

II RESENHAS

1

GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 190 p.

KELLY CRISTINA CHOMA

Advogada

Apesar do rechaço majoritário da doutrina em se tratando do tema Direito Penal do Inimigo enquanto orientação político-criminal, restou reconhecida a sua incidência em alguns aspectos do Direito Penal Comum, definido também como Direito Penal do Cidadão, e no Direito Processual Penal da atualidade.

Idéia atual, introduzida por *Günther Jakobs*, o Direito Penal do Inimigo foi assim identificado como um sistema punitivo particular, destacado quanto aos princípios e regras do Direito Penal Comum ou do Cidadão, uma vez que desviaram-se de seus destinatários e fins, tornando-se possível agrupá-los em uma nova tendência expansiva do Direito Penal moderno.

A expressão “Direito Penal do Inimigo”, ao ser pronunciada já gera diversos preconceitos pela sociedade devido ao termo “inimigo”. Mencionado termo soa repulsivo por si só, visto que é amplamente utilizado em ditaduras, revoluções, guerras e demais eventos catastróficos, interligado à morte, destruição, iniquidade, circunstâncias estas que ofendem a dignidade humana.

No entanto, o termo “inimigo” passa a ter sentido diverso quando utilizado na expressão “Direito Penal do Inimigo”. Diante disso e,

acerca do entendimento de *Jakobs* sobre a existência de indivíduos que deveriam ser tachados como inimigos e a necessidade de uma distinção entre um Direito Penal do Inimigo e um Direito Penal do Cidadão, de maneira apropriada, o respeitável doutrinador *Luis Gracia Martin* lança ao leitor um paralelo entre o Direito Penal Comum ou do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

E ressalta em sua obra que a discussão acerca do Direito Penal do Inimigo só poderia ocorrer em relação ao direito de sociedades democráticas e não em relação aos regimes totalitários, uma vez que aqueles reconhecem e garantem liberdades fundamentais e colocam o poder em reais Estados de Direito.

O Direito Penal Comum ou do Cidadão define e sanciona atos ou infrações normativos, realizados por indivíduos de modo casual, incidentalmente.

O delito de um cidadão surge como um desgaste da comunidade ordenada. É algo reparável e o faz para que volte ao seio social. É endereçado aos sujeitos componentes de uma sociedade que se submetem e comprometem-se para com o Estado.

O Estado vê no autor do delito, um cidadão que, por sua conduta ofendeu uma norma vigente e, por isso, é chamado de modo coativo a equilibrar o dano causado.

Seria, então, um ordenamento de integração e coesão dos membros da sociedade, de pacificação de cidadãos.

O mesmo não ocorre quando nota-se que o comportamento daquela pessoa já não é próprio de um cidadão, mas de um “inimigo”.

Assim, a recusa da pessoa em partilhar dos deveres impostos pelo Estado, sua oposição às normas mandamentais estatais, violação aos bens jurídicos protegidos pelo Direito, vinculação às organizações criminosas e diversos atos contrários aos deveres que o Estado impõe, caracteriza-o como um “inimigo” à ordem estatal, fazendo com que o Direito Penal do Cidadão não seja adequado para proteger a ordem.

Com isso, é possível verificar que os aspectos concretos que caracterizam o Direito Penal do Inimigo são a habitualidade e o profissionalismo delitivo das atividades do “inimigo”, bem como sua participação em organizações que se opõem ao direito, além do exercício de atividade à serviço dessas organizações.

Os “inimigos” repulsam a legitimidade do ordenamento jurídico e perseguem a destruição da ordem, tornando-se perigosos para a ordem

jurídica. Diante disso, surge a necessidade de um Direito Penal diferenciado em princípios e regras.

Tendo em vista a crescente diversidade de delitos e a fraqueza do Direito Penal Comum em relação a eles, surge a necessidade da criação do Direito Penal do Inimigo para suprir tal deficiência.

O Direito Penal do Inimigo seria um direito afastado dos fins próprios do Direito Penal, caracterizado por uma legislação de luta e guerra contra o “inimigo”, cujo específico fim seria a exclusão deste e não a reintegração social do sujeito.

A neutralização do mal há de ocorrer a qualquer custo. Os fins desta nova concepção de Direito Penal são a segurança do sistema, a conservação e a manutenção da ordem, apenas deixando de observar os princípios norteadores do Direito.

Algumas características deste tipo de Direito Penal são, a antecipação da punibilidade de atos que pressupõem delitos futuros, isto é, a expectativa de delito; renúncia às garantias materiais e processuais do Direito Penal da normalidade; existência de penas desproporcionais, pois não há redução de pena, mas somente agravantes; proteção de bens jurídicos; na legislação alemã, é chamada de legislação de luta e combate, face a crueldade do sistema; restrição de direitos e garantias processuais aos imputados, como: licitude da prova reduzida, princípio da inocência questionado, prazos para prisão preventiva anulados, medidas de investigação secreta ou clandestina são introduzidas, além de outras.

O doutrinador *Luiz Gracia Martin* ainda traça um paralelo histórico ao seu pensamento, introduzindo idéias desde *Protágoras* – na filosofia sofística, até o pensamento moderno de *Hobbes* – um dos principais defensores do Direito Penal do Inimigo, estendendo-se também aos pensamentos de *Anônimo de Jâmblico*, *São Tomás de Aquino*, *Rousseau*, *Fichte* e *Kant*.

Primeiramente, *Protágoras*, em diálogo com *Sócrates*, cita o “mito de Prometeu”, admitindo que o homem recebeu de Zeus os fundamentos da moral e da justiça. Também afirma que, a pena do Direito Penal Comum não possui caráter retributivo, mas tão somente fins pedagógicos. Destaca que, a pena - no caso de delinqüente habitual - visa a sua exclusão, o que configuraria a base do Direito Penal do Inimigo.

Em seguida, *Anônimo de Jâmblico*, estabelece uma teoria para

formação da sociedade como conseqüência da necessidade de os homens reunirem-se. Afirma que só o Estado torna a vida possível em sociedade, uma vez que gera segurança na proteção dos bens jurídicos, o que não ocorreria se os súditos do Estado não se submetessem às leis, tornando-se necessário, então, a declaração de guerra contra o "inimigo".

Após e de acordo com o pensamento de *Tomás de Aquino*, a dignidade seria cabível apenas ao homem virtuoso, sendo que, os pecadores estão desprovidos de dignidade o que os torna passíveis de serem mortos como animais e excluídos ou eliminados da comunidade.

Na filosofia moderna, o ilustre doutrinador cita, de início, *Rousseau*, que tem como conceito de "inimigo" aquele que viola qualquer norma estatal, denominado "traidor". Este, deveria perecer antes que o Estado percesse, pois a conservação do Estado seria incompatível com a sua.

Já em *Fichte*, o cidadão só possui direitos positivos com a condição de que os direitos de todos os demais estejam seguros também. Deste modo, o cidadão que desrespeitar qualquer norma legal, perde todos os seus direitos de cidadão. Ao infringir a norma, o Estado tem de excluir o ex-cidadão, salvo se anteriormente tiver feito o chamado *Pacto de Expição*, onde todos se comprometem a não excluir o delinqüente.

Segundo o posicionamento de *Kant*, a idéia de "inimigo" fundamenta-se na retribuição do sentimento de insegurança, pois se um homem não oferece segurança para os demais, pode aquele ser considerado "inimigo".

Embora os entendimentos acima sejam amplamente considerados, o pensamento mais desenvolvido na obra de *Luis Gracia Martin* ficou destacado pelo de *Hobbes*.

Nele é possível identificar um Direito Penal do Inimigo bem definido, deixando expresso quem são os delinqüentes que deveriam ser tratados como "inimigos".

Os "inimigos" traduzem-se em indivíduos que ainda vivem no Estado de Natureza, caracterizados por não oferecerem segurança aos demais.

Em vista de o Estado de Natureza ser carente de um ente superior que imponha limites aos homens, cria-se um meio em que não existe

restrição e garantia à liberdade.

Por isso, bem como ante a igualdade natural de todos os homens, aquele que habitar fora do Estado de Direito, viverá em infundável guerra de todos contra todos.

Habitando no Estado Natural, a primeira inclinação do homem será um desejo interminável de angariar poder após poder, em que sempre há de se querer mais.

Ocorre que essa vontade não se refere a um homem e sim à todos. Assim, existindo o desejo e o poder em ambos, criar-se-á uma situação de impasse onde um imporá a sua vontade ante à resistência do outro, surgindo, com isso, uma eterna competição, destacada por uma guerra de todos contra todos.

Em razão do conflito de dois sentimentos, caracterizados pela ânsia do poder e o medo recíproco, surge o Estado, que se destaca por ser uma instituição coativa nascida do temor e destinada a reprimir as forças destruidoras do homem.

O fundamento do Estado dá-se no pacto de submissão das vontades de todos à vontade de um só ente. Todos e cada um dos cidadãos transferem sua força e seu poder ao Estado.

A renúncia aos direitos de todos à tudo e ainda a transferência de alguns direitos para o Estado foi o que legitimou a criação deste, tendo como consequência o dever de dar aos cidadãos proteção e segurança, preservados por meio de leis civis.

Essas leis civis têm o condão de declarar publicamente as regras ou medidas comuns para todos, para que saibam o que é próprio ou alheio, justo ou injusto, honesto ou desonesto, bem ou mau, ou seja, o que deve ser feito e o que deve ser evitado na vida em comum.

Somente os cidadãos obedecem às leis civis, no entanto, quando assim não fazem, o Estado se vê obrigado a castigar o delinqüente, de forma que o castigo estimule o individuo a não cometer mais ofensa sobre direito protegido, assumindo então a pena, caráter corretivo.

De outro lado, os "inimigos" não se submetem às leis estatais, portanto, não há que se falar em castigo, pois não desrespeitam as leis civis, mas a autoridade do Estado.

As condutas por eles praticadas são consideradas crimes de *lesa-majestade*, isto porque tais atos não desrespeitam as leis civis, mas sim atingem diretamente o Estado, havendo com isso, uma regressão ao Estado Natural.

Em vista disso, não deve ser aplicada a sanção prevista na lei civil, cabendo ao ente superior coercitivo efetuar atos de hostilidade para com os subordinados, ou seja, aplicar um castigo segundo o Direito Natural.

O ilustre doutrinador esclarece que o Direito Penal do Inimigo baseia em paradigma diverso do Direito Penal Comum, uma vez que não tem como traço o aumento proporcional de penas e sim no conceito de não-pessoa, "inimigo", que definitivamente não possui expectativa de voltar às raízes do Direito, logo, representando ameaça ao sistema jurídico, o que impossibilita seu enquadramento como parte do Direito Penal Comum.

Apesar de manifestar sua concordância quanto ao desenvolvimento da criminalidade juntamente com a humanidade, o que tem gerado a insuficiência do Direito Penal Comum, concomitantemente resiste, de maneira adequada à condição a qual o ser humano estaria submetido pelo Direito Penal do Inimigo, uma vez que nenhum homem ou grupo deve ser excluído da sociedade nem privado de seus direitos ou de ter sua dignidade violada.

Em continuidade à sua exposição, sugere que o acesso aos direitos e garantias dos homens deveria ser ampliado, visto que ocorre o inverso, já que muitos homens são privados de exercer seus direitos e liberdade em razão da má distribuição de bens.

Justifica dizendo que esta situação não se altera pelo interesse dos detentores do poder em continuar com a riqueza.

É certo que a má distribuição de bens interfere no livre exercício dos direitos e liberdade, no entanto, não se configura a razão determinante dessa restrição. As oportunidades aparecem para os que buscam, o fato de não ser provido de condições financeiras não significa que a pessoa deve acomodar-se e deixar que tal situação permaneça.

Aquele que permite que a deficiência financeira seja fator determinante na restrição de seus direitos e liberdade e nada faz para mudar a situação, também contribui para tanto.

Acrescenta que, por se tratar de democracia, deveria prevalecer a igualdade na luta pelo poder político, apenas, sendo prontamente admissível a divergência de idéias.

Estendendo-se na discussão, apropriadamente, manifesta-se acerca da dignidade humana, destacando que a simples nomenclatura

“inimigo” já se torna desagradável a qualquer homem, que passa a ser censurado.

Ainda, em sua obra, discorre sobre a existência de uma ordem normativa. Para que uma ordem possa tornar-se normativa, acrescenta que esta deve conquistar o respeito e a devoção dos homens, para que, assim, sintam-se dispostos a obedecê-la, sem ser necessária a coação estatal.

Referida ordem normativa tem de ser relativa e contingente, isto é, reconhecer que está sujeita ao fracasso, para que possa ser corrigida e aperfeiçoada, o que o Direito Penal do Inimigo não faz.

Outro absurdo do Direito Penal do Inimigo apontado pelo doutrinador consiste no fato de caracterizar a condição de não-pessoa àquele que sofre aplicação da ordem, ou seja, ofende à ordem normativa.

É possível considerar que trata-se de uma concepção arbitrária e parcial, visto que a ordem é dirigida às pessoas em geral. Se a ordem for transgredida, será violada por uma pessoa e à ela, aplicada uma sanção. Não passará, com isso, a ser uma não-pessoa, e sim uma pessoa transgressora.

O “inimigo”, portanto, é uma pessoa transgressora.

Para que haja condenação, faz-se necessária a existência de uma infração à norma por uma pessoa, já que as normas de direito se dirigem às pessoas, apenas. Para isso, deverá ser instaurado um processo, com todas as garantias do Direito Penal do Cidadão, para então, haver a condenação, e somente depois disto ser possível a aplicação do Direito Penal do Inimigo.

Segundo o exposto acima é admissível auferir que o Direito Penal do Inimigo parte da premissa de pessoas, ao invés de não-pessoas como se afirma. Pessoas essas, transgressoras. Para que haja um inimigo é necessária a existência de uma pessoa anteriormente e após o devido processo legal seja ela declarada não uma não-pessoa, mas sim uma pessoa transgressora a quem se aplicará as sanções legais.

A doutrina do Direito Penal do Inimigo mais uma vez contradiz-se em seus preceitos ao externar que somente as pessoas são imputáveis, e que os “inimigos” são considerados como não-pessoas. Partindo dessa premissa, conclui-se que os “inimigos” tornam-se inimputáveis, já que são não-pessoas. Ou seja, no Direito Penal do Inimigo ninguém seria punido.

Obviamente que esta não é a idéia que a referida doutrina pretende, demonstrando mais uma vez que o “inimigo” não pode ser uma não-pessoa, mas sim uma pessoa transgressora.

Finalizando sua obra, *Luis Gracia Martin*, apresenta um último argumento, referente à dignidade humana. Por fundamentar-se no homem empírico, o Direito Penal do Inimigo incorre na obrigação de respeitar a dignidade humana.

Os homens são intangíveis e a própria Constituição Federal protege suas garantias, não sendo possível assim, a qualquer ramo do direito, privar o sujeito humano de nenhuma delas.

Desta forma, caso o Direito Penal do Inimigo assumisse a posição de uma especialidade do Direito Penal, e não uma posição de sistema punitivo particular, certamente seria admissível e legítimo, figurando-se verdadeiramente como um ramo do Direito, e não como um poder fundado na coação apenas, que é o que se tem observado.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 224 p.

DENIS PESTANA

Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá e Promotor de Justiça-PR

A obra tem por finalidade abordar a área do Direito Penal Juvenil, abandonada doutrinariamente, tema intrincado e polêmico dentro do Sistema de Garantias, num enfoque transdisciplinar, com análise à luz da pós-modernidade.

O autor de forma profunda analisa o tema, sem opção exclusivamente dogmática, embora da mesma não tenha esquecido, mas com uma visão metodológica traz em dois capítulos iniciais um estudo de forma diacrônica e sincrônica sobre o fenômeno da criminalidade juvenil, com abordagens históricas (etapas indiferenciada, tutelar e garantista), jurídicas e legislação comparada.

A seguir, a obra revela de forma clara, acerca da criminalidade juvenil, seus vetores, particularidades e com diagnósticos individuais, micro-sociológicos e macro-sociológicos, dando chance à identificação da prevenção e úteis às instâncias de controle formal da criminalidade.

Ato contínuo, de forma minudente, examina as bases dogmáticas do ordenamento penal juvenil, dentro de uma principiologia sedimentada em Tratados Internacionais, Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assevera que o Direito Penal Juvenil está ancorado dentro de um subsistema do Direito Penal, indicando os pontos semelhantes e dessemelhantes, conformando assim o Direito Penal Juvenil brasileiro.

Por fim, espancando interpretações equivocadas e não pacíficas por

grande da doutrina brasileira, analisa a normativa da criança e adolescente em conflito com a lei, trazendo estudo sobre o sistema de sanções, traçando um paralelismo com o Direito Penal e seus princípios cardeais, aprofundando o princípio da responsabilidade subjetiva e sua angularidade com o princípio da culpabilidade. Conceitua o ato infracional dentro dos princípios da reserva e legalidade, a natureza jurídica das medidas sócio-educativas, inclusive da visão dos Tribunais e por fim remata ser esta de caráter sancionatório, com supremacia do princípio da proteção integral e o superior interesse do adolescente.

Conclui o autor sobre o modelo penal adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e os princípios garantistas processuais, em respeito à condição da pessoa humana em situação de peculiar desenvolvimento, com uma visão crítica sobre o princípio da proteção integral.

A obra é mais uma inovação, escrita em linguagem clara e acessível, certamente em muito vem a contribuir para a ciência jurídica, leitura obrigatória e recomendável aos operadores do Direito que se interessarem pelo tema.