

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ  
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA

RENAN RODRIGUES BENICIO

**UMA ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E  
SEUS EFEITOS SOBRE A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**

BACHARELADO EM DIREITO

Biblioteca UESPI PHB  
Registro Nº M.1399  
CDD 345  
CUTTER B467a  
V \_\_\_\_\_ EX. 02  
Data 21 / 05 / 15  
Visto [Assinatura]

UESPI/PARNAÍBA

2014

RENAN RODRIGUES BENICIO

**UMA ANÁLISE DA TEÓRIA DO DIREITO PÉNAL DO INIMIGO E  
SEUS EFEITOS SOBRE A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí – *Campus* Professor Alexandre Alves de Oliveira, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Gabriel da Silva Amorim.

PARNAÍBA/PI

2014

RENAN RODRIGUES BENICIO

**UMA ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E  
SEUS EFEITOS SOBRE A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí – *Campus* Professor Alexandre Alves de Oliveira, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Gabriel da Silva Amorim

Parnaíba/PI, 21 de Janeiro de 2014.

Banca Examinadora:

---

(Orientador – Gabriel da Silva Amorim)

---

(Examinador/Instituição)

---

(Examinador/Instituição)

## DEDICATÓRIA

Agradeço ao Deus da Bondade! Aos meus pais, Vera e Gerivaldo, por serem a maior fonte de inspiração para que eu conseguisse chegar até aqui, amo muito vocês! Meus irmãos Ruan, Luanny e Antônia, por estarem sempre comigo, e a todos meus amigos, especialmente Panzila, Beijo, DP, João e Galas, por desde sempre estarem presentes. Vivian, por ser tão essencial em tudo! Aos mestres da faculdade, aos amigos de classe por caminharem ao meu lado nesta jornada!

## AGRADECIMENTOS

*Ao meu orientador, Gabriel da Silva Amorim, que aceitou me guiar, com toda dedicação e sapiência, na realização deste trabalho.*

## RESUMO

A presente monografia tem como foco realizar uma análise crítica acerca da 'Teoria do Inimigo do Estado', e, ao mesmo tempo, chamar a atenção para a sua incidência na legislação penal brasileira. Ela se baseia especialmente na teoria do jurisfilósofo alemão Günther Jakobs. O estudo teve, como base inicial a sociedade pós-moderna e as conseqüentes mudanças nas demandas penais na atualidade; posteriormente, foi efetuada uma abordagem geral acerca do 'Teoria Geral do Inimigo do Estado', apontando sua essência e as críticas referentes à mesma; e por fim foram feitas algumas considerações sobre a incidência do Direito do Inimigo na legislação penal brasileira. É possível extrair do referido estudo que o 'Direito Penal do Inimigo' é uma realidade no mundo contemporâneo, devendo o mesmo passar por um estudo mais aprofundado, a fim de descobrir possíveis soluções para o mesmo, ou, ao menos, impedir que aquele se espalhe de uma maneira descontrolada.

**PALAVRAS CHAVES:** Sociedade Pós-Moderna; Direito Penal do Inimigo; Terceira Velocidade do Direito Penal; Legislação Penal Brasileira;

## ABSTRACT

This monograph focuses perform a critical analysis of the 'Theory of Enemy of the State', and at the same time draw attention to their impact on the Brazilian criminal law. It is based especially on the theory of the German jurisphilosopher Günther Jakobs. The study was based on the initial post- modern society and the consequent changes in the criminal demands nowadays, subsequently, was made a general approach on 'General Theory of Enemy of the State', pointing his essence and the criticism regarding the same, and finally some considerations on the impact of law on the Enemy Brazilian criminal law were made. You can draw from this study that the 'Criminal Law of the Enemy' is a reality in the contemporary world, which must undergo further study in order to discover possible solutions to it, or at least prevent that if spread in an uncontrolled manner.

**KEYWORDS:** Postmodern Society ; Criminal Law of the Enemy , Third speed Criminal Law , Brazilian Criminal Law;

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO I – A SOCIEDADE PÓS-MODERNA E OS NOVOS DESÍGNIOS PENAIS.....</b>	<b>12</b>
1.1. Visão da Sociedade Pós-Moderna.....	12
1.2. Mudança dos Sistemas Organizacionais, de Comunicação e de Tecnologia.....	14
1.3. A Constituição da Sociedade de Risco.....	16
1.4. A Institucionalização da Insegurança.....	17
<b>CAPÍTULO II – O DIREITO PENAL DO INIMIGO: A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>21</b>
2.1. Noções Gerais.....	21
2.2. Pessoa x Inimigos.....	25
2.3. A Terceira Velocidade do Direito Penal.....	28
2.4. Críticas ao Direito Penal do Inimigo.....	31
<b>CAPÍTULO III – A INCIDÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....</b>	<b>35</b>
3.1. Vestígios Nacionais.....	35
3.2. A Antecipação da Tutela Penal.....	36
3.3. A Punição dos Atos Preparatórios e os Tipos de Mera Conduta.....	37
3.4. A Relativização de Garantias Penais e Processuais .....	40
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>45</b>

## INTRODUÇÃO

Preliminarmente, antes de se falar em Direito Penal do Inimigo, se faz necessário explanar sobre as questões que levaram o Direito Penal Clássico ceder espaço para aquele, quais sejam, as novas demandas penais frutos da sociedade pós-moderna.

Vivemos hoje em uma sociedade globalizada, onde a velocidade de informação e de avanço tecnológico modifica nossa maneira de viver e de pensar a cada dia. É comum nos depararmos com tecnologias novas que nos mantém conectados à notícias de qualquer parte do mundo quase instantaneamente.

Essa transmissão rápida de informações acabou “abraçando” o mundo como um todo, fazendo com que crimes que ocorrem em um país distante (com uma realidade completamente diferente), acabem por chegar até nós, trazendo com eles uma verdadeira sensação de insegurança, criando em nós um sentimento de vítima.

Outra consequência dessa evolução tecnológica é a nova gama de crimes criada a partir da mesma (crimes cibernéticos, crimes econômicos à nível internacional, criminalidade organizada etc.). O Direito Penal Clássico não encontrasse preparado para enfrentar esta demanda tão grande de crimes, que aliado à imprensa sensacionalista, acaba fazendo com que a população cobre de seus representantes uma resposta para a sensação de insegurança causada.

Em contrapartida, como forma de responder à sociedade, os políticos criam leis esparsas, de difícil aplicação no mundo real, e que só servem para hipertrofiar o sistema legal brasileiro. É com essa desculpa de “dar uma resposta à sociedade” que cada vez mais podemos nos deparar com leis penais que remetem ao Direito penal de terceira velocidade.

Ainda na seara da sociedade pós-moderna, é imperioso frisar a questão das “sociedades de risco”, quais sejam, como já foi dito acima, com o mundo vivendo a hegemonia da concorrência econômica, acabou por afastar uma parte da população, colocando-os à margem da sociedade propriamente dita, e taxando-os como perigo

em potencial tanto material como pessoalmente para aqueles que permaneceram na sociedade.

Após um estudo da sociedade pós-industrial, é possível passar para a questão do surgimento de um Direito Penal “novo”, quem vem surgindo às escuras, nascendo em meio às cobranças da população por mais segurança, servindo como um “símbolo” para acalmar os anseios da sociedade e ao mesmo tempo combater os criminosos considerados perigosos para ordem social e para o Estado em si; estamos falando do “Direito Penal do Inimigo”.

Esta teoria foi trazida à tona pelo renomado jurisfilósofo alemão GÜNTHER JAKOBS, que ao notar o surgimento, em todo o mundo, deste tipo de Direito Penal que fugia completamente do modelo clássico-liberal, iniciou um estudo sobre o mesmo, afim de entender melhor este evento.

JAKOBS, amparado por uma base filosófica pautada na teoria do contrato social (KANT, ROUSSEAU, HOBBS, FICHTE), estabeleceu que na sociedade havia dois tipos de indivíduos, o “cidadão” e o “inimigo”. O “cidadão” é aquele indivíduo que baseia sua vida na busca pela paz social, que com o trabalho e o suor do seu rosto garanti o seu sustento e da família, sempre respeitando as regras estabelecidas pelo Direito. Já o “inimigo” é justamente o oposto, é aquele que se encontra afastado das regras sociais e de Direito, e que não apresenta nenhuma garantia de que poderia voltar a viver em sociedade; o inimigo vive em guerra contra o Estado.

Através dessa diferenciação básica, restou claro para JAKOBS que não poderia existir um único Direito Penal para punir os dois, o ‘cidadão’ e o ‘inimigo’. No pensamento do referido autor, a pena restritiva de liberdade não seria o suficiente para impedir o ‘inimigo’ de delinquir, far-se-ia forçoso a aplicação de ‘medidas de segurança’, é dizer, teria que se punir o criminoso não apenas pelos seus fatos cometidos no passado, mas também pela ameaça que o mesmo representa para o futuro.

O ‘Direito Penal do Inimigo’ é consequência daquilo que SÁNCHEZ denominou de ‘terceira velocidade do Direito Penal’.

Como forma de classificar o Direito Penal em 'fases', SÁNCHEZ dividiu o mesmo em 'velocidades'. A 'primeira velocidade' é o Direito penal clássico (iluminista). A 'segunda velocidade' compreende aquela em que garantias penais e processuais foram flexibilizadas em prol da não aplicação de penas restritiva de liberdade. A 'terceira velocidade' (Direito penal do Inimigo) diz respeito ao combate contra crimes e criminosos de alto repúdio social.

Ocorre que esta teoria é alvo de muitas críticas, devido ao fato de ser tão contrário ao Direito Penal Clássico, que tem arrimo nas garantias penais e processuais, é dizer, que vela pela aplicação da pena de acordo com o fato que o agente cometeu (não pela pessoa do mesmo), sendo aquela vergastada após um escorreito processo legal.

Os críticos à teoria do inimigo afirmam que o mesmo é fruto de um Direito penal simbólico e punitivista, onde não são respeitadas as garantias constitucionais. É como se fosse um atestado do Estado para os seus cidadãos, informando que falhou para com os mesmos.

Apesar de todas as críticas sofridas pela teoria do 'Direito Penal do Inimigo', é cediço que o mesmo vem surgindo em diversas legislações ao redor do mundo, inclusive na brasileira.

Podemos encontrar na legislação penal brasileira uma serie de exemplos onde a referida teoria aparece (Lei de Tóxicos, Lei dos Crimes Hediondos etc.). Essa legislação, voltada para o combate ao 'inimigo', é fonte de uma resposta à sociedade brasileira, por parte dos políticos, frente à patente condição de insegurança em que a mesma vive.

É possível encontrar legislações penais que puramente configuram o 'Direito Penal do Inimigo', com a antecipação da tutela penal, a punição dos atos preparatórios e de mera conduta e a relativização das garantias penais e processuais.

## CAPÍTULO I – A SOCIEDADE PÓS-MODERNA E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL

### 1.1. Visão da Sociedade Pós-Moderna

Preambularmente, é importante realizar uma abordagem sobre a sociedade pós-moderna, com o fito de esclarecer a possibilidade da inserção, mesmo que silenciosa, de um Direito Penal mais rigoroso e austero, em substituição, ou até mesmo subsistindo, como duas faces da mesma moeda, ao Direito Penal Clássico, sendo àquele denominado por Günther Jakobs como o “Direito Penal do Inimigo”.

Entender como está estruturada, a sociedade pós-moderna é de importância incomensurável para alcançarmos a interpretação histórica do Direito Penal, haja vista este ser (ou pelo menos assim o deveria) fruto das necessidades e anseios da sociedade atual, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o Direito), devendo o legislador penal olhar para o passado e visar o futuro na hora da elaboração da lei.

A sociedade pós-moderna é marcada, máxime, pela evolução tecnológica e pela intensa mudança de ideologias, decorrente do fenômeno da globalização, causando certa instabilidade nas estruturas governamentais, principalmente no que se refere à confiabilidade e prestígio das mesmas para com a sociedade.

O Direito, advindo de um conjunto de regras de comportamento expressas em proposições normativas, é responsável pela defesa e conservação da sociedade. Hoje em dia, além dos interesses individuais e coletivos, tutela também os interesses difusos e transindividuais, falando-se, mais recentemente, nos direitos fundamentais de quarta geração (dimensão), sendo estes mais focados nos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

De outra banda, quando se coloca na mesa todos os valores, salienta LYRA (pag. 307), com “os velhos já sem força e os novos ainda sem força, a estima pelos

bens jurídicos penalmente protegidos passa a ser, em regra, eventual. A proteção jurídica inclui e exclui, aprecia e deprecia, tolera e cobra ao ritmo das circunstâncias”.

A demanda penal na atualidade é diversa e complexa, graças às novas contingências da sociedade pós-industrial (interesses difusos, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro etc.), levando a uma soturna infiltração do Direito Penal do Inimigo ao ordenamento jurídico penal pátrio, sem separá-lo de maneira cristalina do Direito Penal Clássico, sendo este regido por prerrogativas e garantias próprias do Direito Penal do Cidadão (Iluminista).

Estes fatos novos, produtos da pós-modernidade, nos levam à inevitável conclusão de que existe uma necessidade de se adotar uma política criminal mais racional e eficaz, caso contrário, corre-se o risco de deslegitimar as garantias penais e processuais e fomentar a criação de “Estados Paralelos”, excluídos da ordem jurídica vigente, aumentando e fortalecendo as organizações criminosas e proliferando a “justiça pelas próprias mãos” (linchamentos, grupos de extermínio etc.).

Ocorre que os nossos legisladores, atendendo aos anseios da mídia sensacionalista, estão transformando o Direito Penal em um instrumento de soluções aparentemente eficazes a curto prazo, hipertrofiando assim o sistema penal pátrio, criando uma “colcha de retalhos” legislativa incongruente e despropositada.

MORAES JR. (pág. 116) ensina que “enquanto a política criminal não for pensada a partir de uma realidade viva, nua, e crua, em momento histórico dado e em função de exigências morais ainda, vigorantes (...); enquanto inversamente, for concebida como material especulativo, livresco, acadêmico, o laxismo penal continuará transitando com desenvoltura, vendendo suas fantasias e entoando seu canto de sereia”.

Dessarte, é possível chegar ao entendimento de que o Direito Penal precisa urgentemente se adequar, de maneira clara e pura, às novas situações supramencionadas, impostas pela pós-modernidade, sob o risco do mesmo perder totalmente sua credibilidade frente a sociedade.

## 1.2. Mudanças dos Sistemas Organizacionais, de Comunicação e de Tecnologia

É cediço que, na sociedade global em que vivemos, a ordem jurídica tornou-se extremamente dependente da ordem econômica, sendo esta fonte inspiradora (ou por maioria das vezes ditadora) das diretrizes orientadoras daquela.

Algumas das características mais marcantes da ordem econômica nesse contexto de globalização em que vivemos seriam:

- a) Revolução tecnológica (principalmente no setor das comunicações);
- b) Aceleração da concentração de capital;
- c) A luta entre os poderes políticos globais para atrair investimentos (sob o preço de diminuir seus poderes);
- d) Aumento de desemprego e mitigação salarial;
- e) Especulação financeira de maneira que torna difícil distinguir o lícito do ilícito;
- f) Mitigação das preocupações fiscais com o objetivo de atrair capitais, etc..

Segundo JAKOBS (pág. 47/48), "o sistema economia impõe-se, em caso de embate, com preponderância sobre todos os demais; colocar em risco a posição da economia é considerado um sacrilégio, algo comparável a provocar a ira dos deuses, e o poder econômico substitui o poder dos Estados: o que sucumbe não apenas é considerado incapaz em certos aspectos, mas marginalizado de forma geral."

O poder econômico prega pela incansável busca de lucro, fazendo com que pessoas ultrapassem a barreira do legal, do permitido, e se arrisquem em transgressões de difícil percepção.

É praticamente impossível o controle sobre os referidos abusos econômicos, tendo em vista que a comunidade global não conta com um sistema jurídico universal capaz de controlar o crescimento econômico e pautá-lo em uma ética mínima necessária.

O Estado sofre os efeitos da incapacidade do sistema político em balizar os anseios econômicos, tendo como consequência a atenuação de algumas de suas funções como as de:

- a) Promover o bem-estar social – origem do crescimento dos serviços privados de educação e saúde, implementação das políticas sociais e da “guerra fiscal” internacional pela atração de capitais e diminuição na arrecadação de tributos; e de
- b) Garantir a segurança pública e controlar a violência – fonte do crescimento da impunidade; do descrédito na política e na Justiça e da violação dos direitos humanos.

A mudança dos padrões da sociedade, referentes à globalização econômica com novos bens e interesse a serem tutelados, requer preparo e capacidade de recepção pelo sistema jurídico, principalmente pelo Direito Penal. Levando-se em conta ainda o gigantesco avanço tecnológico atual, é notório o agravamento das consequências danosas dessa falta de preparo.

Hoje em dia, com a expansão dos avanços tecnológicos, é possível se cometer crimes pela *internet* em questão de segundos contra vítimas que se encontram do outro lado do mundo, fato este que serve de exemplo para demonstrar a fragilidade do sistema jurídico.

Usando dos ensinamentos de VASCONCELOS (pág. 18/19), é possível vislumbrar o paradoxo entre os lucros e os prejuízos da tecnologia:

Por um lado, a tradução tecnológica dos conhecimentos científicos ampliou enormemente a eficácia do homem para viver nos mais variados ambientes. Mas com isso, não só modificou as relações do homem com a natureza, colocando-o cada vez mais dependente do uso da ciência e da técnica, como também tornou iminente o risco de uma catástrofe ecológica. Tendo dominado o ambiente ecológico, parece que o homem deslocou as questões de sua sobrevivência para o plano das relações com seus semelhantes. E aí também parece que as contribuições da ciência não tem sido suficientes ou adequadas para afastar de nossa civilização o risco real de sua própria extinção.

(...) Por outro lado, essa mesma tradução tecnológica dos conhecimentos desenvolvidos pela ciência está trazendo novidades num ritmo superacelerado, tornando essas novidades presentes simultaneamente em todos os pontos do nosso planeta, manifestando-se, por exemplo, no que se tem chamado de globalização. Isso está impactando fortemente nossa organização social, nossas relações, e exigindo de todos nós mudanças profundas na nossa forma de estar no mundo. Começa-se então a falar de um mundo excessivamente complexo e acusa-se a ciência de não dar conta de responder às novas necessidades nele instaladas.

### **1.3. A Constituição da Sociedade de Risco**

Com o avanço tecnológico enfrentado pela sociedade pós-moderna, e as novas demandas oriundas da mesma, acabou por afetar diretamente o bem-estar individual. O cenário econômico atual criou uma sociedade cada vez mais competitiva, deslocando para a marginalidade uma porção grande de indivíduos, que logo são notados pelos demais que habitam a sociedade como fonte de riscos pessoais e materiais, sendo este o conceito de “sociedade de risco”.

Aquele denominado “Direito Penal do risco” está em plena expansão, acolhendo novas demandas e interesses penais para si. Outro claro efeito da expansão tem sido a antecipação da tutela penal, através do uso de tipificações abertas e amplas, sendo estas concretizadas por meio da utilização de tipos de perigo abstrato, mera conduta, omissivos impróprios etc.

Através do “Direito Penal do risco”, tanto a legislação pátria como a internacional vem adotando uma postura política criminal no sentido de combater o crime organizado, a corrupção, a criminalidade econômica, o terrorismo e os crimes contra a humanidade, sinais estes que apontam para uma clara tendência em se consolidar o Direito Penal de Terceira Velocidade – Direito Penal do Inimigo.

Resumindo, as novas contingências advindas desses “riscos modernos” (sistema monetário, drogas, meio ambiente, movimentos migratórios, globalização da economia e da cultura etc.), conseqüentemente criam uma reação involuntária por parte dos atingidos. Dessa maneira acaba por incorrer no sentimento de insegurança e medo da sociedade, fomentando discussões sobre a possibilidade de mitigar interesses puramente individuais em detrimento da segurança pública.

Nesta senda, AFLEN DA SILVA (pág. 95/97) se manifesta, "... se se analisar os fins aos quais o Direito Penal do risco pretende servir sociologicamente segundo a ideia de risco, a saber, por um lado, a minimização do risco e, por outro, a produção de segurança, circunscrevendo-as na linguagem jurídico-penal, trata-se da ideia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma". Tal declaração evidencia que as circunstâncias ensejadoras desta 'sociedade de risco' estão provocando uma mudança de perspectivas da dogmática penal e do próprio fundamento do direito de punir.

#### **1.4. A Institucionalização da Insegurança**

A atuação da mídia é fundamental no processo em que, cada dia mais, acentua a sensação de insegurança oriunda do modelo de 'sociedade de risco'.

Certo é que a imprensa detém um grande poder de persuasão sobre as pessoas que dela obtém informações, sendo capaz de feitos dignos de um 'Deus', feitos estes que influenciam diretamente no mundo jurídico (condenar um réu antes do julgamento, criação de leis etc.).

Nesta senda, CAMPILONGO (pág. 164) alerta que "se a comunicação jurídica pretende ir além das suas fronteiras – por exemplo, decidindo de acordo com a voz das praças, e não com instrumentos do direito – perderá consistência. Se a mídia, ao tematizar o sistema jurídico, avocar o papel de justiceira, decepcionará a audiência. É bom que cada parte observe a outra com seus próprios olhos".

Ainda nessa seara, BATISTA (pág. 83/85) ressalta que "os saltos tecnológicos, que elevaram as telecomunicações à magnitude comercial e ao protagonismo político de que hoje desfrutam, também imprimem suas marcas: enquanto, anteriormente, germinaram instrumentos de proteção da intimidade e da vida privada, o novo sistema penal do Estado neoliberal, replicante do vigilantismo eletrônico, é extremamente invasivo e cultua a delação, cujo o estatuto ético virou-se pelo avesso.

BATISTA (pág. 83/85), em outra citação, enfatiza o papel que a mídia vem exercendo no Brasil:

Antes de mais nada, a mídia não apenas se adequou, mas colaborou definitivamente na expansão de uma mentalidade penal que imobiliza toda a riqueza e complexidade dos conflitos sociais na episteme binária e simplória do infracional: é assim que a questão da reforma agrária pode ser reduzida a delito contra a propriedade de integrantes do MST, por um lado, e aos 'excessos' policiais contra eles (chacinas) de outro. Ao processo de desmerecimento do setor público, funcional para a implementação das privatizações, correspondeu à criminalização midiática da vida política. No núcleo ideológico deste movimento está não apenas um discurso criminológico único – que assume preponderância e influência muito superior ao acadêmico, e cujas toscas tradições e inconsistências não encontram canal de questionamento – mas principalmente uma novidade perigosa: o exercício direto de funções características das agências policiais do sistema penal.

Não é apenas esse aspecto que merece atenção. Além de deter o poder de policiar, amparada pela avançada tecnologia que detém, responsável esta por acelerar o processo de divulgação da informação, e pelos de direito de liberdade de expressão e acesso à informação, a mídia vem acentuando a sensação de insegurança coletiva. Um exemplo recente foi o atentado à Maratona de Boston, onde foi transmitido ao vivo para o mundo inteiro, semeando terror e medo em todo o planeta, até mesmo em países com realidades completamente diferentes e distantes dos Estados Unidos.

A sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação tem entre si uma relação de simbiose, é dizer, são correlatas. A imagem da realidade repassada pela imprensa para as pessoas em geral, mistura o que está distante com o que está próximo, confundindo a percepção da realidade do telespectador. No momento em que a pessoa, através da percepção errônea, se aproxima do crime, cresce a sua sensação de impotência.

Necessário se faz o registro de uma afirmação de SÁNCHEZ (pág. 33/37), referente à forma pelo qual se dá a vivência dos riscos:

... a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança. A revolução das comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta, sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos.

A vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos. Expressado de outro modo, existe uma elevadíssima 'sensibilidade ao risco'.

Embora o domínio da tecnologia cause ao homem um sentimento de onipotência, MARINA (pág. 147) reflete que este "homem de hoje está pouco preparado para sofrer; qualquer dor é interpretada como um estímulo para tomar os remédios adequados com a finalidade de evita-la ou suprimi-la."

A sociedade pós-moderna, além de ser marcada pela 'sociedade de risco', possui ainda outras facetas capazes de contribuir para a configuração da sociedade de insegurança. Os nossos legisladores, na tentativa de atender o clamor do público por mais segurança pública, acabam por criar leis repressivas, muitas vezes irracionais, e de difícil cumprimento.

LYRA (pág. 97/98) advertira que "a repressão da criminalidade político-social desmascara-se à plena luz ou, pior, à plena treva, os interesses que o Estado representa. Ao menor sinal de perigo, a ordem torna-se desordem absoluta. Dissolve tudo, corrompe todos. Sacrifica, de repente, das formalidades legais aos princípios morais, por medo, ódio e vingança".

Por outro lado, é importante frisar que os meios de comunicação não são os únicos responsáveis pelo medo da criminalidade. O padrão do Direito Penal Clássico (indivíduo) foi rompido pelo conceito de *macrocriminalidade*, verificando-se o aumento da criminalidade tanto entre as organizações criminosas quanto da criminalidade de massa das ruas.

Nesse contexto, BONFIM (pág. 15) encorpa dizendo que "a criminalidade de massa atinge a todos, enquanto a criminalidade organizada costuma ter endereço fixo. Uma desserve a todos diretamente, outra pode atingir igualmente a todos, mas indiretamente. Uma é clara e incontestável, antiga e identificável, mas até então insanável. Outra é mais moderna e mais modista, por vezes sombria e sem identificação, mas que está na pauta de todas as discussões sobre criminalidade no exterior, buscando-se lhe eficazmente uma solução".

Na cidade de São Paulo/SP, cresceu em 74%, em relação ao ano de 2012, o número de mortes após assaltos no ano de 2013, conforme indica matéria realizada pela Veja São Paulo, indicando a matéria ainda que houve crescimento também nos

crimes de roubo (4%) e de homicídios dolosos (11%). Esses dados mostram uma escalada preocupante da criminalidade.

Vale lembrar que o Brasil cada vez mais se vê com problemas relacionados ao contrabando organizado de armas, corrupção de policiais, privatização dos serviços de segurança e conflitos violentos entre policiais, delinquentes e vítimas.

A segurança pública e o desejo da população pela mesma é legítima, pois encontra-se presente em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (CF. art. 5º, parágrafo 2º) e no próprio corpo da Constituição Federal (art. 6º).

Destarte, ainda que a sensação de insegurança não tenha razão para existir, a segurança pública é legítima, e, desta forma, a sociedade exige tanto do Estado como do Direito Penal uma solução para o problema em tela. Como o Poder Público por diversas vezes é omissos, a referida cobrança acaba por cair nos ombros do Direito Penal.

## CAPÍTULO II – O DIREITO PENAL DO INIMIGO: A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

### 2.1. Noções Gerais

Muitos consideram que a queda do muro de Berlim em 09 de novembro de 1989 foi o marco histórico que colocou fim ao século XX. Com efeito similar ao fato supra, os atentados terroristas aos EUA do dia 11 de setembro de 2001 também marcaram uma época e serviram de divisor de águas, com atenção especial ao Direito Penal, marcando uma era de 'combate ao inimigo'.

Esse 'combate ao inimigo' abriu margem para a criação, em todo o mundo, de uma legislação de 'emergência', sendo está caracterizada principalmente por: a) existência de um clamor da opinião pública para reagir à sensação de insegurança; b) adoção de sanções com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal-clássico; e c) adoção de um Direito Penal 'Simbólico'.

CAVALCANTI (pág. 344) reflete acerca do tema, apontando indícios de uma evolução simbólica e punitivista, interpretando que:

A complexidade social, a incerteza dos riscos e a imprevisibilidade dos acontecimentos identificam a sociedade contemporânea. Os fenômenos intensificam-se à velocidade da luz. A comunicação tornou-se instantânea. O mundo está ao vivo. A redução linear da natureza e da sociedade não condiz com a entropia dos fenômenos naturais e sociais – se é que possa estabelecer ainda tal dicotomia. A relação de causalidade, promovida pelas probabilidades casuais, torna-se insuficiente para explicar a incerteza e a imensurabilidade dos riscos contemporâneos. O provável limite é o das possibilidades. No entanto, o processo de criminalização possui outra velocidade. A velocidade do instante, mas do resgate do passado, da ponderação do presente e da promessa do futuro. O processo de criminalização, portanto, desagrada-se com a velocidade do instante. Criminalizar requer tempo próprio, vale dizer, requer sua temporalização.

Todos estes indícios apontam para um horizonte próximo, onde é possível enxergar traços de 'Direito Penal de risco' em um cenário político-criminal. É o sacrifício de garantias fundamentais em nome de uma pretendida luta efetiva contra a criminalidade.

Tendo em vista a evolução do 'Direito Penal do risco', oriundo da grande gama de delitos que permeiam a sociedade pós-moderna, a consequência fatal foi o surgimento do 'Direito Penal do Inimigo'.

Este panorama busca abrigo no Direito Penal como forma de produzir uma utópica tranquilidade, através do mero ato de promulgação de normas que obviamente estão destinadas a não serem cumpridas.

Acontece que este novo perfil do Direito Penal (simbólico e punitivista), não só identifica um determinado fato, mas, sobretudo, um tipo específico de autor, definindo este não como um igual, mas sim como um 'inimigo do pacto social'.

Em 1999, em uma palestra na Conferência do Milênio em Berlim, GÜNTHER JAKOBS apresentou ao mundo o conceito definitivo de 'Direito Penal do Inimigo'.

Nesse trabalho JAKOBS afirmava que o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra o inimigo. Como consequência inevitável, já advertira JAKOBS que, frente a um 'Direito Penal do Inimigo', não existe hoje uma alternativa visível.

Em sua mais recente obra, JAKOBS passa a apresentar uma postura mais afirmativa, legitimadora, e justificadora da linha de pensamento referente ao 'Direito Penal do Inimigo', mudando sua antiga postura, que mais se aproximava de uma crítica melancólica.

O certo é que já em 1985, JAKOBS pretendia demonstrar que a legislação penal, principalmente a alemã, encontrava-se permeada de caracteres que ele definia como um modelo de Direito Penal completamente diferente dos padrões do modelo liberal-clássico. Em meados de 1999, JAKOBS chegou à conclusão de que o retrocesso aos paradigmas exclusivamente clássicos seria impossível, e dessa forma, chamou a atenção para a necessidade de se delimitar e diferenciar dois modelos de Direito Penal, do 'cidadão' e do 'inimigo', sendo esta a única forma de evitar a completa contaminação do modelo penal de inspiração iluminista.

Essa conclusão é palpável ao passo em que é nítido que o 'Direito Penal do Cidadão' já encontra-se entrelaçado com o 'Direito Penal do Inimigo', como bem observou o próprio JAKOBS.

Em um trecho de sua obra, JAKOBS (pág. 30) cita que:

O Direito Penal do Cidadão é o direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta para um posterior acordo de paz.

Ainda fazendo uso dos ensinamentos de JAKOBS (pág. 22), no sentido de explicar que nem sempre a referida denominação é pejorativa, segundo aquele “um Direito penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes”.

O cerne deste conceito, segundo MELIÁ (pág. 70/71), “está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe, tão só um processamento desapassionado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos”.

Dessarte, já não se trataria mais de uma manutenção da ordem das pessoas que trazem transtornos internos ao sistema social, mas sim de uma neutralização daqueles que não oferecem uma garantia cognitiva mínima para serem tratados na prática como ‘pessoas’. Ou no dizer de JAKOBS (pág. 33/34): “sem uma segurança cognitiva, a vigência da norma se esboça e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida”.

O suporte filosófico que JAKOBS utiliza para fundamentar sua tese é amplo e respeitável.

GOMES, sintetiza de maneira exemplar o referido suporte filosófico utilizado por JAKOBS da seguinte maneira:

- a) “O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, esta em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal” (Rousseau);

- b) “Quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos” (Fichte);
- c) “Em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não dever ser castigado como súdito, senão como inimigo” (Hobbes);
- d) “Quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o ‘estado comunitário legal’, deve ser tratado como inimigo” (Kant);

JAKOBS inicia a construção da sua teoria afirmando que no Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinquente é um inimigo (ROUSSEAU, FICHTE). E para manter um destinatário das expectativas normativas, entretanto, é aconselhável manter o *status* de cidadão para aqueles que não se desviam (HOBBS, KANT).

É perceptível que JAKOBS parte da ideia de pensadores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante o “contrato social”. Os referidos doutrinadores entendem que o delinquente é aquele que rompe com o contrato, não podendo mais assim usufruir dos seus benefícios: a partir dessa violação, já não participa mais de uma relação jurídica com os demais. A única ressalva que JAKOBS faz em sua teoria é a de que a violação ao contrato deverá ser realizada de maneira rotineira, e não isolada.

JAKOBS (pág. 26/27) introduz as concepções de FICHTE E ROUSSEAU, mas faz uma ressalva acerca da separação radical entre o Cidadão e o Inimigo, dizendo:

Um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito de voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso, sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Seguindo o raciocínio de KANT e de HOBBS, JAKOBS reconhece um ‘Direito Penal do Cidadão’ – contra pessoas que, a princípio, não delinquent de modo persistente -, e um ‘Direito Penal do Inimigo’ contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa intacto o *status* de pessoa.

Nesta senda, o indivíduo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, estando em guerra contra ele, deixando de ser ‘pessoa’. Logo deve

morrer (ROUSSEAU); perde todos os seus direitos (FICHTE); deve ser castigado como inimigo (HOBBS E KANT).

Desta feita, para JAKOBS, aqueles que infringem o contrato social, a princípio ou de maneira permanente, deixando de oferecer o suporte cognitivo mínimo de que podem viver como as outras pessoas em sociedade, deverá ser tratado como inimigo.

## 2.2. Pessoa x Inimigo

O 'Direito Penal do Inimigo', mediante o que já foi dito, é o meio pelo qual o Estado confronta seus inimigos, não seus cidadãos.

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

Em outras palavras, aquele que se comporta sem oferecer o mínimo de segurança cognitiva capaz demonstrar um comportamento pessoal, não pode esperar ser tratado como 'pessoa' por seus semelhantes, como também não deve ser tratado como pessoa pelo Estado, já que do contrário iria vulnerar o direito à segurança dos demais.

Para JAKOBS (pág. 45), "só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso em consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real", eis que "sem um mínimo de cognição, a sociedade constituída juridicamente não funciona"; é dizer, não somente a norma, mas também a pessoa precisa de um 'cimento cognitivo'.

Se inexistisse essa garantia, ou o indivíduo expressamente nega a mesma, o Direito Penal passaria, de uma reação da sociedade diante de um crime perpetrado por um dos seus (Direito Penal do Fato), a uma reação contra o inimigo (Direito Penal do Autor). JAKOBS (pág. 55) se pronuncia acerca desta assertiva dizendo:

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

Contudo, o autor faz uma ressalva de que isso não significaria que tudo seria permitido ou que se sucederiam ações desmedidas, pois antes seria possível reconhecer uma 'personalidade em potencial' para aqueles considerados inimigos, de tal maneira que no combate contra eles não se possa passar a medida do necessário.

É importante frisar que em um estado normal o 'cidadão', em lugar de expectativa cognitiva (O que fará fulano? Provavelmente delinquirá.) surge a expectativa normativa institucionalizada (Fulano não deve delinquir!), e quando esta expectativa é contrariada, não deve se seguir um processo de aprendizado, diferentemente do que ocorre quando se contraria a expectativa cognitiva, senão se trataria de manter a expectativa cognitiva e imputar o curso perturbador ao responsável, ou seja, aplicá-se, em regra, a sanção penal como medida de reafirmação da vigência da norma.

Ocorre que, quando o indivíduo não se submete a entrar em um estado de cidadania (negativa expressa do indivíduo), não pode o mesmo obter os benefícios daquele, não podendo, por concatenação lógica, receber o *status* de pessoa, permanecendo pois no estado de natureza, onde prevalece a lei do mais forte, é dizer, aquele que ganha a guerra dita as normas a serem seguidas.

Conforme ensina LUHMANN e JAKOBS (pág. 30), para se compreender o conceito de pessoa é preciso, primeiramente, considerar que o sujeito livre, sempre será um sujeito que ostenta responsabilidades: "ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a

expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível”.

Assim sendo, entender que a privação ou a negação da condição de pessoa de determinados indivíduos, e por outro lado a atribuição a eles da condição de inimigos, é o cerne da teoria.

Nestes termos, a pessoa não é algo advindo da natureza, mas sim um produto da sociedade e, por conseguinte, nem todo ser humano é pessoa jurídico penal:

‘Pessoa’ é algo distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquele um produto social (do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir pessoas jurídicas); ou seja, “somente pode ser pessoa jurídico-penal ativa, é dizer, autor ou partícipe de um delito, quem dispõe da competência de julgar de modo vinculante a estrutura do social, precisamente, o Direito. Se trata, como resulta evidente, do conceito jurídico-penal de culpabilidade.(pág. 19/20)

É com base nisso que, de acordo com a concepção de ‘prevenção geral positiva’, a pena, conforme a teoria de JAKOBS (pág. 21),

tem um significado comunicativo e confirma a vigência da norma, ao menos no que se refere a sua função aberta, posta em dúvida pelo autor; por conseguinte, o juízo de culpabilidade somente pode ser um juízo acerca da falta de consideração da norma por parte do autor, é dizer, acerca de sua falta de fidelidade ao ordenamento jurídico. Portanto, a culpabilidade é um déficit – exteriorizado em um fato consumado ou na tentativa de um fato típico – de fidelidade ao ordenamento jurídico, e os fatos psíquicos, na medida em que são suscetíveis de serem mostrados, especialmente o dolo e a consciência de antijuridicidade, não são outra coisa senão indicadores de tal déficit. (...) a falta de atenção, a indiferença, o desinteresse pelas consequências de uma conduta podem também ser indícios do déficit.

Fazendo referência agora aos inimigos, na visão JAKOBS, “o não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminosa), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta”.

Para melhor definir sua construção, pinçamos um trecho de sua obra:

Para a definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens da vítima, como

deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera intensa de controle; e será mostrado que do *status* de cidadão podem se derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade. (pág. 111)

SÁNCHEZ (pág. 149), na mesma senda, realça a teoria de JAKOBS, dizendo:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

(...) Se a característica do 'inimigo' é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de pena.

No pensamento de JAKOBS, seria intangível pensar que a pena privativa de liberdade teria o poder de combater os crimes (criminosos) habituais de certa gravidade se ela não contivesse intrínseca em si o 'efeito de segurança'. Dessarte, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva. Que a coação não seja destinada à 'pessoa em Direito', mas sim ao 'indivíduo perigoso': "nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma 'tendência a (cometer) fatos delitivos de considerável gravidade' poderia ter efeitos 'perigosos' para a generalidade (...)".

Traficantes, homicidas, criminosos econômicos, terroristas, estupradores e outros autores de infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como 'inimigos', são aqueles que se afastam de maneira permanente do Direito e não oferecem as garantias cognitivas mínimas de segurança. Desta feita, por não estarem inseridos no Estado de Cidadania, não merecem gozar dos benefícios que este tem para oferecer, não merecem serem chamados de 'pessoa'. E uma vez que não se amoldam aos sujeitos processuais, não fazem direito ao procedimento penal legal, mas sim ao procedimento de guerra.

### 2.3. A terceira velocidade do direito penal

Discutir acerca da legitimidade de um Direito Penal preocupado com o combate da criminalidade, hoje em dia acentuada pelas organizações criminosas e pelo terrorismo, não parece um completo absurdo.

JAKOBS afirmava que o Estado podia agir de duas maneiras frente aos criminosos: vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam, em si próprios, um verdadeiro perigo para o Estado. Desta maneira, surgem dois modelos de Direito: um, onde todas as garantias penais e processuais são respeitadas (Cidadão); outro, na qual as referidas garantias são mitigadas (Inimigo).

O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como 'pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

Após diversas mudanças que vinham sendo incluídas no modelo clássico de inspiração iluminista, SÁNCHEZ apresentou formalmente uma classificação que passou ser debatida tanto pela doutrina nacional como a internacional : 'as velocidades do Direito Penal'.

A primeira velocidade do Direito Penal, pautada no modelo clássico-liberal, é da prisão por excelência e do devido processo legal. Esta velocidade trata do Direito Penal do Cidadão, numa visão tradicional, garantista, com total cumprimento de todos os preceitos e direitos fundamentais.

A segunda velocidade contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a aplicação de penas não privativas de liberdade – pecuniárias e restritivas de direito.

Já a terceira velocidade, representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, vale dizer que esta velocidade é pautada na antecipação da punição do inimigo, na desproporcionalidade das penas, na

supressão de garantias e na criação de medidas gravosas contra crimes (criminosos) de alto repúdio social.

A classificação criada por SÁNCHEZ, ainda que possa pecar por suas generalizações ou pela rotulação de sistemas que naturalmente diferentes, apresenta, de pronto, uma vantagem relevante: enxergar que uma segunda velocidade de Direito Penal, é dizer, um modelo pautado pela flexibilização das garantias materiais e processuais, tenha se inserido, contaminando o modelo clássico (iluminista), sem que houvesse qualquer objeção ou questionamento sobre sua legitimidade.

Tal observação abre portas para o seguinte questionamento: a aceitação desta flexibilização de direitos materiais e processuais penais, mesmo sem a imposição de pena privativa de liberdade, não teria permitido a legitimação de um Direito Penal de emergência para os casos graves e excepcionais?

A transação penal, instrumento que possibilita o não desenrolar do processo penal contra o autor, foi incorporado à legislação brasileira e amplamente comemorado por boa parte do mundo acadêmico. Antes da criação da lei 9.099/95, GOMES e CERVINI (pág. 31/32), tratando especificamente da criminalidade organizada, defendiam:

Faz-se necessário que se adote o sistema 'consensual', permitindo a transação penal (nos termos do art. 98, I, da Constituição Federal), que deve ser celebrada dentro de um procedimento sumaríssimo e oral. Nas infrações menores (constitucionalmente denominadas 'de menor potencial ofensivo'), o fundamental não é a aplicação de uma pena de prisão que nunca é executada, mas a conciliação (transação) que permite a aplicação de penas alternativas exequíveis e socialmente muito mais úteis.

(...) Julgando-se rápida e informalmente a enorme massa de litígios 'menores', sobrar tempo para que toda estrutura da Justiça possa cuidar com mais atenção da criminalidade grave (violenta), graúda (crimes econômicos que provocam grave repercussão social) e da organizada.

Sendo certo que os próprios autores fizeram a ressalva de que, "aplicar a lei penal com rapidez, no entanto, ao contrário do que os desavisados possam supor, não pode significar a eliminação ou restrição dos direitos e garantias fundamentais da pessoa processada".

Porém, é difícil acreditar que direitos e garantias penais e processuais não foram flexibilizadas, quando se sabe que, na prática, a própria tipificação dos crimes foi modificada (hoje é mais fácil se lavrar um Termo Circunstanciado e remeter a

pessoa ao Fórum, em vez de dizer à mesma que o fato narrado não constitui, em verdade, um crime, permitindo-lhe procurar a solução em outra seara de controle social). Fica ainda mais difícil quando se percebe que o sistema legal criou a imposição de penas restritivas de direitos sem o prévio contraditório e exercício da ampla defesa, em fim, sem o devido processo legal.

As referidas mudanças parecem ser inevitáveis.

Somando-se a isso a criminalidade organizada, o terrorismo e as outras formas de crimes considerados graves, há muitos vem fomentando a criação de novos mecanismos na dogmática penal e novos artifícios processuais típicos de uma 'legislação de combate'. Todas estes detalhes vem permitindo a criação de um novo modelo de Direito Penal: o Direito Penal de 'terceira velocidade.

JAKOBS (pág. 212) uma vez dissera que "não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio de intimidar os demais". Ou seja, o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo combate os inimigos.

Mais uma vez, é importante frisar que aceitar um 'Direito Penal do Inimigo' não é a aceitar que tudo seja permitido: antes, é possível que se reconheça no indivíduo uma personalidade em potencial, de tal modo que na luta contra ele não se possa ultrapassar a medida do necessário.

## **2.4. Críticas ao direito penal do inimigo**

Inúmeras são as críticas referentes à teoria do 'Direito Penal do Inimigo', de autoria de GÜNTHER JAKOBS. Começando pelo nome da mesma, que parece ter sido escolhida propositalmente pelo teórico alemão, com o intuito de provocar a comunidade acadêmica.

Não seria possível falar em críticas ao 'Direito Penal do Inimigo' sem falar em ZAFFARONI, possivelmente um dos maiores críticos à referida teoria. Segue um 'abecedário', escrito e didaticamente resumido por GOMES, cujo o mesmo foi chamado de "Reação de Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo", retratando uma conferência realizada em São Paulo, onde foi feita uma síntese acerca da supra teoria:

- a) Para dominar, o poder dominante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo;
- b) Quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de Polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito);
- c) O sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos);
- d) O Estado, num determinado momento, passou a dizer que a vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito);
- e) Seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.;
- f) Em nome de Cristo começaram a queimar os inimigos;
- g) Para inventar uma "cruzada" penal ou uma "guerra" deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Saddam Hussein);
- h) Quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã;
- i) Conta para isso com o apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo);
- j) O criminoso é ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído;
- k) Durante a evolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classe: riqueza e miséria continuam tendo que necessariamente conviver;
- l) Para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de Polícia) desde essa época é o marginalizado;
- m) Na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução Francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto;
- n) No princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça;
- o) Nasce nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo, etc.);
- p) O nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo);
- q) No final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos E.U.A., sobretudo a partir da queda do muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional;
- r) Até 1980 os E.U.A. contavam com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países;
- s) Com Reagan começa a indústria da prisionização;
- t) Hoje os E.U.A. contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem à custa desse sistema; com isso o índice de desemprego foi reduzido. E como os E.U.A. podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a 'máquina de rodar dólares'; os países da

América Latina não podem fazer a mesma coisa que os E.U.A., eis que não possuem a 'máquina de fazer dólares';

- u) O Direito Penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV);
- v) Das TVs é preciso "sair sangue" (com anúncios de guerra, mortos, cadáveres etc.);
- w) Difundisse o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo.

Após a leitura dessa síntese referente às ideias de ZAFFARONI, parece bastante claro que a população encontra-se aterrorizada, sendo esta difusão do medo (realizada principalmente pela imprensa) o terreno perfeito para a germinação do 'Direito Penal do Inimigo'. Nestas condições, o Direito Penal seria a arma perfeita para aniquilar o 'inimigo', servindo este conceito como arrimo para discursos de políticos demagogos. Temos também a questão que, na atualidade, o Direito Penal transformou-se em um produto de mercado, o mais puro 'discurso publicitário'.

GOMES, além de resumir as críticas de ZAFFARONI ao 'Direito Penal do Inimigo', também apresentou sua própria censura à referida teoria:

- a) O que JAKOBS denomina de Direito penal do inimigo, como bem sublinhou MELIÁ, é nada mais que um exemplo de Direito penal do autor, que pune o sujeito pelo que ele 'é' e faz oposição ao Direito penal do fato, que puni o agente pelo que ele 'fez'. A máxima expressão do Direito penal do autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova 'demonização' de alguns grupos de delinquentes;
- b) Se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que 'Direito penal do cidadão é um pleonasma, enquanto Direito penal do inimigo é uma contradição'. O Direito penal do inimigo é um 'não Direito', que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;
- c) Não se reprovaria (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas (esta postulação conflita diametralmente com as nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo);
- d) É um Direito penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que propugnavam (inclusive) pelo fim das penas e imposição massiva de medidas de segurança);
- e) O Direito penal do inimigo não repele a ideia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados);
- f) Não se segue o processo democrático (devido processo legal) sim, um verdadeiro procedimento de guerra, mas essa lógica de guerra (de 'intolerância' de 'vale tudo' contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito;
- g) Perdem lugar as garantias penais e processuais;

- h) O Direito penal do inimigo constitui, desse modo, um Direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição das penas de prisão sem as garantias penais e processuais;
- i) É fruto, ademais, do Direito penal simbólico somado ao Direito penal punitivista. A expansão do Direito penal é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Esse Direito penal 'do legislador' é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como 'produto' o tal de Direito penal do inimigo;
- j) As manifestações do Direito penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (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; fruto disso é o Direito penal do inimigo);
- k) Mas esse Direito penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (Estado de Defesa e de Sítio);
- l) A criminalidade etiquetada como inimigo não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afeta bens jurídicos relevantes, causa grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado);
- m) Logo, contra ela, só se justifica o Direito penal da normalidade (Leia-se: do Estado de Direito);
- n) Tratar o criminoso comum como 'criminoso de guerra' é tudo que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do vale tudo) conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade.

Assim sendo, é possível extrair dos pensamentos do nobre doutrinador, supramencionado, acerca do 'Direito Penal do Inimigo', que este é produto da junção de dois fenômenos criminais: o Simbolismo do Direito Penal e o Punitivismo Expansionista. É como se o Estado estivesse mostrando para toda a sociedade que o mesmo falhou e é incompetente para resolver o problema da violência e da criminalidade, reagindo de maneira irracional ao diferenciar o cidadão do 'inimigo'

## CAPÍTULO III – A INCIDÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

### 3.1. Vestígios nacionais

No Brasil, nos últimos anos, vem sendo aprovadas uma série de novas legislações penais que, inegavelmente, apresentam formatos penais e processuais diferentes do modelo liberal-clássico. É patente que um 'Direito Penal do Inimigo' vem surgindo, sorrateiro e silencioso, aproveitando-se da hipertrofia legislativa, no meio das leis penais e processuais brasileiras, sendo possível percebê-lo através das medidas que desembocam em elevações de penas e restrição (chegando até mesmo à supressão) de garantias individuais do acusado.

A referida hipertrofia do sistema legislativo penal brasileiro, símbolo da sociedade pós-moderna, é facilmente constatada através de um leque de leis criadas, seja para atender às novas demandas penais, seja para o combate da nova criminalidade organizada. Vejamos alguns exemplos:

- ▶ Lei 11.343/03 (Lei de Tóxicos) – Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.
- ▶ Lei 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro nacional) – Define o crime contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.
- ▶ Lei 7.716/89 (Preconceito Racial) – Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.
- ▶ Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos) – Dispõe sobre os crimes hediondos, regulamenta o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências.
- ▶ Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)
- ▶ Lei 8.137/90 – Define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.
- ▶ Lei 8.176/91 – Define crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoques de combustíveis.
- ▶ Lei 9.099/95 – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.
- ▶ Lei 9.296/96 – Regulamentou o inciso XII do art. 5º, CF, prevendo a forma pelo qual o judiciário deveria autorizar a interceptação telefônica.
- ▶ Lei 9.455/97 – Define os crimes de tortura e dá outras providências.
- ▶ Lei 9.605/98 – Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

- ▶ Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) – Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.
- ▶ Lei 10.792/03 – Altera a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) e o Código de Processo Penal e dá outras providências, instituindo o regime disciplinar diferenciado.
- ▶ Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) – Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm -, define crimes e dá outras providências.
- ▶ Lei 12.850/13 – Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

Esta nova legislação, criada tanto para atender às novas demandas penais da sociedade moderna, como para combater a criminalidade organizada, vem, patentemente, alterando a tipificação penal, quanto os instrumentos processuais para a necessária persecução, bem como as garantias penais e processuais típicas do Direito Penal Clássico.

### 3.2. A antecipação da tutela penal

LYRA (pág. 306), há algum tempo, advertira que “a lei regulará a intervenção pré-delitual com minúcia e prudência”. Caso contrário, segundo LYRA (pág. 307), “as condições da vida moderna, cada vez mais entrelaçada nacional e internacionalmente, não de coonestar as crescentes intromissões policiais até no fundo da consciência do homem”.

Com a crescente ampliação da antecipação da ingerência penal do Estado, é notória a mitigação do tradicional Direito Penal Clássico. No Brasil, um clássico exemplo seria o instrumento da prisão preventiva elencado no artigo 312 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

É cediço que a prisão preventiva, hoje, no Brasil, é uma clara antecipação da pena, pois combate o acusado através de uma 'medida de segurança' focada exclusivamente na periculosidade daquele (se o mesmo oferece perigo para ordem pública e econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal).

Nestes termos – adiantamento da punibilidade, limitação de garantias processuais e combate com penas mais elevadas – é certo que o Estado não está falando com seus cidadãos, pelo menos segundo os padrões iluministas, mas sim ameaçando seus inimigos.

### **3.3. A punição dos atos preparatórios e os tipos de mera conduta**

Após ter sido falado sobre a antecipação da tutela penal, torna-se imprescindível comentar sobre dois assuntos bastante debatidos pela doutrina: a tipificação dos crimes de mera conduta e a punição dos atos preparatórios.

Nos crimes de mera conduta, a punição é indiscutivelmente preventiva. Como bem ensinou o nobre doutrinador PIMENTEL (pág. 91/92), ao dizer que “a idoneidade desta conduta basta para torna-la objeto de reprovação, por parte do legislador, em face da presunção de dano ou de perigo, sendo indiferente que chegue, ou não, a produzir qualquer resultado”.

É notória a presença deste tipo de crime na legislação brasileira já há algumas décadas, tendo como exemplos: abandono de função pública, ameaça, ato obsceno, autoacusação falsa, inúmeras contravenções penais, crimes falimentares, crimes contra a saúde pública, desobediência, falsa identidade, perigo para a vida de outrem, violação de domicílio, dentre outros.

Para ilustrar, segue o texto de alguns crimes supramencionados, todos do Código Penal Brasileiro:

#### **Abandono de função**

Art. 323 - Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:  
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta prejuízo público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 2º - Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

#### **Ameaça**

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

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

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

#### **Ato obsceno**

Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

#### **Desobediência**

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

#### **Falsa identidade**

Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

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

Art. 308 - Usar, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia ou ceder a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro:

Pena - detenção, de quatro meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

JAKOBS (pág. 114/115) também teceu comentários acerca do tema, tratando especificamente das associações terroristas e organizações criminosas, se perguntando se a formação de quadrilha seria um assunto privado e inerente à consciência do indivíduo, respondendo que:

Na medida em que se insinue com essa pergunta que a persecução de fins antijurídicos não poderia ser uma questão privada, por ela se vir afetada não somente a formação de quadrilha, como também a concepção em seu conjunto. Toda a preparação de um delito pode ser definida como uma conduta que é não-privada, mas então já não se tem nenhum motivo para se deter ante a incriminação de pensamentos. Por essa via, todo o direito penal se converte em direito penal de inimigos.

Segundo os ensinamentos de HUNGRIA (pág. 177), o mesmo já justificava a necessidade da criminalização da associação em quadrilha ou bando, aduzindo que:

A delinquência associada ou de grupo fez-se, na atualidade, um alarmante fenômeno de hostilidade contra a ordem jurídico social. Certos indivíduos que, por circunstâncias múltiplas, notadamente pela influência de um ambiente criminógeno, e agravar-lhes a inconformação com a própria incapacidade de êxito pelos meios honestos, coligam-se como militantes inimigos da sociedade, formando entre si estáveis associações para o crime e entregando-se, pelo encorajamento e auxílio recíprocos, a todas as audácias e a todos os riscos. É o banditismo organizado. Seus

componentes, chefes ou gregários, Incubos ou súcubos, são, via de regra, homens sem fé nem lei, que não conhecem outra moral além dos aberrantes "pontos de honra" com que requintam a solidariedade para o malefício. Pela mútua sugestão e pelo fermento de imoralidade no seio do "bando" ou "quadriha", fazem do crime o seu meio de luta pela vida, caracterizando-se por singular impiedade, afrontoso desplane, menosprezo a todos os preconceitos, ou extrema insensibilidade ética.

Com relação à punição dos atos preparatórios, ainda no caso brasileiro, estes ainda se verificam, dentre outros, com o tipo penal de apetrechos para falsificação de moeda (art. 291 do Código Penal). A intenção do legislador ao criar o referido tipo penal não era punir aqueles que falsificassem moedas, mas sim a punição daqueles que mantinham em sua posse os apetrechos necessários para que se pudessem falsificar as mesmas, configurando assim um clássico exemplo de crime de mera conduta. Segue o texto do artigo supracitado:

**Petrechos para falsificação de moeda**

Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

BIANCHINI (pág. 73), ao tratar sobre assunto, diz que a "antecipação de tutela penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, comumente conhecidos como crimes-obstáculos, possui caráter excepcional e só se justifica quando se estiver diante de bens de categoria muito elevada e, ainda assim, desde que a descrição realizada na conduta típica seja inequívoca. Este tipo de punição visa a prevenir ações indubitavelmente lesivas ou perigosas, mediante a punição dos atos idôneos para comissão de outros crimes". Um exemplo que ilustra bem o comentário do notável doutrinador seria o caso do artigo 52 da Lei 9.605/98, no qual diz que:

Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Independente de qualquer argumentação, é necessário registrar, por motivos de reflexão, a assertiva lógica do próprio JAKOBS: "quem castiga por fatos futuros já não tem nenhum motivo para deixar impune os pensamentos" e, pois, "despojar desse modo o sujeito de sua esfera privada já não corresponde al direito penal de cidadãos, e sim ao direito penal dos inimigos".

### 3.4. A relativização de garantias penais e processuais

Fora a antecipação da tutela penal e a desproporção das penas, é um importantes frisar que a relativização das garantias penais e processuais são, também, uma importante arma contra o crime organizado, como também para resolver problemas da própria Justiça.

Preambularmente, para que se possa enfrentar crimes e criminosos típicos da modernidade (crimes praticados pela *internet*, grupos criminosos transnacionais responsáveis por tráfico de drogas e armas etc.) é necessário fazer uso de uma 'força' que não pode ser encontrada seguindo somente os ensinamentos do Direito penal e processual clássico, pois as dificuldades adicionais de persecução de prova são muitas.

Segundo ensina SÁNCHEZ (pág. 150), "nesses âmbitos em que a conduta delitiva não comente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente à relativização das garantias substantivas e processuais".

Um exemplo destas referidas relativizações de garantias penais e processuais seria a intervenção nas telecomunicações (Lei 9.296/96), as investigações secretas e os agentes infiltrados (Lei 12.850/13), típicos de um direito processual de enfrentamento, de luta e de guerra contra o inimigo, ou pelo menos, distante do antigo modelo clássico-liberal.

#### LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996.

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

### **LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013.**

#### **CAPÍTULO II**

#### **DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA**

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

JAKOBS (pág. 41) atenta que, “como no Direito Penal do Inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não tem lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito; o Estado elimina os direitos de modo juridicamente ordenado. (...) Neste contexto, pode bastar uma referencia à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (...)”.

Contudo, é importante deixar claro que boa parte dos críticos do Direito Penal e Processual, voltado contra o ‘inimigo’, são os mesmos que comemoraram a chegada de um novo modelo de Política Criminal completamente afastada dos princípios clássicos. Um exemplo disso é a Lei 9.099 (Lei dos Juizados Especiais), que com o pretexto de afastar a incidência da pena de prisão para infrações de menor potencial ofensivo, flexibilizou a garantia do devido processo legal, permitindo a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direito sem a produção da necessária prova e o exercício de ampla defesa.

HASSEMER (pág. 49/50) comenta o assunto de maneira impecável, dizendo que:

Os acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, barateiam-no e expandem a capacidade da justiça penal de processar maior número de casos. Os acordos tem um penca de princípios constitucionais e processuais fundamentais como inimigos naturais: publicidade das audiências (porque a conciliação requer decência e discrição); juiz natural (por que a proposta de se introduzir a participação de juizes leigos também nas audiências de julgamento é pouco convincente); princípio da legalidade (porque, compreensivelmente, não será o conteúdo do Direito penal material aplicável ao caso que guiará à decisão final, e sim a avaliação oportunista das perspectivas de desfecho do processo e da disposição das “Partnes” para o acordo); princípio inquisitório (porque o “grande achado” do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo

inevitáveis); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque só faz sentido participar de uma conciliação se se tem algo a oferecer); igualdade de tratamento (porque deve-se proceder de tal modo que o acusado pouco disposto ou pouco capaz de cooperar seja por esta razão mesmo tratado com mais rigor).

Esse tipo de legislação, enaltecido por muitos daqueles que criticam de forma veemente o "Direito Penal do Inimigo", de certa forma contribuiu para institucionalizar um modelo de Direito Penal que flexibiliza as garantias penais e processuais. Não restando qualquer dúvida que, hoje em dia, é muito complicado sem enfrentar as novas demandas penais sem fugir um pouco dos parâmetros clássico-liberais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após realizar o estudo e a análise crítica sobre a 'Teoria do Direito Penal do Inimigo', de autoria do professor alemão GÜNTHER JAKOBS, restou claro que a mesma é sim passiva de muitas críticas, afinal, rompe, em diversas áreas, com os ensinamentos perpetrados pelo Direito Penal Clássico, sendo a sua admissão um verdadeiro retrocesso no que se trata às conquistas realizadas em séculos de luta por um direito mais justo (principalmente o Direito Penal).

Mas, fora isso, é franco que a mesma vem surgindo com cada vez mais força no cenário atual. Havendo críticas referentes a ela, ou não, hoje a mesma é real, é palpável, e não podemos simplesmente fechar os olhos e fingir que nada está acontecendo. Pois se o 'problema' existe, o mais correto é estudá-lo, descobrir sua origem, para só então conseguir 'combate-lo'. Não apenas dizer que ele está errado porque está errado.

Forçoso se faz aceitar que, em meio aos Princípios Clássicos, que permeiam o Direito Penal, surgiu um 'novo Direito'. Um Direito que nasceu para combater aqueles que o Estado (e a ordem social) não conseguiu proteger, quais sejam, os 'inimigos'.

Infelizmente, com a crise que a humanidade vive hoje, é inimaginável a aplicação de um 'Direito Penal do Inimigo', pois o mesmo, em função de seu rigorismo, se tornaria uma arma nas mãos dos poderosos, e aquele que nasceu para derrotar o mau, se tornaria o pior mau de todos!

Enfim, faz-se necessário, primeiramente, melhorar a sociedade como um todo, procurando reduzir ao máximo as desigualdades, colocando todos em equivalência de oportunidades, para que só então (e apenas em uma sociedade assim!) possa se falar em uma verdadeira positivação organizada das tendenciosas ideias da 'Teoria do Inimigo'. Apesar de que a mesma venha sendo germinada nas legislações atuais, ainda que não haja um 'terreno' adequado para isso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA DE MORAES, Alexandre Rocha. **A terceira velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**, Dissertação de Mestrado – Direito Penal; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; São Paulo; 2006.

MIRABETE, JULIO FABRINI. **Manual de Direito Penal Vol. I.** São Paulo, Editora Atlas S.A., 2013;

TÁVORA, ALENCAR. Nestor e Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal;** Salvador – Bahia, Editora Juspodivm, 2012;

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral;** Salvador – Bahia, Editora Jusdivm, 2013;

JAKOBS, Günter; **Direito Penal do Inimigo.** 2ª tiragem, Rio de Janeiro; Lúmen Iuris Editora, 2009;

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo, Noções e críticas,** 4ª edição; Livraria do Advogado Editora, 2009.

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito\\_penal\\_do\\_inimigo](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_penal_do_inimigo) acessado em 06.01.2014;

<http://vejasp.abril.com.br/materia/numero-de-mortes-assaltos-cresce-2013> acessado em 31.12.13;

<http://jus.com.br/artigos/18603/discutindo-a-terceira-velocidade-do-direito-penal> acessado em 01.01.14;

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Atentado\\_%C3%A0\\_Maratona\\_de\\_Boston\\_de\\_2013](http://pt.wikipedia.org/wiki/Atentado_%C3%A0_Maratona_de_Boston_de_2013) acessado em 07.01.2014;



ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA

Aos 21 dias de janeiro de 2014, foi apresentada a Monografia do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí – UESPI, no Campus Alexandre

Oliveira, reuniu-se em sessão pública a Banca Examinadora da Monografia intitulada:

Uma Análise da Teoria do Direito Penal do inimigo e seus efeitos sobre a legislação brasileira

de autoria do concludente Renan Rodrigues Benício

A Banca Examinadora foi constituída pelos professores:

Gabriel da Silva Amorim (Orientador/Presidente),

Lygia Raphaelle Silva de Aguiar (Examinador) e

Julliane da Costa Feitosa (Examinador)

A seguir a Banca Examinadora retirou-se a fim de analisar e decidir sobre a Monografia apresentada.

Retornando, o presidente comunicou que a Banca Examinadora considerou a Monografia

APROVADA (aprovada ou reprovada) com nota 10,0. E, para constar foi

lavrada a presente ATA que, lida e aprovada, foi assinada por todos os membros da Banca Examinadora.

Parnaíba, 21 de janeiro de 2014

Gabriel da Silva Amorim  
Presidente da Banca Examinadora

Lygia Raphaelle Silva de Aguiar  
Examinador

Julliane da Costa Feitosa  
Examinador