, e muito provavelmente nem o Direito Penal solucionará este problema.

O importante, contudo, é que a sociedade reflita sobre os últimos acontecimentos e passe a analisar de um modo crítico as consequências de seus atos.