

A BASE IDEOLÓGICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO



Prof. Pós-Dr. Ramiro Anzit Guerrero

Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidade Federal de La Matanza, Doutor em Direito Penal e Ciências Penais pela Universidade Del Salvador, Mestre em Estudos Estratégicos pela Escola de Guerra Naval Argentina. Ex-Diretor do Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Museu Social Argentino. Professor Titular de Prática Forense na Graduação e Professor Titular de Criminologia na Especialização em Direito Penal da Universidade del Salvador. Professor da Escola da Magistratura dos Estados do Pará e Paraíba. Conselheiro Editorial da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte / Tribunal de Justiça; Membro do Conselho de Publicações Faculdade de Tecnologia da Amazônia – FAZ. Publicou 14 livros entre eles: *Criminología, evolución y análisis* (2007); *Compendium Criminis: Criminología, Criminalística y Victimología* (2010) *Realidades y Perspectivas del Derecho Penal en el Siglo XXI* (2011); *Derecho Informático* (2011); *Derecho Penal y Paradigma Criminológico en América Latina* (2012). Membro Instituto de Ciências Penais (Minas Gerais – Brasil). Membro do Instituto de Direito Penal e Criminologia, Ordem dos Advogados da Capital Federal (Argentina) Membro Sociedade Mexicana de Criminologia. Membro Internacional Association for Counterterrorism & Security Professionals. Membro Association for the Study of Middle East & Africa (USA).

DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal do inimigo, proposto por **Günther Jacobs**, representa a antítese do direito penal garantista, de cunho liberal, idealizado e desenvolvido a partir da Revolução Francesa.¹ Contudo, para que seja possível analisá-lo a partir do texto constitucional brasileiro (proposta do presente trabalho) faz-se necessária a compreensão de suas características latentes, o que significa mergulhar a fundo no pensamento de seu artífice, **Günther Jacobs**.²

Aliás, da mesma forma que o direito penal do inimigo se opõe ao direito penal garantista³, há um conflito social vivo entre a modernidade reflexiva e a dialética iluminista.⁴ A observância deste confronto é importante para o desenvolvimento deste trabalho, pois a compreensão do direito penal do inimigo exige, em um primeiro momento, a análise do momento histórico em que surgiu esta concepção do direito penal.

¹ Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. Muñoz Conde e o Direito Penal do inimigo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>>. Acesso em: 06 jan. 2009. “Quem sustenta o chamado "Direito penal" do inimigo (que é uma espécie de "direito emergencial"), na verdade, pode ser caracterizado como um grande inimigo do Direito penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais acolhidos pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito”. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 8 ed. ver. E atual., São Paulo: Saraiva, 2005. “a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida.”

² Doravante será chamado de Jacobs.

³ Nesse sentido: ARANA, Raul Pariona. El derecho penal “moderno” sobre la necesaria legitimidad de la intervenciones penales. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.68. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. – out. 2007, p. 112-139, esp. P.117. “Según la concepción de los profesores de Frankfurt: Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke y Peter-Alexis Albrecht, ante el cuadro de lege data que presenta el ordenamiento jurídico-penal vigente de la Republica Federal de Alemania, se podría hablar em le ciência del derecho penal clasico y de um derecho penal moderno. Según la concepción de estos profesores, el concepto de derecho penal clasico se asocia al modelo de ordenamiento jurídico desarrollado em el curso de los siglos XVIII y XIX que se apoyo em la filosofia de la ilustración y del idealismo alemán. Por el contrario, el derecho penal moderno habría roto com lãs tradiciones del derecho penal clásico, orientado a la garantia de la libertad del ciudadano. El nuevo derecho penal se desarrollaría com um médio de manejo social y como um instrumento de pedagogia social. Se habría producido um cambio de orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención. La orientación a los resultados sería em la fase del derecho penal clásico, em el mejor de los casos, sólo um criterio que complementaba la dación correcta de las leyes. Hoy, el objetivo del derecho penal moderno sería alcanzar determinados resultados externos. Se afirma, em suma, que el derecho penal no sería más para el legislador ultima ratio, sino, em media creciente, prima ratio.”

⁴ ADORNO, T.W & HORKHEIMER, M. Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

Historicamente sabe-se que **Jacobs**, em um seminário realizado em Frankfurt, no ano de 1985, detectou que havia se desenvolvido na Alemanha um direito penal parcial, conferindo-o a denominação de direito penal do inimigo.⁵ Importante esclarecer que em um primeiro momento **Jacobs** criticou, de forma severa, este direito penal parcial e instrumentalizador da pessoa humana, para posteriormente empunhar uma tese afirmativa, que legitima e justifica essa linha de pensamento. Esta transição no pensamento de **Jacobs** esta intimamente relacionada ao fenômeno da globalização, pois foi a partir da globalização que o direito penal passou a enfrentar uma necessária reestruturação dos sistemas das políticas criminais, na medida em que a criminalidade passa a atentar contra as estruturas do Estado.⁶

Como afirma **Beck** foi especialmente nos anos finais do século XX e nos primeiros deste século XXI, que o mundo passou a assistir a mudanças de tamanha amplitude e profundidade que acabaram por modificar os padrões até então existentes, sendo que estas alterações vão desde o incremento tecnológico até as rupturas epistemológicas e paradigmáticas em praticamente todos os campos do conhecimento humano.⁷

Essas alterações advindas da globalização, não só esclarecem a transição do pensamento de **Jacobs** como também aquilo que **Zaffaroni** chama de transformação regressiva da política criminal, na medida em que se passou, sem qualquer solução, do debate de políticas abolicionistas ou reducionistas para a expansão do poder punitivo.⁸

Foi justamente nesse contexto histórico que o direito penal do inimigo se fortaleceu, sendo indiscutível a interseção entre essa linha de pensamento penal e a modernidade reflexiva marcada pelo risco. Nesse sentido **Prittwitz** argumenta que direito penal do risco e direito penal do inimigo não são conceitos independentes um do outro, uma vez que, enquanto o direito penal do risco significa uma mudança no modo de compreender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado

⁵ JACOBS, Günther. Criminalización en El estadio previo de la lesión de un bem jurídico. In: Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas, 1997. P.293-324.

⁶ MORAES, Vinicius Borges de. Concepções jusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jacobs. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.74. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out. 2008, p.10-34, esp. P.10.

⁷ BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias. São Paulo: IBCCRIM, 2004. P. 21-22.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. El enemigo en El derecho penal. 1ª Ed.,- 1ª reimp. – Buenos Aires: Ediar, 2007. P. 13.

de uma época, estrutural e irreversível, o direito penal do inimigo é a consequência fatal e que deve ser repudiada de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada.⁹

Em outras palavras, o discurso que procura legitimar o direito penal do inimigo ganha eco, não pela racionalidade das premissas que o sustentam, embora se deva admitir que a atual proposta de **Jacobs** seja de certa forma “coerente”¹⁰, mas sim pelo momento histórico em que é proferido, pelas características da sociedade pós-industrial, portanto, de risco em que pretende ser aplicado. É dizer: o direito penal do inimigo, além de representar uma ruptura de paradigmas, representa uma reformulação da compreensão do direito penal, reformulação estruturada no limiar do século XXI. Resta saber, porém, se esta reformulação é constitucionalmente viável.

Sociedade de Risco

Como já mencionado, o presente se caracteriza por um inquestionável progresso dos conhecimentos humanos e por um domínio das forças naturais que determinou o desenvolvimento e o aperfeiçoamento das relações e da vida humana.¹¹ Entretanto, este fenômeno, impôs modificações profundas na ciência penal, até porque a sociedade contemporânea passou a enfrentar vários fenômenos, transformando-se em uma sociedade de risco.¹²

Frise-se que a expressão sociedade de risco foi cunhada porque **Ülrich Beck** apresentou um estudo sobre os riscos, sua definição, seu surgimento sua criação e sua distribuição.

Para **Ülrich Beck**, o processo de industrialização é indissociável do processo de produção de riscos, uma vez que uma das principais consequências do desenvolvimento científico industrial é a exposição dos indivíduos a riscos. Portanto,

⁹ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais entre direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.47. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr.2004, p. 31-45, esp. P.32.

¹⁰ Coerente deve ser interpretado como racionalmente estruturada.

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción al derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003, PP. 182.

¹² BECK, Ülrich. Sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidad (Título original Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986). Trad. Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

os riscos acompanham a distribuição dos bens, decorrentes da industrialização e do desenvolvimento de novas tecnologias, devendo ser observado que foram gerados sem que a produção de novos conhecimentos fosse capaz de trazer a certeza de que estes riscos diminuiriam ou seriam passíveis de controle e monitoramento eficazes.¹³ Daí afirmar-se que na sociedade de risco os riscos, enquanto produtos dos excessos da produção industrial, ultrapassariam os limites temporal e territorial.¹⁴

Em suma, a expressão sociedade de risco é uma teoria política sobre as mudanças operadas na estrutura da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade critique o seu próprio desenvolvimento¹⁵. Essa autocrítica é alimentada justamente pela reflexão, daí o autor referir-se ao período contemporâneo como o período da modernidade reflexiva.

Ocorre, todavia, que essa crítica constante, alimentada pela reflexão, volta-se para todas as instituições fundamentais, inclusive para a base epistemológica que procura legitimar o direito penal. De acordo com **Ulrich Beck** “a reflexividade da modernidade produz não somente uma crise de orientação, como alegam os comunitaristas, mas uma crise institucional fundamental e mais extensivamente profunda na sociedade industrial tardia. Todas as instituições fundamentais (como partidos políticos e os sindicatos, mas também os princípios causais da responsabilidade na ciência e no direito, as fronteiras nacionais, a ética da responsabilidade individual, a ordem da família nuclear, e assim por diante) perdem suas bases e sua legitimação histórica. Por isso, a reflexividade da modernidade é equivalente ao prognóstico dos conflitos de valor de difícil resolução sobre os fundamentos do futuro.”¹⁶

¹³ CASTIEL, L. D. (2001) A Centralidade da Regulação na Sociedade de Risco. Esterisco Home Site, FioCruz. Retirado em 07/01/2009, no *World Wide Web*: <http://www.ensp.fiocruz.br/projetos/esterisco/suor6.htm>

¹⁴ NAVARRO, Marli B. M. de A. & Cardoso, Telma A. de O. (2005). Percepção de Risco e cognição: reflexão sobre a sociedade de risco. *Ciências & Cognição*; Ano 02, Vol.06, nov/2005.

¹⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo : IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34), P.31.

¹⁶ BECK, Ulrich. *A Reinvenção da Política*. Em: Giddens, A., Beck, U. & Lash, S.: (Orgs.). *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna* . (pp.211-212). São Paulo: UNESP.

Nesse cenário, foi natural a busca de novas alternativas para a política criminal vigente, tendo em vista que esta política criminal passou a ser alvo de constantes questionamentos. Como consequência, fruto desta reflexividade, há a expansão do poder punitivo estatal, principalmente porque o avanço tecnológico evidenciado determinou o surgimento de novas técnicas delitivas, técnicas estas que, além de facilitar a atividade criminosa, colocam em risco a própria estrutura do Estado.¹⁷

Na mesma toada percebe-se que a expansão¹⁸ do poder punitivo estatal ocorre porque passa a existir, por parte da sociedade influenciada pela mídia eletrônica de massa, um constante fortalecimento das expectativas institucionais – em especial do braço armado Estado -, que determina a modificação do centro de gravidade da norma jurídico-penal que passa da subjetividade do indivíduo para a subjetividade do sistema.

Como alude **Muñoz Conde** substitui-se uma orientação individual por uma plural.¹⁹

A partir deste contexto histórico²⁰ e social, pode-se perceber, nitidamente, que a sociedade de risco propicia o ambiente favorável para o desenvolvimento do

¹⁷ HOYOS, Gustavo Balmaceda. Consideraciones críticas sobre El derecho penal moderno y su legitimidad. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.65. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr.2007, p. 52-76, esp. P.53-54.

¹⁸ Nesse sentido: PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais entre direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.47. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr.2004, p. 31-45, esp. P.38/39.” Como é a realidade deste direito penal do risco? O que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal expansivo. Isto não é necessariamente assim em teoria, mas empiricamente comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional obtida com o conceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir novos candidatos no círculo dos direitos (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a fronteira entre comportamentos puníveis e não puníveis – deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente como um avanço na proteção exigida pelo direito penal – e finalmente em terceiro lugar de reduzir as exigências de censurabilidade, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Direito Penal e controle social. Trad. Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 13.

²⁰ Não há como negar que os atentados de 11 de setembro também contribuíram para o desenvolvimento do direito penal do inimigo. Nesse sentido: NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Dogmática Penal y política criminal frente a la reforma penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.61. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. - ago. 2006, p. 9-43, esp. P.29. “ La cuestión há cobrado una minuciosidad teórica bastante importante, que se há visto acentuada incluso a partir del 11 de septiembre de 2001 y que seguro se dispara a partir de la nueva matanza atroz perpetrada em los trenes madrileños del reciente 11 de marzo de 2004. Los

direito penal do inimigo, pensamento penal que projeta efeitos não apenas na dogmática penal material, mas também no campo do processo penal, na medida em que propõe a flexibilização de determinadas garantias individuais de índole processual.

Nesse tocante é perfeita a colocação proposta por **Busato** quando argumenta que e as dificuldades contemporâneas de convívio com o risco geram uma atitude de identificação da alteridade, da diferença, com o risco, devendo o inimigo personificar o risco de fonte desconhecida.²¹

Contudo, não obstante se apresente o risco como a característica principal da sociedade pós-moderna, deve-se assinalar que esta não é a única característica desta sociedade. Pontual a lição de **Arana** no sentido de que a principal característica de nossa sociedade é a complexidade das relações sociais e dos processos produtivos, complexidade que incrementa a insegurança social.²²

De qualquer forma, a verdade é que o aumento crescente da insegurança nas relações sociais, facilitou, sobremaneira, o arquétipo penal atualmente difundido por **Jacobs**, denominado direito penal do inimigo.

A base ideológica do direito penal do inimigo

A base ideológica do pensamento penal sustentado por **Jacobs** estrutura-se a partir de dois componentes. O primeiro componente lastreia-se na função da pena. O segundo relaciona-se ao conceito de pessoa atribuído pelo autor.

países occidentales se encuentran indefensos siendo víctimas de los mayores atentados terroristas de la historia; llegando a parecer que tales bárbaras masivas pudieran ser la gota que colmara el vaso permitiendo justificar el abandono de todo principio sostenido hasta el momento, tanto relativo a los derechos humanos, como al derecho penal o al derecho internacinal.”

²¹ BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você?. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.66. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. – jun. 2007, p. 112-139, esp. P.114-115.

²² ARANA, Raul Pariona. El derecho penal “moderno” sobre la necesaria legitimidad de la intervenciones penales. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.68. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. – out. 2007, p. 315-371, esp. P.347.

Nessa perspectiva Jacobs considera a prevenção geral positiva como única função da pena criminal.²³

Significa dizer que tal função concentra as finalidades de intimidação, correção, neutralização e retribuição, sendo que o principal objetivo da pena passa a ser a estabilidade das expectativas de comportamento dos indivíduos por meio do exercício da confiança no direito para a mera estabilização da ordem normativa e, assim, da identidade social.²⁴

Nesse viés, há uma nítida instrumentalização do indivíduo, da pessoa, por parte do sistema,²⁵ ou como adverte **Ferrajoli**, na doutrina da prevenção geral, através da ameaça penal derivada da lei, utiliza-se um homem considerado um indivíduo real como um meio para um fim²⁶, como se o homem não fosse um fim em si mesmo.

Portanto, o escopo da pena é a comprovação inequívoca da vigência da norma, sem que isto signifique um retorno à teoria absoluta da pena, não obstante a pena passe, na concepção proposta por **Jacobs**, a encerrar uma justificativa que deriva de si mesma. E não representa um retorno à teoria absoluta da pena porquanto esta não se esgota em si mesma, na medida em que visa a estabilidade social.²⁷

Esta afirmação é feita porque para **Jacobs** o direito penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade,²⁸ pois esta só

²³ JACOBS, Günther. Derecho penal: parte general. 2. Ed. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. P.13.

²⁴ NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo Tradução Antonio Martin Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.68. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. – dez. 2007, p. 156-177, esp. P.165-166.

²⁵ Nesse sentido BARATTA. Integracion-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistêmica. Doctrina penal: teoría y práctica em lãs ciências penales, año 8, númeors 29 a 32. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985. P. 22. “ Em especial, el sujeto em la incriminación de responsabilidad penal deja de ser el fin de la intervención institucional, para convertirse en El soporte sicofísico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de El y de la cual constituye únicamente um instrumento. Parece que, aunque com expresiones y lenguaje bien diferentes y mas abstractos, la teoría sistêmica replantea la figura del “chivo expiatorio”, de la cual se sirve la teoría psicoanalítica del delito y de la pena para mostrar el componente irracional de los sistemas punitivos.”

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, P.225.

²⁷ BENEDETTI, Juliana Cardoso. Raízes sociológicas do funcionalismo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.70. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. - ago. 2008, p. 9-47, esp. P.38.

²⁸ JACOBS, Günther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003. P.1.

existe quando e na medida em que existem normas reais. Como consequência, a condição para o indivíduo ser considerado pessoa esta relacionada com o momento em que esse indivíduo passa a ser portador de funções, tendo em vista que a pessoa não atua conforme um plano individual de satisfação ou de insatisfação, mas sim conforme um esquema de dever.²⁹

Nessa forma de compreensão as pessoas não se confundem com os indivíduos, sendo consideradas pessoas somente aquelas que se submetem a deveres de um determinado grupo social e às quais se possa impor uma definição a partir do esquema/dever espaço-livre.³⁰

Logo, o individuo é considerado pessoa a partir e enquanto bem desempenhar seu papel social, sendo que a pena serve apenas para demonstrar ao infrator que a norma continua em vigor, objetivando a manutenção da estabilidade social.³¹

É esse desprezo em relação a dimensão humana do indivíduo que justifica o direito penal do inimigo. Ora, como bem aduz **Benedetti**, se a pessoa se define simplesmente por desempenhar ou não o seu papel social, deixa de assim ser considerada quando não corresponde a tais expectativas.³²

Winfried Hassemer, por sua vez, “observa que a idéia de prevenção desprende-se de seu sabor terapêutico, social ou individual” para se estruturar como um instrumento de intervenção na luta contra a criminalidade. Sob essa ótica, “o

²⁹ BOZZA, Fábio da Silva. Análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jacobs. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.70. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. - out. 2007, p. 41-69, esp. P.49.

³⁰ TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 2ª edição. rev. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey 2002. P. 65.

³¹ JACOBS, Günther. Sobre la teoria de la pena. Traducción de Manuel Cancio Melliá. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho de La Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 18.

³² BENEDETTI, Juliana Cardoso. Raízes sociológicas do funcionalismo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. - ago. 2008, p. 9-47, esp. P.38. Nesse sentido: JACOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid: Civitas, 2005^a. “ a pessoa degenera ate converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo cognitivamente considerado , com o que emerge o inimigo.”

delinqüente tende a converter-se num inimigo, e o direito Penal, em um direito Penal para inimigos”.³³

Acrescente-se, também, que para **Jacobs** pessoas não são definidas primeiramente por direitos, mas sim por deveres, ou seja, é considerada pessoa o indivíduo que cumprir com os próprios deveres, ao passo que os demais, aqueles que não cumprem com os próprios deveres, perdem este status. Estes últimos passam a ser considerados não-pessoas e conseqüentemente passam a estar sujeitos a intervenções ilimitadas, na medida em que são inimigos.³⁴

Por conseguinte este inimigo deixa de ser um sujeito de direitos, passando a ser objeto, razão de não se reconhecer, em favor dele, a necessidade de um processo penal legal, mas sim um procedimento de guerra.³⁵

Por tal motivo, denota-se que o direito penal do inimigo produz efeitos não apenas na dogmática penal material – dentre eles a já citada inflação legislativa – mas também no campo do processo penal. São exatamente estes efeitos que serão analisados no próximo tópico.

Os efeitos do direito penal do inimigo

Um dos efeitos mais marcantes do direito penal do inimigo na dogmática penal reside na clara desmistificação do conceito de bem jurídico. Como salientado anteriormente, a pena para **Jacobs** serve apenas para demonstrar a vigência da norma, razão pela qual, segundo ele, o direito penal visa a proteção da vigência de normas e não de bens jurídicos.

Aqui, deve ser compreendido que o direito penal do inimigo preconiza como função do direito penal, por via reflexa, a manutenção da sociedade, pois é erigido

³³ NAUCK, Wolfgang, HASSEMER, Winfried, LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención General*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso. Montevideo - Buenos Aires : B de F, 2004, p. 25.

³⁴ NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. Tradução Antonio Martin Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.69. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. – dez. 2007, p. 156-177, esp. P.171-172.

³⁵ AMARAL, Cláudio Prado do. Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007 (Monografias IBCCRIM; 44). P. 126.

com o escopo de evitar a destruição do ordenamento jurídico e como consequência oblíqua, segundo o viés funcionalista sistêmico, a manutenção da própria sociedade.³⁶

Este objetivo também é observado por **Peñarenda Ramos**, segundo o qual “na concepção de Jacobs, o direito penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma orientação como modelo geral de orientação no contrato social.”³⁷

Resta claro, portanto, que para **Jacobs** a função do direito penal se confunde com a função da pena, ambos existindo para demonstrar a vigência da norma.³⁸ Por óbvio, então, que o “bem jurídico penal passa a ser a validade fática das normas, que garantem que se possa esperar respeito aos bens, às funções e a paz jurídica.”³⁹

Logo, não se incriminam apenas fatos propriamente ditos e, sim, condutas cuja relevância reside principalmente em seu conteúdo simbólico.⁴⁰

Além de desmistificar a importância do conceito de bem jurídico, o direito penal do inimigo, aproveitando-se dos questionamentos formulados pela sociedade do risco, procura desmaterializá-lo o que consiste no seu distanciamento da objetividade

³⁶ MORAES, Vinicius Borges de. Concepções jusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jacobs. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.74. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out. 2008, p.10-34, esp. P.10.

³⁷ PEÑARENDA RAMOS, Enrique et al. Um novo sistema do direito penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jacobs. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

³⁸ BENEDETTI, Juliana Cardoso. Raízes sociológicas do funcionalismo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.73. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. - ago. 2008, p. 9-47, esp. P.38.

³⁹ JACOBS, Günther. Derecho penal: parte general. 2. Ed. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. P.58.

⁴⁰ AMARAL, Cláudio Prado do. Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007 (Monografias IBCCRIM; 44). P. 129.

natural, para focar a tutela de bens universais ou coletivos de perfis cada vez mais abstratos, o que demanda a criação de tipos penais formais e de perigo.⁴¹

Aliás, **Santana Veja**, compreendendo bem o momento histórico vivido, e analisando os reflexos da modernidade reflexiva no direito penal, adverte que a admissão resignada de que se vive em uma sociedade de risco está a conduzir uma aceitação irrefletida de bens-jurídicos penais coletivos o que vem acompanhado de um adiamento das barreiras de intervenção do direito penal por meio de erigir o conceito de perigo como fonte, quase única, das infrações penais contra os mesmos.⁴² Em outras palavras, “a punibilidade avança para o âmbito da preparação, e a pena se dirige para os fatos futuros, não para os fatos já cometidos.”⁴³

Outro efeito inerente a esta linha de pensamento penal reside na expansão do direito penal, expansão esta não relacionada a inflação legislativa denominada expansão extensiva, mas sim intensiva, qual seja: no sentido de que a Política Criminal modulada pelo funcionalismo sistêmico concentra esforços para incrementar a punição dos crimes.⁴⁴

Decorre desta postura, acrescida ao efeito anteriormente mencionado – elaboração de tipos penais de perigo abstrato – que o legislador, apesar de antecipar o momento punitivo, lançando mão de tipos penais de perigo abstrato, não reduz

⁴¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo : IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34), P.107.

⁴² SANTANA VEGA, Dulce Maria. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos. Madrid: Dickinson, 2000, P.103.

⁴³ JACOBS, Günther. Derecho penal del enemigo. Tradução de Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, P.40.

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: um debate desenfocado, em Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 09/01/2009, disponível em [HTTP://criminnet.urg.es/recpc](http://criminnet.urg.es/recpc), PP.13-14. Idêntica é a observação de PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais entre direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.47. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr.2004, p. 31-45, esp. P.41-42. “Direito Penal do Inimigo é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos. Em que isso se faz visível? Primeiramente, tomando-se a lei concretamente – o Código Penal e a legislação processual penal, o que se vê é que, onde se trata da punição de inimigos, se pune antes e de forma mais rígida; o ponto de vista do direito material a liberdade do cidadão de agir e (principalmente) de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo.

proporcionalmente a pena destes novos delitos quando comparada a pena dos delitos materiais ou formais com escopo semelhante.⁴⁵

Nessa perspectiva constata-se outro efeito difundido pelo direito penal do inimigo que é a passagem da legislação do direito penal para a legislação da luta para combater determinado tipo de delinquência,⁴⁶ o que também demonstra a intenção de tratar o delinquente como inimigo.

Essa perspectiva, até certo ponto desumanizadora, é reconhecida pelo próprio **Jacobs** na medida em que afirma que “há outras muitas regras do Direito Penal que permitem apreciar que naqueles casos em que a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura diminui a disposição a tratar o delinquente como pessoa. Assim, por exemplo, o legislador (para permanecer primeiro no âmbito do direito penal material) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações perigosas.”⁴⁷

Como fossem insuficientes todos estes efeitos projetados na dogmática penal material, o direito penal do inimigo preconiza ainda a supressão de determinadas garantias individuais como a incomunicabilidade do indiciado e a banalização da prisão de natureza cautelar.

De interessante pode-se ressaltar que **Jacobs** inumera estas características para demonstrar que sua teoria, o funcionalismo sistêmico, trata de uma tendência aplicada há muitos anos, razão pela qual para ele “um direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de

⁴⁵ Nesse senso: JACOBS, Günther. La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. Revista Peruana de Ciencias Penales. Edición especial sobre el Código Penal-Peruano. Lima, año VII-VIII, n. 12. Jacobs aporta como ejemplo “que la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de un tentativa de asesinato, cuando la pena de la tentativa de este sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos a cualquiera prevista para los delitos de asociaciones terroristas.”

⁴⁶ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.61. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. - ago. 2006, p. 9-43, esp. P.31.

⁴⁷ JACOBS, Günther. Derecho penal del enemigo. Tradução de Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, P.38-39.

Direito, que entrelaçar todo o direito penal com fragmentos de regulações próprias do direito penal do inimigo.”⁴⁸

De forma sintética observou-se que o direito penal do inimigo desenvolveu-se em um momento histórico específico, marcado por constantes questionamentos sociais, o que determinou a necessidade de respostas por parte do estado, em especial de sua política criminal. Estas respostas, em regra sugeridas previamente pela mídia de massa, culminaram com a difusão do ideário funcionalista sistêmico segundo o qual a pena serve para demonstrar a vigência da norma e o indivíduo só é considerado pessoa, enquanto cumprir seu papel social.

Os efeitos dessa realidade “absoluta”, porém, irrefletida, no campo penal são: a) o amplo adiantamento da punibilidade, pois o que é punido é o fato que está por acontecer (fundamento prospectivo), e não o fato cometido (considerações sobre uma normal orientação retrospectiva); b) o incremento das penas; c) o relaxamento de determinadas garantias individuais.

Estes efeitos produzem, ainda, duas características que, embora relacionadas, se diferenciam: Primeira: muito mais do que uma mera antecipação do momento punitivo, observa-se que não se incriminam fatos, e, sim, condutas cuja relevância reside principalmente em seu conteúdo simbólico. Segunda: a técnica da redação dessas infrações é peculiar, principalmente porque o legislador se vale de termos ambíguos, vagos, imprecisos, de difícil compreensão para o destinatário da norma.⁴⁹

Conclusão

Não há como negar que a sociedade pós-moderna apresenta características peculiares, destacando-se o risco como uma destas características.

⁴⁸ JACOBS, Günther. Derecho penal del enemigo. Tradução de Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, P.49-50.

⁴⁹ AMARAL, Cláudio Prado do. Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007 (Monografias IBCCRIM; 44). P. 128.

Contudo, aceitar esta evidência, não significa coadunar com o ideário penal do terror que rompe com as barreiras antropocêntricas impostas ao braço armado do Estado. Até porque, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana pode-se afirmar que o homem jamais pode ser considerado meio, seja ele etiquetado de terrorista, traficante, homicida ou membro do crime organizado. Logo, este homem chamado de inimigo no ideário proposto por **Jacobs**, que não se sabe quem é, ou quem pode vir a ser, depende da ideologia dominante, continua a ser o fim do próprio Estado, que só se justifica, nas palavras de Bobbio, enquanto meio ou instrumento que possa tutelar o homem, possibilitando sua emancipação enquanto ser humano.⁵⁰

E a compreensão de que o ser humano, seja ele quem for, não pode ser instrumentalizado pelo Estado, representa observar que o risco, por si só, não é hábil a justificar a expansão desmedida do direito penal vivenciada na prática não só pela inflação legislativa, mas também pelo aumento desproporcional das penas.

A simples constatação de que a sociedade moderna é uma sociedade de riscos, não é suficiente para justificar que o direito penal deixe de ser a última forma de ingerência do Estado na liberdade dos indivíduos, até porque, enquanto o Estado Democrático de Direito existir será o direito penal sua última ratio.

De igual modo, a dialética da modernidade, que procura impregnar o direito penal, não pode se olvidar que o bem jurídico desempenha papel central na estrutura do delito, justificando e delimitando o conteúdo da norma.

Na mesma linha, os tempos atuais não viabilizam qualquer discurso penal que proponha a flexibilização de garantias individuais a um determinado grupo de pessoas, em especial de garantias relacionadas a liberdade do cidadão, como se fosse justificável perder de vista o marco-político criminal recente que vinha impondo uma constante e paulatina humanização do direito penal.

Encerra-se, frisando que a ideologia do inimigo, assentada em premissas epistemológicas questionáveis, não ganha eco quando confrontada com o conteúdo do texto constitucional brasileiro, primeiro porque a Constituição brasileira exige que a matriz penal e processual penal do país seja de cunho antropocêntrico, segundo porque esta matriz antropocêntrica moldou a Justiça em uma escala entre sólida e profusa e a uniu estritamente aos cidadãos. Ela dotou a instituição da Justiça com

⁵⁰ BOBBIO – ao prefaciar a obra de Ferrajoli “Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal”, São Paulo, RT, 2002.

todos os meios que ela necessita para funcionar em uma sociedade moderna, ela concedeu à Justiça espaço para prosseguir no desenvolvimento social e lhe confiou a proteção daqueles direitos sem os quais os seres humanos não sobreviveriam em um mundo socializado.⁵¹

⁵¹ HASSEMER, Winfried, "Direito Penal Libertário" trad. Regina Greve, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, P. 23.