



Centro Universitário de Brasília

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

VICTOR FERNANDES RIBAS

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: NOÇÕES E CRÍTICAS A UMA
TEORIA JURÍDICA BASEADA NA INIMIZADE**

Brasília
2007

VICTOR FERNANDES RIBAS

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: NOÇÕES E CRÍTICAS A
UMA TEORIA JURÍDICA BASEADA NA INIMIZADE**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-graduação
Lato Sensu, no curso de Direito Penal,
Processual Penal e Segurança Pública

Orientador: Joannisval Brito Gonçalves

Brasília
2007

VICTOR FERNANDES RIBAS

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: NOÇÕES E CRÍTICAS A
UMA TEORIA JURÍDICA BASEADA NA INIMIZADE**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-graduação
Lato Sensu, no curso de Direito Penal,
Processual Penal e Segurança Pública

Orientador: Joanisval Brito Gonçalves

Brasília, ___ de Junho de 2007

Banca Examinadora

Gilson Ciarallo

Professor Dr.

George Lopes Leite

Professor Dr.

Aos meus pais, José e Ligia, à minha irmã, Fernanda, e aos amigos Carol e Elísio, pela compreensão e pela colaboração, dedico este Trabalho.

Agradeço a meus pais por tudo.

“Quem combate monstruosidades deve cuidar para que não se torne um monstro. E se você olhar longamente para um abismo, o abismo também olha para dentro de você.”
(Nietzsche, **Além do bem e do mal**, p. 79)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O QUE É DIREITO PENAL DO INIMIGO	11
1.1 Conceito de inimigo	14
1.2 Em contexto democrático, Direito Penal Totalitário?	16
1.3 Aspectos filosóficos e jurídicos do Direito Penal do Inimigo	19
1.3.1 <i>Aspectos filosóficos</i>	19
1.3.2 <i>Aspectos jurídicos</i>	21
2 DUALIDADE DE DIREITOS PENAIIS: UM PARA OS CIDADÃOS, OUTRO PARA OS INIMIGOS	24
2.1 Antecedentes históricos de dualidade de tratamentos penais dentro de mesmo sistema jurídico	24
2.1.1 <i>Edmund Mezger e seus dois Direitos Penais</i>	27
2.2 Direito Penal do Inimigo: dois Direitos Penais dentro de mesmo sistema normativo	28
3 INIMIGOS COMO UNPERSONEN (NÃO-PESSOAS)	31
3.1 Distinção entre indivíduos e pessoas	32
3.2 Combate ao inimigo como não-pessoa: tudo é permitido?	34
3.3 Perda da condição de pessoa: sanção perpétua?	36
4 DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL?	37
4.1 Passado recente de autoritarismo no Brasil	39
4.2 Direito Penal do Inimigo <i>versus</i> Direito Penal Vigente no Brasil	41
4.2.1 <i>Direito Penal do Inimigo versus princípios do Direito Penal</i>	43
4.3 Viabilidade da aplicação do Direito Penal do Inimigo em um país em desenvolvimento como o Brasil	46
4.4 Mandamentos do Direito Penal do Inimigo no Brasil	47
4.4.1 <i>Organizações criminosas no Brasil?</i>	48
4.5 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): produto do Direito Penal do Inimigo	50
5 REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO, “MAL MENOR”?	52
5.1 Direito Penal de terceira velocidade	53
5.2 Processo penal do inimigo	56
5.2.1 <i>Processo penal do inimigo no Brasil</i>	57

5.3 Direito Penal do Inimigo e processo penal do inimigo na esfera das legislações internacionais	59
<i>5.3.1 Regulamentação de uma forma de Direito Penal do Inimigo nos Estados Unidos da América</i>	60
<i>5.3.2 Ecos do Direito penal do Inimigo na legislação de outros países</i>	62
5.4 Tribunais e Legislações de Emergência	64
6 ETERNA QUESTÃO DE JUVENAL: “QUEM VIGIA O VIGIA?”	66
6.1 Criminalidade de Governo	70
6.2 Terrorismo de Estado	71
CONCLUSÃO	73
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

RESUMO

O Direito Penal do Inimigo representa teoria jurídica relativamente recente, concebida em 1985 pelo jurista alemão Gunther Jakobs, que alterou, a partir de 1999, sua posição de crítica para a de defesa; culminando em posicionamento de justificação e legitimação a partir de 2003. Esse tipo de Direito visaria basicamente implementar um Direito de Guerra em tempos de paz no combate aos rotulados como inimigos. Estes seriam aqueles que não ofereceriam segurança cognitiva adequada de seu comportamento pessoal e teriam deliberadamente saído do estado ordenado juridicamente ou se recusado a ingressar nele. Jakobs relaciona entre os inimigos integrantes da criminalidade organizada, criminosos econômicos, terroristas e autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Haveria, no Direito Penal do Inimigo, divisão entre dois Direitos penais dentro de mesmo sistema. Um para os cidadãos, com todas as garantias e os direitos fundamentais inerentes ao Direito e ao Processo Penal Ordinários, e outro para os inimigos, sujeitos a serem considerados tão-somente objetos de coação. O inimigo, por conseguinte, é considerado não-pessoa, entregue ao juízo de seus carrascos. O Direito penal do Inimigo viola uma série de preceitos constitucionais inerentes ao estado democrático, embora já esteja presente em diversos ordenamentos jurídicos internacionais, notadamente a partir dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América. No que tange ao Brasil, estaria o Direito Penal do Inimigo representado, dentre outros, no Regime Disciplinar Diferenciado e na Lei de Combate ao Crime Organizado. A teoria jurídica tende a crescer, ainda que ilegitimamente; logo, cogita-se sobre sua efetiva regulamentação a fim de se evitar mal maior. O problema de se conceder poder praticamente ilimitado às instâncias formais de controle social permanece, porém, já que o controle de suas ações restaria profundamente reduzido.

Palavras-chave:

Direito Penal do Inimigo. Rótulo de inimigo. Direitos e garantias. Distinção entre cidadãos e criminosos. Implementação no Brasil. Regime Disciplinar Diferenciado. Lei de Combate ao Crime Organizado. Redução do controle do poder estatal.

ABSTRACT

The Criminal law of the Enemy represents relatively recent legal theory, conceived in 1985 for the German jurist Gunther Jakobs, whom it modified, from 1999, its position of critical for the one of defense; culminating in positioning of justification and legitimation of this theory in 2003. This type of Right would basically aim at to implement a Right of War in times of peace in the combat to the friction ones as enemy. These would be those that would not offer adequate cognition security of its personal behavior and would deliberately have left the commanded juridic state of law or if refused to enter it. Jakobs relates enters the integrant of organized crime, criminal enemies economic, terrorist and authors of sexual delicts and other dangerous misdemeanors. It would have, in the Criminal law of the Enemy, division inside enters two Criminal laws of same system. One for the citizens, with all the basic guarantees and inherent rights to the Usual Right and to the Criminal proceeding, and another one for the enemies, citizens to be considered only coercion objects. The enemy, therefore, is considered not-person, delivers to the judgment of its executioners. The Criminal law of the Enemy one violates a series of inherent rules of constitutional democratic state, even so already is present in diverse international legal systems, notade from the terrorist attacks of 11 of September of 2001 in the United States of America. In what it refers to Brazil, would be the Criminal law of the represented Enemy, amongst others, in the Regimen To discipline Differentiated and the Law of Combat to the Organized Crime. The legal theory tends to grow; soon, regulation is cogitated on its effective in order to prevent itself badly bigger. The problem of if granting to practically be able limitless to the formal instances of social control remain, however, since the control of its action would remain deeply reduced.

Word-key:

Criminal law of the Enemy. Label of enemy. Rights and guarantees. Distinction between citizens and criminals. Implementation in Brazil. Regimen To discipline Differentiated. Law of Combat to the Organized Crime. Reduction of the control of the state power.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo constitui teoria jurídica, relativamente recente, concebida pelo jurista alemão Gunther Jakobs (APONTE, 2005, p. 1) em meados de 1985 durante um congresso de professores alemães em Frankfurt (APONTE, 2005, p.3). Foi em 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, porém, que Jakobs (BONHO, 2006, p.2) passou à defesa enfática do Direito Penal do Inimigo, abandonando sua posição inicialmente crítica ao Instituto (BONHO, 2006, p. 2). Em 2003 o Jurista alemão teria efetivamente realizado a afirmação, a legitimação e a justificação de tal Teoria (GOMES, 2004a, p. 1).

Apesar de relativamente recente, o Direito Penal do Inimigo vem causando reações indignadas de muitos que o consideram uma involução (MALAN, 2006, p. 224) na dinâmica estrutural do Direito e do Processo Penal. Luiz Flávio Gomes (2004a, p. 3) defende que esse seria inaplicável no Brasil já que claramente inconstitucional.

Daniel Gerber (2005, p. 6) expõe que o Direito Penal do Inimigo seria mais uma investida que a “[...] intelectualidade institucional de extrema-direita encontra para segregar aquele que já não lhe interessa”. (GERBER, 2005, p. 8) Cancio Meliá (2006, p.59) menciona que o Direito Penal do Inimigo representaria uma espécie de Direito Penal do autor, o qual puniria o sujeito em razão de sua potencial periculosidade e não de eventual prática concreta de um fato criminalizado.

Poucos além de Gunther Jakobs defendem a tese jurídica do Direito penal do inimigo. Dentre esses se pode citar Jesús Maria Silva Sanchez (2002, p.150 e 151), o qual, coloca que em casos de extrema emergência o Direito penal do inimigo poderia ser considerado como uma opção válida de atuação estatal.

Dentre outras questões suscitadas, às quais se tentará responder, encontra-se a relativa à idéia de se considerar se o Direito Penal do Inimigo como Direito Penal de guerra baseado na inimizade (APONTE, 2005, p. 7) – criando uma dicotomia entre amigos e inimigos, com a conseqüente exclusão dos inimigos até mesmo da condição de pessoa - seria viável em um Estado que adota o Regime Democrático, garantidor, em princípio, de direitos assecuratórios da dignidade de todo e qualquer ser humano

Em razão do caráter polêmico do tema, esta Monografia pretende analisar prós e contras da adoção do Direito Penal do Inimigo. Para tanto, recorreu-se à metodologia de pesquisa, sobretudo de fontes históricas e doutrinárias, o que corresponde a uma técnica basicamente formalista. Dentre os autores com os quais se pretende dialogar, podem ser mencionados Gunther Jakobs; Luis Garcia Martín; Francisco Munoz Conde e Jesús-Maria Silva Sanchez, além de outros juristas e estudiosos do Direito Penal.

1 O QUE É DIREITO PENAL DO INIMIGO

O inimigo-esse ente mutável que indivíduos e seus governos tanto amam odiar; para erradicá-lo em prol de uma fictícia harmonia social (e vingança particular), toda uma gama de ações, hoje tidas como cruéis, já foram autorizadas e institucionalizadas: “Quando se tornaram criminosos, conceberam a justiça e prescreveram a si mesmos Códigos inteiros para mantê-la, e para garantir os códigos instalaram a guilhotina”. (DOSTOIÉVSKI, 2003, p.118)

Com o transcorrer dos séculos, esse viés do Direito Penal como instrumento de poder arbitrário, sem fundamentação e com penas desproporcionais foi sendo abandonado (MASSON, 2006, p.114). A humanidade (civilização ocidental), graças a estudos acadêmicos de visionários como o Marquês de Beccaria (1738-1794) e sangrentas guerras e revoluções, conquistou direitos e garantias de proteção aos indivíduos, direitos que eram até então “[...] desprezados pelos detentores do poder”. (MASSON, 2006, p.114)

A sociedade, contudo, tem mantido sua dinâmica de constantes transformações (num possível eterno retorno): novos riscos nascem com a tecnologia, e bens jurídicos até então ignorados passaram a ser tutelados pelo Direito Penal (SÁNCHEZ, 2002, p.29-30). As práticas dos ditos criminosos também se multiplicaram e sofisticaram. Os grandes centros urbanos (notadamente os dos ditos países em desenvolvimento), onde se concentra hoje boa parte da população mundial, são viveiros para toda sorte de práticas ilícitas. A criminalidade de massas mantém os meios de comunicação constantemente abastecidos com notícias de diversos atos macabros.

Constrói-se assim uma sociedade contemporânea (de sujeitos passivos que muito reclamam e pouco agem), em tese, acuada pela contínua aceleração tecnológica de seu ritmo de vida, que a faz depender cada vez mais da cooperação dos outros (SÁNCHEZ, 2002, p.29).

Confinada a seu apego individualista pelo “ter” em detrimento do “ser”, gerando, em teoria, profunda “sensação social de insegurança” (SÁNCHEZ, 2002, p.32) ante possível violação criminosa de seu pequeno mundo.

Esse medo vai desde o temor da era da informação e dos seus conceitos relativos e globalizados até a escassez de empregos oferecidos devido à maravilha da tecnologia (COMPARATO, 2002, p.531). Medo dos terroristas contemporâneos, que reivindicam a destruição em si mesma (MARESCA; CONTRERAS (coord.), 2005, p.90); medo do fim do Estado Social (COMPARATO, 2004, p.528/529/530), que o Brasil, em tese, não chegou a experimentar, ingressando direto no chamado neoliberalismo de capital não-produtivo. Como coloca Silva Sánchez (2002, p.33), “[...] nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da ‘insegurança sentida’ (ou como a sociedade do medo)”.

A insegurança coletiva permite que a sociedade exija cada vez mais medidas duras e implacáveis contra aqueles que violam o pacto social (embora não tenham compartilhado de suas benesses). A sociedade contemporânea pós-industrial nutriria (MARINA, apud SÁNCHEZ, 2002, p.37) a meta de poder dominar tudo e todos; como consequência, a demanda por Direito Penal máximo (mais repressão e mais encarceramento) está em pauta constantemente.

Nesse contexto, surgiu a teoria do Direito Penal do Inimigo. Seu idealizador foi Günther Jakobs, “um dos mais brilhantes discípulos de Welzel” (GOMES, 2004a, p.1), tido como um dos maiores criminalistas da atualidade (MASSON, 2006, p.141). Criou o funcionalismo radical ou sistêmico, que apregoa ser função precípua do Direito Penal a proteção da própria norma e indiretamente dos bens jurídicos fundamentais. (GOMES, 2004, p.1)

Jakobs traçou a teoria do Direito Penal do Inimigo na década de 80; em 1985, num congresso de professores alemães celebrado em Frankfurt, “[...] *analiza la noción de*

‘derecho penal de enemigo’, en el contexto de una reflexion sobre la tendència en Alemania hacia la ‘criminalización en el estadio previo a una lesion’ del bien jurídico”. (APONTE, 2005, p.7) Retomou o tema do Direito Penal do Inimigo no final da década de 90 (GOMES, 2004a, p.1), em um Congresso em Berlim, em 1999; em 2003 concretamente afirmou, justificou e legitimou essa Teoria.

Mas o que seria o Direito Penal do Inimigo? Em linhas gerais, constitui uma teoria jurídica segundo, a qual, certos indivíduos, que agem de tal forma desviante a ponto de colocar em grave risco a integridade do tecido social, com sua conduta pessoal e sua recusa a ingressar no sistema normativo vigente, deveriam ser tratados como inimigos da sociedade. Não seriam mais considerados como titulares de direitos individuais ou coletivos e, sim, como objetos do poder coativo estatal: (JAKOBS, 2005, p.49)

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

O Direito Penal do Inimigo pode ser entendido, em tese, como Direito Penal de exceção, Direito de guerra em tempos de paz. Prospectivo, no sentido de que pune as pessoas por sua potencial periculosidade (JAKOBS, 2005, p.37): “[...] o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade”.

Com a supressão de direitos e garantias fundamentais dos etiquetados como inimigos, os meios de investigação se tornariam um tanto quanto flexíveis. Os meios lícitos para se obterem provas são alargados, autorizando-se escutas ilegais, investigações secretas, além de autorização para as autoridades policiais deterem o inimigo por prazo maior que o normal. (MARTÍN, 2005, p.111) Até mesmo o uso de meios de força não-ortodoxos (no Estado Democrático de Direito) poderia vir a ser autorizado: “[...] *en el plano teórico doctrinal se reivindica incluso la licitud de la tortura*”.

Essa Teoria jurídica prega ampla antecipação da punibilidade na forma da repressão a possíveis atos preparatórios, para uma ação praticada por estigmatizados como inimigos: “[...] *se procede a una criminalización de conductas que tienen lugar en el ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva* [...]”. (MARTÍN, 2005, p.108)

Outro aspecto do Direito Penal do Inimigo, segundo Luis Gracia Martin (2005, p.109), diz respeito à desproporcionalidade das penas em virtude de conduta realizada por um inimigo. Os atos preparatórios teriam a mesma penalidade do fato consumado (MARTÍN, 2005, p.109). O mero fato de pertencer a uma organização tida como “inimiga do Direito” seria suficiente para condenação, que igualaria a pena como se um fato criminalizado tivesse sido cometido.

Os tipos penais descritos na legislação se tornariam mais vagos, a fim de englobarem outras possíveis condutas praticadas pelos marcados como inimigos. Assim se proclama “[...] o estabelecimento vago e impreciso de crimes e penas, bem como a criação de tipos penais sem bens jurídicos específicos”. (MASSON, 2006, p.149)

1.2 Conceito de inimigo

Quem seria estigmatizado com a etiqueta (rótulo) de inimigo? Ao longo da história, muitos foram os inimigos eleitos e incriminados pelos detentores do poder, seja porque pertenciam a classe social, raça, sexo ou orientação religiosa indesejável, em determinado momento histórico, seja simplesmente por terem fenótipo (aparência) tido como mais primitivo (rústico) e, portanto, mais propenso a atos incivilizados: “Os criminosos seriam ‘indivíduos que ficaram para trás [na evolução], constituiriam uma ‘raça à parte’,

próxima dos animais superiores [...]” (VIGARELLO, 1998, p.243). Por conseguinte, se esses degenerados não fossem combatidos, todo o tecido social estaria fadado à aniquilação.

Essa premente necessidade política de se definir quem é amigo e inimigo foi estudada pelo jurista alemão Carl Schmitt (1888-1985). Ele considerava que o Estado contemporâneo sofria de crise de legitimidade, pela inviabilidade de se apelar às instâncias pré-políticas das ideologias, das visões de mundo e da Teologia (VOLPI, 1999, p.108).

Diante de uma situação em que as normas jurídicas perderam a validade ou ainda não existem, cabe ao Estado de exceção (anterior à normalidade jurídica), por meio de “decisão política”, dar a idéia original de legalidade, decidindo quem seria amigo e inimigo (VOLPI, 1999, p.108). Assim, na visão de Schmitt (Idem, p.109),

Nesse contexto, o único critério viável para identificar “o político” é a nua e crua contraposição de “amigo e inimigo”. Mas por inimigo não se entende o *inimicus*, aquele que tem sentimentos hostis, nem o *adversarius*, o adversário em geral, mas o *hostis*, o inimigo “da pátria”, inimigo público, político, aquele que é, simplesmente, “outro” e, em sua irredutível alteridade, precisa ser enfrentado com a única disposição adequada, ou seja, a da luta, que é estratégica e conflitual.

A noção de *hostis* diria respeito mais propriamente ao inimigo interno, que deve ser contido pelo poder punitivo estatal, do que ao inimigo externo que é suprimido pelo poder bélico (Zaffaroni, 2007, p.149). Esse conceito de inimigo (*hostis*) aplicado ao Direito penal e administrativo criaria um estado de pseudoguerra permanente, um conflito irregular “[...] que não conhece limites jurídicos” (Zaffaroni, 2007, p.149) que se justificaria pela emergência perene no combate daqueles que ameaçam uma determinada estrutura normativa.

Esse tipo de inimigo que nasce e se prolifera dentro de um estado legalmente constituído seria aquele que Gunther Jakobs, se propõe a combater com sua teoria (Apud CONDE, 2005, p.37)

El enemigo es un individuo que, no sólo de maneira incidental, en su comportamiento (delitos sexuales el & 20 a del Código Penal alemán), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo “complot de asesinato”), es decir, en cualquier caso, de una forma

presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento

Para ele (2005, p.35), portanto, os inimigos seriam aqueles que, se recusam a ingressar no sistema legal vigente, e não proporcionam suficiente segurança cognitiva sobre seu comportamento pessoal. Mas o que seria propriamente segurança cognitiva de um comportamento pessoal? Trata-se, em tese, de um conceito eminentemente subjetivo, que abre margem para múltiplas interpretações. Dentre essas, poderia ser entendido como uma capacidade do indivíduo em internalizar as regras sociais (escritas e não escritas) e as reproduzir no seu comportamento pessoal presente e futuro.

Luiz Flavio Gomes (2004a, p.2) coloca que, no rol de inimigos eleitos, estariam os (GOMES, 2004a, p.2) “[...] criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas”.

1.3 Em contexto democrático, Direito Penal Totalitário?

Poderia, em contexto democrático, vigorar uma teoria jurídica que se insurgisse contra a concessão de direitos e garantias processuais para os chamados inimigos? Não poderia vir o Direito Penal do Inimigo macular com o espectro do Totalitarismo a atuação do Estado Democrático? Mas, o que seria propriamente Totalitarismo e Democracia?

O Totalitarismo (“estado total”) representa, em teoria, um regime de governo que busca condicionar a seu domínio todo o aparelho burocrático-estatal. Visa, também, subjugar os indivíduos que caem em sua zona de influência, por propaganda asfixiante e terror (ARENDRT, 2006, p.390). Todos os estratagemas para se alcançar o poder são bem-vindos; os meios devem conduzir aos fins almejados (LÊNIN, apud CAMUS, 1996, p.261/262): “É

preciso estar pronto para todos os sacrifícios; se for necessário, usar de todos os estratagemas, do artil, de métodos ilegais, estar decidido a ocultar a verdade, com a única finalidade de penetrar nos sindicatos... e aí realizar a tarefa comunista”.

Existiria a busca pela extinção dos cidadãos no âmbito singular, dando lugar a uma massa humana organizada, que pensa e age em uníssono, moldada segundo a vontade dos líderes totalitaristas (ARENDR, 2006, p.355-390). Dentre os exemplos que Hannah Arendt (2006, p. 343) dá para os governos totalitários, encontram-se de modo especial a Alemanha nazista e a Rússia soviética.

No âmbito jurídico, existiria abolição de qualquer garantia de legalidade, ou seja, haveria leis que não seriam cumpridas (ARENDR, 2006, p.444): “[...] verificou-se que os nazistas não tinham o menor respeito sequer pelas próprias leis”. Na Rússia bolchevista, a promulgação da Constituição de 1936 coincidiu com um mega expurgo promovido por Stalin (ARENDR, 2006, p.445). A vontade do líder se tornaria, no regime totalitário, norma dogmática penal, que juristas como Mezger tentaram legitimar (CONDE, 2005b, p.80): “Assim, por exemplo desde um primeiro momento, ocupou-se de demonstrar que a única fonte do Direito penal e a única base de todas estas elucubrações não podiam ser outras que ‘a vontade do *Fuhrer*’”.

Leis vagas e subjetivas vão assegurar que o acusado não deixe de receber condenação, se for de interesse do poder estatal. Assim prescreve o § 2º do Código Penal nazista (*apud*, FUHRER, 2005, p.71): “É punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a idéia fundamental de uma lei penal e o sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicavel ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a idéia fundamental”. Também na Rússia soviética, no Código de 1926, art 7º, o sujeito poderia sofrer sanções mesmo que não

tivesse cometido crime mas fosse considerado, subjetivamente, perigoso (FUHRER, 2005, p.71).

No regime totalitário, tudo seria possível: da indústria da morte implantada nos *gulags*, na Sibéria, para combater os “inimigos do povo”, a Auschwitz, na Polônia, para o extermínio dos “inimigos da raça” (ARENDR, 2006, p. 488): “Os campos de concentração e extermínio dos regimes totalitários servem como laboratórios onde se demonstra a crença fundamental do totalitarismo de que tudo é possível”.

E a Democracia? Esse regime de governo (“governo do povo”) passou por várias transformações na dinâmica de atuação no decorrer dos séculos, desde o surgimento na Grécia, mais especificamente na cidade-estado de Atenas, até seu renascimento moderno (LIPSON, 1966, p.32 e 65). A Democracia não seria somente a ditadura da maioria (massa). Seria um regime no qual imperasse a supremacia da lei. Aristóteles (LIPSON, 1966, p.53) mencionava que “[...] o melhor tipo de democracia, aquele que é governado por suas leis (*nomoi*), e o gênero inferior que é dominado pelos demagogos (*demagogoi*)”. No Estado Democrático de Direito, o poder estatal é, em tese, limitado pela norma, ou seja, o próprio Estado (servidor) deve obedecer às leis que criou.

Os valores democráticos seriam compostos, dentre outros, por “[...] liberdade individual, igualdade de direitos para todos, supremacia do povo sobre seus funcionários, derivação da autoridade do consentimento dos cidadãos, provisões para o bem-estar público e justiça social” (LIPSON, 1966, p.91).

A dinâmica penal contida no escopo do Direito Penal do Inimigo, então, aproximar-se-ia muito daquela presente nos ditos regimes totalitários. Ao erguer a bandeira da (GOMES, 2004a, p.2) “[...] flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas)” e da (Idem) “[...] criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos)”, além da supressão de direitos e até mesmo da condição de pessoa (essa

construção teórica será vista em tópico próprio neste Trabalho) etiquetada como inimigo, essa Teoria jurídica enveredaria, segundo Luiz Flávio Gomes (2004a, p.3), para um Direito Penal do autor, que teve no Nazismo sua máxima expressão.

1.3 Aspectos filosóficos e jurídicos do Direito Penal do Inimigo

1.3.1 Aspectos filosóficos

Günther Jakobs (2005, p.25) argumenta que o Direito é vínculo entre pessoas titulares de direitos e deveres, enquanto, no que tange ao inimigo, a relação “[...] não se determina pelo Direito, mas pela coação”. Entretanto, como reconhece Jakobs (2005, p.25), todo Direito se encontraria vinculado ao exercício de alguma forma de coação. Por conseguinte, “[...] qualquer pena, ou, inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo” (JAKOBS, 2005, p.25). Essa percepção encontra escopo em alguns filósofos que Jakobs (2005, p.25) preleciona, começando por Rousseau (1712-1778).

Um dos postulados desse Filósofo francês diz respeito ao contrato social. Segundo a teoria, o Estado (comunidade politicamente organizada) é um mal necessário (BURNS, 1989, p. 489), e o indivíduo, “[...] ao se integrar ao contrato social, fazia entrega de todos os seus direitos à comunidade e concordava em se submeter inteiramente a vontade geral” (BURNS, 1989, p. 493).

O que acontece, assim, com aqueles que violam o pacto social e atacam esse direito/dever? Para Rousseau, o violador deve perecer como inimigo (Apud, MARTÍN, 2005, p.123) (traduzido da seguinte forma):

[...] todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la pátria; deja de ser miembro de ella al violar sus leys, y hasta le haste la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la

suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo.

Outro contratualista a que Jakobs (2005, p.26) faz referência é Fichte (1762-1814). Este Pensador alemão argumenta que todo delito exclui o cidadão do Estado legalmente ordenado (comunidade); por conseguinte, o delinqüente possui uma espécie de morte civil. No entanto, mediante um contrato de expiação, a pessoa pode se manter como cidadão (MARTÍN, 2005, p.125). Para os assassinos que intentam e premeditam seu crime de morte, não existe perdão. Seu *status* como cidadão está definitivamente arruinado. Para esse ex-cidadão, não existem mais direitos; sendo assim, “[...] ao condenado se declara que é uma coisa, uma peça de gado” (FICHTE, apud, JAKOBS, 2005, p.26).

Em Hobbes (1588-1651), aquele que delínqüe não perde necessariamente seu *status* como cidadão, sendo considerado automaticamente como inimigo “de *per si*”, como para Rousseau e Fichte (JAKOBS, 2005, p.28). Já na construção filosófica de Hobbes (MARTÍN, 2005, p.149), o castigo ao cidadão delinqüente deve ser proporcional e respectivo ao dano cometido. “Ou seja não é lícito infligir um castigo por qualquer fim a não ser este: que o ofensor seja corrigido, ou que os outros, alertados pela punição, possam se tornar melhores” (HOBBS, 2002, p.61).

Para Hobbes (2002, p.231), todavia, existem aqueles que, em razão de suas ações, devem ser excluídos do estado de cidadania e tratados como inimigos. Seriam os violadores do pacto do súdito para com a cidade: “[...] se obrigou perante todos os outros a prestar uma obediência absoluta [...] isto é, ao poder soberano de um homem ou de um conselho, e disso deriva uma obrigação de observar cada uma das leis civis - de modo que aquele pacto contém todas as leis” (HOBBS, 2002, p.231).

Esse traidores do pacto seriam (dentre outros) os regicidas, que atentam contra a vida do soberano (personificação do Estado) ou contra quem estiver representando sua autoridade (HOBBS, 2002, p.231). Devem ser levados ao fio da espada mediante a aplicação

de um Direito de guerra: “Disso decorre que os rebeldes, traidores e todas as outras pessoas condenadas por traição não são punidos pelo direito civil, mas pelo natural: isto é, não são súditos civis, porém como inimigos ao governo – não pelo direito de soberania e domínio, mas pelo de guerra” (HOBBS, 2002, p.233).

Por fim, Jakobs (2005, p.28) menciona Kant (1724-1804). Também para este Pensador, alguns indivíduos poderiam ser considerados como inimigos, dependendo da postura que adotam para com o meio social (MARTÍN, 2005, p.126). No livro sobre a paz perpétua (Apud MARTÍN, 2005, p.126), Kant traça um paralelo entre o estado de natureza (todos contra todos) e o Estado legal: “[...] *es decir, de una Constitución jurídica según el derecho político de los hombres em un pueblo*” (MARTÍN, 2005, p.126). Aqueles que se recusam a ingressar nesse Estado social-legal ou o tenham voluntariamente abandonado devem ser tratados como inimigos e perecer.

1.3.2 Aspectos jurídicos

Manuel Cáncio Meliá (2005, p.65) aponta que o Direito Penal do Inimigo seria a união de dois fenômenos jurídicos: o Direito Penal Simbólico e o Punitivismo: “[...] o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. [...] o que surge de sua união: o Direito penal do inimigo” (MELIÁ, 2005, p.65).

O que seria, então, o Direito Penal Simbólico e o Punitivismo? O Direito Penal Simbólico seria aquele que provoca efeitos apenas alegóricos diante de efetivo dano concreto da pena (MELIÁ, 2005, p.60): “[...] mero ato de promulgação de normas evidentemente destinadas a não ser aplicadas [...]”. Ou seja, em tese, o legislador cria uma legislação emblematicamente mais severa para com determinado tipo de crime (em geral crime que “está

na moda”) que provoca, em algum momento histórico, insegurança coletiva. Na instrumentalidade prática, entretanto, essa normatização legal mais severa não gera os efeitos desejados no intuito de se garantir mais segurança cognitiva à população. Seu efeito é apenas figurativo.

Já o Punitivismo diz respeito ao agravamento de penas já em vigor ou à criação de novos tipos penais com a finalidade de serem efetivamente aplicados (MELIÁ, 2005, p.60); visa, portanto, ao agravamento do tratamento penal numa busca pela efetiva defesa social daquela parcela da população considerada “de bem”.

Jesús-Maria Silva Sánchez (2002, p.112), aponta que, na atualidade, com há administrativização do Direito penal (o Direito sendo tutelado por uma concepção de custo e benefício); estaria sendo posta em prática, novamente, a teoria da neutralização seletiva (Sanchez, 2002, p.130); que por sua vez iria diretamente de encontro com os ditames do Direito penal do inimigo (BONHO, 2006, p.03).

Segundo essa teoria da neutralização seletiva, seria possível identificar um número relativamente pequeno de desviantes que são os responsáveis pela realização da grande maioria das condutas criminalizadas (SANCHEZ, 2002, p.131). “Desse modo, se entende que a neutralização ou incapacitação de tais delinqüentes – isto é, sua retenção em prisão pelo máximo período possível – provocaria uma radical redução do número de fatos delitivos [...]” (SANCHEZ, 2002, p.131).

Tal teoria já estaria se manifestando na prática, sobretudo nos Estados Unidos da America, através da adoção de medidas de segurança, que seriam privativas de liberdade ou consistentes de liberdade vigiada (SANCHEZ, 2002, p.134). Tem-se que tais medidas podem perdurar por toda vida do autor do ato criminalizado, que vai ser controlado a partir de sua

potencial periculosidade, como nos casos daqueles considerados delinquentes sexuais violentos (SANCHEZ, 2002, p.131).

No que concerne à inserção do Direito Penal do Inimigo num contexto penal, sob a égide do Estado Democrático de Direito, difícil é proceder a ela, haja vista que essa teoria jurídica determina que aqueles que recebem a etiqueta de inimigo devam ser privados de seus direitos e tratados como “objetos de coação” (GOMES, 2004a, p.1).

Günther Jakobs (2005, p.22) afirma que o Direito Penal do Inimigo pode vir a ser essencial em casos de “uma pacificação insuficiente”. Seria eficaz no combate às ações daqueles que, em teoria, estariam definitivamente divorciados das normas jurídicas e sociais vigentes e poderiam pôr termo às instituições se continuassem agindo: “[...] aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança não mediante uma pena – de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito Penal do Inimigo [...]” (JAKOBS, 2005, p.23).

2 DUALIDADE DE DIREITOS PENAIS: UM PARA OS CIDADÃOS; OUTRO PARA OS INIMIGOS

Günther Jakobs (2005, p.21, 37 e 49) defende que, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, podem existir dois Direitos Penais: um para os cidadãos e outro para os etiquetados como inimigos. Coexistiriam, assim, dois Direitos Penais com predicados opostos. O destinado aos cidadãos poderia ser visto como aquele amparado pelo Estado de Direito. Para os inimigos ter-se-ia um Direito estatal coativo (ESER, HASSEMER y BURKHARDT, apud CONDE, 2005c, p.173): “[...] *el frente construído por Jakobs entre un ‘derecho penal del ciudadano’ respetuoso con el Estado de Derecho y un ‘Derecho penal del enemigo’ emanado del poder estatal*”.

2.1 Antecedentes históricos de uma dualidade de tratamentos penais dentro de um mesmo sistema jurídico

Cesare Lombroso (1835-1909) e, posteriormente, outros “degeneracionistas”, em seus estudos sobre autores de atos criminalizados, chegaram à conclusão que, diferentemente dos demais indivíduos, “[...] o criminoso exibia sintomas patológicos específicos, que [...] chamaram de comportamento ‘anti-social’, pois abalava a estrutura e as necessidades da moderna sociedade civilizada” (HERMAN, 1999, p.126).

No entanto, nem todo autor de um ato criminoso era considerado irrecuperável ou patologicamente ameaçador à estrutura da sociedade civilizada. A maioria dos atos criminalizados seria, segundo Lombroso (HERMAN, 1999, p.128), produzida pelo criminoso habitual de ocasião, que poderia ser plenamente recuperado, até mesmo por medidas de não-encarceramento (HERMAN, 1999, p.128).

Já no que concerne àqueles considerados como criminosos natos (verdadeiros criminosos), o tratamento penal a ser dado era outro (LOMBROSO, apud HERMAN, 1999, p.128): “O fato de existirem tais seres como criminosos natos, organicamente adaptados para o mal, reproduções atávicas não apenas de homens selvagens, mas até dos animais mais ferozes [...] insensibiliza a qualquer misericórdia. [...] Sentimo-nos justificados em seu extermínio”.

Cesare Lombroso (1835-1909) vincularia o conceito de criminoso nato a um portador de uma degeneração psíquica de natureza fisiológica, que o tornaria inapto para compreender e reproduzir as normas sociais vigentes, fazendo deste um irremediável inimigo da estrutura social. Se antes desejado por sua brutalidade num meio ambiente hostil, o homem atavicamente violento se tornaria fator de ameaça e desagregação num contexto civilizado que demanda uma crueldade estilizada (maquiavelicamente perversa).

Um dos mais influentes penalistas contemporâneos, Von Liszt (apud CONDE, 2005b, p.101), também empregava uma classificação dos delinquentes entre aqueles que necessitariam de correção e “sejam capazes dela” (LISZT, apud CONDE, 2005b, p.101) e aqueles que deveriam ser simplesmente “inocuidados” (LISZT, apud CONDE, 2005b, p.101), já que irrecuperáveis.

O Jurista alemão se preocupava sobremaneira com os eleitos como delinquentes habituais, pois (LISZT, apud CONDE, 2005b, p.9) “Assim como um membro doente envenena todo o organismo, o câncer cada vez mais rapidamente crescente dos delinquentes habituais penetra em nossa vida social [...]”.

A definição de delinvente habitual de Von Litz (1851-1919) em muito se assemelharia ao conceito de criminoso nato elaborado por Lombroso; principalmente no que tange a uma periculosidade inata desse indivíduo, bem como sua incapacidade de se integrar como servo obediente ao sistema normativo vigente. Contudo seria de seu comportamento

social (CONDE, 2005b, p.9-10), e não propriamente de seu fenótipo o fator da estigmatização como irrecuperável ao convívio em coletividade.

Esses delinqüentes habituais formariam (LISZT, apud CONDE, 2005b, p.10) “[...] um exército de inimigos básicos da ordem social, do qual os delinqüentes habituais compõem o seu estado maior”. Para esses inimigos da ordem social (delinqüentes habituais), o tratamento adequado não seria o mesmo dado aos demais delinqüentes e, sim

A prisão perpétua ou, se for o caso, por tempo indeterminado, em campos de trabalho, em “servidão penal”, com estrita obrigação de trabalhar e com o máximo aproveitamento possível da força de trabalho; sem excluir como sanção disciplinar a pena de açoites, e com a conseqüente perda obrigatória e duradoura dos direitos civis e políticos, para acentuar o caráter desonroso da pena. O isolamento individual só seria eficaz como sanção disciplinar, em cela escura e com jejum absoluto.

A diferenciação na dinâmica do tratamento penal, teoricamente, baseia-se especificamente na figura do autor do delito e da sua potencial capacidade de perpetuar uma conduta tida como predatória à existência da sociedade. Caso seja considerado criminoso nato, delinqüente habitual, o indivíduo sofrerá sanções infinitamente mais severas do que o criminoso de ocasião, justamente por ser o primeiro considerado uma espécie de degenerado biológico, alguém que, por princípio, possui o intuito de delinqüir permanentemente (HERMAN, 1999, p.128).

A depender da classificação (tal qual no Direito Penal do Inimigo no que concerne à diferenciação entre inimigos e cidadãos), o desviante poderá receber tratamento como delinqüente recuperável ou como objeto de “inocuição” (LISZT, apud CONDE, 2005b, p.101).

2.1.1 *Edmund Mezger e seus dois Direitos Penais*

Para alguns alemães, torna-se embaraçoso ter seu passado desnudado e constatado que, de alguma forma, contribuíram para a romântica e sangrenta trajetória da Alemanha Nazista (1933-1945). Edmund Mezger foi um deles: dentre suas contribuições ao sistema de Justiça do III Reich, estão idéias muito próximas das do Direito Penal da vontade, tão cara aos penalistas da Escola de Kiel (CONDE, 2005b, p.82). Mezger coloca que o Direito Penal seria (MEZGER, apud CONDE, 2005b, p.82) “Direito de luta e tem, portanto, que apanhar o inimigo onde este tem seu ponto de partida, é dizer, na vontade criminosa”.

Um projeto em particular do qual Mezger (CONDE, 2005b, p.84) participou ativamente dizia respeito à Lei sobre os estranhos à comunidade (*Gemeinschaftsfremde*). O Projeto buscava combater inimigos internos ao regime nazista (CONDE, 2005b, p.85), “[...] fossem esses do caráter que fossem, inimigos políticos, sociais ou de raça”. Os etiquetados como estranhos à comunidade seriam, dentre outros:

Quem, por sua personalidade ou forma de condução de vida, especialmente por seus extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter, é incapaz de cumprir com suas próprias forças as exigências mínimas da comunidade do povo. [...] Quem por sua personalidade ou forma de condução de vida revela que sua mente está dirigida à comissão de delitos graves (delinquentes inimigos da comunidade e delinquentes por tendência) (CONDE, 2005b, p.118).

Haveria, por conseguinte, diferenciação de tratamento penal entre pessoas “comuns” e estigmatizadas como delinquentes, inimigos da comunidade. Mezger fala explicitamente em dois Direitos Penais dentro de mesmo sistema jurídico (apud CONDE, 2005a, p.61-62):

En el futuro habrá dos (o más) “Derechos penales”:

- un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y
- un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo

decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión ... Una vez que se realice la inclusión, el “Derecho especial” (es decir, la reclusion por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un “nuevo comienzo”).

As proposições apresentadas por Mezger (apud CONDE, 2005, p.61) são, em teoria, muito parecidas com as de diferenciação entre dois Direitos Penais dentro de mesmo sistema normativo existente no Direito Penal do Inimigo. Francisco Conde (2005a, p.63-64) afirma que essa construção jurídica, dentre outras existentes no período nacional socialista, estaria entre os antecedentes doutrinários da teoria jurídica do Direito Penal do Inimigo (CONDE, 2005a, p.64).

2.2 Direito Penal do Inimigo: dois Direitos Penais dentro de mesmo sistema normativo

Gunther Jakobs (2005, p.37) defende que o Direito Penal do cidadão deve fazer frente ao do delinqüente não-inimigo que já tenha exteriorizado sua conduta, ou seja, cometido ou tentado cometer ato criminalizado e seja julgado por seus atos nos moldes do Direito Penal de fato. Já o Direito Penal do Inimigo é diametralmente oposto: busca deter o inimigo no estágio prévio à execução do ato delituoso (JAKOBS, 2005, p.37). Aqui, o sujeito é neutralizado em razão de sua potencial periculosidade, o que fez Cancio Meliá (2005, p.80) afirmar que o Direito Penal do Inimigo seria uma forma de Direito Penal do autor. Não caberia pena de prisão e, sim, medida de segurança (GOMES, 2004a, p. 2).

Já foram expostos os critérios que Jakobs usa para eleger os inimigos. E os delinqüentes não-inimigos? O cidadão desviante seria aquele que, ao cometer um delito, não comprometeria a existência do Estado e a da sua estrutura normativa, uma vez que o delito nesse caso “[...] não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como deslize reparável” (JAKOBS, 2005, p.32).

Um exemplo que Jakobs (2005, p. 32) oferta para essa conduta desviada temporária que não exclui o indivíduo do seu estado de cidadania tornando-o inimigo, diz respeito ao sobrinho que mata o tio para herdar sua herança. O assassino teria se desviado temporariamente da norma para lograr seu objetivo (JAKOBS, 2005, p.32). Após isso, volta aos braços do sistema normativo, que vai lhe assegurar o direito de propriedade sobre os bens herdados, bem como o direito à vida para usufruí-los.

Assim, o assassino se comporta “[...] evidentemente de maneira contraditória” (JAKOBS, 2005, p.32). Ou seja, o cidadão desviante é aquele que, mesmo depois de cometer o ato criminalizado, ainda oferece garantias de que será fiel ao Direito. Já o inimigo não ofereceria esse predicado.

O Direito Penal do cidadão “[...] é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos” (JAKOBS, 2005, p.29).

E a função da pena, como fica nessa dualidade de Direitos Penais? Ela será diferente no Direito Penal do Inimigo e no Direito Penal do cidadão (JAKOBS, 2005, p.49). “A função manifesta da pena no direito penal do cidadão é a *contradição*, e no Direito Penal do inimigo é a *eliminação de um perigo*. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos”.

Enquanto o cidadão é punido com uma pena definida segundo os trâmites legais, o inimigo interceptado sofrerá medida de segurança. Terá, essa medida coativa, tempo determinado tal qual a pena de prisão legalmente sentenciada? Tudo indica que não; enquanto não cessar a periculosidade, não se falará, em tese, em liberdade.

Ao defender essa dualidade de Direitos Penais dentro de mesmo sistema normativo, o Direito Penal do Inimigo resgataria postura jurídica perigosamente ambígua, que já deu escopo legal para regimes de orientação autoritária. Nesse sentido pondera Francisco Conde (2005a, p.63), ao comparar o aspecto da dualidade de Direitos Penais presente no projeto nacional socialista dos estranhos à comunidade e no Direito Penal do Inimigo (CONDE, 2005a, p.63):

Entonces se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho penal de este tipo para los “enemigos” y los “extranos a la comunidad”. Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre ciudadanos y enemigos [...] como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica.

Poderá o Estado Democrático de Direito se manter como tal, suprimindo direitos fundamentais de alguns indivíduos em prol da segurança coletiva e em especial da preservação da estrutura normativa estatal? O Direito Penal do Inimigo, numa concepção eminentemente funcionalista, entenderia que sim (CONDE, 2005a, p.64). Segundo Jakobs (2006, p.63), “*El fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico [...]*”. Jakobs (Apud MARTÍN, 2005, p.177) acrescenta, usando o termo *unpersonen* (não-pessoa) para se referir aos inimigos, dando a entender que contra estes tudo é permitido.

3 INIMIGOS COMO *UNPERSONEN* (NÃO-PESSOAS)

Um dos pontos doutrinários mais inquietantes e, por conseguinte, mais interessantes do Direito Penal do Inimigo se configura na construção teórica de que certos indivíduos, por não representarem com seu comportamento pessoal segurança cognitiva adequada (dentre outros requisitos), possam perder sua condição de pessoas e se tornar não-pessoas. (JAKOBS, 2005, p.42)

A perda do *status* de pessoa estaria, por conseqüência, reservada àqueles etiquetados como inimigos. Os refratários a se integrarem ao ordenamento jurídico vigente (JAKOBS, 2005, p.33), que, com seu comportamento, colocariam as instituições sociais e estatais em risco de degeneração e conseqüente ruptura.

Jakobs (2005, p.43) se utiliza de um ponto de vista kantiano, segundo o qual aqueles que não se permitem ingressar na constituição cidadã permanecendo num estado de natureza (anômico) devem ser apartados: “[...] cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos” (JAKOBS, 2005, p.43).

Nesse sentido, Gunther Jakobs (2005, p.42) preleciona de maneira enfática: “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa já que do contrário vulneraria o direito à segurança dos demais”.

3.1 Distinção entre indivíduos e pessoas

Segundo Jakobs (Apud MARTÍN, 2005, p.180), os indivíduos são entes distintos das pessoas. Aqueles seriam produto da natureza, seres voltados a uma existência eminentemente sensorial, em busca de sua própria satisfação hedonista, sem vínculos de obrigação com a coletividade.

O panorama dessa concepção de indivíduo como um ente entregue à natureza é feito no drama de Sísifo escrito por Crítias (Apud GUTHRIE, 1995, p.81): “Houve um tempo em que a vida dos homens era vivida na desordem e semelhante aos animais, escrava da força bruta, quando o bem não tinha nenhuma recompensa e o mal nenhuma punição”. Também Hobbes (2002, p.33) enxerga essa experiência não civilizada como danosa, uma época nefasta de guerra “de todos contra todos” (HOBBS, 2002, p.33).

O conceito de pessoa, por sua vez, seria (MARTÍN, 2005, p.180) “*La persona, en cambio, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social que se puede atribuir – pero que también puede no atribuirse – a los individuos*”. Ou seja, a concepção do que é pessoa está relacionada à execução de um papel na sociedade que o indivíduo pode ou não encenar.

Tal papel, que a pessoa executa socialmente, estaria relacionado a seus deveres perante a comunidade ordenada legalmente. Assim, o indivíduo manteria sua condição de pessoa (MARTÍN, 2005, p.181) “[...] *cuando su actuar aparece como cumplimiento de deberes existentes en interes del grupo*”. Os direitos somente existiriam para assegurar o cumprimento dos deveres (JAKOBS, apud MARTÍN, 2005, p.181).

Caso a pessoa não cumpra seus deveres perante o grupo social e não ingresse voluntariamente no “estado de cidadania” (JAKOBS, 2005, p.36) legalmente estabelecido,

poderá perder seu *status* de cidadão, sendo considerada não-pessoa (JAKOBS, 2005, p.36): “[...] um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.

De onde proviria a legitimidade para proceder a essa exclusão de determinados indivíduos da condição de pessoa? Jakobs (2005, p.36) argumenta que quem vence a guerra (no estado de natureza) tem direito de determinar o que é norma “[...] e quem perde há de submeter-se a esta decisão” (JAKOBS, 2005,p.36). Essa visão da justiça (normatização do que é certo e errado) pode ser sintetizada em uma observação de Trasímaco (Apud GUTHRIE, 1991, p.86): “Justiça não passa do interesse do mais forte”.

E a personalidade? Tal qual o conceito de pessoa, estaria aquela condicionada a um comportamento prévio que desse “segurança cognitiva” aos demais sob pena de sua supressão? A personalidade, mais do que a qualificação formal, seria um valor jurídico reconhecido. Teria no ordenamento normativo pátrio uma série de direitos (honra, vida privada, dentre outros) que a protegessem, inclusive no que tangesse àqueles que ainda não detinham capacidade de direito como seria o caso dos nascituros.

A personalidade, porém, seria um conceito que, em tese, carregaria em si forte componente subjetivo. Nas palavras de Japiassú e Marcondes, seria o (Apud CIOTOLA, 1997, p. 8): “[...] caráter do indivíduo que se autodetermina ou se afirma como uma pessoa moral ou jurídica”. Jakobs (2005, p. 42) argumenta que a personalidade só será real quando “[...] as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial”. Assim, tal qual no conceito de pessoa, também a personalidade poderia ser desconsiderada, dependendo do perigo que certo indivíduo representasse para o meio social e sobretudo para a estrutura normativa estatal.

3.2 Combate ao inimigo como não-pessoa: tudo é permitido?

Diante de atos de extrema violência, em larga escala, que causem significativa comoção social e ameacem a credibilidade do Estado tais como ordem do dito “crime organizado” para que se queimem pessoas em ônibus ou assassinem agentes de polícia; estupro de crianças por grupos de pedófilos que vendem as imagens pela Internet; desvio de grandes somas do Erário por bandidos travestidos de autoridades; atentados terroristas que reivindicam tão-somente corpos cauterizados, pode-se compreender o desejo de que seja retirada de seus autores qualquer garantia penal e processual e até mesmo sua condição de pessoa.

Jakobs (2005, p.36 e 37) apregoa que a tipificação de um terrorista como simples delinqüente (pessoa) pode funcionar como entrave à atuação estatal:

[...] há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada.

Os cidadãos teriam direito de exigir do Estado que tomasse medidas necessárias para garantir sua segurança (JAKOBS, 2005, p.29), ainda que isso significasse a supressão de garantias penais e processuais como propõe o Direito Penal do Inimigo. Jakobs (2005, p.30) alega que: “[...] a medida contra o inimigo não significa nada, mas só coage”.

Não seriam, portanto, o espetáculo da punição e a vingança de sangue frente aos etiquetados como inimigos, não-pessoas, ainda necessários à Justiça e aos meios de prevenção de delitos? Os ecos de Electra exigindo vingança a seu pai e rei ainda se fariam ouvir na atualidade (S.A, apud BRANDÃO, 1989, p.339): “É uma lei que as gotas de sangue espargidas no solo reclamam um novo sangue. O assassínio apela para as Eríneas, a fim de que, em nome das primeiras vítimas, elas tragam nova vingança sobre a vingança”.

De fato, o Estado poderia, eventualmente, adotar a coação em toda a sua extensão “[...] até chegar à guerra” (KANT, apud JAKOBS, 2005, p.30). Em um tratamento de guerra total, existiria pouca disposição para a misericórdia. Apesar da Convenção de Genebra, que regula o procedimento em casos de conflitos bélicos, a máxima de Cícero (106-43 a.C.) ainda parece se adequar à atualidade: “*inter arma silent leges*” (“em tempo de guerra, o direito cala-se”).

Jakobs (2005, p.30), entretanto, coloca que o ensejo de coação irrestrita no combate aos inimigos (guerra total) não necessariamente deverá ser efetuado pelo poder estatal. Alguns direitos dos inimigos sob custódia de segurança (medida de segurança), sobretudo no que tange ao aspecto patrimonial, poderiam vir a ser mantidos (JAKOBS, 2005, p.30). Logo, a aplicação de um Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, apud APONTE, 2005, p.36) “[...] *no debe significar de aqui en adelante que todo es permitido*”.

O autocomedimento (autofreio) do Estado na aplicação de todas as medidas coativas disponíveis não viria por sentimento de piedade para com o inimigo e, sim, por pragmatismo (JAKOBS, 2005, p.30): “[...] 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 paz”.

Essa coação indiscriminada para se aniquilar o inimigo, não-pessoa, ao que parece, não teria o efeito desejado a longo prazo, pois, como já ponderava no século XVIII o Marquês de Beccaria (1738-1794),

Quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes, para fugir à pena que mereceu pelo primeiro. Os países e os séculos em que se puseram em prática os tormentos mais atrozes, são igualmente aqueles em que se praticaram os crimes mais tremendos [...] os suplícios mais horríveis podem acarretar às vezes a impunidade. A energia da natureza humana é circunscrita no mal como no bem. Espetáculos demasiado bárbaros só podem ser o resultado dos furores passageiros de um tirano, e não ser sustentados por um sistema constante de legislação. Se as leis são cruéis, ou logo serão modificadas, ou não mais poderão vigorar e deixarão o crime impune.

3.3 Perda da condição de pessoa: sanção perpétua?

A perda da condição de pessoa por parte do inimigo seria momentânea ou permanente? Haveria alguma forma de reabilitação para o inimigo não-pessoa? Gunther Jakobs, ao que parece, não oferece resposta clara a essas indagações. Alejandro Aponte (2005, p.35 e 36), por sua vez, afirma que Jakobs (Apud APONTE, 2005, p.36) intui uma diferenciação de categorias de inimigos similar à que ocorre na Colômbia, onde existe divisão entre inimigos absolutos (irrecuperáveis) e relativos (recuperáveis) (APONTE, 2005, p.35): “[...] *esta distinción se há utilizado para introducir una diferencia entre los diversos actores que se mueven en el escenario confuso de la violència política y social*”.

Contudo, ao se seguir a dinâmica de “guerra contida” (JAKOBS, 2005, p.37) do Direito Penal do Inimigo, esse adversário do sistema normativo não poderia mais voltar ao estado de cidadania e se tornar novamente pessoa. Tal qual um traidor que cruza a terra de ninguém e se integra de bom grado ao exército adversário, o estigmatizado como inimigo, não-pessoa, cruzaria uma linha imaginária que o divorciaria permanentemente da sociedade legalmente estabelecida.

Posição mais conciliadora é oferecida por Masson (2006, p.146) - o inimigo arrependido que deseje contribuir para o Estado “[...] no combate de seus antigos companheiros deve receber benefícios, desde que os delate, permitindo desmantelamento de quadrilhas, prisões em massa e recuperação dos produtos e proveitos do crime”. Luiz Flávio Gomes (2004a, p.2) também se refere a possíveis prêmios ao inimigo que se mostra “[...] fiel ao direito [...]” como os institutos da delação premiada e da colaboração premiada.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL?

Evidencia-se a percepção do crescimento intermitente da violência no Brasil nas últimas décadas, notadamente no âmbito dos médios e grandes centros urbanos. A consolidação da prática de delitos pela criminalidade organizada (com e sem colarinho branco) e da perpetuação, muitas vezes impune, de atos criminalizados que impressionam por sua crueldade e futilidade, geram generalizado clamor popular - a sociedade “de bem” pede ao poder estatal que lhes ofereça segurança frente aos estigmatizados como criminosos.

Esse brado das ditas “pessoas de bem”, em teoria cumpridoras de seus deveres e seguidoras do estado legal vigente, se embasa na obrigação do Estado brasileiro (que toma para si o monopólio da violência) como ente garantidor e mantenedor da paz social. Hobbes (2001, p.107) defende que a *salus populi é suprema lex*, ou seja, “a segurança do povo é a lei suprema” (HOBBS, 2001, p.107) e consiste “[...] da força necessária à defesa de seu povo, tanto contra os inimigos externos quanto contra súditos rebeldes”.

Diante do medo generalizado de vários segmentos sociais influentes, diversas iniciativas populares e legislativas que visavam a maior repressão e sanção a determinadas práticas criminosas se fizeram presentes no âmbito do Poder Judiciário, guiadas não por construção racional de causa e efeito, e sim, por arroubo momentâneo; fazendo, do Direito Penal pátrio, escravo do casuísmo (MARCÃO, 2003, p.6):

A legislação penal brasileira ora tende para o Direito Penal Mínimo, ora para o "Movimento de Lei e Ordem", nesta hipótese, somente por casuísmo, como vem acontecendo a partir dos assassinatos de dois políticos no Estado de São Paulo. Foi assim, por exemplo, com a inclusão do crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, por intermédio da Lei 8.930/94, após o assassinato de uma atriz contratada por conhecida emissora de televisão brasileira. [...] Não é possível conviver harmonicamente em um Sistema Penal indefinido, sem rumo, perdido, casuísta. As conseqüências estão sendo sentidas por todos.

Uma das mais conhecidas e discutidas dessas iniciativas legislativas se trata daquela concernente aos crimes hediondos (Lei 8.072/1990). Recentemente (2006) o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (o qual diz respeito ao impedimento da progressão de regime carcerário) foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Apesar dessa decisão, de se considerar inconstitucional esse parágrafo da Lei dos Crimes Hediondos, a demanda sociopolítica por um direito penal máximo “[...] direcionado ao combate extremo da criminalidade e da punição da figura do delinqüente” (MASSON, 2006, p.139), em tese, ainda continua com forte adesão de boa parte da população brasileira (MIR, 2004, p.155): “As soluções encontradas pelos cidadãos comuns para enfrentar a criminalidade são assustadoras: 51% defendem a pena de morte; 72% a prisão perpétua; 84% a convocação do Exército para combater a violência. [...] Para 21% dos entrevistados a violência é o maior problema do país”.

Um discurso mais agressivo contra autores de atos criminalizados representa, atualmente, forte dividendo político e se tornou ponto de convergência entre as denominações ideológicas de esquerda e direita (GOMES, 2004b, p.03): “[...] houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onda punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva [...]”.

No Brasil, diante do quadro atual de insegurança, onde grassa, em tese, generalizado medo social e existe anseio estatal por uma segurança pública implacável para com os desviantes, o Direito Penal do Inimigo poderia ser aventado como alternativa jurídica válida, ou seja, possibilidade viável de atuação estatal. No entanto, um Direito Penal que trate os inimigos como “objetos de coação” (GOMES, 2004a, p.02) pode despertar o fantasma do retorno dos abusos cometidos no regime autoritário de 64 (a volta de um “terrorismo de Estado”), que permanece assombrando parte da consciência histórica do País.

4.1 Passado recente de autoritarismo no Brasil

O Brasil é um país que, como tantos outros, teve em seu passado diversas denominações de governo: da Monarquia, passando por diversos regimes autoritários, intercalados por breves momentos democráticos, até o último regime de exceção denominado de “Ditadura Militar”, que perdurou de 1964 até 1985. Ainda pairam, tais regimes autoritários, como uma sombra sobre a jovem e corrompida Democracia brasileira, que ainda busca se auto-afirmar.

Essa força econômica, política e ideológica, que implantou e consolidou o regime de 64, tinha em seu escopo a ideologia da segurança nacional (REGO, 2004, p.01):

A Ideologia de Segurança Nacional foi transplantada para o Brasil após a 2ª Guerra Mundial, quando vários oficiais superiores foram treinados no National War College (centro de treinamento do alto escalão do exército norte-americano). O objetivo principal desta ideologia era garantir metas de segurança para implantar uma geopolítica para todo o Cone Sul do Continente Americano, capaz de bloquear o perigo expansionista do comunismo internacional.

A Ideologia da Doutrina de Segurança Nacional e Desenvolvimento representava uma completa *weltanschauung* que tinha como meta criar condições para, através do fortalecimento do Estado, construir um modelo de desenvolvimento econômico extremamente favorável à entrada do capital estrangeiro, pretendendo implantar uma infra-estrutura capaz de transformar o país em uma potência econômica. Para que isto pudesse ocorrer, era necessário manter sob controle o crescimento dos movimentos sociais organizados que, cada vez mais, ocupavam espaços no cenário político(4), criando um clima político-social de grande instabilidade, ameaçando os interesses da classe dominante nacional.

Á medida que o regime recrudescia suas ações, teria surgido a figura do inimigo interno (REGO, 2004, p.01), “[...] passando a ser potencialmente suspeito todo e qualquer cidadão”. Os embates com os guerrilheiros bolchevistas, que matavam, roubavam e seqüestravam em nome de seu próprio projeto de poder; foram sendo travados e implacavelmente suprimidos estes pelo regime e pelo seu aparelho de segurança nacional (DOI-CODI, SNI, dentre outros). Iniciativas legislativas de emergência vão dar um verniz de legalidade a extensivos mecanismos de coação.

O endurecimento do regime culminou com o AI5 (Ato Institucional nº5) de 13 de dezembro de 1968, que proporcionou ampla e legal utilização do aparelho de repressão estatal (REGO, 2004, p. 2). Dentre outras medidas implementadas por esse Ato Institucional, estavam (CIOTOLA, 1997, p.168-170) a possibilidade de decretação do recesso do Congresso Nacional por parte do Presidente da República e suspensão de direitos políticos de qualquer cidadão por um prazo de 10 anos. Conforme esse Ato, que suspendia os direitos políticos, também poderiam vir a ser suspensos “[...] quaisquer outros direitos públicos ou privados” (AI5, art. 5º, §1º, apud CIOTOLA, 1997, p.170).

Também o direito ao *habeas corpus* foi profundamente mitigado conforme se depreende da redação do art. 10 do Ato Institucional (Apud CIOTOLA,1997, p.171): “Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”. Essa supressão virtual do *habeas corpus* representou (FRAGOSO, apud VARGAS, 2002, p.352-353) “[...] a virtual autorização para o constrangimento ilegal, ninguém tinha garantia alguma. As prisões se faziam sob a forma de seqüestro e o preso ficava desaparecido por longo prazo de tempo”.

Mecanismos como uma polícia secreta encarregada de reprimir os inimigos internos, bem como, os desafetos dos detentores do poder, teria sido utilizada em larga escala. Um apoio institucionalizado aos ditos esquadrões da morte também foi implementado, fazendo de assassinos heróis para certas parcelas da população.

O processo da perda do poder por parte do regime de 64 teria sido lento e gradual. Notadamente a partir de 1978 (REGO, 2004, p. 3), o regime teria abrandado seus mecanismos de controle político e social. Com a ascensão do general Figueiredo (REGO, 2004, p.3) ao poder e o próprio esgotamento do modelo de governo instituído pelo golpe militar, foi intensificado o processo de abertura.

Na época da Assembléia Constituinte, que culminaria na promulgação da Constituição de 1988 (VARGAS, 2002, p.37), “[...] já estávamos em uma democracia, ou, mais precisamente, tínhamos uma democracia representativa, onde nos governávamos por meio dos representantes eleitos”.

4.2 Direito Penal do Inimigo *versus* Direito Penal vigente no Brasil

Com a ascensão da Constituição de 1988, o Brasil se tornou (formalmente) um país regido por Democracia Representativa, mas não somente isso. A expressão, repleta de simbolismo, usada pelo poder constituinte originário foi Estado Democrático de Direito (KELSEN, apud VARGAS, 2002, p.41):

[...] um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. Estado de direito nesse sentido específico, é às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de expressão e pensamento, são garantidas.

O uso desse termo teria sido influenciado, dentre outras razões, pelo “[...] longo período da ditadura militar com suas perseguições, abusos e toda sorte de menosprezo pela ordem jurídica”. (VARGAS, 2002, p.41) Outro motivo elencado seria o da “[...] propaganda externa, desejando mostrar ao mundo que o Brasil já não é aquele país sempre incluído nas listas da Anistia Internacional, por violação sistemática dos direitos humanos”. (VARGAS, 2002, p.42)

A Constituição de 1988 trouxe extenso arcabouço garantidor do ordenamento jurídico pátrio, notadamente no que tange ao Direito Penal (GRECO, 2006, p.7):

Os valores abrigados pela Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não

poderá virar-lhe as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais.

Logo, árdua é a tarefa de se harmonizar de alguma forma a estrutura legal vigente sob a égide da Constituição de 1988 com o Direito Penal do Inimigo. Em teoria, tal possibilidade de conjugação seria muito difícil caso se tencionasse estabelecer o Direito Penal do Inimigo em sua forma pura e integral.

O Direito Penal pátrio teria, em sua finalidade, a proteção aos bens jurídicos tidos como mais importantes (graduação dada pela Constituição) em determinado momento histórico. Em tal perspectiva, a pena seria “[...] simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade”. (GRECO, 2006, p. 5) Sua função seria “[...] preventiva integradora”. (GOMES, 2004a, p.2).

Jakobs (Apud GRECO, 2006, p. 6) possui perspectiva diferente acerca da finalidade do Direito Penal. Ele apregoa que sua finalidade não é a proteção aos bens jurídicos e sim à norma em si (CONTRERAS, apud GRECO, 2006, p. 6): “O essencial no Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos senão da proteção de normas, dado que os bens se convertem em jurídicos no momento em que são protegidos normativamente”. Assim, Jakobs prenuncia que (CALLEGARI; LYNETT; JAKOBS *et alii*. GIACOMOLLI (coord.), 2005, p.48)

As normas são a estrutura da sociedade, ou seja, são a regulamentação do conteúdo daquelas relações entre pessoas que podem ser esperadas e que com o contrário não se deve contar. [...] Quem pretende viver como personagem privado e isolado, mas quer desfrutar de uma proteção jurídico-penal socialmente organizada, não sabe o que quer.

A finalidade da pena seria tida como eliminação da lesão à vigência da norma (CALLEGARI; LYNETT; JAKOBS *et alii*. GIACOMOLLI (coord.), 2005, p.51). No âmbito

do Direito Penal do Inimigo propriamente dito, seria a eliminação de um perigo pelo maior tempo possível (GOMES, 2004a, p. 2).

Como exposto, Jakobs (2005, p.30) menciona que a medida contra o inimigo nada significa mais, só coage. É lícito supor, então, que a função da pena no Direito Penal do Inimigo é eminentemente preventiva especial negativa, com a “[...] função de neutralização do transgressor: custódia em lugares separados, isolamento, aniquilamento físico”. (ANDRADE, 2003a, p.57)

4.2.1 *Direito Penal do Inimigo versus princípios do Direito Penal*

O Direito Penal do Inimigo colide diretamente com diversos princípios e garantias constitucionais e infraconstitucionais penais presentes no ordenamento jurídico pátrio. Estes visam, em teoria, não só garantir ao imputado julgamento justo, como também preservar sua dignidade como ser humano antes, durante e após eventual condenação. Dentre esses princípios penais, poder-se-ia destacar os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da igualdade.

O princípio da legalidade (item II do art.5º da Constituição Federal) seria tido como um dos pilares jurídicos do sistema democrático, já que subordina o próprio Estado à vontade da lei (VARGAS, 2002, p. 76): “O princípio, [...], é o específico do Estado de Direito; é precisamente aquele que o qualifica e lhe dá identidade própria. É o fruto da submissão dos entes estatais à lei”. As autoridades, seja de que nível forem, estarão constringidas a exercer o verdadeiro papel que lhes compete, ou seja, o de servidores e não o de senhores da sociedade (VARGAS, 2002, p.77).

Ademais, o Direito Penal do Inimigo preveria, em seu escopo, segundo Luiz Flávio Gomes (2004a, p. 2) uma “flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas)”, mas não só isso. Em tese, essa teoria jurídica apregoa supressão de alguns procedimentos estabelecidos em lei, como a implementação de meios investigatórios não amparados legalmente que teriam valor jurídico em eventual processo contra os estigmatizados como inimigos: *“Así, se pone ya en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigência de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigências de licitud y admisibilidad de la prueba”*. (MARTÍN, 2005, p.111)

No que tange ao princípio da proporcionalidade, este buscaria conciliação entre a liberdade individual e os interesses coletivos (FERNANDES, 2002, p.51), a fim de evitar eventuais abusos por parte do Estado na aplicação da lei:

Consolidou-se no processo de elaboração e conceituação do princípio a idéia de que o exercício do poder é limitado, só sendo justificadas restrições a direitos individuais, em face da Constituição, por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido. Os estudos desenvolvidos indicaram, então, serem três os requisitos intrínsecos que justificam e autorizam uma restrição aos direitos individuais: a sua necessidade, a sua adequação e a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto. (FERNANDES, 2002, p.53-54)

Sob as normas do Direito Penal do Inimigo, o Estado ganharia amplos poderes com poucos mecanismos legais de limitação para agir frente àqueles que o ameaçam (privando os etiquetados como inimigos de qualquer principio constitucional penal). Numa teoria jurídica emanada de um Direito Penal de guerra, caberia ao mais forte triunfar, por quais meios fossem necessários: “[...] pode chamar-se um procedimento de guerra. [...] destruir as fontes dos terroristas e dominá-los, ou, melhor, matá-los diretamente, assumindo com isso, também o homicídio de seres humanos inocentes chamado dano colateral”. (JAKOBS, 2005, p.41)

Tem-se, por fim, o princípio da igualdade das partes (VARGAS, 2002, p.164). Esse princípio é emanado pelo **caput** do art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei” (VARGAS, 2002, p.164). A igualdade formal (proveniente da norma) garante ao autor e réu “[...] idênticas oportunidades impedindo que a um sejam atribuídos maiores direitos, poderes, ou impostos maiores deveres ou ônus do que a outro”. (FERNANDES, 2002, p.47)

Como aponta José Cirilo de Vargas (2002, p.164), esse princípio é aspiração, o que dificulta conceber que existe real paridade de forças, quando se trata de lide na qual figura o Poder Público e o seu aparato de poder em oposição ao particular. Celso Antonio Bandeira de Mello (Apud VARGAS, 2002, p.165), por sua vez, menciona que a exigência por um princípio da igualdade aplicável na prática deve culminar na garantia de que “[...] os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos”. (MELLO, apud VARGAS, 2002, p.165)

No Direito Penal do Inimigo, o princípio da igualdade, em tese, é reservado para o Direito Penal dos cidadãos que permanecem sob a égide do Direito Penal vigente (JAKOBS, 2005, p.51). Para os rotulados como inimigos, tal princípio resta suprimido, pois não há acesso sequer a eventual representação legal: “O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído”. (GOMES, 2004a, p. 1)

4.3 Viabilidade da aplicação do Direito Penal do Inimigo em um país em desenvolvimento como o Brasil

O Direito Penal do Inimigo, tal qual a doutrina da Defesa Social, possui, em teoria, definição clara da legitimidade do Estado para combater aqueles tidos como desviantes (BARATTA, 2002, p.42):

O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.

Logo, os cidadãos ofereceriam consenso de valores e expectativas sociais que viabilizariam a legitimação do Estado para atuar contra os desviantes de valores e normas da maioria das pessoas de determinado grupo social. Mas o que ocorreria com uma sociedade tão desigual (social, econômica e culturalmente) como a brasileira? Seria cabível uma teoria jurídica formulada, “[...] *un principio para países con gran desarrollo en los que era eventualmente posible hablar de consensos culturales mínimos que subyacían en el derecho*”. Isto é, países em que os indivíduos ofereçam mais certeza (cognitiva) para o Direito? (APONTE, 2005, p.29)

Jakobs (apud APONTE, 2005, p.29-30) responde a essa indagação afirmativamente. No entanto, expressa-se não no que concerne ao Brasil e, sim, à Colômbia - país com taxas de criminalidade tão altas quanto a brasileira que compartilha das desigualdades sociais e econômicas, em teoria, marca registrada dos países em desenvolvimento. Em sua justificativa sobre a aplicação do Direito Penal do Inimigo em um país em desenvolvimento, Jakobs (apud APONTE, 2005, p.29-30) afirma que

En un país desgarrado, en el que viven grupos con comprensiones normativas diferentes, no puede haber un derecho penal homogéneo debido a que los conceptos correspondientes de las personas no son homogéneos. Por eso, obligatoriamente, se tiene que llegar a la situación que denominamos como la situación del derecho

penal del enemigo. Con esto mi teoría, según mi concepción, produce algo importante: denomina exactamente la situación en la que un país desgarrado se encuentra, o sea en parte acunado normativamente y en parte acunado tan solo cognitivamente.

Segundo o posicionamento de Jakobs (apud APONTE, 2005, p. 29-30), em um país “dilacerado” (desgarrado) em que vivem grupos sociais com compreensões normativas diferentes, o Direito Penal homogêneo não seria cabível; logo, o Direito Penal do Inimigo seria viabilizado. Da fala de Jakobs (Apud APONTE, 2005, p. 29-30) se pode inferir que a igualdade no tratamento penal não seria viável. O enfoque (subjetivo) na figura do perpetrador de um ato criminalizado é que definiria o tratamento penal a ser dado.

4.4 Mandamentos do Direito Penal do Inimigo no Brasil

Segundo Cleber Rogério Masson (2006, p.148), certos mandamentos inerentes ao Direito Penal do Inimigo já estariam sendo adotados em algumas construções legislativas recentes no Brasil. A Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que trata dos meios operacionais para prevenção e repressão de práticas cometidas por organizações criminosas.

No art. 1º, inciso II, permite-se a ação controlada a fim de se monitorar os atos de quadrilhas criminosas com o intuito de se efetuar a medida legal no momento mais oportuno da coleta de provas. No art. 1º, incisos III, IV e V, tem-se ainda o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias e telefônicas; a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos registro e a análise mediante autorização judicial. A possibilidade de se infiltrarem agentes de polícia em tarefas de investigação também se tornou possível mediante autorização judicial.

Outro instituto que traz em seu cerne alguns mandamentos do Direito Penal do Inimigo é a delação premiada (MASSON, 2006, p.148). Este se encontra contido em alguns dispositivos legais como no art. 8º, parágrafo único, Lei nº 8.072/90, além do art. 159, §4º, Código Penal, e o art. 6º da Lei nº 9.034/95. Tais institutos “fundados no direito premial” (MASSON, 2006, p.148) se destinariam ao inimigo arrependido que aceitasse colaborar com o poder estatal e suas instâncias de controle no combate a “uma quadrilha ou organização criminosa da qual fazia parte” (MASSON, 2006, p.148). Porém, além de uma criminalidade organizada, existiriam no Brasil organizações criminosas propriamente ditas nos moldes das máfias italiana e ítalo-americana?

4.4.1 *Organizações criminosas no Brasil?*

Jakobs elege como inimigos, dentre outros, aqueles que integram a “*criminalidad organizada*” (JAKOBS, 2006, p.39). De fato, há no Brasil bandos e quadrilhas de criminosos que se estruturam para cometer crimes dos mais diversos. Desde aqueles que “assaltam” os cofres públicos e comprometem todo o futuro do País até os bandos de “favelados” que se organizam para aterrorizar seus pares e outras classes sociais, que também atendem à demanda por drogas ilegais e outros produtos obtidos ilicitamente da sociedade civil de maneira geral.

Apesar dessa criminalidade estruturada, Luís Mir nega categoricamente que o Brasil possua, no presente, organizações criminosas propriamente ditas:

Há crime organizado no Brasil que se encaixe na formulação e enunciado norte-americanos desse tipo de organização? Não. Existe na criminalidade brasileira a tradição ancestral e territorial da máfia italiana? Não. O crime organizado no Brasil é um inimigo fabricado diariamente pelo Estado e por setores sociais para justificar uma saída policial-militar para o conflito social e a disputa das riquezas nacionais à mão armada? Sim. (MIR, 2004, p.263)

Segundo a classificação de Stier e Richards (apud MIR, 2004, p.264), as organizações criminosas atravessariam basicamente três estágios. O primeiro compreende a ocupação territorial onde “[...] os grupos criminosos garantem seu poder mediante a violência e defendem sua empresa ilícita, eliminam rivais, ganham espaço físico e asseguram um monopólio privado do uso da força” (STIER & RICHARDS, apud MIR, 2004, p.264).

A segunda fase implicaria a influência dessa organização nos meios políticos e econômicos, corrompendo agentes públicos e privados (STIER & RICHARDS, apud MIR, 2004, p.264). Na terceira e última fase, ocorreria simbiose entre Estado legal constituído e organização criminosa, ou seja, o Estado passaria a ser dependente do crime organizado (STIER & RICHARDS, apud MIR, 2004, p.264).

Mir (2004, p.263) alega que, no caso do Brasil, transcorreria um “[...] motim econômico e distributivista de vastas proporções [...]”, e não um movimento revolucionário que objetiva tomar o poder a fim de estabelecer sua própria dinâmica de controle social (MIR, 2004, p.263). Essas quadrilhas e bandos, apesar de eventuais atos de insurreição contra o Estado e as instituições que o representam, teriam em sua dinâmica o objetivo de “[...] preservar e perpetuar mais do que superar o estabelecido.” (MIR, 2004, p.266) Não haveria, no presente momento histórico, nenhuma quadrilha brasileira de dimensões globais ou transnacionais (MIR, 2004, p.265).

Mir (2004, p.272) considera igualmente que se referir à criminalidade organizada brasileira como Estado paralelo seria equívoco, já que “O conceito de estado paralelo ou crime organizado que vem sendo utilizado pelo Estado brasileiro (e alguns setores sociais) é alçar uma *societas sceleris* à condição de estado. Isso é perigoso e venal.” Só existiria ordenamento jurídico representado pelo poder estatal legalmente constituído (MIR, 2004, p.272).

A criminalidade organizada brasileira ainda não teria alcançado o grau de sofisticação necessário para se inserir na nomenclatura de crime organizado. Isso não significa que não possa vir a fazê-lo, sobretudo no que respeita ao Primeiro Comando da Capital – PCC, que possui hierarquia bem definida, além de contar com uma pseudoideologia que lhe dá escopo para agir como defensor de presos e respectivos familiares. Seus ataques em São Paulo podem vir a ser apenas um esboço do que pode vir a ocorrer no futuro.

4.5 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): produto do Direito Penal do Inimigo

Presente na Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o Regime Disciplinar Diferenciado constitui uma sanção disciplinar aplicada por no máximo 360 dias, podendo haver repetição do período estabelecido anteriormente, desde que não exceda 1/6 da pena aplicada (art. 52, I, Lei de Execuções Penais - Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984).

No RDD, dentre outras medidas restritivas, o preso fica em cela individual (isolado), com direito a um banho de sol diário de duas horas, com horário escolhido pelo diretor do estabelecimento prisional (art. 52, II e IV, Lei de Execuções Penais). Segundo o inciso III do art. 52 da mesma Lei, tem direito a receber visita de até duas pessoas por semana.

Essa sanção disciplinar é aplicada a detentos que cometem crimes hediondos, falta grave ou quando ocorrer subversão da ordem e da disciplina interna do estabelecimento prisional (art. 52, **caput**, Lei de Execuções Penais). Também presos provisórios, nacionais ou estrangeiros, podem vir a ser submetidos ao RDD (art. 52, §1º, Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984).

Paulo César Busato (2005, p. 4) afirma que o RDD seria produto do Direito Penal do Inimigo. Alega (BUSATO, 2005, p. 3) que o Regime Disciplinar Diferenciado o faz, pois

submete o condenado “[...] a um esquema de isolamento completo, em cela individual, sem mais razões do que as que derivam de um juízo de valor que pouco ou nada tem a haver com um direito penal do fato e muito mais com um Direito penal do autor”. A mera suspeita de pertencer a um bando criminoso e, não, propriamente, a prática de delito pode levar um encarcerado ao RDD, conforme o art. 52, §§1º e 2º, Lei de Execuções Penais.

Assim, o RDD se destinaria a determinada classe de autores eleitos pela potencial periculosidade: “A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos””. (BUSATO, 2005, p. 4)

Em 17 de maio de 2006, foi aprovado no Senado projeto denominado “pacote antiviolença” - o PLS nº 179/05. A proposta legislativa aconselha adicionar um “RDD do RDD” ao já modificado art. 52 da Lei de Execuções Penais. No novo regime de segurança máxima, acusados de pertencer a uma “organização criminosa” ficariam em custódia de isolamento por até 720 dias, com possibilidade de prorrogação ou repetição.

5. REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO, UM “MAL MENOR”?

Jakobs (2005, p. 37, 49 e 50) defende que uma forma de Direito Penal do Inimigo devidamente regulamentado seria menos prejudicial, do que suas disposições serem adotadas na prática, sem especificação legal adequada que lhe dê sustentação jurídica, ou que se faça presente de maneira marginal em meio a enxertos no ordenamento jurídico ordinário. “Um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo.” (JAKOBS, 2005, p.49-50).

Compartilha dessa opinião Jesús-Maria Silva Sánchez (2002, p.150-151). Para o Jurista espanhol, o Direito Penal do Inimigo restrito a casos de real emergência, como “fenômenos especialmente graves”, seria juridicamente válido.

Mesmo considerando um malefício essa forma de Direito Penal, caso seja regulamentada e restrita, constituiria um “mal menor” (SÁNCHEZ, 2002, p.151). Contudo, toda forma de Direito Penal seria um mal, já que implicaria em caso de desobediência à norma, numa sanção (as instâncias de controle formal do delito seriam basicamente coativas).

O Direito Penal do Inimigo, porém, já estaria presente em vários ordenamentos jurídicos, como constata Luiz Flávio Gomes (2004, p. 1). Para Jesús-María Silva Sánchez (2002, p.151), a expansão dessa teoria jurídica seria inevitável, já que alguns estados oportunamente vêm se valendo de condição de permanente emergência para manter, sem revisões ou restrições, a legislação que adota mandamentos do Direito Penal do Inimigo:

[...] senão que os Estados, ao contrário, vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica, que *Moccia* criticara com agudeza, da *perene emergência*. À vista de tal tendência, não creio que seja temerário prognosticar que o círculo do

Direito Penal dos “inimigos” tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer. (SÁNCHEZ, 2002, p.151) (grifos do autor)

Diante desse prognóstico da ocorrência de um círculo intermitente de crescimento do Direito Penal do Inimigo (SÁNCHEZ, 2002, p.151), em que ponto se encaixaria no contexto da dinâmica do Direito Penal? Jesús María Silva Sánchez (2002, p.148) aponta que o Direito Penal do Inimigo seria uma forma de Direito Penal de terceira velocidade.

5.1 Direito Penal de terceira velocidade

Luiz Flávio Gomes (2004a, p. 1) considera que o Direito Penal do Inimigo seria uma forma de anti-Direito Penal - um não-Direito Penal. Para o Jurista brasileiro (GOMES, 2004, p.1),

Se Direito penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a constituição democrática de cada Estado, urge concluir que “o Direito penal do cidadão é um pleonasmo e o direito penal do inimigo é uma contradição”. O direito penal do inimigo é um “não direito”, que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais.

Já Jesús María Silva Sánchez (2002, p.151) considera o Direito Penal do Inimigo como de terceira velocidade, viável, desde que seja feita “[...] uma revisão permanente e especialmente intensa da concorrência dos pressupostos de regulações dessa índole.”

O que seria, então, Direito Penal de terceira velocidade, no qual o Direito Penal do Inimigo estaria inserido? Antes de responder a essa indagação, necessário se faz abordagem preliminar do que seriam Direitos Penais de primeira e segunda velocidade.

O Direito Penal de primeira velocidade diz respeito ao Direito Penal “da prisão”, “[...] na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais”. (SÁNCHEZ, 2002, p.148)

O Direito Penal de primeira velocidade buscaria, assim, conciliar a pena de prisão com direitos e garantias constitucionais básicos para eventualmente condenar uma pessoa a uma sanção que implique perda de liberdade, todo o trâmite prenunciado pelo Direito Penal Constitucional. Desse modo, conforme defende a maioria dos doutrinadores (GRECO, 2006, p.149), para se considerar que ocorreu crime, “[...] é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável”. (GRECO, 2006, p.149)

Na dinâmica do conceito analítico de crime empregado no Brasil (GRECO, 2006, p.149), primeiro se apura o fato típico (conduta do agente) e depois o seu autor. O fato típico (teoria finalista) trata da conduta dolosa do agente, o resultado dessa conduta, o nexos de causalidade entre a conduta dolosa e o resultado, bem como a tipicidade, ou seja, a adequação do ato praticado a um tipo penal descrito na norma vigente (GRECO, 2006, p.150).

Após isso, verifica-se se o fato praticado foi ilícito e culpável (GRECO, 2006, p.150-151). Na ilicitude, ocorre “[...] relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico.” (GRECO, 2006, p.150) Pode ser que, mesmo praticando fato descrito como crime, o agente não sofra penalidade, caso haja alguma excludente de ilicitude (justificante) conforme determina o art. 23 do Código Penal brasileiro.

Na culpabilidade se fará o juízo de censura sobre a conduta ilícita do agente. Ou seja, na concepção finalista de Wezel (apud GRECO, 2006, p.407), o agente, com livre arbítrio para agir e conhecimento da ilicitude (proibição) de praticar determinada conduta, ainda sim o faz. Dessa forma, os elementos da culpabilidade seriam a capacidade de entender que aquela conduta praticada é ilícita, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade. (GRECO, 2006, p.150) Caso haja comprometimento de algum desses elementos, poderá haver exclusão da culpabilidade (exculpante).

Quanto ao Direito Penal de segunda velocidade, concerne às penas de privação de direitos e pecuniárias (SÁNCHEZ, 2002, p.148). A judicialização do procedimento seria similar ao que ocorre no Direito Penal de primeira velocidade, com o efeito de pena aplicada pelo ilícito cometido; não existiria, todavia, sanção na forma de pena de prisão (SÁNCHEZ, 2002, p.145).

A força com que incide a norma seria minorada, de forma a proporcionar “[...] flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.” (SÁNCHEZ, 2002, p.148) No âmbito do Direito Penal econômico, no entanto, haveria flexibilização das regras de imputação e dos princípios políticos criminais a fim de conciliar uma “[...] função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista.” (SÁNCHEZ, 2002, p.145)

O Direito Penal de terceira velocidade, por sua vez, representa aquele em que “[...] o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”. (SÁNCHEZ, 2002, p.148) Luiz Flávio Gomes (2004, p. 2) assevera que o Direito Penal do Inimigo seria forma de Direito Penal de terceira velocidade, já que implica imposição de pena de prisão sem garantias processuais e penais.

Quem seria a clientela dessa terceira velocidade do Direito Penal? O Jurista espanhol revela que essa forma de Direito encontra seu espaço ao combater “[...] a delinqüência patrimonial profissional, a delinqüência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade organizada.” (SÁNCHEZ, 2002, p.148)

Jesus Maria Silva Sánchez (2002, p.149), como aventado, defende que tal forma de Direito Penal seja reservada para casos excepcionais, em que seja inevitável e de atuação

limitada. Ao entender o Direito Penal do Inimigo como Direito Penal de terceira velocidade, o Jurista espanhol explica que

[...] convém ressaltar que o Direito penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos de “emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação. (SÁNCHEZ, 2002, p.150)

5.2 Processo penal do inimigo

No que concerne a uma regulamentação do Direito Penal do Inimigo em âmbitos nacional e internacional, já se poderia mencionar um procedimento processual próprio do mesmo? Segundo Diogo Rudge Malan (2006, p.223-259), sim. Em um processo penal do inimigo, a imparcialidade do juízo, tão cara ao sistema de justiça defendido pelo Estado Democrático de Direito (MALAN, 2006, p.230), cede a uma “[...] *procedura decisionistica e inquisitória fondata sul principio, schiettamente político, dell`amico/nemico.*” (FERRAJOLI, apud MALAN, 2006, p.230)

Assim, o processo penal do inimigo teria dentre suas características a “[...] conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional e a transformação do processo penal em instrumento da *luta* contra a criminalidade organizada” (MALAN, 2006, p.230). Por conseguinte, o acusado estigmatizado como inimigo não seria julgado pelos fatos concretos a ele atribuídos, senão por uma “[...] *técnica d`inquisizione sulla persona* [...]”. (FERRAJOLI, apud MALAN, 2006, p.231)

Outro instituto muito afeito ao processo penal do inimigo constituiria a incolumidade do preso sob custódia do poder estatal, inclusive com a vedação da comunicabilidade com o defensor constituído do inimigo sob custódia, com o fim de não se

pôr em risco a vida, a integridade física e a incolumidade de terceiros (MALAN, 2006, p.231).

Outros mecanismos apontados como decorrentes do arsenal do Direito Penal do Inimigo representariam

(i) prisões para averiguação, decretadas com base em mera suspeita, com dispensa de autorização judicial; (ii) mecanismos de delação premiada; (iii) julgadores de exceção, ou seja constituídos casuisticamente, após a prática da infração penal, muitas vezes com identidade sigilosa (juízes sem rosto); (iv) regimes de execução penal sem nenhum direito para o apenado. (MALAN, 2006, p.231)

5.2.1 Processo penal do inimigo no Brasil

Já existe, no Brasil, forma legislativa de regulamentação do Processo Penal do Inimigo nos moldes das leis norte-americanas, decorrentes dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001? A Lei nº 9.034/95, contra o crime organizado, “[...] pode ser caracterizado como um subsistema de Processo penal do inimigo incrustado no ordenamento jurídico brasileiro”. (MALAN, 2006, p.235)

Dentre os principais institutos presentes na Lei de Combate ao Crime Organizado - LCO (Lei nº 9.034/95) que caracterizariam neste Diploma legislativo o subsistema do Processo Penal do Inimigo, destacam-se a infiltração de agentes de polícia ou inteligência no cerne da criminalidade organizada (art. 2º, V); a instituição de regime inicial de cumprimento da pena obrigatoriamente fechado (art. 10º). Além desses, ressalta-se a proibição de concessão de liberdade provisória ao agente com efetiva participação na criminalidade organizada (art. 7º).

A crítica que se faz ao agente infiltrado reside na possível autorização do agente estatal para praticar delitos “[...] a pretexto justamente de combatê-los”. (MALAN, 2006,

p.238) Membros da quadrilha e terceiros seriam, eventualmente, induzidos à prática de crimes por parte dos agentes infiltrados ou seriam até realizadas “[...] extorsão de declarações ou qualquer outra forma de auto-incriminação [...]”, comprometendo assim direitos processuais que existem para os cidadãos de maneira geral. (FIGUEIREDO, apud MALAN, 2006, p.239)

Outra fonte de crítica ao Dispositivo legislativo se concentraria na fixação do regime integralmente fechado de cumprimento de pena do condenado, não importando a quantidade de pena imposta ao réu. (MALAN, 2006, p.241) Ou seja, bastaria o condenado ser considerado membro de “[...] quadrilha ou bando, ou organizações criminosas ou associações criminosas de qualquer tipo” (art. 1º da Lei nº 9.034/95) para iniciar o regime de pena em sistema mais gravoso à sua liberdade.

A supressão da liberdade provisória na LCO adviria do fato de o acusado ter sido enquadrado na prática de certa categoria de crime (MALAN, 2006, p.240). O conceito, empregado pelo art. 7º da LCO para negar a liberdade provisória é o da “intensa e efetiva participação em organização criminosa”, o qual, por ser por demais vago, “[...] desvirtua a natureza cautelar da prisão processual no sistema acusatório, transformando-a em instrumento de punição antecipada do réu”. (MALAN, 2006, p.240)

Com o intuito de neutralizar riscos representados por determinada categoria de grupos de indivíduos enquadrados “[...] no vago conceito de organizações ou associações criminosas de qualquer tipo – abrandou de forma excessiva ou até mesmo suprimiu pura e simplesmente diversas garantias processuais”. (MALAN, 2006, p.241)

5.3 Direito Penal do Inimigo e processo penal do inimigo na esfera das legislações internacionais

A repercussão no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo de determinados Estados, decorrentes dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 aos EUA, foi, em teoria, profundamente contundente no que se refere ao aumento de poderes dados às instâncias de segurança interna e externa desses Estados. Seguiu-se a promulgação de atos normativos que levaram a diminuição, e muitas vezes até a anulação, de direitos e garantias individuais em nome da busca de uma forma de segurança hegemônica e da vingança de sangue frente aos terroristas que, com suas ações, ameaçam intimidar a todo-poderosa civilização ocidental.

Mariano Maresca (CONTRERAS (coord.), 2005, p.90), a partir das considerações do livro Dostoievski en Manhattan de Aunque Glucksman (MARESCA; CONTRERAS (coord.), 2005, p.90), argumenta que os atos terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos representariam a volta de uma forma de destruição niilista que reivindicaria tão-somente “[...] *destruir todo lo existente*” (MARESCA; CONTRERAS (coord), 2005, p.90) e estabeleceria “[...] *una estratégia positiva de la crueldad: la crueldad asumida en sentido positivo, como un valor, la destrucción como un objetivo que se legitima a sí mismo, lá acción destructiva inmanente a sí misma*”. (MARESCA; CONTRERAS (coord), 2005, p.90)

Esse desejo de aniquilar se assemelharia, em parte, às ações dos niilistas russos da segunda metade do século XIX, que, tais quais os terroristas de 11 de setembro, eram “fanáticos ilustrados” (MARESCA; CONTRERAS (coord.), 2005, p.90), que se voltaram ao terror não por sadismo ou ignorância intelectual e, sim, por um desencanto diante do que socialmente existe e um ideal do que deveria ser essa sociedade.

Enxergariam, na destruição e no assassinato “seletivo”, um ato válido de revolta e redenção individual, já que os próprios terroristas vão com o ataque sucumbir seja no próprio ato seja como punição a esse. “Aquele que mata só é culpado se consente em continuar vivendo ou se, para continuar vivendo trai os irmãos. Morrer ao contrário, anula a culpabilidade e o próprio crime.” (CAMUS, 1996, p.202)

Como combater esse tipo de inimigo já que ele nada reivindica, e os efeitos da punição lhe são indiferentes, bem como nenhum bem material ou forma de prazer terá efeito de seduzi-los? A resposta dos estados que recentemente sofreram ataques terroristas do estilo elencado acima, parece ser, em tese, reagir com uma crueldade institucionalizada a essas ações. Não haverá garantias ou direitos individuais para proteger os terroristas de serem neutralizados.

5.3.1 *Regulamentação de uma forma de Direito Penal do Inimigo nos Estados Unidos da América*

Um das mais contundentes iniciativas legais no combate ao terrorismo após 11 de setembro de 2001 foi a Ordem Militar Presidencial estadunidense de 13 de novembro de 2001, que versa sobre detenção, tratamento e julgamento de alguns não-cidadãos na guerra contra o terrorismo (MALAN, 2006, p.232).

Tal ato normativo incide na hipótese de o indivíduo ser considerado suspeito de “[...] (i) integrar ou ter integrado a organização terrorista conhecida como *Al Qaeda*, (ii) praticar qualquer ato terrorista, ou ato preparatório deste último, ou até mesmo simplesmente ter conspirado para praticá-lo; (iii) hospedar qualquer pessoa referida nos itens anteriores”. (MALAN, 2006, p.232) Essa Ordem Militar permite que em outras hipóteses o indivíduo possa ser enquadrado como suspeito se isso for de interesse dos Estados Unidos da América (MALAN, 2006, p.232).

A competência para julgar os etiquetados como terroristas (inimigos) seria de “comissões militares” para as quais juízes, acusadores e defensores são diretamente nomeados pelo Secretário de Defesa, dentre integrantes das Forças Armadas (MALAN, 2006, p.232). As regras do procedimento processual ordinário aos cidadãos americanos não se aplicariam em tal dispositivo normativo frente aos inimigos terroristas.

Diante de tal “direito de guerra”, Diogo Rudge Malan (2006, p.234) afirma que “[...] a Ordem Militar Presidencial em questão é exemplo paradigmático de utilização do Processo Penal do Inimigo, eis que ela, ao omitir o procedimento penal que será observado, cria *uma relação bilateral entre uma estrutura inquisitória, de um lado, e o acusado, do outro*”. (MALAN, 2006, p.234)

Outro dispositivo normativo que pode ser incluído na denominação Direito Penal do Inimigo seria o Ato Patriótico. O *Patriotic Act* é abreviatura de *Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* (em tradução aproximada, garantir as ferramentas adequadas para interceptar e obstruir o terrorismo). Foi promulgado logo 45 dias após os atentados de 11 de setembro de 2001.

Dentre os dispositivos dessa Legislação Federal de emergência, encontram-se a permissão para se realizarem buscas em domicílios sem mandado judicial e sem necessidade da presença do dono da propriedade ou do locatário (GERMANO, 2002, p. 1). A competência dos serviços de informação sobre a vigilância das pessoas foi significativamente ampliada, sendo que tais informações podem ser compartilhadas e trocadas pelas diversas agências de segurança (GERMANO, 2002, p. 1)

O legado do combate ao terrorismo por parte dos Estados Unidos (e de suas legislações de emergência) pode ser verificado em conflitos bélicos ao redor do mundo, bem como na prisão americana em Guantamo, onde inimigos combatentes se encontram neutralizados.

Havia em 2006 aproximadamente 558 presos em Guantanamo confinados por sua potencial periculosidade, sem tipificação penal específica, submetidos a técnicas de interrogatório que seriam “[...] um arcabouço legal para a tortura. Estão, portanto, oficialmente autorizados expedientes como a “[...] exposição a temperaturas extremas e o ajuste do horário de sono”, que é a troca do dia pela noite.” (MONTEIRO, 2006, p. A25)

Pelo fato de serem inimigos combatentes, os presos em Guantanamo não seriam protegidos pela convenção de Genebra. Logo, diante da inexistência de escopo legal que assegure um mínimo de direitos e garantias fundamentais aos inimigos combatentes, estes se encontram a mercê do poder que os confina, segundo um relatório da Comissão de Direitos Humanos da ONU (Apud MONTEIRO, 2006, p. A25):

Algumas das técnicas, em particular, o uso de cachorros, exposição a temperaturas elevadas, privação de sono por vários dias consecutivos e isolamento prolongado foram interpretados como causadores de grave sofrimento físico. [...] Ele ficou por 13 meses em regime de confinamento solitário em uma cela subterrânea. Era rotineiramente espancado. Só recebia comida podre e era proibido de usar o banheiro.

5.3.2 *Ecos do Direito Penal do Inimigo na legislação de outros países*

Outras localidades (muitas das quais sofreram ataques terroristas no passado e no presente) também adotaram legislação anti-terroristas a fim de complementar outras leis que já estavam em vigor e visavam combater tais atos. Jakobs (2006, p.59) revela que a Alemanha já possuía desde 1986 (possivelmente para combater os ataques da gangue bolchevique das brigadas vermelhas) leis anti-terroristas e, em 2003, “[...] se aprobó otra Ley de lucha contra el terrorismo, en transposición de una decision marco del consejo de la União Europea, y también la norma legal promulgada poco antes, lhamada de modo neutro ³⁴ Ley de

Modificación del Derecho penal>, forma parte de lãs leyes de combate dirigidas contra el terrorismo.”

Tal ato normativo enseja a punição de uma série de atos preparatórios, como a punição criminal pela criação de associações terroristas (JAKOBS, 2006, p.60). Outra lei anti-terrorista apontada por Jakobs (2006, p.77) consiste na lei de seguridade aérea que dá permissão de se abater uma aeronave que pretenda ser usada para atacar vidas humanas. E no caso de essa aeronave ser um avião de grande porte repleto de passageiros? Segundo Jakobs (2006, p.78), nesse caso se poderia agir de forma a abater o avião, pois o Estado “[...] *despersonaliza cuando exige ese sacrificio de sujetos no responsables*”. (JAKOBS, 2006, p.78)

Tal preceito, que permite que o Estado eventualmente tome vítimas como não-pessoas, assumindo eventualmente esse dano colateral, autoriza frente aos terroristas tratamento no mínimo similar (JAKOBS, 2006, p.78):

Si, por lo tanto, el Estado, en caso de extrema necesidad, incluso frente a sus ciudadanos que no son responsables de ella, no conoce tabú alguno, sino hace lo necesario, mucho menos podrá imponerse tabues en él ámbito de lãs medidas para la evitación de esa extrema nesecidad dirigidas contra terroristas, es decir, contra quienes generan la situacion de necesidad, al menos no dentro del marco de lo necesario: está es la fuerza sistemática explosiva del precepto.

Em 2003 a rainha Elisabeth II, da Inglaterra, anunciou um projeto de lei de combate ao terrorismo (Lei da Contingência Civil), que amplia sobremaneira os poderes dos órgãos de segurança ingleses: “O referido projeto prevê proibição de reuniões, toque de recolher, isolamento de regiões inteiras, confisco e suspensão de direitos e garantias individuais.” (FÜHRER, 2005, p.104)

Francisco Munoz Conde (2005a, p.39) explica que as reformas penais ocorridas em 2003, que trouxeram mudanças ao Código Penal espanhol, trouxeram algumas

características do Direito Penal do Inimigo. Dentre elas, estão alguns exemplos de penas desproporcionais no caso do tráfico de drogas e terrorismo (CONDE, 2005a, p.39).

Outro ponto elencado pelo Jurista espanhol concerne ao rotulado (CONDE, 2005a, p.40) “*Un régimen de dureza extrema [...]*”, que diz respeito a novo regime de pena para alguns atos criminalizados, de até quarenta anos, sem possibilidade de pleitear liberdade condicional ou redução do tempo de condenação (CONDE, 2005a, p.40). Um exemplo de intervenção antecipada (preventiva) do Direito Penal adviria com a criminalização do enaltecimento e a justificação do terrorismo por parte desse novo Código Penal.

5.4 Tribunais e Legislações de Emergência

Os tribunais dos países que adotaram legislações de emergência as quais conteriam, em tese, ecos do Direito Penal do Inimigo vêm se opondo a certas previsões normativas contidas nessas oportunistas legislações. Alguns juízes norte-americanos têm se insurgido contra partes dos dispositivos presentes no Ato Patriótico e no modo como vem sendo gerida a custódia de segurança dos “inimigos combatentes”, reclusos em Guantanamo (CONDE, 2005a, p.44):

Afortunadamente, en ese mismo país algunos jueces han considerado inconstitucionales muchos de esos preceptos por infringir derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso, a la intimidad, etcétera; aunque lo cierto es que de un modo u outro siguen estando vigentes y dando lugar a situaciones como la de los presos afganos en la base norte-americana de Guantánamo [...], y la de los abusos y torturas de los presos iraquíes en el cárcel de Abu Graigh.

A Corte Suprema da Inglaterra (Câmara dos Lordes), em dezembro de 2004 (CONDE, 2005a, p.45), invalidou a lei que permitia a detenção de estrangeiros por tempo indeterminado sem julgamento em caso de suspeita de prática terrorista (GOMES, apud RAMOS, 2006, p. 2). Segundo Marcel Figueiredo Ramos (2006, p. 2), tal decisão não

surpreende: “A Corte inglesa, ao invalidar a citada medida antiterror, nada mais fez que se ajustar a uma consolidada jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos. Há anos essa Corte, fundada na Convenção respectiva, não aceita qualquer tipo de abuso legislativo em matéria de prisão”.

Essa tendência de “amenizar” os atos normativos de emergência se mostram, em tese, como forma de regulamentação de certos mandamentos inerentes ao Direito Penal do Inimigo. Uma das mais interessantes posições jurídicas sobre práticas extremas cometidas em nome da segurança do Estado são os assassinatos seletivos feitos pelo estado de Israel contra suspeitos de práticas terroristas.

Recentemente, em 2006, a Suprema Corte Israelense teria decidido de maneira ambígua a respeito do tema (S.A, EFE. In: Folha *On Line*, 2006, p. 1), considerando que em alguns casos limitados se poderia praticar essa forma de assassinato seletivo: “As limitações a execuções extrajudiciais, entre outras, são de que as ações não contrariem a legislação internacional e de que os civis inocentes afetados sejam indenizados”. (S.A, EFE. In: Folha de São Paulo, 2006, p.1)

6 ETERNA QUESTÃO DE JUVENAL: “QUEM VIGIA O VIGIA?”

Uma questão colocada pelo poeta satírico romano Juvenal (60-140d.c) - *Sed quis custodiet ipsos custodes?* (em tradução aproximada, Quem vigia o vigia?) - ainda permanece em aberto, na atualidade, notadamente num país como o Brasil, em tese, tão carente de controle para suas próprias instâncias de controle penal formal (ANDRADE, 2003b, p 23).

Como controlar aqueles que detêm o poder? Como impedir que esses ajam segundo sua vontade e desejos, fazendo de suas simpatias e preconceitos a norma? Nesse ponto, os códigos legais escritos podem ser considerados como marco na busca por tratamento igualitário de cidadãos de determinada sociedade em um momento histórico próprio.

Surge, em tese, algo acima da vontade dos detentores do poder, qual seja, o reconhecimento da supremacia da lei: “[...] sob a lei escrita, a justiça é distribuída imparcialmente ao fraco e ao poderoso, o mais fraco, se ofendido, pode falar em termos iguais com o rico, e o menor prevalecer contra o maior, se sua causa for justa”. (EURIPEDES, apud GUTHRIE, 1995, p.70)

Quadro ilustrativo desse marco histórico da supremacia da lei sobre os desejos do tirano e dos seus bajuladores é a história contida na obra do historiador Heródoto de um diálogo entre o rei deposto de Esparta Demarato e Xerxes. O Soberano persa perguntou ao espartano (GUTHRIE, 1995, p.70) por que os gregos haviam de lutar, já que livres não tinham nenhum soberano comum que os mandasse enfrentar essa empreitada; Demarato respondeu que:

Eles são livres, sim, respondeu Demarato, “mas não inteiramente livres, pois tem um senhor, e o senhor é a Lei, a quem temem ainda mais que teus súditos a ti. O que quer que mandar este mestre, farão, e sua ordem é sempre a mesma. Eles não lhes

permite fugir em batalha, venha o que vier, urgindo-os a se manterem firmes, conquistar ou morrer”. (HERÓDOTO, apud GUTHRIE, 1995, p.70)

Somente a supremacia da lei não seria, contudo, suficiente para garantir efetiva limitação da atuação daqueles que detêm o poder, já que ficariam responsáveis pela confecção, aplicação e fiscalização dos atos normativos. Um Mecanismo eficaz para se reduzir a capacidade de abuso de poder foi concebido na Idade Moderna por Montesquieu - trata-se da tripartição dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário (BURNS, 1989, p.491):

Admitida que é tendência natural do homem abusar de qualquer poder e que, por conseguinte, todo governo, qualquer que seja sua forma é suscetível de degenerar no despotismo. A fim de prevenir tais resultados, a autoridade do governo deve ser dividida em seus três ramos: poder legislativo, executivo e judiciário. Sempre que se permite que dois ou mais desses poderes sejam enfeixados nas mesmas mãos a liberdade perece [...]

Outro elemento que restringe sobremaneira o poder estatal e os seus conseqüentes excessos seriam os direitos e as garantias fundamentais. Construídos ao longo de séculos, mediante o sangue e o sofrimento de milhares de seres humanos, esses direitos teriam se feito presentes, formalmente e com mais intensidade, a partir do início da Era Contemporânea, com as revoluções americana e francesa (COMPARATO, 2004, p.49).

Conforme observou nessa época (início da Era Contemporânea) o revolucionário francês Saint Just (1767-1794), existiria uma idéia nova na Europa, a de uma forma de felicidade destinada a todos os cidadãos por intermédio de um sistema legal que formalmente nivelasse os seres humanos na mesma seara de direitos e obrigações (CAMUS, 1996, p.142-143).

No art. I da Declaração “o bom povo da Virgínia”, de 16 de junho de 1776, posteriormente reproduzido na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (COMPARATO, 2004, p.49), o direito à busca da felicidade advinda de prerrogativas

igualitárias legalmente asseguradas é abarcado pelo ato normativo promulgado (Apud COMPARATO, 2004, p.49):

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar obter a felicidade e a segurança.

Posteriormente outros direitos (econômicos e sociais) foram sendo incorporados pelas construções constitucionais erigidas em diversos países do mundo (em especial Alemanha e México) que visavam, sobretudo, proteger os grupos sociais historicamente apartados: “O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização”. (COMPARATO, 2004, p.52)

Na segunda metade do século XX, com os países mais poderosos do planeta extenuados pela Segunda Guerra Mundial, foi possível a mobilização de caráter global para se promulgar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e uma série de outros tratados com temática semelhante, nas décadas que se seguiram.

Luis Garcia Martín (2005, p.210) ressalta que a trajetória histórica da Democracia e do Estado de Direito se caracterizam (dentre outros) por busca constante “[...] *por la limitation y la reducción del ejercicio del poder punitivo, esto es, de la fuerza y de la coacción física del poder, mediante la ficación y progresivo desarrollo del valor de la dignidad del ser humano [...]*”.

Ante todo esse arcabouço de supremacia legal e garantias e direitos individuais, na busca por ofertar condições mínimas de dignidade universal a todos os seres humanos, uma das funções precípuas do Direito Penal da atualidade seria, segundo Zaffaroni (Apud MARTIN, 2005, p.206), “[...] *la función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo*”.

Logo, o Direito Penal contemporâneo, ao se insurgir contra a aplicação desmedida da força física e da coação “*de un poder superior*” (MARTÍN, 2005, p.206) frente aos cidadãos, estabelece limite para as punições estatais, mostrando-se por conseguinte antagônico ao Direito Penal do Inimigo.

A despeito da construção jurídica sobre a função do Direito Penal na atualidade elaborada por Zaffaroni (Apud MARTÍN, 2005, p.206), o Direito Penal do Inimigo amplia os horizontes da punibilidade, permitindo que significativa quantidade de poder repouse em mãos das instâncias de segurança penais formais, autorizando a realização de investigações secretas, a obtenção de provas por meios hoje tido como ilícitos.

Ademais, a presunção de inocência resta revogada, uma vez que um suspeito poderá ser detido e condenado “[...] já no estado prévio” (JAKOBS, 2005) em razão de sua potencial periculosidade. Como pondera Alejandro Aponte (2005, p.25):

[...] existen múltiples normas que desde el derecho penal, material y procesal, acarretan el peligro de convertir la sancion penal en sancion desinstitucionalizada. La amenaza del desborde penal es en ellas evidente; en la lucha contra la amenaza, el derecho penal se convierte él mismo, en gran amenaza.

Sem direitos e garantias individuais, os estigmatizados como inimigos ficariam sob o jugo dos agentes estatais, que teriam a faculdade de estabelecer qual tratamento seria o mais adequado para aqueles inimigos que se encontram encarcerados. No caso do combate a eles, a tática seria a da “guerra contida” (JAKOBS, 2005, p.37).

Como, então, evitar que o Direito Penal do Inimigo não escape ao controle e cometa toda sorte de abusos, transformando uma situação de “guerra contida” (JAKOBS, 2005, p.37) em uma guerra total na qual ocorre uma espécie de “vale tudo” em que toda espécie de atrocidade e desrespeito à dignidade humana é bem-vinda, em nome do restabelecimento da segurança ou da vitória final (GOMES, 2004a, p. 4)?

Luís Mir menciona que (2004, p.122) “A tipificação de inimigo conduz necessariamente à idéia de aniquilamento físico.” Logo, não seria bem recebida na dialética democrática (MIR, 2004, p.122). Como cita Rawls (Apud MIR, 2004, p.122), as sociedades democráticas não declarariam guerra entre si, já que não teriam o pressuposto amigo/inimigo em seu cerne e “[...] muito menos, o principio da luta mortal, o antagonismo radical” (MIR, 2004, p.122).

6.1 Criminalidade de Governo

O Direito penal do inimigo colocaria a espada de Dâmocles sobre a cabeça dos cidadãos. A danação iminente paira sobre os descontentes. Caso esses se insurjam, de maneira duradoura contra a estrutura normativa vigente, poderão padecer como não pessoas. Em tese, é negado o direito de revolta explícita e resistência ante até mesmo uma tirania, uma vez que o questionamento ao poder constituído poderia conduzir a um nefasto estado de anômia.

Mas e se for a própria estrutura estatal, corrompida e degenerada, a responsável pela degradação do tecido social? Não poderá o Direito penal do inimigo atuar, de forma a conter essa ameaça? De fato, Certas esferas de poder estatal e econômico parecem ser parcial ou totalmente imunes aos ditames do Direito penal, figurando num limbo jurídico, que tende a tratar somente os iguais de maneira igual. As cifras douradas da criminalidade, representadas pelos criminosos de colarinho branco são convenientemente esquecidas em meio à burocracia estatal. Os mimados filhos dos privilégios sempre encontram mecanismos de ascensão sem ter de passar pelas provações as quais se submetem o homem comum.

O jurista alemão Nauke (Apud, SÁNCHEZ, 2002, p.150) defende que a teoria jurídica do Direito penal do inimigo deveria ser posta em prática, no combate a criminalidade

de estado onde sejam violados, dentre outros, os princípios da legalidade e irretroatividade. Assim, aqueles agentes estatais e seus corruptores, covardes e bajuladores de todos os órgãos de poder e matizes políticas poderiam eventualmente serem considerados como traidores internos do pacto social e tratados como inimigos.

6.2 Terrorismo de Estado

George Orwell (1903-1950), na sua obra literária 1984, discorre sobre a dinâmica de uma sociedade que tem seus membros controlados por um Estado que pretende ser onipotente, onisciente e onipresente. Nada importa aos senhores dessa sociedade senão “[...] o poder por amor ao poder. Não estamos interessados no bem-estar alheio; só estamos interessados no poder” (ORWELL, 2006, p.251).

Um dos principais instrumentos para se manter essa sociedade sob controle era inculcar nos cidadãos um medo atávico ante a crueldade estatal sem limites ou regras, da qual aqueles elegidos como desviantes inimigos não teriam como escapar (ORWELL, 2006, p.244):

- Não imagines que te salvarás, Wilson, por mais completamente que te rendas. Quem se desvia uma vez nunca é poupado. E mesmo que resolvamos permitir que vivas até o fim normal da tua vida, não nos escaparás. O que acontece aqui dura para sempre. Compreende isso, antecipadamente. Havemos de te esmagar até o ponto de onde não se volta. Vão te acontecer coisas das quais não poderias te recuperar nem que vivesses mil anos. Nunca mais poderás experimentar sensações humanas comuns. Tudo estará morto dentro de ti. Nunca mais serás capaz de amor, amizade, ou alegria de viver, riso curiosidade, coragem ou integridade. Serás oco.

Em princípio, tal obra de ficção não seria apenas produto de uma mente moribunda (George Orwell ao escrever essa obra se encontrava gravemente enfermo). Muitas vezes o que se retratou nessa obra literária seria nada mais que fragmentos da realidade, obscuros momentos históricos pelos quais a humanidade atravessou (e em alguns locais ainda

atravessa). Certos regimes de governo também teriam dotado seus aparelhos de repressão de poder ilimitado, profundamente coercitivo, que não conheceria direitos ou prerrogativas individuais, a fim de anular qualquer vontade contrária àquela designada pelos detentores do poder.

Albert Camus (1996, p.210-211) destaca que o terrorismo de Estado na forma como existiu na Alemanha nazista fez do combate ao inimigo sua razão de existir (CAMUS, 1996, p.210-211):

[...] não podiam prescindir de inimigos. Dândis frenéticos, só podiam ser definidos em relação a esses inimigos, só podiam assumir uma forma no combate ferrenho que iria abate-los. O judeu, os maçons, as plutocracias, os anglo-saxões, o eslavo bestial se sucederam na propaganda e na história para reerguer, cada vez um pouco mais alto, a força cega que marchava para o seu fim. O conflito perpétuo exigia estimulantes perpétuos.

Essa luta sem fim contra um inimigo (real ou imaginário) forte o suficiente para ameaçar mas não para tomar o poder, permitiria que a sociedade se curvasse ante a proteção de um grande Estado: “Fácil constatar, então, que a figura do ‘Inimigo’, através de sua existência no (in)consciente coletivo, se presta a ser excelente política para a tomada, manutenção ou recuperação de poder interno” (GERBER, 2005, p. 6).

CONCLUSÃO

O Direito Penal do Inimigo consiste de teoria penal que segue tentadora linha radical, segundo a qual, sob a égide de emergência ou perigo iminente, tenha o Estado o poder de suprimir direitos e garantias individuais dos etiquetados como inimigos, que devem ser neutralizados pelo golpe contundente da espada da Justiça.

Tal teoria jurídica se encontraria, em tese, inserida no momento histórico atual, quando a insegurança (SÁNCHEZ, 2002, p.32), real ou imaginária, frente a ameaças de ataques terroristas ou perpetuação de atos de extrema crueldade por bandos de criminosos, levam uma parcela significativa da população a exigir cada vez mais medidas implacáveis frente àqueles que a ameaçam.

A fim de se preservarem direitos e garantias daqueles que se mantêm como cidadãos e se neutralizarem efetivamente os inimigos, Jakobs (2005, p.21, 37 e 49) propõe que se estabeleçam dois ramos de Direito Penal dentro de mesmo sistema normativo. Assim, para os cidadãos de bem, ainda que se desviem temporariamente da norma, há forma de Direito Penal e Processo Penal nos moldes ordinários. Para o inimigo, procedimento de guerra, por meio do qual os vitoriosos fazem sua própria justiça. Por conseguinte, os inimigos seriam considerados não-pessoas, pois, se fossem tratados como cidadãos portadores de direitos e garantias individuais, poderia ocorrer violação à segurança dos demais membros do corpo social.

O Direito Penal do Inimigo estaria presente já, ainda que mitigado, em diversos ordenamentos jurídicos em âmbito internacional (GOMES, 2004, p. 3). Especificamente no Brasil, se encontraria em atos normativos recentes, como no RDD (Lei nº 10.792/2003) e na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 9.034/2005).

Uma vez que o Direito Penal do Inimigo estaria destinado a crescer, ainda que ilegítimamente, Jesus Maria Da Silva Sánchez (2002, p.151) argumenta que ele poderia ser viabilizado se utilizado em momentos de real emergência, quando houvesse uma situação de “ [...] pacificação insuficiente” (JAKOBS, 2005, p.22).

Por outro lado, como controlá-lo? Como se evitar que essa aparente (MASSON, 2006, p.151) “[...] pílula milagrosa, destinada a curar doenças capazes de contaminar os ordenamentos jurídicos penais em todo o mundo” não sirva em verdade como um pretexto para se instituir uma forma ainda que velada de “terrorismo de estado”, que sepultaria uma organização judiciária garantista que levou séculos para se formar e que ainda está em fase de aperfeiçoamento e consolidação?

Tal Teoria jurídica, ao retirar de certo grupo de indivíduos a condição de cidadãos e etiquetá-los como inimigos, não poderia eventualmente levar esses “criminosos de guerra” (GOMES, 2004, p. 4) a se autolegitimarem, questionando a legalidade do sistema jurídico, que oficialmente atuaria de forma antagônica (Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo) e legalmente arbitrária frente a alguns. Não se sentiriam esses estigmatizados como inimigos autorizados a responder com brutalidade ainda maior sobre a população (inimiga) aos excessos cometidos pelo Estado?

O Direito Penal já foi revanchista, cruel (em alguns locais do mundo continua sendo) e ilimitado. Os inimigos do passado tão ardorosamente combatidos se tornaram os grandes amigos do presente. O inverso também ocorre, demonstrando que é meramente conveniência política se elegerem amigos e inimigos em determinado momento histórico.

A dignidade humana, entendida como (MARTÍN, 2005, p.235) “[...] *um valor que remite a la idea de que algo merece la consideración de lo que es y de que, en consecuencia, debe ser tratado como lo que es y no como otra cosa distinta*”, não poderia ser simplesmente um princípio a ser barganhado (ganho ou perdido) com o Estado, como pleiteia, em tese, o

Direito Penal do Inimigo. Ou seja, em caso de desvinculação com o sistema normativo vigente, ou com a prática de um ato criminalizado particularmente grave, seja possível perdê-la. A dignidade seria inerente ao ser humano em sua estrutura ontológica.

Para Pufendorf (Apud MARTÍN, 2005, p.238), não se pode esperar de um ser humano comportamento obrigatoriamente bom ou mau; a natureza gostaria que o tratássemos como um “[...] *afin y semejante, ya que esta razón por si sola, aunque no hubiera ninguna otra, es suficiente para que el género humano forme una comunidad pacífica*”. (PUFENDORF, apud MARTÍN, 2005, p.140)

O Estado Democrático já possuiria mecanismos para normatizar situações de emergência por meio do Direito Penal ordinário (MARTÍN, 2005, p.217). Especificamente no Brasil, já haveria previsão constitucional do Estado de Sítio e do de Defesa (GOMES, 2004, p. 2) para os casos de situações sociais anormais (anômicas). Logo, como coloca Welzel (Apud MARTÍN, 2005, p.244), a busca pela conformação justa das relações sociais não pode significar a aniquilação do homem pelo homem; o Direito deve servir à Justiça e não simplesmente ao poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão da Segurança Jurídica: Do controle da violência à violência do controle geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

APONTE C., Alejandro. *Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un Derecho penal de la enemistad*. Bogotá: Temis, 2005.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo: Anti-semitismo, Imperialismo e totalitarismo*. Tradução de: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos - Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BONHO, Luciana Tramontin. Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 15 fev. 2007.

BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Volume III. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1989.

BURNS, Edward McNall. *Historia da Civilização Ocidental: Do homem das cavernas às naves espaciais*. Tradução de: Donaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Globo, 1989.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. *Mundo Jurídico*. São Paulo, set. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 fev. 2007, 16h50.

CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Gunther *et alii*. CALLEGARI, André Luís, e GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). *Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução de: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Tradução de: Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Editora Record, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

CONDE, Francisco Munoz. *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. Tradução de: Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.

_____. *El Nuevo Derecho Penal Autoritário: Consideraciones Sobre El Ilamado: “Derecho Penal Del Enemigo”*. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (coord.). *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

CIOTOLA, Marcello. *Os Atos Institucionais e o Regime Autoritário no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Duas Narrativas Fantásticas: A Dócil e O sonho de um homem ridículo*. Tradução de: Vadim Nikitin. São Paulo: Editora 34, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FÜHRER, Roberto Ernesto Maximiliano. *História do Direito Penal (crime natural e crime de plástico)*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GERBER, Daniel. *Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a velha estória de sempre. Jus Navigandi*. Teresina, a. 9, n. 820, 1º out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7340>>. Acesso em: 27 mai. 2006, 13h30.

GERMANO, Cristiano. *As Novas Leis de Segurança na Alemanha e Estados Unidos. Os efeitos para a comunicação local e global*. CEJ, Brasília, n. 19, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://72.14.209.104/search?q=cache:6dvlioWPCWoJ:www.cjf.gov.br/revista/numero19/artigo8.pdf+Ato+Patri%C3%B3tico+efeitos&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=2&gl=br>>. Acesso em: 12 fev. 2007, 17h05.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)*. *Revista Jurídica*. São Paulo, 2004. Disponível em:

<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2006, 17h40.

_____. Críticas à tese do direito penal do inimigo. *Última Instância*. São Paulo, 12 de out. 2004. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=5504>. Acesso em: 27 maio 2006, 13h30.

GRACIA, Martín Luis. *EL horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*. Valencia: Libreria Tirant lo Blanch, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GUTHRIE, W. K. C. *Os Sofistas*. Tradução de: João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

HERMAN Arthur. *A Idéia de Decadência na Civilização Ocidental*. Tradução de: Cynthia Azevedo e Paulo Soares. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Cancio Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

LIPSON, Leslie. *A Civilização Democrática*. Volume I. Tradução de: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: [s.e.], 1966.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução de: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2004.

_____. *Do Cidadão*. Tradução de: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: [s.e.], 2002.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 59, p.223-259, Mar e Abr. 2006.

MARCÃO, Flávio Renato. *Apontamentos sobre a função deletéria dos poderes legislativo e executivo em matéria penal*. Disponível em: <<http://ww1.jus.com.br/doutrina/texto.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2007, 22h47.

MARESCA, Mariano, CONTRERAS, Guillermo Portilha (coord.). *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: AKAL, 2005.

MASSON, Cleber Rogério. O Direito Penal do Inimigo. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

MELIÁ, Cancio Manuel, JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

MIR, Luís. *Guerra Civil, Estado e Trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

MONTEIRO, Rozane. Guantánamo: Horror Oficial pela Democracia. Relatório da ONU expõe detalhes da mistura de brutalidade e humilhação a que são submetidos os prisioneiros dos EUA. *Internacional*. Rio de Janeiro, p. A25-A26, Mar. 2006.

ORWELL, George. *1984*. Tradução: Wilson Velloso. São Paulo: Nacional, 2005.

RAMOS, Marcel Figueiredo. *Direito Penal do Inimigo: Violação a ampla defesa negativa?* Juristas.com.br, dez. 2006. Disponível em: <http://72.14.209.104/search?q=cache:V7YcbbhNUe4J:www.juristas.com.br/mod_espaco_aberto.asp%3Ft%3D254%26p%3D1+zaffaroni+direito+penal+do+inimigo&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=3>. Acesso em: 12 fev. 2007, 17h.

REGO, João. *O Regime Autoritário - Breve resenha. Tortura nunca mais*. 2004. Disponível em: <www.torturanuncamais.org.br/mtnm_his/his_golpe64/his_golpe_jr1.htm>. Acesso em: 15 fev. 2007, 11h15.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo. *Derecho Penal Online*. Argentina, 22 de dez. 2004. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com>>. Acesso em: 21 abr. 2006, 19h20.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

S.A. Israel toma decisão ambígua sobre "assassinatos seletivos." *Folha on line*. São Paulo, dez. 2006. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u102801.shtml>> Acesso em: 12 fev. 2007, 17h08.

VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIGARELLO, Georges, *História do Estupro: Violência Sexual nos Séculos XVI-XX*. Tradução de: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

VOLPI, Franco. *O Nihilismo*. Tradução de: Aldo Vannuchi. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.