

## O DIREITO PENAL DO INIMIGO FACE À DIGNIDADE HUMANA E SEUS TRAÇOS NO DIREITO PENAL PÁTRIO<sup>1</sup>

**RODRIGO DE OLIVEIRA MONTEIRO\***  
**GISELE MENDES DE CARVALHO\*\***

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá

\*\* Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Professora de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá

**RESUMO:** O artigo versa de forma crítica sobre os principais traços do chamado Direito Penal do Inimigo e suas manifestações no ordenamento penal brasileiro. Expõe-se o conceito de DPI e de suas principais características, de acordo com o seu principal defensor (Günther Jakobs), destacando-se que esse não é um novo movimento jurídico, mas reminiscência histórica de antigas manifestações do Direito Penal, que em busca de uma pretensa eficácia do sistema penal, não levam em conta o respeito à dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade das penas e a necessidade de proteção de bens jurídicos. É no confronto entre o

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o DPI, aliás, que se centra boa parte da exposição, que se dedica a demonstrar como o método finalista, radicalmente oposto ao funcionalismo sistêmico de Jakobs, por respeitar a condição do homem como pessoa dotada da capacidade de dirigir finalisticamente os seus atos de forma responsável, é o que mais resulta conforme aquele princípio. Outro importante aspecto do trabalho é a abordagem criminológica do freqüente e perigoso fenômeno da legislação penal de emergência, que aparece como manifestação da manipulação político-criminal do medo ao delito da

---

O artigo corresponde a uma síntese da monografia de conclusão do curso de Direito defendida pelo bacharel Rodrigo de Oliveira Monteiro na Universidade Estadual de Maringá, em novembro de 2008, sob a orientação da Professora Dra. Gisele Mendes de Carvalho.

população, mas que na verdade nada mais é do que uma forma de mascarar os verdadeiros problemas sociais que estão por trás do aumento da criminalidade. O artigo termina com uma explanação dos principais exemplos de Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira, tais como a Lei de Crimes Hediondos, Lei Maria da Penha, Lei de Execuções Penais, Regime Disciplinar Diferenciado, e, também, alguns artigos do próprio Código Penal.

**RESUMEN:** El artículo trata críticamente de los principales rasgos del llamado Derecho penal del enemigo y de sus manifestaciones en el orden jurídico brasileño. Tras una explicación del concepto de DPE y de sus características, según su principal defensor (Günther Jakobs), los autores señalan que éste no es un nuevo movimiento jurídico, sino una nueva faz de una antigua manifestación del Derecho penal que busca ante todo garantizar la máxima eficiencia del sistema penal, sin tener en cuenta el respeto a la dignidad de la persona humana, la proporcionalidad de las penas y la necesidad de protección de los bienes jurídicos. Es en el confronto entre

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal do Inimigo-Funcionalismo sistêmico-Dignidade Humana-Finalismo-Control social formal e informal-Medo ao delito-Legislação penal especial.

el principio constitucional de la dignidad de la persona humana y el DPE que se concentra gran parte de la exposición, que se dedica a demostrar cómo el método finalista, radicalmente opuesto al funcionalismo sistémico de Jakobs, por respetar la condición del hombre como persona capaz de dirigir finalísticamente sus actos de forma responsable, es el método que más resulta conforme con aquel principio. Otro importante aspecto del trabajo es la aproximación criminológica del frecuente y peligroso fenómeno de la legislación penal de emergencia, que aparece como producto de la manipulación político-criminal del medo de la población al delito, pero que en realidad no es más que una forma de enmascarar los verdaderos problemas sociales que están por detrás del aumento de la criminalidad. El artículo termina con una explicación de los principales ejemplos de Derecho penal del enemigo en la legislación brasileña, tales como la Ley de los Crímenes Hediondos, la Ley Maria da Penha, la Ley de Ejecución Penal, el Régimen Disciplinar Diferenciado, y, también, algunos artículos del mismo Código Penal brasileño.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal del enemigo-Funcionalismo sistêmico-Dignidad Humana-Finalismo-Control social formal e informal-Miedo al delito-Leyes penales especiales.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Princípio da dignidade da pessoa humana: breves linhas sobre seus desdobramentos e hierarquia. 3 Direito Penal do Inimigo: conceito e críticas: 3.1 Conceito de Direito Penal do Inimigo;

3.2 Inconsistência do Direito Penal do Inimigo.  
4 Embate entre Direito Penal do Inimigo e o princípio da dignidade humana. 5 Traços do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira.

## 1 INTRODUÇÃO

É tendência mundial, flagrante nos últimos tempos, o florescer de um Direito Penal expansivo, drástico, alheio às garantias, direitos e princípios fundamentais erigidos não apenas em nossa Carta Magna, mas também, notadamente, em tratados de direitos humanos, ratificados por um sem-número de países. Um “Direito” capcioso, artiloso, que sinaliza um profundo retrocesso das conquistas democráticas conseguidas a alto preço, e, pior, desvirtuador/agressor da própria noção de dignidade humana. Reside, aqui, neste último aspecto, a faceta mais nociva do denominado “Direito Penal do Inimigo”.

No campo teórico-doutrinário, esta tendência encontra adeptos que aplaudem esta atuação protuberante do Direito Penal. Dentre os defensores, o expoente é Günther Jakobs, e entorno das sofisticadas conceituações deste é que se extrai o conceito de Direito Penal do Inimigo - “Direito” este voltado à exclusão/luta contra o inimigo, negando-lhe a dignidade e o caráter de pessoa.

Procurando-se coligir elementos que sustentem as argumentações a que se procederá posteriormente, em oposição ao DPI, far-se-á primeiramente uma análise da hierarquia e legitimidade do princípio da dignidade humana dentro da legislação brasileira, amarrando-a a outros aspectos basilares do nosso sistema constituído de poder - comprovando, inclusive, que ela é intrínseca à própria idéia de Direito -, elucidando, ao se fazer uso de conceitos kantianos, que o princípio da dignidade humana é indissociável ao homem, não havendo como negar este título a nenhum indivíduo (inimigo).

Posteriormente, concentrando-se a argumentação, e dispondo-se a encontrar um elemento cerne sobre o qual recai o confronto entre princípio da dignidade humana e DPI, far-se-ão breves apontamentos sobre o finalismo - método antagônico ao adotado pelo Direito Penal do Inimigo -, enaltecendo-o como método que respeita a qualidade humana básica: a racionalidade.

É crucial que o tema aqui proposto seja investigado, uma vez que este “Direito” está se firmando como resposta mundial e, conseqüentemente, brasileira, a determinadas formas de crime organizado, sobretudo a criminalidade econômica, a organizada, o terrorismo, o tráfico de drogas, de armas e de pessoas. Isto se verá mais a fundo no item final do presente artigo, onde se elencam vários exemplos da legislação pátria, mal-tratadores de princípios fundamentais, que contêm traços nítidos de Direito Penal do Inimigo.

## 2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: BREVES LINHAS SOBRE SEUS DESDOBRAMENTOS E HIERARQUIA

Imprescindível para a análise que se propõe fazer neste artigo, sobretudo para que se tenha um arcabouço doutrinário suficiente para desnudar o caráter do que venha a ser Direito Penal do Inimigo, que se trate mais detidamente do princípio da dignidade humana, contextualizando-o dentro do ordenamento jurídico pátrio, e extraindo dele suas conceituações e paradigmas mais preciosos.

Na busca do que venha a ser tal princípio, importa esclarecer que ele é fundamento da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, pluralismo político e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Está consagrado no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna nacional. Neste sentido, sobre o princípio da Dignidade, o legislador deu-lhe tal importância, que pode ser classificado como um dos “componentes medulares das instituições do nosso sistema constitucional de poder”<sup>1</sup>.

Propondo-se a desvelar sua importância e a compreender de forma mais profunda em que ele consiste, mormente neste meio conturbado em que se vive, onde colidem interesses de classes sociais muito díspares, globalização, tirania, exclusão social, a dignidade deve ser buscada, pois “tal embate de valores positivos e negativos acaba por fragilizar a democracia, devendo o ser humano aprender a necessidade de solidariedade social com atuação conjunta do ente estatal e da

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 232.

sociedade organizada para dar oportunidade aos menos assistidos, fazendo prevalecerem e se realizarem os direitos fundamentais para garantia da dignidade da pessoa humana”<sup>2</sup>.

Considerando esta assertiva, a dignidade humana consistiria na prevalência, realização dos direitos fundamentais, usando-se como canal a solidariedade social. Ela, como antes citado, na medida em que é efetivada, caracteriza-se como implemento da democracia, constituindo-se em garantia da consolidação do Estado. Face a isto - não se assumindo, aqui, necessariamente, qualquer posicionamento quanto às discussões relativas a lugar em que está insculpido -, fácil entender porque o princípio da dignidade humana acompanha no art. 1º da Constituição Federal diretrizes como “cidadania” e “pluralismo político”: são conseqüências um do outro.

Kant perscruta fundamentos para que se conceba a dignidade humana como princípio intangível, de valor absoluto, que surge como conseqüência da moralidade. Em linhas gerais, ele parte do imperativo categórico - máxima que albergaria o valor absoluto, moral, sendo um fim em si mesmo<sup>3</sup> - para desenvolver o conceito de imperativo prático: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”<sup>4</sup>.

Esclarece Kant que a moralidade seria condição *sine qua non* para “fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.”<sup>5</sup>.

Esta moralidade a que Kant faz menção, em outras palavras, está afeita à determinação do homem a princípios superiores, negando-se a ser meramente objeto de suas emoções, subrogando-se os direitos de

---

<sup>2</sup> SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, jan./mar. 2002, p. 168.

<sup>3</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 65.

“criador”. Legisla no mundo dos fins, porque pode desprender-se de uma orientação animalesca. Afirma textualmente que “o homem - e, de uma maneira geral, todo o ser racional - existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim”<sup>6</sup>.

O pensamento de Kant, enfim, pode ser sintetizado com a seguinte frase: “todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si.”<sup>7</sup>. Disto, e pelo até aqui tratado, deflui que um homem deve ter em relação ao próximo um comportamento constante, sempre no sentido de exaltar o outro como fim em si mesmo, direcionando-se à investigação de mecanismos de implemento da vida social. Acaba-se, quando se parte do homem racional portador da dignidade humana, alcançando-se os ideais de solidariedade social, cidadania e democracia. Referidos ideais dirigem-se a todos os indivíduos, sendo eles limitados ou não.

Ademais, mesmo a questão da racionalidade estando tão atrelada à idéia de dignidade, ainda assim é necessário que se defenda que quem porventura não se encontre no patamar razoável de suas faculdades mentais é protegido pela idéia de “responsabilidade”: “Com efeito, deve lembrar que responsabilidade vem da raiz latina *spond*, que é a mesma raiz que origina resposta; logo, ser responsável significa dar resposta adequada à situação enfrentada. Assim, o ser humano deve ser o mais responsável de todos os seres, porque é o único capaz de conhecer a limitação de consciência dos demais seres vivos, inclusive humanos, que, por deficiências neurobiológicas, venham a formar-se de maneira incompleta ou de maneira que impeça a fruição do que se considera padrão de normalidade”<sup>8</sup>.

Por estes argumentos, defende-se que, a despeito do baixo nível de cognição do ser humano, ele deve ser tratado com dignidade, seja

---

<sup>6</sup> KANT, Immanuel, op. cit., p. 58.

<sup>7</sup> Ibid., p. 64.

<sup>8</sup> IBAIXE JÚNIOR, João. Por um conceito de vida e dignidade humana. *Revista Jurídica Consulex*, ano X, n. 226, 15 jun. 2006, p. 49.

devido à racional/moralidade, seja em função da responsabilidade de quem lhe dispensa o tratamento.

E, de modo a tornar mais clara a importância de tal princípio dentro de nosso ordenamento jurídico, Bonavides nomina-o como “supremo valor onde jaz o espírito da Constituição”<sup>9</sup>, de modo que corrobora a idéia de que “a dignidade da pessoa humana [...] antecede [...] o juízo axiológico do legislador e vincula de forma *absoluta* sua atividade normativa”<sup>10</sup>, e “não é uma criação do legislador constituinte, que apenas reconhece a sua existência e sua eminência, pois ela, como a própria pessoa humana, é um conceito *a priori*.”<sup>11</sup>

Bonavides ainda complementa que o “quebrantamento do espírito da Constituição configura a maior das inconstitucionalidades. As políticas de governo, ofensivas do direito popular e da soberania do país, se não forem tolhidas pela via judicial de controle - o que só nos parece possível numa democracia participativa - legitimam o direito de resistência, bem como a desobediência civil, por derradeiras instâncias de defesa do povo agredido”<sup>12</sup>.

Da transcrição acima, assume relevo a idéia de que a Dignidade é o limite do próprio Estado. Aquiesce-se aqui com um direito de resistência quando referido Estado vira as costas à Dignidade e ao Direito, de modo que, se não é meta dele a proteção do princípio em comento, ele perde a razão de ser.

Portanto, é preciso ter cautela com conceitos e idéias implantadas no bojo da sociedade, seja qual for a via de implantação, pretensamente universais, pacificadoras e instrumentais, mas ardilosamente sutis, voltadas à exclusão. Tais idéias, por fugirem da inclusão social, portanto da dignidade humana, acabam por prejudicar o Direito, na medida em que, conforme defendido por Bonavides, restaria inobservada a dignidade e quebrantado o espírito da Constituição.

---

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 28.

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 134.

<sup>11</sup> SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 79.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 28.

Não é de se espantar que parcelas da sociedade cheguem ao ponto de se organizarem em milícias e fazer frente ao poder instaurado, quando este pouco se empenha na justificação e persuasão da norma, dando margem à oposição. Se o que se deseja é um comportamento conforme a norma, deve-se buscar a integração, implementando-se a participação democrática de variadas formas. Ora, como pode o Estado persuadir os cidadãos, convencê-los a agir de determinada forma, sem diálogo? O que faz a norma ser justa senão a reciprocidade entre indivíduo e Estado? A marginalização foge à Dignidade. Ressalta-se que “a preservação da dignidade humana, como conteúdo do direito delineado em todos os seus termos por uma Teoria Geral renovada, denota a necessidade de participação de todos, demonstrando que, além dos direitos, há, evidentemente, deveres de todos para com todos que merecem ser respeitados, garantidos, cobrados e preservados”<sup>13</sup>.

É importante que referida a “participação” da qual se tratou no excerto acima não seja entendida somente no sentido de adesão, de modo que se imponha a total aquiescência a uma cartilha restrita de conduta. Como destaca Gracia Martín, “se os conteúdos materiais das ordens ético-sociais são relativos e contingentes, disso deve resultar, a meu ver, que não pode ser admitida nenhuma disciplina jurídica das relações sociais, das instituições sociais por meio das quais aquelas são canalizadas, bem como das estruturas jurídico-políticas do Estado, que imponha determinada concepção de mundo, mesmo que desejada e compartilhada pela maioria; nenhuma disciplina que exclua grupos de seres humanos - ainda que fosse apenas um - da distribuição de bens, ou que, enfim, imponha obstáculos, ou não elimine os obstáculos existentes, para um exercício igualitário da liberdade por todos e cada um dos seres e dos grupos de seres humanos.”<sup>14</sup>.

Assim, ao se tratar aqui da hierarquia do princípio da dignidade humana, viu-se que nele se encerra o objetivo do próprio Direito. Pode-se, diante desta constatação, e pelo já colocado, afirmar que as garantias constitucionais - legalidade, presunção de inocência e devido

---

<sup>13</sup> SANTOS, Marcos André Couto, op. cit., p. 181.

<sup>14</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho; prefácio José Ignacio Lacasta-Zabalza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 146.

processo legal, erigidas nos incisos do art. 5º CF - afeitas ao Direito Penal, são subdivisões do princípio da dignidade humana. Não é possível, então, abdicar delas, pensando-se estar legitimado por qualquer "Direito", dada a imprescindibilidade do princípio ora tratado. Eis que a dignidade, por ser o calço de todo ordenamento, se "esparge por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios penais fundamentais." Portanto, obviamente, qualquer "transgressão aos princípios da legalidade ou da culpabilidade implicará também, em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade humana."<sup>15</sup>

Neste sentido, sintetizando em poucas linhas o que se objetivou com a explanação acima, recorda-se que "o conteúdo a ser dado para o direito está presente na proteção integral do ser humano, que é vista atualmente como a garantia dos direitos fundamentais / humanos, e num segundo momento de forma mais ampla dentro da garantia da própria dignidade do ser humano"<sup>16</sup>.

### 3 DIREITO PENAL DO INIMIGO: CONCEITO E CRÍTICAS

#### 3.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

Neste item, discorrer-se-á acerca do Direito Penal do Inimigo. Abordar-se-á as suas características mais relevantes, orbitando, preponderantemente, em torno da articulação e das conceituações exaradas por seu maior defensor na atualidade: Günther Jakobs.

O Direito Penal do Inimigo tem se infiltrado sempre, e ultimamente com mais contumácia, nas legislações do mundo. Tem encontrado como hospedeiros, inclusive, países política e economicamente desenvolvidos. Isto se dá, também, por causa da prática de crimes "novos", diferentes dos clássicos, em função da contextura atual, tomando-se em conta fenômenos resultantes da globalização<sup>17</sup>, da capacidade lesiva, e, sobretudo, pelas características

---

<sup>15</sup> PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 135.

<sup>16</sup> SANTOS, Marcos André Couto, op. cit., p. 176.

<sup>17</sup> A título de complementação, interessante o comentário de Paulo César Busato, ao referir que a "atividade econômica supra-nacional atrai também a ânsia pelo lucro

de seus agentes. Seriam exemplos destes crimes a criminalidade econômica, a organizada, o tráfico de armas e de pessoas, enfim, todos aqueles que levam a concluir que o indivíduo se afastou de maneira duradoura do Direito<sup>18</sup>.

Esta gama de delitos força a legislação penal, impelindo-a à evolução, levando à existência setores inteiros de regulação, bem como ao incremento das sanções dos delitos já existentes, ou à reforma destes tipos<sup>19</sup>. Esta tendência expansiva - marca deste "Direito" - dá-se de maneira abrangente a ponto de colidir com os princípios e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito<sup>20</sup>.

Necessário advertir que, embora o momento atual seja particular, o Direito Penal do Inimigo nada tem de inédito. Ao menos sua temática central - tratada melhor a seguir -, a saber, idéia de exclusão do delinqüente - ou tipo de delinqüente - da sociedade e do Estado, conforme destaca Gracia Martín, remonta-se a séculos antes de Cristo, a exemplo, com Protágoras, passando pelos sofistas, por Tomás de Aquino, Rousseau, Fichte, Kant (conforme defende Jakobs) e Hobbes. É com base principalmente no postulado destes dois últimos que Jakobs procura parâmetros para a defesa do Direito Penal do Inimigo<sup>21</sup>.

Assim, como Jakobs sustenta a segregação entre o Direito Penal

---

ilícito, pelo que, a pretensão de delinqüência alcança, da mesma forma, aspirações globais, em especial nos âmbitos societários" (BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, n. 66, maio/jun. 2007, p. 320).

<sup>18</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 34-35.

<sup>19</sup> JAKOBS, op. cit., p. 56. Neste viés, também destacando a idéia de que a inflação legislativa é fenômeno predominante na atualidade, subdividindo-se na criação de outros tipos e incremento de tipos já existentes: SILVEIRA, Miriam Figueiredo da. Orientações dirigidas ao legislador penal frente ao direito penal de emergência. *Boletim IBCCRIM*, n. 178, set. 2007. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/boletim\\_imprime.php?id=3487&idBol=213](http://www.ibccrim.org.br/site/boletim_imprime.php?id=3487&idBol=213)>. Acesso em: 06 set. 2008.

<sup>20</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 76.

<sup>21</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 25 e ss.

comum, dirigido ao cidadão, imerso em características democráticas, e o Direito Penal do Inimigo, voltado à “não-pessoa”, ele traça a diferenciação entre cidadão e inimigo baseando-se na idéia de segurança cognitiva. Esta seria a expectativa de que a pessoa, o cidadão, determinar-se-á segundo as normas impostas, tendo, por conseguinte, comportamento que confirma a estrutura normativa da sociedade, diferentemente do inimigo. A negação da condição de pessoa a determinados indivíduos é, pois, o principal paradigma da teoria do Direito Penal do Inimigo<sup>22</sup>.

Nesta cruzada, na tentativa de estabelecer um divisor de águas entre quem oferece ou não segurança cognitiva, Jakobs sobrecarrega a importância da vigência da norma<sup>23</sup>, de modo que a repetição da infração à regra, ou um comportamento consolidado no sentido de não segui-la - habitualidade, profissionalismo, associação para fins criminosos -, implica em viver em um estado de natureza não contratual<sup>24, 25</sup>, sendo o comportamento em relação à regra critério capaz, suficiente, para diferenciar cidadãos e inimigos. “A idéia de que a estabilização da norma é elemento central do sistema de imputação leva Jakobs a colocar o homem em segundo plano, pelo que não é de estranhar que para sua proposta, não haja óbice em

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 132 e ss.

<sup>23</sup> No momento em que sobrecarrega a vigência da norma, Jakobs transparece o partidarismo pelas teorias sistêmicas da prevenção integradora. Tais teorias defendem que a pena não é aplicada tomando em conta seus fins ideais, antes, vem no sentido de simbolizar a reação social, para, de modo notadamente plástico, manter incólumes valores adotados por determinada sociedade. Sobre as teorias sistêmicas e sua origem criminológica, vide MOLINA, Antônio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 264.

<sup>24</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 36.

<sup>25</sup> Nesse sentido, André Luís Callegari e Roberta Lofrano explicam: “O ‘inimigo-delinquente’ não será mais tratado pelo Estado como cidadão, pois ele próprio não admitiu ser obrigado a entrar no estado de cidadania (contrato social de Rousseau) e por esta razão não poderá participar dos benefícios do conceito de pessoa” (CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Traços do direito penal do inimigo na fixação da pena-base. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 178, p. 2, set. 2007).

desqualificar uma pessoa humana perante o Direito.”<sup>26</sup>.

Desta feita, Jakobs explica que a pena é a reiteração da vigência da norma, sendo ela dirigida à pessoa capaz de entender seu significado: “a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade”<sup>27</sup>.

Complementa ele que “o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato”<sup>28</sup>.

Assim, a pena teria uma atuação limitada. Estaria dirigida à pessoa capaz de entender seu significado e de ser influenciada por ele. Entretanto, existiriam indivíduos que seriam inexoráveis, insuscetíveis ao poder da pena, e que teriam comportamento conflituoso face à ordem imposta.

Diz Jakobs que “a confiança cognitiva no que não deve ser só, supõe uma orientação com a qual é possível sobreviver quando não é contraditória com tanta intensidade pelo conhecimento do que será.”<sup>29</sup>. Isto implica em que os inimigos, por sua conduta, teriam o condão de destruir a segurança cognitiva na norma, vez que as outras pessoas perderiam a expectativa de um comportamento alheio conforme o ordenamento imposto.

É critério para a separação entre cidadão/pessoa e inimigo o fato de que os primeiros são capazes de acoplar suas consciências à comunicação social, permitindo um traslado de informações, diferentemente do segundo, capaz apenas de seguir seu sistema psíquico isolado, não estando sujeito à comunicação<sup>30</sup>, o que explicaria sua resistência à pena.

Portanto, os inimigos seriam um mal, nada mais, e sobre eles não deveria recair o tratamento dispensado aos cidadãos, a pena, mas antes

---

<sup>26</sup> BUSATO, Paulo César, op. cit., p. 342.

<sup>27</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 22.

<sup>28</sup> Ibid., p. 22.

<sup>29</sup> Ibid., p. 34.

<sup>30</sup> Nesse sentido, GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 134.

a força, a luta, pura hostilidade, com o fito de inocuizar/excluir. Seria uma “luta contra um perigo em lugar de comunicação”<sup>31</sup>, posto que o efeito educativo da pena não tem poder.

Assim, para justificar a não aplicação dos direitos e garantias fundamentais, Jakobs os vincula ao contrato social, outrora renunciado pelos inimigos: “A situação prévia à criação do estado ‘comunitário-legal’ é o estado de natureza, e neste não há personalidade. Em todo o caso, não existe uma personalidade assegurada”<sup>32</sup>. Por isto é que se diz que os inimigos são “não-pessoas”.

Afastadas as garantias, com o transgressor da norma “se está autorizado a proceder segundo critérios de conveniência e oportunidade”<sup>33</sup>. Aos inimigos “permite-se tudo o que seja necessário para assegurar o âmbito ‘comunitário-legal’”<sup>34</sup>, ou seja, ele pode sofrer qualquer tratamento, irrestritamente. Deve ser assim, segundo Jakobs, pois “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do Inimigo.”<sup>35 e 36</sup>.

---

<sup>31</sup> JAKOBS, Günther ; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 23.

<sup>32</sup> Ibid., p. 47.

<sup>33</sup> NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do inimigo. Tradução Antônio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, n. 69, nov./dez. 2007, p. 173.

<sup>34</sup> JAKOBS, Günther ; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 47.

<sup>35</sup> Ibid., p. 42.

<sup>36</sup> Para servir de supedâneo à sua idéia, Jakobs busca socorro em Kant, remetendo-se à uma nota de rodapé da obra “Sobre a paz eterna”, onde Kant aquiesce com a idéia de forçar vizinhos, que se encontram em um estado de natureza, a entrar em um estado comunitário legal e, caso isto não fosse possível, restaria a opção de forçá-los para que deixem a vizinhança. Jakobs defende que Kant partilha da idéia de exclusão de indivíduos, e, nesta medida, com o Direito Penal do Inimigo (Ibidem, p. 28). Tal tese não prospera, mas se perfaz em um ardil, visto que “a remissão a Kant de qualquer fundamentação histórico-ideológica de um Direito Penal como o do Inimigo só pode ter como efeito a colocação do pensamento kantiano em uma situação de conflito insanável entre “opostos”; um conflito, porém, que Kant, dado o *valor absoluto* que concede ao respeito da humanidade de todo ser humano, só poderia resolver logicamente mediante o sacrifício e a negação do Direito Penal do Inimigo.” (GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 155).

Desta maneira, acerca da heterogeneidade do tratamento cidadão/inimigo, o Direito penal se subdividiria em dois tipos distintos de regulação: “Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade”<sup>37</sup>.

Sobre a atuação do DPI sobre o inimigo, no estado prévio, explica seu defensor que “o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros”<sup>38</sup>. Em outras palavras, o cuidado com a manutenção da vigência da norma é grande ao ponto de sequer permitir que ela seja infringida. Em determinados casos, notadamente no terrorismo, adequado seria “tomar como ponto de referência as dimensões do perigo, e não do dano à vigência da norma”<sup>39</sup>. Aqui se está diante de uma ampla antecipação da punibilidade, alcançando-se atos preparatórios de fatos futuros, um dos caracteres positivos próprios do Direito Penal do Inimigo<sup>40</sup>.

Outras características a serem adicionadas seriam a desproporcionalidade das penas, tanto em condutas de âmbito prévio, desacompanhadas da redução da pena dispensada a fatos consumados ou tentados, como também ser critério de discriminação o fato de o criminoso ser integrante de organização criminosa, estabelecendo-se agravações desproporcionais<sup>41</sup>. Enfim, um recrudescimento da legislação penal como um todo - o que implica no menoscabo de direitos e garantias fundamentais -, sendo isto resultado de uma postura frente ao inimigo, escolhido por suas condutas prévias, ou até seu estilo de vida, dada aqui a falta de especificação do critério segregatório - Direito Penal do autor, e não do fato.

Tecidas estas considerações acerca do Direito Penal do Inimigo, a saber, “Direito” que tem como norte as dimensões de perigo, voltado ao futuro, dirigido ao inimigo que rompeu o pacto social, renunciando

---

<sup>37</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 37.

<sup>38</sup> Ibid., p. 44.

<sup>39</sup> Ibid., p. 44.

<sup>40</sup> Nesse sentido, GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 87.

<sup>41</sup> Ibid, p. 87 e ss.

nesta oportunidade inclusive à sua dignidade, estando sujeito a uma persecução penal prévia, posto que gera a expectativa de delinquir, que tem como características a desproporcionalidade das penas e o recrudescimento da legislação penal, passa-se agora à uma análise crítica do mesmo, elucidando seus pontos imprecisos e controversos.

### 3.2 INCONSISTÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Esclarecidos os principais aspectos do Direito Penal do Inimigo, com foco em Jakobs, impõe que se passe a averiguar quais seriam, no plano teórico, as inconsistências de tal “Direito”. Daqui por diante, evidenciar-se-ão críticas, com o fito de desacreditá-lo, pondo-se em relevo as suas incoerências notadas já no plano abstrato.

Retomando a idéia de privação e negação do caráter de pessoa a indivíduos, temos o paradigma do Direito Penal do Inimigo, em contraposição ao Direito Penal comum, do cidadão, da normalidade. Dito isso, eis que urge questionar: em qual momento o inimigo é definido como não-pessoa? Seria no momento da realização do fato típico dentro do Direito Penal do Inimigo, de modo que a sentença teria valor meramente declaratório, ou seria por decisão judicial condenatória, após processo instaurado?

Num primeiro momento, ter-se-ia que considerar que as não-pessoas são prévias ao Direito Penal do Inimigo, “pois do contrário seria o próprio Direito Penal do Inimigo que construiria esse conceito de um modo completamente auto-referente e, por isso mesmo, circular”<sup>42</sup>. Sabe-se que é considerado inimigo aquele contra quem não há preocupação em se estabelecer um código de normas próprias - visto que não só a legalidade é indesejável, como o inimigo não se comportaria conforme previsão legal - e que mostra uma total disposição em afrontar o Direito Penal do Cidadão. Ora, só pode afrontar este, só merece seu tratamento, quem é destinatário, uma pessoa, já que “um Direito só pode ser infringido por quem seja destinatário de suas normas”<sup>43</sup>. Difícil fica, conseqüentemente, partir da premissa que a não-pessoa seja anterior ao Direito Penal do

---

<sup>42</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 156.

<sup>43</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 156.

Inimigo.

Num segundo momento, por se tratar de pessoa, o processo teria que seguir o Direito Penal do Cidadão, protegido pela totalidade das garantias que este possui, tendo, ao fim, sentença de acordo com o direito infringido: Direito Penal do Cidadão<sup>44</sup>. Por este método, ilógico negar a condição de pessoa a qualquer um, posto que o Direito Penal do Cidadão não serve a isto. Respeitando-se esta lógica, fica-se diante da impossibilidade de se distinguir cidadão e inimigo.

Estes aspectos contribuem para a indefinição de quem venha a ser inimigo e quem venha a ser cidadão. Agrava-se quando Jakobs ventila a possibilidade do cidadão vir a tornar-se inimigo gradualmente. Salienta que “em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinqüente tem direito a 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 delinqüente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinqüente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através do seu ato”<sup>45</sup>.

Na tentativa de temperar esta postura agressiva da legislação dirigida ao inimigo, ele traz a idéia perturbadora de que existem formas intermediárias entre Direito Penal do Inimigo e do Cidadão, de sorte que parece sugerir um diálogo com o excluído, buscando uma reconciliação. Uma contradição absurda, sobretudo porque o inimigo é assim considerado devido à sua condição incapaz de acoplar a consciência à comunicação social. Discorre Jakobs que “o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate

---

<sup>44</sup> Ibid., p. 157.

<sup>45</sup> JAKOBS, Günther; ; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 26.

perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias”<sup>46</sup>.

Pelo exposto, não é de se espantar ser consequência esperada do Direito Penal do Inimigo que, corriqueiramente, cidadãos sejam tratados como inimigos. Essa indeterminação opera contra Jakobs, pois, ao mesmo tempo em que ele afirma que a quebra do contrato justifica o tratamento funesto dado à não-pessoa, ele, pela indeterminação do inimigo, prejudica a própria idéia de contrato social<sup>47, 48</sup>.

Feita esta análise, recorremos a Cancio Meliá, que discorre sobre as inconsistências do Direito Penal do Inimigo, salientando a fragilidade e a contradição desta doutrina. Este autor esclarece que o surgimento do inimigo se dá a causa de um punitivismo, sendo este decorrente da aplicação do direito simbólico. Este último, usando sua terminologia em sentido crítico, nada mais é do que um direito plástico - que porventura poderá ter efeitos concretos -, advindo do esforço de determinados agentes políticos com o único objetivo de iludir a população, dando a falsa impressão de um legislador atento e decidido<sup>49</sup>.

Levando-se em conta tal coisa, não seria de se espantar que este Direito estivesse em conluio com estratégias políticas, econômicas, voltando-se à conservação do poder. E por ser assim, é importante que com ele se crie uma identidade social, de modo que o excluído desta identidade padece de perseguição. Daí resulta o punitivismo<sup>50</sup>. Está-se,

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 30.

<sup>47</sup> A proposição de violação de direitos fundamentais rompe com a idéia de formação do próprio Estado, que é a entrega de uma parcela da liberdade em troca da proteção mais eficiente destes mesmos direitos fundamentais. Se permitirmos ao Estado, chamado a nos proteger, que desconsidere nossa condição fundamental de cidadãos - condição esta da qual depende a legitimidade do próprio Estado que formamos - quem nos protegerá do Estado? Com base em que legitimidade, o Estado punirá o inimigo?” (BUSATO, Paulo César, op. cit., p. 349).

<sup>48</sup> Diante deste panorama, destaque-se a frase: “O certo é que, cada vez mais, estamos nos batendo contra um inimigo oculto, que não sabemos exatamente quem é, e que ao final, pode ser identificado como nós mesmos.”(Ibid., 317).

<sup>49</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 59.

<sup>50</sup> Segundo Cancio, “o Direito Penal simbólico não só identifica um determinado ‘fato’, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal - deixando de lado as

segundo Cancio, diante da nascente do Direito Penal do Inimigo: Direito Penal simbólico conjugado ao punitivismo. Este punitivismo se declinaria sobre “o outro”, levando-se à “uma cruzada contra malfeitores cruéis.”<sup>51</sup>. Tal cruzada se dá de maneira tão intensa ao ponto de conferir ao agente função normativa: “a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como ‘outro’, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declará-lo um efeito natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização.”<sup>52</sup>.

Tem-se aqui, conclusivamente, que “o Direito penal do Inimigo não é um Direito penal do fato, mas do autor”, já que “não estabiliza normas [...], mas denomina determinados grupos de infratores.”<sup>53</sup>. Não é difícil, então, entender que “o mandado de determinação, derivado do princípio de legalidade e suas ‘complexidades’ já não são um ponto de referência essencial para a tipificação penal”<sup>54</sup>. Esvaziado o princípio da legalidade, junto com ele vai a proteção a bens juridicamente tutelados.

Fato curioso é que este abandono dos bens jurídicos/legalidade se deve ao fato de o Direito voltar-se à própria estabilização: “A escolha da norma como centro do sistema de imputação permite reconhecer como missão do Direito penal a sua própria estabilização. Para fundamento da pena, propõe-se a prevenção geral positiva, ou seja, a preservação da confiança geral na vigência normativa. Em contrapartida, mantêm-se completamente afastadas do sistema as

---

estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos - persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como ‘outros’, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do ‘outro’. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal.” (op. cit., p. 65).

<sup>51</sup> Ibid., p. 71.

<sup>52</sup> Ibid., p. 71.

<sup>53</sup> Ibid., p. 75.

<sup>54</sup> Ibid., p. 72.

idéias de proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal”<sup>55</sup>.

Assim, a regra legítima criada por uma sociedade para se defender de terceiros (ou de si mesma) é esvaziada, abrindo-se espaço para a aplicação de um *codex* subversivo, que guarda profunda inimizade com a legalidade e, em função disto, ao que parece, desconsidera o próprio fenômeno “sociedade”. O próprio Estado questiona a regra imposta, de modo que ele parece um organismo distinto não integrante da sociedade descrita no pacto social, haja vista que não se determina conforme os valores imanentes a esta.

Por estas considerações é que se pode dizer que o tratamento dispensado ao inimigo não se enquadra na intenção de manter a vigência da norma. Cancio diz: “Precisamente, a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal ‘normal’”<sup>56</sup>.

Elucida que “a maior desautorização que pode corresponder a essa defecção tentada pelo ‘inimigo’ é a reafirmação do sujeito em questão pertencer à cidadania geral, isto é, a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor.”<sup>57</sup>.

Ainda, sobre a polêmica “vigência da norma”, útil citar outras considerações de Cancio. Já esclarecido que o Direito Penal do Inimigo surge com fama de “salvador dos Estados”, para acabar, precipuamente, com o terrorismo, salienta-se que, em dados numéricos, levantando-se as lesões a bens jurídicos pessoalmente experimentadas, tais modalidades de criminalidade - que segundo Cancio não são consideradas sólidas ameaças às bases das sociedades que foram vítimas - perdem para outros tipos de infrações cometidas massivamente, consideradas totalmente normais. Assim, fica o Direito Penal do Inimigo num impasse: se é tão atento à vigência da norma - reiteradamente desrespeitada por delitos “normais” -, o que há nestes

---

<sup>55</sup> BUSATO, Paulo César, op. cit., p. 350.

<sup>56</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 78.

<sup>57</sup> Ibid., p. 79.

fenômenos, tais como o terrorismo, para que mereçam seu específico tratamento?

A resposta está unicamente no plano simbólico: estes fenômenos questionariam elementos da identidade das sociedades atacadas<sup>58</sup>. Portanto, o Direito Penal do Inimigo, por sustentar a necessidade da preservação da vigência da norma, está numa difícil situação, afinal, sobrecarrega de importância delitos que atacam menos a vigência da norma, tirando proveito da idéia de uma ameaça carente de concretude de que as sociedades estariam com seus fundamentos em risco.

Sabendo-se que o Direito Penal na medida em que é “muito mais do que um mero sistema de incriminação, se lhe concebe também como sistema de garantias.” sendo, inclusive, “garantia contra a intervenção do Estado”<sup>59</sup>, imperioso que, por ser Direito, deva ser entendido “como a luta contra o exercício puro da força e da coação física de um poder superior e, portanto, como luta contra o Direito Penal do Inimigo”<sup>60</sup>.

Empenhando-se nesta luta, a seguir, discorrer-se-á acerca de aspectos mais práticos do Direito Penal do Inimigo, sua eficácia, para mais tarde, concentrar-se na questão mais visceral, medular, relativa ao embate de tal “Direito” com o princípio da dignidade humana: a racionalidade do homem.

### 3.3 EFICÁCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A MANIPULAÇÃO MUDIÁTICA, MEDO AO DELITO, LABELLING APPROACH E CONTROLE SOCIAL FORMAL E INFORMAL

Para que realmente se compreenda a nocividade do Direito Penal do Inimigo, e no que ele consiste em termos mais concretos, *mister* que se investigue algumas de suas molas propulsoras dentro da sociedade, fatores que colaboram para a sua amplificação, de modo que seja possível uma análise quanto à sua eficácia.

Na atualidade, generalizou-se o sentimento geral de insegurança cidadã (obsessão pela segurança), de modo que ao lado do problema

---

<sup>58</sup> Ibid., p. 77.

<sup>59</sup> BUSATO, Paulo César, op. cit., p. 336.

<sup>60</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 153.

do delito, surgiu também o problema do medo de converter-se em vítima dele. As atuais sociedades se tornaram cada vez mais rigorosas e intolerantes com relação ao infrator, de modo que o medo ao delito se transformou em um autêntico problema social.

Por outro lado, despontam entre os fatores mais relevantes para a atual investida do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico pátrio os meios de comunicação, a imprensa. A mídia, por si só, é uma máquina poderosíssima de formação de opinião, capaz de controlar o posicionamento de muitos sobre os mais variados temas. Seu poder é catalisado quando suas exposições encontram um público fascinado, comovido, interessado - justamente o que acontece quando o assunto é barbárie, crime. Sobre o envolvimento do público e as transgressões do Direito Penal ocorre que "os meios de comunicação de massa estimulam essa aproximação, mediante detalhada divulgação, seja com intuitos mercantis, seja como forma de alienação a problemas de base, seja - para quem quiser crer - para retratar fidedignamente a vida real. Assim é que, se o direito é fato social, o Direito Penal é ainda mais socialmente referenciado - se isso pode ser dito."<sup>61</sup>

Conseqüentemente, a mídia, por trazer ao cidadão uma realidade confeccionada, acaba por estimular a formação de manifestações sociais que pugnam pelo endurecimento do Estado e pelo agravamento das penas, a ponto de hoje se poder dizer que se está "diante de meios de comunicação que pretendem se substituir aos próprios tribunais, esforçando-se para realizar, por seus próprios recursos, um julgamento virtual do caso concreto, de repercussão infinitamente superior à da própria persecução penal"<sup>62</sup>. Por isto é que a sociedade, como um todo, começa a aceitar e a defender o enrijecimento do Direito Penal<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves delineamentos sobre a função do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 15, n. 69, p.48, nov./dez. 2007.

<sup>62</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. "Caso Isabella": violência, mídia e direito penal de emergência. *Boletim IBCCRIM*, n. 186, mai. 2008. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/boletim\\_imprime.php?id=3652&idBol=222](http://www.ibccrim.org.br/site/boletim_imprime.php?id=3652&idBol=222)>. Acesso em: 19 maio 2008.

<sup>63</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros, op. cit., p. 82. Importante que se ponha em relevo que o endurecimento do Direito Penal, catalisado pela atuação midiática, vem a objetivar não só uma resposta ao crime para satisfazer o cidadão, mas pode também

Mas esta mentalidade que surge não deve ser vista com bons olhos, visto que “temerário é manejar essa realidade de terror como justificativa à uma política de ‘caça às bruxas’, de estabelecimento de poderes renegadores de direitos e garantias fundamentais, de substituição da insegurança decorrente do crime pela insegurança institucional, de excitação da resposta como desforra e de brutalização do corpo social.”<sup>64</sup>

O medo, seja ele fundado ou meramente imaginário (produto de uma defeituosa percepção da realidade), pode gerar em ambos os casos efeitos nocivos, como a construção de uma política criminal drástica, de rigor desnecessário, num processo vicioso (o medo sempre produz mais medo), pouco eficaz, voltada contra as minorias de sempre, que quase sempre são tomadas como “bode expiatório” dos processos de criminalização, o que desvia a atenção dos verdadeiros problemas sociais que estão por detrás do aumento da criminalidade.

Soma-se a isto a revelação trazida pelas estatísticas de que “o endurecimento das penas e a “inquisitorialização” dos processos e procedimentos penais não tem o efeito diminuidor da criminalidade”<sup>65</sup>. Certo é que a criminalidade não diminui porque persistem “níveis de pobreza que fazem definharem e deformar, altos índices de impunidade e depravadas unidades de cumprimento de penas.”<sup>66</sup>. Exposta aqui fica a idéia de que o Direito Penal, ao aplicar penas enrijecidas, não se considerando critérios de necessidade e proporcionalidade, mais se assemelha a um mecanismo do Estado

---

ser visto como um ardil para distrair a população no que diz respeito a problemas de base muito mais relevantes. Sobre isto: “Realmente, é mais fácil e rápido aos legisladores aprovarem lei de aumento de pena ou de ‘hediondização’ de condutas delitivas - especialmente quando esses diplomas normativos não afetam determinados setores da sociedade, caracterizados por outro tipo de criminalidade, a não-violenta, mas, de igual modo, pernicioso, embora esse seja um dado simplesmente desconsiderado -, que aprovarem leis que se destinem ao melhoramento da força policial e à justa remuneração dos agentes que colocam em risco a vida em defesa da sociedade, sendo exatamente essa proteção que se objetiva nos discursos atuais sobre as políticas públicas sobre o crime.” (Ibidem, p. 84).

<sup>64</sup> Ibid., p. 83.

<sup>65</sup> Ibid., p. 84.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 84.

destinado a instrumentalizar os cidadãos punidos, com o intuito de se lograr a eficácia das normas pela exacerbação de sua função de exemplaridade.

Para que se continue a análise, melhor que se busquem na Criminologia os conceitos de controle social formal e informal, procurando neles subsídios que sirvam de critério para denunciar que o Direito Penal do Inimigo não é capaz de fazer frente à criminalidade instaurada.

Assim, reputa-se controle social o conjunto de estratégias das quais a sociedade se serve para incutir no indivíduo modelos e normas comunitárias, fazendo com que ele se adapte através da ingerência de valores ínsitos a ela<sup>67</sup>. Tal insinuação pode ocorrer de duas formas, se subdividindo, portanto, em dois grupos: o controle social formal e o informal.

O último utiliza-se da família, escola, profissão, opinião pública: “os agentes de controle social informal tratam de condicionar o indivíduo, de discipliná-lo através de um largo e sutil processo que começa nos núcleos primários (família), passa pela escola, pela profissão, pelo local de trabalho e culmina com a obtenção de sua aptidão conformista, interiorizando no indivíduo as pautas de conduta transmitidas e aprendidas (*processo de socialização*)”<sup>68</sup>. Já o controle social formal perfaz-se na atuação da polícia, da Justiça, da administração penitenciária. Apenas quando o controle informal falha é que entra em cena o controle formal. Suas instâncias “atuam de modo coercitivo e impõem sanções qualitativamente distintas das sanções sociais: são sanções estigmatizantes que atribuem ao infrator um singular *status* (de desviado, perigoso ou delinqüente)”<sup>69</sup>. Esclarece-se que “o controle social penal é um subsistema dentro do sistema global do controle social; difere deste último por seus fins (prevenção ou repressão do delito), pelos meios dos quais se serve (penas ou medidas de segurança) e pelo grau de formalização que exige”<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> MOLINA, op. cit., p. 97.

<sup>68</sup> Ibid., p. 97.

<sup>69</sup> Ibid., p. 97.

<sup>70</sup> Ibid., p. 98.

Tomando-se por base as afirmativas apostas, é nítido que o Direito Penal do Inimigo nada mais é do que uma orientação dirigida ao controle social formal cada vez mais agressivo, previsto em lei. Assim sendo, mesmo que se insista de modo veemente que o Direito Penal do Inimigo tem em sua tipologia alguma utilidade, por estar atrelado à exacerbação da idéia de controle social formal, não resta dúvida de que sua eficácia é reduzida. Isto se dá porque um endurecimento do controle social penal não parece ser a melhor solução para aumentar a eficácia do mesmo, pois este controle é apenas a última peça de uma engrenagem complexa, que para funcionar adequadamente depende do bom estado de todos os mecanismos de controle (família, escola, etc.). Além disso, o controle social penal possui limitações inerentes à sua própria natureza, posto que não se pode aplicar a pena a todo o mundo. Não podemos esquecer que a intervenção penal pressupõe a prática do delito, e não incide sobre seus fatores ou causas, em suas raízes últimas, razão pela qual a prevenção criminal é a menos eficaz de todas elas, porque opera de modo tardio e quando o problema social já se manifestou é não se pode mais evitá-lo, mas apenas reprimi-lo<sup>71</sup>.

Ainda dentro da noção de controle social formal, imperativo que se trate da lei que vem a legitimar sua própria atuação. Eis que a elaboração do que venha a ser crime é consequência dos ditames de quem tem poder legislativo, sendo que “a determinação de quem é socialmente inadequado a este poder pode muito bem se enquadrar à noção de criminoso”<sup>72</sup>. Por isto é que se diz que “a lei, elemento cultural institucionalizado, também reflete o medo e suas consequências sociais, [...] como a desconfiança, a discriminação, a vitimização e a exclusão”<sup>73</sup>.

No sentido de que o discurso criminaliza, e que o domínio arbitrário que a classe dominante possui sobre o discurso é a única variável que se tem para explicar a invenção e exclusão de tipos delitivos, desemboca-se na teoria do *Labelling Approach*. Tal teoria defende que “as classes sociais mais oprimidas atraem as taxas mais

---

<sup>71</sup> Ibid., p. 99.

<sup>72</sup> PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 118.

<sup>73</sup> Ibid., p. 111.

elevadas de criminalidade, e não porque professem uns valores criminais *per se* - nem porque cometam mais crimes -, senão porque o controle social se orienta prioritariamente para elas, contra elas. O controle social, por isso, não se limita a 'detectar' a criminalidade e a identificar o infrator, mas antes 'cria' ou 'configura' a criminalidade: realiza uma função 'constitutiva', de sorte que nem a lei é expressão dos interesses gerais nem o "processo de sua aplicação à realidade respeita o dogma da igualdade dos cidadãos"<sup>74</sup>.

Há que se fazer a ressalva de que o discurso dominante não estaria restrito à elaboração da lei - criminalização primária -, mas também ao processo de aplicação da mesma - criminalização secundária<sup>75</sup>.

Embora o extremismo do *Labelling Approach* cause estupor, porque parece oferecer explicação somente a uma sociedade totalmente desregrada, desprovida de valores, que tem de um lado a massa que faz nada mais do que ceder cabisbaixa a toda e qualquer pressão do sistema penal constituído, e de outro a elite, que não deve satisfação à ninguém, ele explica bem a sistemática que existe quando da aplicação do Direito Penal do Inimigo - na medida em que se leva em conta que este nomina subjetivamente destinatários, esquecendo-se da legalidade. Ademais, mesmo que este "Direito" encontre guarida na legalidade, deve-se considerar o fator medo que direciona e manipula a atuação do controle social formal.

Com o objetivo de desqualificar esta doutrina - DPI - , interessante que se faça menção ao fato de que a exclusão de indivíduos da vida social, anelando-se a segurança, é um completo paradoxo. Mecanismos de integração devem ser buscados, caso se queira uma sociedade mais segura. Prudente recordar que "o outro não é, necessariamente, o inimigo, é apenas mais um membro da sociedade, é um cidadão. Portanto, a segurança da sociedade pressupõe - e não repele - o crédito no próximo. Se o homem optou por viver em sociedade, é um *non sense* que pretenda - como se fosse compatível - anular o outro, impondo, sobretudo aos desafortunados, um ônus desproporcional que os leve a um cada vez maior afastamento, sem

---

<sup>74</sup> MOLINA, Antônio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 97.

<sup>75</sup> SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A inserção do controle social nas escolas criminológicas: do monismo social à criminologia crítica. *Revista Ciências Penais*, São Paulo, ano 03, n. 5, jul./dez. 2006, p. 224.

que lhes seja dada, pelo menos, uma oportunidade de redenção e de reinserção; generalizando a estatura de criminoso, independentemente da individualidade dos atos praticados e do perfil do agressor, majorando penas, mas mantendo a negligência e a dissolução no momento do cumprimento; distinguindo, alopoieticamente, quem merece ou não ser punido segundo suas poses e poderes; preferindo o emudecimento cômodo 'da situação resolvida porque o excluído não mais me afetará' à voz que reconhece a debilidade e a injustiça dos programas de expulsão social mantidas a miséria, a desigualdade e a impunidade"<sup>76</sup>.

Nesta medida, se o que se almeja é segurança, é imperativo apoiar a proposta de "abolição do controle penal voltado à anulação da individualidade através da privação da comunicação, como forma de combate ao processo de segregação e exclusão"<sup>77</sup>, sugestão que colide frontalmente com a proposta do Direito Penal do Inimigo, antidemocrático, no sentido de não implementar a comunicação, considerando o delinqüente incapaz de se comportar segundo regras. Por este, e todos os apontamentos feitos aqui, nota-se que o Direito Penal do Inimigo toma a direção contrária do que seria um caminho eficaz. Uma coisa é punir e outra, muito distinta, é prevenir a delinqüência, porque isso implica em mudanças substanciais nas políticas econômicas, sociais e educativas do país.

Por fim, a título de admoestação, selando esta análise, exclama-se que se "responsáveis existem pela criminalidade, não são apenas os criminosos, mas todos os que não enxergam além da pena e que singelamente silenciam diante da realidade eliminadora da vida, de dignidade, de oportunidade e de igualdade. Se o renascimento - expressão aqui utilizada sem qualquer conotação religiosa - não for possível, melhor que reconheçamos logo que não queremos viver em sociedade"<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros, op. cit., p. 88.

<sup>77</sup> BUSATO, Paulo César, op. cit., p. 364.

<sup>78</sup> FERNANDES, Luciana de Medeiros, op. cit., p. 89.

#### 4 EMBATE ENTRE DIREITO PENAL DO INIMIGO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Até o presente momento, fez-se um intróito acerca da dignidade humana, dissertando-se sobre o Direito Penal do Inimigo, suas características, e críticas, pondo-se em relevo as contradições que podem ser notadas já no plano teórico, bem como aquelas que podem ser observadas em sua eficácia, num plano mais concreto. Nestas linhas subseqüentes, tem-se um apanhado dos elementos do Direito Penal do Inimigo e da dignidade humana, aprofundando-se mais nesta, objetivando confrontá-los, de modo a afastar a legitimidade do Direito Penal do Inimigo.

Para tanto, dispondo-se a encontrar um elemento cerne sobre o qual recai o confronto do Direito Penal do Inimigo com o princípio da dignidade humana, impõe que primeiramente se faça um estudo do método do finalismo - este antagônico ao funcionalismo sistêmico de Jakobs. Nesse sentido, elucida Gracia Martín que “o método do finalismo consiste basicamente em que, a partir da contemplação da função e dos fins do Direito penal, identifica os fenômenos reais que lhe interessam, para analisá-los nas suas estruturas e sintetizar depois os resultados da análise, tudo isso com o fim de conhecer o fenômeno na sua unidade e na sua realidade para poder fundi-lo com os valores jurídicos correspondentes.”<sup>79</sup>

Em linhas gerais, é um método sintético, que conjuga valor e realidade, não ultrapassando os limites ditados pela função e fins do Direito penal. Ele particularizara os fatos que lhe dizem respeito e, após, aplica ao resultado da análise uma carga axiológica. Existe, então, uma “grande superioridade do finalismo com relação ao resto das dogmáticas, consideravelmente mais atrasadas e incapazes de progredir no conhecimento da matéria do Direito e de sua correta valoração”<sup>80</sup>.

Tendo em conta que as normas reguladoras das condutas humanas só podem ter unicamente como objeto ações finais - já que o homem tem a faculdade da racionalidade capaz de elevá-lo à categoria de

---

<sup>79</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 38

<sup>80</sup> Ibid., p. 38.

"*membro legislador do reino dos fins*"<sup>81</sup> -, a estrutura lógico-objetiva da ação (finalidade) predetermina o objeto de toda proibição. Como consequência, impõe-se a análise do dolo, partindo do conceito pessoal de injusto, posto que ele implica no direcionamento da vontade de realizar determinada conduta, antes tipificada. Por outro lado, por haver bem juridicamente tutelado, ao se contrapor à vontade do dever objetivo de cuidado, está-se diante do injusto dos delitos imprudentes<sup>82</sup>. A falta de determinação conforme o cuidado objetivo faz surgir uma ação socialmente inadequada, não por sua finalidade, mas pelo exercício defeituoso da ação<sup>83</sup>.

Assim, pelas conceituações acima, já se pode concluir que o finalismo não é um método invasivo, que age desconforme à liberdade e o discernimento humano. Na medida em que se presta a valorar ações específicas, depuradas, ele pormenoriza resultados da ação humana, com o fito de proteger determinados bens jurídicos. Nada mais faz do que estabelecer um diálogo com o homem, como conselheiro neutro, apontando limites e consequências.

Já o Direito Penal do Inimigo, sob a ótica de Jakobs, possuindo raiz nas teorias sistêmicas da prevenção integradora, ou seja, dando valor excessivo à norma, desembocando no culto à segurança cognitiva e à preocupação de danos futuros, protagoniza um monólogo, deixando o homem com um papel mudo e coadjuvante.

Para o Direito Penal do Inimigo, não há porque o discernimento (dolo) ser relevante, já que o importante é a total incolumidade da norma. Legitima-se todo e qualquer tipo de ação para elidir um fato que, de longe, possa vir a significar lesão a *qualquer* interesse do Estado, ou de quem deste se apodere - lembrando que foram lançados os bens jurídicos e a legalidade ao limbo. Diante disto, excetuando-se os que, além de possuir clarividência, exercitam a total submissão, não há quem tenha liberdade no contexto do Direito Penal do Inimigo, visto que - no mínimo - inibe o homem, devido à imprevisibilidade e à intromissão excessiva da persecução penal. O que existe é uma profunda insegurança jurídica, advinda da indeterminação na

---

<sup>81</sup> KANT, *op. cit.*, p. 65.

<sup>82</sup> Nesse sentido, GRACIA MARTÍN, Luis, *op. cit.*, p. 46.

<sup>83</sup> Nesse sentido, *ibidem*, p. 69.

tipificação das condutas, da indefinição dos bens jurídicos protegidos, da antecipação da punibilidade e da redução das garantias<sup>84</sup>.

Pelas conseqüências de se tomar a premissa de que a vigência da norma e a segurança cognitiva vêm em primeiro plano, resultando disto que o discernimento e a finalidade são irrelevantes, é que a legislação não pode virar as costas à concepção do homem como pessoa responsável. Sabendo-se disto, o Direito Penal pátrio adota o finalismo. Assim, tem-se que a influência do Direito Penal sobre o homem “só pode ser alcançada e imaginada sob a condição de que se orientem ou direcionem as proibições e os mandatos exclusivamente à capacidade do homem de estabelecer fins, de selecionar os meios adequados para a sua realização e de colocá-los em prática, rumo ao objetivo perseguido”<sup>85</sup>.

Tal entendimento é avalizado pelo princípio da dignidade humana, pois ao se direcionar as proibições à capacidade do homem de estabelecer fins e colocá-los em prática, o finalismo nada mais se faz do que respeitá-lo “como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em conseqüência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais”<sup>86</sup>. Isto implica dizer que proposta legislativa que destoa do tratamento do homem como “ser de fins absolutos” - como é o caso do Direito Penal do Inimigo, apoiado na teoria da vigência da norma e com um forte apelo à indeterminação de bens jurídicos - atenta contra a sua dignidade, pois desafia a natureza racional do homem, agredindo o que lhe é mais peculiar.

É imperiosa a necessidade de afirmar que quando se objetiva “situar o conceito de dignidade da pessoa humana de Kant dentro da sua filosofia liberal importa em ressaltar os seus limites, na sua defesa do individualismo, que, antinomicamente, há de prevalecer em relação à sociedade, em caso de conflito”<sup>87</sup>. Ou seja, neste artigo, ao se citar

---

<sup>84</sup> CRESPO, Eduardo Demétrio. O “direito penal do inimigo” *darf nicht sein!*: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a idéia de segurança. Tradução Luciana Caetano da Silva. *Revista Ciências Penais*, São Paulo, ano 03, n. 4, p. 129, jan./jun. 2006.

<sup>85</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 45.

<sup>86</sup> SANTOS, Fernando, op. cit., p. 19.

<sup>87</sup> SANTOS, Fernando, op. cit., p. 28.

Kant, automaticamente já se fez oposição às teorias que sobejam a importância da vigência da norma - lembrando que estas teorias pregam a preponderância da norma sobre o ser humano. Por esta exposição, útil destacar a oposição entre a dignidade humana e o Direito Penal do Inimigo, nas palavras de Gracia Martín: “Esse suposto Direito, então, ou respeita a dignidade do ser humano, hipótese em que já não será Direito Penal do *Inimigo*, mas autêntico e legítimo Direito Penal, ou violenta essa dignidade, e nesse caso já não poderá ter nenhuma legitimidade e deverá ser rechaçado de modo absoluto, porque este - absoluto e de validade *a priori* - é precisamente o caráter da exigência de respeito à dignidade do ser humano, o qual, por isso, constitui uma condição de validade de qualquer Direito.”<sup>88, 89</sup>

Esclarecidos tais aspectos, não há como aceitar a possibilidade do Estado ter a faculdade de renunciar à dignidade humana de qualquer indivíduo que seja, sobretudo porque os fins do ente estatal não lhe são próprios, mas sim correspondem aos fins dos próprios indivíduos componentes<sup>90</sup>, ou seja, a existência e as intenções do Estado são subsidiárias. Eis que “ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.”<sup>91</sup>

Importante dizer que, embora um indivíduo cometa um crime e viole a dignidade humana, o Estado, por isso, não está legitimado a atacar a dignidade do criminoso, posto que a superioridade moral do Estado para infligir castigo está justamente na renúncia em adotar as técnicas repugnantes dispensadas pelo delinqüente<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, op. cit., p. 155.

<sup>89</sup> Nesse sentido, rechaçando a idéia de Direito Penal do inimigo como autêntico Direito Penal, Eduardo Demétrio Crespo diz que “no que diz respeito à pergunta sobre a legitimidade, esta deve ser respondida em minha opinião, indubitavelmente, em sentido negativo porque trataria em todo caso de um ‘direito penal’ que não respeita a dignidade humana” (CRESPO, Eduardo Demétrio, op. cit., p.133).

<sup>90</sup> Nesse sentido, SANTOS, Fernando, op. cit., p. 93.

<sup>91</sup> Ibid., p. 94.

<sup>92</sup> KOH, Omar Hong. Da possibilidade da tortura, em casos excepcionais, no estado democrático de direito: os fins justificam os meios? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 182, jan. 2008, p. 8.

Por muitas vezes no corpo deste artigo, com as críticas - negativas - feitas ao Direito Penal do Inimigo, foi possível tomar ao menos um posicionamento reticente em relação a este "Direito". Certamente o DPI perdeu crédito, seja pelas indefinições quanto ao sujeito de sua aplicação, seja por considerar os delinquentes como fonte normativa - devido ao punitivismo e à rejeição à legalidade -, pela incoerência que é a exclusão do inimigo face à vigência da norma, pela ruptura com os preceitos de formação do Estado, por ser manipulador da mídia, do medo ao delito e adepto do controle social menos eficaz.

Mas, de tudo o que fora dito, tem-se que a faceta mais agressiva do Direito Penal do Inimigo é, sem dúvida, aquela voltada ao princípio da dignidade humana. Neste item, reservou-se a crítica à oposição entre o Direito Penal do Inimigo e o método do finalismo, sendo este método consequência lógica do acolhimento do princípio da dignidade humana, cujo acolhimento recai não só sobre o conteúdo, mas também sobre as formas dos tipos legais. A verdade é que entre as críticas tecidas, é sempre possível perceber uma preocupação em denunciar os mecanismos potencialmente lesivos a este princípio.

## 5 TRAÇOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A título de esclarecimento, complementando todas as considerações tecidas *supra*, passa-se a pontuar, na nossa legislação, alguns exemplos do Direito Penal do Inimigo. Assim, como já dito outrora, este "Direito" vem se refugiando também nas legislações dos países desenvolvidos, nos "Estados Democráticos de Direito, que acolhem em suas Constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito Penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e, sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo legal e outras garantias do imputado em um processo penal. O tráfico de drogas, o terrorismo e o fantasma da criminalidade organizada têm sido os problemas que têm dado e estão dando lugar a este tipo de direito penal excepcional"<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal

No Brasil, como exemplo desta excepcionalidade, poder-se-ia citar a Lei nº 7.210/84, ou Lei de Execuções Penais. Ela, com o agasalho de dispositivos disciplinares voltados à ressocialização do condenado, trouxe importantes alterações aos pontos de vista material e simbólico no que tange ao tratamento da execução da pena privativa de liberdade<sup>94</sup>. A problemática desta lei está no fato de que a “capacidade de ressocialização dos sujeitos encarcerados será mensurada por meio de um duplo critério: de natureza objetiva, referente ao tempo de cumprimento da sanção; e de natureza subjetiva, traduzida no mérito dos condenados. Não obstante os dois critérios estejam associados, o segundo prepondera sobre o primeiro, uma vez que os aspectos da subjetividade, em constante observação e valoração, influenciam diretamente o período da sanção penal, extrapolando inclusive o grau fixado na sentença”<sup>95, 96</sup>.

Então o que se faz é um diagnóstico e classificação da personalidade dos condenados, usando-se de mecanismos que “não se contentam simplesmente com comportamentos corretos e submissos, subservientes ao sistema de punições e recompensas; são muito mais ávidos e exigem dos apenados um grau de correção da própria subjetividade”<sup>97</sup>. Portanto, o que se percebe, na prática, é uma certa tendência ao etiquetamento dos delinquentes, além do esvaziamento do princípio da legalidade - art. 5º, inc. XXXIX, CF - e igualdade - art. 5º, *caput*, CF -, já que o próprio autor do delito é considerado fonte

---

espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. Tradução Themis Maria Pacheco de Carvalho. *Revista Ciências Penais*, São Paulo, ano 03, n. 4, p. 67, jan./jun. 2006.

<sup>94</sup> Nesse sentido, FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 86.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>96</sup> Sobre esse duplo critério, diz o art. 1º da LEP que a “execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, e o art. 5º que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”, existindo ainda um sistema de sanções e recompensas, disciplinado do arts. 53 a 56, com base no comportamento do preso.

<sup>97</sup> FREIRE, Christiane Russomano, *op. cit.*, p. 89.

normativa, sendo tratado diferentemente dos demais por razões que não as legais, mas preponderantemente subjetivas (seus “antecedentes” e sua “personalidade”, como reza o art.5º da LEP). É importante destacar que o sentido da ressocialização inerente à pena não pode partir da crença nas transformações qualitativas da pessoa do delinqüente, é dizer, da modificação de sua própria atitude interna, pois o que se busca com a pena é meramente readaptar o delinqüente à sociedade, e não “curar” sua vontade débil. Ao Direito Penal deve bastar o acatamento externo do indivíduo às regras sociais, acompanhado de um razoável prognóstico de não reincidência, e não um autêntico “convencimento interno” ou “moral” do apenado a respeito da legitimidade dos valores coletivos. Tais objetivos provocariam uma indesejável confusão entre Direito e Moral, que pode dar lugar a uma intervenção abusiva e ilegítima por parte do Estado. A sociedade atual é pluralista e assim deve continuar sendo.

Neste contexto, importante também citar a Lei 10.792/03, responsável pela alteração da Lei de Execuções Penais, no que se refere ao “Regime Disciplinar Diferenciado”, ou RDD. Explicitado no art. 52 da LEP<sup>98</sup>, constitui este regime um atentado à dignidade da pessoa humana, pois nele se vislumbra claramente a função de inocuização pregada pelo Direito Penal do Inimigo, sujeitando-se o preso ao confinamento por até 360 dias. Não sem razão, afirma-se que

---

<sup>98</sup> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§2º Está igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

tal regime, “escudado pelo alarmante caos que vige o sistema penitenciário, [...] oculta sua natureza de pena cruel que rememora, tragicamente, os suplícios medievais”<sup>99, 100</sup>.

Assim, imperativo que se traga à baila, preliminarmente, que “o conteúdo aberto das hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, especialmente no que tange aos §§ 1º e 2º do art. 52, viola frontalmente o princípio constitucional da legalidade penal”<sup>101</sup>. Não bastando este atentado, ao lado do princípio da legalidade, soterra-se “o princípio da presunção da inocência, uma vez que as hipóteses de apresentar risco ao estabelecimento penal, ou de envolvimento ou participação em organização criminosa acarretam por si só a imposição da medida austera.”<sup>102</sup>.

Ao se lançar mão do Regime Disciplinar Diferenciado, há colisão violenta com a vedação da aplicação de penas cruéis e da garantia de respeito à integridade física e moral dos presos, previstas, respectivamente, no inciso XLVII, alínea “e”, e inciso XLIX, do art. 5º da Constituição Federal.

Outra lei polêmica, notada por sua manifesta desproporcionalidade, exemplo de punitivismo, conhecida “por ferir direitos e garantias fundamentais, no intuito de prevenir a prática de crimes ditos hediondos, a Lei 8.072/90, além de ser totalmente antigarantista, acabou por se tornar pouco funcional, tendo em vista a existência de vários dispositivos que suscitam muitas divergências no campo jurídico. Mostrou-se também simbólica, tendo-se em vista o suposto aumento da criminalidade e real aumento da insegurança”<sup>103</sup>.

Também conhecido como “Lei de Crimes Hediondos”, esse

---

<sup>99</sup> FREIRE, Christiane Russomano, op. cit., p. 155.

<sup>100</sup> Saliente-se que a “aposta na desestruturação física e psíquica é o ingrediente essencial desta nova forma de gestão, que visa a compensar a incapacidade de controle, por meio da maximização da vulnerabilidade dos sujeitos encarcerados diante de um poder que se agiganta. O isolamento celular prolongado, com os efeitos destrutivos sobre a saúde física e mental dos sujeitos, adquire feição de castigo, reeditando a velha noção de pena como puro e simples exercício de vingança social.” (Ibid., p. 155).

<sup>101</sup> Ibid., p. 158.

<sup>102</sup> Ibid., p. 159.

<sup>103</sup> PASTANA, Débora Regina, op. cit., p. 122.

diploma legal apresenta dispositivos que denotam claro desprezo pelo princípio da proporcionalidade das penas, como é o caso do resultado morte no homicídio qualificado, punível com pena mínima de doze anos de reclusão, mas que no latrocínio sobe para uma pena mínima de vinte anos, e na extorsão mediante seqüestro, pena mínima de 24 anos. Como salienta Silva Franco, “bastou que a agressão à vida tivesse uma conotação de ordem patrimonial, para que o mesmo fato (morte) provocasse conseqüências penais tão disformes”<sup>104</sup>.

Ademais, a Lei de Crimes Hediondos “igualou, sob o ponto de vista punitivo, crimes diferentes como o estupro e o atentado violento ao pudor, além de outras providências igualmente descabidas”<sup>105, 106</sup>. Isto se deve à imprecisão da locução “crimes hediondos”, que o legislador infraconstitucional não fez questão de esclarecer. Ao invés disto, “preferiu, em vez de conceituar estes crimes dando uma segurança maior ao ordenamento, optar pela descuidada rotulação de tipos”<sup>107</sup>.

A falta de delineamento da locução abre margem para que se inclua como crime hediondo o “crime do momento” - aquele que a imprensa escolher dar projeção. Assim, tem-se que a Lei 8.930/94, maior responsável por alterações na Lei 8.072/90, “teve origem em dois fatos notórios e de grande repercussão nacional: o primeiro foi o assassinato da atriz Daniela Perez em 1992, que levou sua mãe, a escritora Glória Perez (juntamente com Jocélia Brandão, mãe da menina Mirian, seqüestrada e morta em Belo Horizonte, no início de 1993), a iniciar um forte movimento de manipulação da opinião pública (com o apoio maciço da imprensa falada e escrita) para colher assinaturas em favor da elaboração de uma lei que incluísse o

---

<sup>104</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 95.

<sup>105</sup> PASTANA, Déborá Regina, op. cit., p. 123.

<sup>106</sup> Diz Alberto Silva Franco que a “predeterminação de tipos delitivos, sem fixação conceitual de hediondez, provoca um certo grau de rigidez na aplicação tipológica. Se o agente dá um beijo lascivo, ou pratica um leve toque corporal, ou executa um ato de libidinagem grave, como por exemplo o coito anal, com uma vítima, com idade não maior de catorze anos, estará sempre realizando um crime hediondo - pouco importa o ato efetuado - porque o atentado violento ao pudor foi incluído, sem nenhuma restrição, entre os delitos dessa categoria.” (FRANCO, Alberto Silva, op. cit., p. 91).

<sup>107</sup> PASTANA, Déborá Regina, op. cit., p. 123.

homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. Por último, foram as chacinas da Candelária e da favela de Vigário Geral, ambas no Rio de Janeiro, em 1993, cujas execuções, marcadas pela perversidade e por um espírito 'justiceiro' ou de vingança, chocaram o País e o mundo, motivando politicamente o legislador a incluir o homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo e extermínio, no rol dos crimes hediondos"<sup>108</sup>.

O mesmo aconteceu em relação à Lei 9.695/98, que também alterou a Lei 8.072/90. Impelido pelos casos de adulteração / corrupção de produtos medicinais, do placebo Microvlar e do remédio Androcur, protagonistas na veiculação da imprensa, deu "o legislador a resposta simbólica, a essa altura costumeira: a inserção desses crimes no rol dos crimes hediondos"<sup>109</sup>.

Pela indefinição da expressão "crimes hediondos", tem-se desde logo um claro atentado ao princípio da legalidade. A lei está em aberto, esperando que se exaltem os ânimos para que se acrescentem novos tipos ao rol ao art. 1º da 8.072/90. Esta característica de burla à legalidade, vinculada ao punitivismo e abandono de critérios de proporcionalidade, razoabilidade, denota uma legislação que tem por objetivo simplesmente a inocuização dos autores desses delitos, ao sabor do medo da população e da manipulação político-criminal desse sentimento. Trata-se, portanto, de Direito Penal do Inimigo.

Urge, agora, que se discorra também acerca da "Lei Maria da Penha", elaborada especificamente para "prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher", conforme enuncia seu preâmbulo e art. 1º. O que prepondera nesta Lei, e a torna objeto de comentário, é a destinação ao companheiro/cônjuge da mulher - embora a lei venha coibir a violência contra a mulher feita por qualquer pessoa no âmbito doméstico e familiar. Assim, a Lei "incentiva tratamento desigual entre homens e mulheres, com o propósito de que se alcance a real igualdade de gênero no que diz respeito à necessidade de pôr fim à violência doméstica e familiar"<sup>110</sup>. Contudo, ao se distribuir os pólos

---

<sup>108</sup> FRANCO, Alberto Silva, op. cit., p. 124.

<sup>109</sup> Ibid., p. 124.

<sup>110</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: lei Maria da Penha; comentários artigo por artigo, anotações, jurisprudência e tratados internacionais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 38.

(vítima e agressor), nada mais se faz do que particularizar um grupo específico de indivíduos sobre o qual recai a Lei, violando manifestamente o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres (art.5º, I, CF). Ao menos na via legal, em termos de direito material, essa lei era desnecessária, posto que já havia dispositivos legais para os mesmos crimes que trata a Lei Maria da Penha, e que protegiam não apenas a mulher, mas todos os indivíduos vítimas de lesões corporais no âmbito doméstico e familiar (menores e idosos de ambos os sexos, por exemplo). Bastava acompanhar a aplicação desse delito das agravantes genéricas do art.61, II, “e”, “f” (em sua redação original) e “h” do Código Penal. O que se nota, uma vez mais, é um esforço simbólico, acompanhado de punitivismo.

O art. 4º pode ser considerado catalisador do punitivismo inserto na lei. Ao dizer que “na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”, se pretende com ele que o juiz largue o positivismo, deixando de ser “escravo da lei”, sendo “coadunado com a realidade social em que vive e com sensibilidade para interpretar os diversos institutos inseridos no contexto da Lei 11.340/06”<sup>111</sup>. Temos aqui uma margem para que se persiga, na prática, uma efetividade superior ao que a letra da lei permite. Há uma brecha para o Direito Penal do autor, sendo o homem o agressor, e a mulher, vítima.

Além de todos os exemplos aqui abordados, é possível encontrar também traços do Direito Penal do Inimigo no bojo do Código Penal. É o caso do art. 59<sup>112</sup>, responsável pela fixação da pena e que, na medida em que valora os maus antecedentes, transparece “a influência do Direito Penal do Inimigo, que traz a teoria de que aquele que reiteradamente transgredir o ordenamento exclui-se de ser cidadão e, por isso, será tratado como inimigo”<sup>113</sup>. O mesmo serve para os casos de agravação da pena pela reincidência, prevista no art. 61, I, CP.

---

<sup>111</sup> Ibid., p. 44.

<sup>112</sup> Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

<sup>113</sup> CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano, op. cit.

Aqui temos o “etiquetamento” do indivíduo, eternamente preso ao seu passado criminoso, ficando ele sujeito a uma punição mais rigorosa toda vez que passe pelo controle social formal. Estes dispositivos evidenciam “um incremento de pena de acordo com a pessoa do réu, que indicará sua periculosidade e conseqüentemente a probabilidade do cometimento de ilícitos futuros”<sup>114</sup>. Aqui há um exercício de futurologia, comumente utilizado pelo Direito Penal do Inimigo.

Assim, dá-se cabo das explanações sobre os traços do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico-penal brasileiro, onde se procurou pôr em relevo a sua existência em leis de grande projeção nacional, bem como no bojo do próprio Código Penal. Referidas leis e artigos, quando não trazem elementos facilitadores de uma intervenção judicial/policial tendenciosa, são explicitamente coniventes com um tratamento desumano, contrários às garantias e aos direitos fundamentais.

## 6 CONCLUSÃO

Nas páginas anteriores dissertou-se acerca do Direito Penal do Inimigo, seu conceito e críticas em termos de lógica interna e eficácia, objetivando-se, antes de mais nada, evidenciar sua total incompatibilidade com o princípio da dignidade humana. Por último, com base em suas características peculiares, em caráter de denúncia, elencou-se alguns exemplos do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira.

Elucidou-se que é próprio deste “Direito”, além de sua tendência expansiva, a aversão por critérios de proporcionalidade/razoabilidade, e o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. É crescente na atualidade, constituindo-se no mecanismo do qual se vale o Estado para fazer frente à criminalidade econômica, organizada, tráfico de drogas e terrorismo.

Günther Jakobs, contemplando este panorama, concebe as bases do Direito Penal do Inimigo - que nada mais é do que uma idéia antiga repaginada. Sectário das teorias sistêmicas da prevenção integradora da pena, ele sobrecarrega a vigência da norma, de modo que aquele

---

<sup>114</sup> Ibid., p. 2.

que tem um comportamento consolidado no sentido de não seguir as normas comunitárias há de ser considerado inimigo da sociedade, isto é, uma não-pessoa. Nada mais se faz do que desqualificar a pessoa humana perante o Direito.

Com requinte, Jakobs argumenta que o inimigo não é capaz de acoplar sua consciência à comunicação social, não trazendo, portanto, segurança cognitiva, de modo que possuiria sempre um comportamento que poria à prova a vigência de norma. Por isso é que, a seu ver, face ao inimigo “permite-se tudo o que seja necessário para assegurar o âmbito ‘comunitário-legal’”<sup>115</sup>.

Ocorre que, em que pese o brilhantismo de Jakobs na exposição de sua tese, ela padece de imprecisões e incoerências. Não estabelece um marco claro do momento em que surge o inimigo; admite o paradoxo de o próprio Estado se portar diferentemente das próprias regras que visa a proteger; centra sua argumentação em crimes como o de terrorismo, argumentando que no caso deles a vigência da norma é questionada, sendo que há crimes de menor amplitude cometidos de maneira exponencialmente maior - e que, portanto, questionam a vigência da norma com mais freqüência -, mas que não parecem ser motivo de preocupação para o Direito Penal do Inimigo.

Ainda, constata-se que é um “Direito” pouco eficaz, visto que, sobretudo quando se afasta da legalidade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima e da taxatividade, fica sujeito às interferências midiáticas, e, como se já não bastasse, promove o incremento do medo que permeia as diferentes classes sociais, abrindo espaço para um “etiquetamento” dos grupos sociais menos favorecidos, fazendo com que a sociedade caminhe em direção a uma exclusão cíclica e a um eterno conflito de classes.

Deve-se ter em mente que, em que pese serem suficientes para rechaçar o DPI, estes argumentos, ainda que somados, não são o maior embasamento para que se descarte este “Direito”. Na verdade, a rejeição ao DPI deve-se, primeiramente, ao descaso que tem com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto se dá vez que o princípio da dignidade da pessoa humana, como visto, apregoa o implemento dos direitos fundamentais, serve de

---

<sup>115</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 47.

suporte a todos os demais princípios, identificando-se com a própria missão de Direito. Ele não é criado pelo Estado, antes, é limite deste, pois surge com a própria pessoa humana, arraigado na racionalidade/moralidade, como defende Kant.

O Direito Penal do Inimigo não compartilha da concepção de homem racional, visto que seu método - funcionalismo sistêmico - não entende o homem como fim em si mesmo, desconsiderando sua característica mais peculiar: a racionalidade. Conseqüente que, ao não admitir o homem como ser racional, não o trata, em momento algum, como ser portador de dignidade.

Por todos estes argumentos, transparece que o Direito Penal do Inimigo é um mecanismo inútil para se fazer frente à criminalidade instaurada. Mais do que uma tentativa desesperada para se conter o crime, assemelha-se mais a um subterfúgio político incoerente para que se outorgue mais poder a um grupo delimitado de indivíduos, guardiães da validade das normas. Entretanto, importante que se frise que esta doutrina é presunçosa ao ponto de romper as raias da competência do Direito, da competência do Estado, outorgando-se a si a possibilidade de desqualificar o homem como pessoa racional, colocando-o na mais submissa servidão.