# O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O SEU NECESSÁRIO CONTRAPONTO, UMA POLÍTICA JURÍDICA APOIADA NO GARANTISMO

# THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AND HIS NEED COUNTERPOINT, A LEGAL POLICY SUPPORTED IN GUARANTEEISM

DANIEL MAYERLE<sup>1</sup>
PABLO FRANCIANO STEFFEN<sup>2</sup>

RESUMO: Este artigo apresenta uma breve abordagem acerca do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, enquanto política criminal, com o propósito de oferecer uma visão sintética, mas clara, do conceito, conteúdo e do alcance que políticas penais maximalistas de controle social podem alcançar. Para tanto, a pesquisa traz uma noção das principais escolas penais de política criminal, a fim de situar o direito penal do inimigo no tempo e no espaço, denotando assim a atualidade do tema, principalmente porque o mesmo muitas vezes ele é utilizado como discurso de combate a crimes tidos como bárbaros, como no caso norte americano da implantação do 'USA Patriot Act'. Na sequência, se procura evidenciar o que é e o que propõe a doutrina do direito penal do inimigo conforme idealizada por Jakobs, para então, a partir desta compreensão, aquilatar com a ajuda da política jurídica, a necessidade, utilidade e a justiça de tal proposta de política criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Inimigo; Política Jurídica; Günter Jakobs; USA Patriot Act.

ABSTRACT: This article presents a brief overview about criminal law of the enemy Günter Jakobs, while criminal policy, with the aim of providing a synthetic view, but clearly, the concept, content and scope that maximalist criminal policies of social control can achieve. Therefore, the research brings a sense of leading schools criminal criminal policy in order to situate the criminal law of the enemy in

Artigo recebido em 18.01.2013. Pareceres emitidos em 29.01.2013 e 28.02.2013. Artigo aceito para publicação em 10.03.2013.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. Docente do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, Rio do Sul/SC. daniel@bca.adv.br

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. Docente do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, Rio do Sul/SC. pablo @bca.adv.br

time and space, thus demonstrating the relevance of the topic, mainly because it often it is used as speech combating crimes regarded as barbarians, as in the case of north American deployment of the 'USA Patriot Act'. Further, if it tries to highlight what is proposed and what the doctrine of criminal law as conceived by the enemy Jakobs, and then, from this understanding, assess with the help of legal policy, the need, utility and justice of such proposed criminal policy. KEYWORDS: Criminal Law; Enemy; Legal Policy; Günter Jakobs; USA Patriot Act.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Políticas Criminais — Criminogênese; 2. Direito Penal do Inimigo; 2.1 USA Patriot Act; 2.2 O Direito Penal do Inimigo segundo Günther Jakobs; 3. A Necessária Zetética sobre o Direito Penal do Inimigo e o Diálogo com a Política Jurídica e o Garantismo Jurídico; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

SUMMARY: Introduction; 1. Criminal Policies; 2. Criminal Law of the Enemy; 2.1 USA Patriot Act; 2.2 The Criminal Law of the Enemy seconds Günther Jakobs; 3. The Zetétic Needed on Criminal Law of the Enemy and Dialogue with Political and Legal Legal Guaranteeism; Final Considerations; References Sources Cited.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o propósito de apresentar didaticamente a doutrina do direito penal do inimigo, criada pelo professor alemão catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade alemã de Bonn, Günter Jakobs, a qual tem se revelado uma política criminal em franca ascensão, sobretudo após os ataques de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, na medida em que muitos acreditam ser esta uma resposta adequada a ataques desse gênero.

Inicialmente, para introduzir o tema, discorre-se sobre das principais escolas penais de política criminal, a fim de se estabelecer as diferentes vertentes sobre o trato do problema da criminalidade, discorrendo-se em especial, sobre as políticas abolicionistas, minimalistas e sobre as políticas criminais maximalistas, da qual o direito penal do inimigo faz parte.

Na sequência, com o intuito de situar o direito penal do inimigo no tempo e no espaço, denotando a atualidade do tema, discorre-se sobre aplicação do direito penal do inimigo nos Estados Unidos da América (*Patriot Act*), o qual, utilizou-se da figura do inimigo para fundamentar não só a redução das restrições sobre as agências de aplicação da lei (FBI, CIA NSA, NCIS, etc.), mas também a diminuição ou até mesmo em alguns casos a extinção de garantias e direitos básicos dos cidadãos (procedimento FISA).

Após, se procurou externar os fundamentos doutrinários do direito penal do inimigo conforme idealizado por Jakobs, o qual, lançando mão de teorias contratualistas (*Locke, Rousseau, Hobles, Kant, Fichte*) funda sua teoria na divisão dos seres humanos em dois grandes grupos, um formado pelos cidadãos e outro formado pelos ditos 'inimigos' do Estado.

O professor Jakobs, procura defender que a razão para tal divisão é a de que certos indivíduos (os inimigos) não teriam a mínima intenção

(garantia cognitiva mínima na expressão do professor alemão) de integrarem o 'pacto social', ou seja, não teriam o menor intuito de se subsumirem a ordem jurídica posta, o que legitimaria o uso de todos os meios possíveis para a sua neutralização (guerra contra o inimigo), inclusive com a legalização de punições antecipadas por crimes que ainda nem chegaram a ser praticados, mas que se presume que poderiam ser perpetrados por certos indivíduos (os ditos inimigos).

Dessarte, após esse aporte conceitual da teoria do direito penal do inimigo, se fará um estudo sobre a conveniência e a legitimidade da incorporação de tal doutrina pelo ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que com apoio na política jurídica se possa discutir não só a sua utilidade, mas, sobretudo, debater a justiça da aplicação de tal doutrina penal.

#### 1. POLÍTICAS CRIMINAIS - CRIMINOGÊNESE

Antes de se falar sobre direito penal do inimigo, faz-se oportuno fazer uma pequena, mas necessária, digressão acerca das principais escolas penais que permearam o pensamento jurídico moderno e, por via de consequência, influenciaram a política criminal das nações no decorrer do tempo.

Basicamente, e sem a pretensão de esgotar o tema quer em sua extensão, quer em sua profundidade, pode-se dizer que com o advento da criminologia crítica<sup>3</sup>, nascem essencialmente três propostas de política criminal, conhecidas como o abolicionismo penal, o neo realismo de esquerda e o minimalismo penal.

A escola Abolicionista, nascida após a segunda grande guerra, em um momento que a humanidade ainda se encontrava fragilizada pelos horrores do Holocausto, teve como mentor Fillippo Gramatica<sup>4</sup>, o qual juntamente com seus adeptos, pregavam de forma radical a abolição do direito penal, o qual seria substituído por uma espécie de 'direito administrativo' sancionador.

Muito embora tal pensamento abolicionista fosse dogmático e tivesse contribuído para a reflexão dos problemas que permeiam o direito penal, ele nunca chegou a ser de fato implementado, afinal adotar tal escola redundaria

\_

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Segundo BARATTA, criminologia critica tem como principal tarefa: "[...] problematizar a questão criminal, o sistema penal, mecanismos de seleção, enfim, uma análise políticoeconômica da situação, para avaliar as respostas possíveis a situações sociais postas, formulando uma construção alternativa dos problemas sociais ligados ao fenômeno da criminalidade" (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.* 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 215).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> São também expoentes dessa vertente abolicionista Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie. (OLIVEIRA, Edmundo. *As Vertentes da Criminologia Crítica*. Disponível em: <a href="http://analistacriminal.blogspot.com/2008/10/as-vertentes-da-criminologia-crtica-por.html">http://analistacriminal.blogspot.com/2008/10/as-vertentes-da-criminologia-crtica-por.html</a> Acesso em 17 set. 2011; Também se destacam como pensadores das teses abolicionistas Sebastian Scheerer (Alemanha), e Heinz Steinert (Áustria). (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1º v, p. 98).

na proscrição do direito penal, o que por questões obvias, para a maioria da Sociedade<sup>5</sup> só viria a contribuir para instaurar o caos social, agravando ainda mais a criminalidade.

Veja-se que a eliminação do direito penal, ou como querem os abolicionistas, a sua substituição por um 'direito administrativo' sancionador, poderia revigorar a máxima do 'olho por olho, dente por dente', revivendo assim, a Lei do Talião; todavia, no atual momento histórico, é inimaginável retroceder e reviver a época em que ao homem era dada a prerrogativa de 'fazer justiça com as próprias mãos'.

Dessarte, como a Escola Abolicionista, não logrou êxito em apresentar soluções exequíveis para os problemas penais, começou a permear o pensamento jurídico outra tese igualmente extremada, contudo completamente oposta, que ficou conhecida como Escola Maximalista, a qual em linhas gerais advogava a tese de que a criminalidade somente poderia ser controlada através de leis penais severas (longas penas privativas de liberdade, pena de morte, etc.), pois segundo eles este seria o único instrumento apto a intimidar e neutralizar de forma eficaz os delinquentes.

Tal escola, também conhecida como **neo realismo de esquerda**, surge após a falência<sup>6</sup> do *welfare state* (Estado de bem estar social)<sup>7</sup>, posto que a crise do assinalado modelo de bem estar social dá azo ao nascimento de teses extremadas e ultra radicais que por meio do endurecimento da política criminal tentam refrear a criminalidade.

Tais teses maximalistas, também conhecidas por 'Movimento de Lei e Ordem', são segundo João Marcello de Araújo Junior<sup>8</sup>, caracterizadas pelo fato de que a pena é tida como castigo, onde os delitos bárbaros deveriam punidos com penas rigorosas e duradouras, onde os crimes violentos deveriam ser reprimidos com privação de liberdade em estabelecimentos de

<sup>6</sup> "Como foi visto, o Estado de Bem-Estar gozou de um amplo consenso desde os anos quarenta até os anos setenta, durando, mais especificamente, até a crise econômica de 1973, que abalou os princípios Keynesianos e sobre os quais havia se sustentado." (CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.* 3. ed., 3. tir., Curitiba: Juruá, 2005. p. 194).

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> A palavra Sociedade estará grafada neste trabalho com a letra inicial em maiúscula, seguindo a concepção de PASOLD, ao inferir que, "se a Categoria ESTADO merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria SOCIEDADE ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado!" (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.* 11. ed., Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 169).

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> "Esta crise aponta para a desagregação da base do Estado Social, calcada esta no seu fundamento a solidariedade, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais, das estratégias de políticas públicas a eles inerentes, bem como nas fórmulas interventivas características deste modelo de Estado" (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 43).

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Os Grandes Movimentos da Política Criminal de Nosso Tempo – aspectos*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 72.

segurança máxima com grande rigidez no cumprimento da pena, onde a prisão cautelar deveria ser ampliada, a fim de dar uma resposta imediata ao cometimento de crimes, e onde deveria haver um menor controle judicial da execução penal, a qual deveria ficar quase exclusivamente a cargo das autoridades penitenciárias.

Note-se que tais teses extremadas tem lugar sempre que o sentimento de insegurança aflora na Sociedade, pois sempre que o direito parece estar perdendo a guerra contra a criminalidade, sempre que a violência, a ganância e a intolerância parecem não encontrar necessário freio no ordenamento jurídico, não faltam vozes a defender o recrudescimento da legislação penal. É a política do medo.

Com o passar do tempo, a Escola Maximalista, ganhou vertentes como a 'teoria das janelas quebradas' (broken windows), pela qual tenta explicar que a criminalidade está intimamente ligada a desordem social. O termo janelas quebradas é utilizado para ilustrar que se por exemplo, as vidraças de uma casa fossem quebradas por delinquentes e nada fosse feito, ou seja, se os marginais não fossem punidos e se a vidraça não fosse consertada, a imagem do imóvel com as vidraças despedaçadas daria uma impressão de abandono e de ausência de ordem, o que emularia o cometimento de novos crimes na região, ou seja, se nada fosse feito, provavelmente a residência que teve suas janelas quebradas mais tarde seria também pichada, depredada, e ou furtada.

A 'teoria das janelas quebradas' funda-se no dito popular de que "quem rouba um ovo, rouba um boi", assim, se os pequenos delitos não foram punidos pelo Estado, os pequenos transgressores de hoje tornar-se-ão os grandes criminosos de amanhã.

Pautada nessa premissa de coibir todos os crimes, inclusive os delitosanões, ou em outras palavras, resolver os problemas enquanto eles ainda são 'pequenos', surge outra ramificação da Escola Maximalista que é a doutrina da 'Tolerância Zero'<sup>11</sup> introduzida em Nova York em meados de 1991,

n

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> "Se uma pessoa quebra a janela de um edifício e nada é feito no sentido de consertá-las, as outras pessoas que gostam de quebrar janelas que por ali passarem, vendo que ninguém se importa com suas atitudes, passarão elas também a quebrar as outras janelas do prédio, de forma que, como resultado, ter-se-ia um sentimento geral de decadência, propício ao desenvolvimento da criminalidade, razão pela qual toda e qualquer infração penal, por ínfima que seja, deve ser reprimida sem complacência, sob pena de se transmutar, no futuro, em um crime maior." (CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. Â. D. *Sistema Penal e Política Criminal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 27).
<sup>10</sup> "Em 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos americanos, publicaram na revista Atlantic Monthly um estudo [...] cujo título era The Police and Neiborghood Safety (A Polícia e a Segurança da Comunidade), os autores usaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam, aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando a sua decadência e a conseqüente queda da qualidade de vida." Disponível em: <a href="http://jus.uol.com.br/revista/texto/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade">http://jus.uol.com.br/revista/texto/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade >, acesso em 20 ago. 2011.</a>

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> "Esse modelo prevê a repressão não apenas à criminalidade, mas também às incivilidades, resumida na filosofia do "broken windows" (AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. *Somos todos Criminosos em Potencial*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense – EdUFF, 2007.

pelo então prefeito da cidade, Rudolph Giuliani, na qual se apregoava que todos (todos mesmo) os crimes deveriam ter punição exemplar, inclusive os pequenos delitos<sup>12</sup>.

Assim, diante dessa visão de que absolutamente nada deveria tolerado/ perdoado pelo Estado, a política de 'Tolerância Zero' implantada em Nova York passou a intensificar a atividade policial a estremos, de tal sorte que de pichadores à pessoas que ouviam som em alto volume ou que andavam de bicicleta pela calçada, todos eram detidos e forçados a prestar contas com a lei. Tudo a fim de externar a Sociedade que nenhuma infração ficaria impune<sup>13</sup>.

Note-se que o Brasil não ficou imune as influências da Escola Maximalista, pois a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD (Lei nº 10.792/03), são exemplos emblemáticos de uma clara política de 'Lei e Ordem' do Estado Brasileiro.

Dessarte, a Escola Maximalista chega a seu ápice com a teoria do 'Direito Penal do Inimigo', o qual ganha força e destaque após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, como se verá mais a frente.

No meio termo entre o abolicionismo e as escolas maximalistas, surge então, movimentos minimalistas<sup>14</sup>, os quais procuram reduzir o espectro de intervenção punitiva do Estado, através de uma dupla via, de um lado diversificando as formas de reprimendas ou até mesmo despenalizando os crimes menos graves, e de outro lado, reservando das penas privativas de liberdade, somente para aqueles crimes tidos como mais graves.

Denota-se assim, que os minimalistas entendem que a prisão é a última *ratio*, a qual deve ser evitada sempre que possível<sup>15</sup>, portanto as correntes minimalistas fundam-se no princípio da intervenção mínima.

DIREITOS FUNDAMENTAIS  $\mathcal{E}_{T}$  JUSTIÇA - ANO 7, N° 22, P. 211-236, JAN./MAR. 2013

<sup>127</sup> p., ISBN 978-85-288-0441-2, p. 80 Documento disponível somente em versão eletrônica, em: <a href="http://pt.scribd.com/doc/51945792/29/O-modelo-Tolerancia-Zero">http://pt.scribd.com/doc/51945792/29/O-modelo-Tolerancia-Zero</a>, acesso em 22 ago. 2011).

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> "[...] passou-se a coibir todo tipo de desordem social, ainda que isso não significasse necessariamente crime" (SHECAIRA, S. S. Tolerância Zero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim/RT, nº 77, p. 261-280, 2009, p. 265).

AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. Somos todos Criminosos em Potencial. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense - EdUFF, 2007. 127 p., ISBN 978-85-288-0441-2, p. 83 Documento disponível somente em versão eletrônica, em: <a href="http://pt.scribd.com/doc/51945792/29/">http://pt.scribd.com/doc/51945792/29/</a> O-modelo-Tolerancia-Zeroo, acesso em 22 ago. 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> O Minimalismo "Emergiu no confronto contra a sobrevivência da legislação autoritária e contra a emergência da legislação antiterrorista, que tanto na Itália como na Espanha, ameaçam os princípios de um Direito Penal ilustrado que não havia chegado a desenvolver-se completamente, e que, portanto, podia ser usado mais por suas promessas do que propriamente por suas realizações." (ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 725).

<sup>15 &</sup>quot;A perspectiva minimalista radical reconhece o sistema penal como um subsistema de reprodução seletiva de desigualdades materiais, criminógeno e incapaz de realizar suas funções declaradas, mas considera impossível a supressão desse sistema sem que se desencadeiem, previamente, mudanças sociais estruturais, razão porque a preservação tática do Direito Penal é necessária enquanto não se operam tais mudanças." (QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 101).

Entre os teóricos minimalistas mais destacados, pode-se citar filósofo italiano Alessandro Baratta o argentino Eugenio Raúl Zaffaroni e o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli.

Feito esse singelo apanhado sobre estas propostas de política criminal, mister se faz agora analisar a tese maximalista do direito penal do inimigo, começando a explica-la pelos fatos que lhe deram maior notoriedade, o 11/09 e o USA Patriot Act.

#### 2. DIREITO PENAL DO INIMIGO

#### 2.1 USA Patriot Act

Como é de sabença<sup>16</sup>, em 11 de setembro de 2001, militantes da rede terrorista *Al Qaeda* sequestraram quatro aviões comerciais, dos quais dois foram jogados contra as torres gêmeas do edifício *Empire State Building* (Nova Iorque) o que ocasionou a derrubada dos referidos prédios, um outro foi arremessado contra a sede das forças armadas norte americanas, o Pentágono (Arlington, Virgínia) e a quarta aeronave foi abatida pelos militares estadounidenses antes de ser arremessada contra o seu alvo, vindo então a cair em um campo nos arredores de Shanksville, na Pensilvânia.

Como resultado desta série de atentados, morreram mais de três mil pessoas, tais acontecimentos chocaram cidadãos norte americanos e a opinião pública mundial pela brutalidade com que foram perpetrados, pela motivação dos atentados e também pela extensão dos danos e do número de vítimas envolvidas.

Destarte, o ocorrido no 11/09 quebrara um paradigma fortemente enraizado na população estadounidense, o de que a guerra estava 'lá fora', o de que a batalha contra os inimigos dos Estados Unidos só seria travada além de suas fronteiras, em solo estrangeiro.

O 11/09 provou que o solo norte americano não era intocável e deu a clara noção ao seu povo de que eles poderiam sim ser diretamente atingidos por esses ditos inimigos, instaurando-se assim um clima de medo, face a agora – real possibilidade – de novos ataques terroristas, o que gerou pavor e revolta na população dado a incerteza no dia de amanhã.

Desta sorte, em virtude da gravidade da situação, o governo estadounidense precisava dar uma resposta rápida ao ocorrido, a fim de não só eliminar os culpados/envolvidos com os cruéis atentados, mas também, apaziguar a população, que ao mesmo tempo que queria ver a punição dos culpados, também desejava a garantia que tal barbárie não mais se repetiria em solo norte americano.

Assim, os Estados Unidos foram à guerra (*Operation Enduring Freedom*), invadindo o Afeganistão<sup>17</sup> a fim de não só para derrubar o regime Taliban,

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, N° 22, P. 211-236, JAN./MAR. 2013

217

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Informações disponíveis em: <a href="http://www.history.com/topics/9-11-attacks">http://www.history.com/topics/9-11-attacks</a> Acesso em 16 set. 2011.
<sup>17</sup> Em um discurso transmitido pela televisão após os ataques, o presidente George Walker Bush disse: "We will make no distinction between the terrorists who committed these acts and those

o qual teria abrigado a rede terrorista Al Qaeda, mas também, para procurar o líder da assinalada rede terrorista, Osama Bin Laden. Já no plano doméstico, em 26 de outubro de 2001, o então presidente George Walker Bush assinou uma Lei intitulada 'Patriot Act'18, a qual, em resumo, reduziu fortemente as restrições sobre as agências de aplicação da lei19, atenuando e até mesmo extinguindo direitos e garantias básicos dos cidadãos.

Conforme pontua VERVAEL<sup>20</sup> "O Patriot Act é uma lei extensa e complexa que introduz modificações substanciais em 15 leis federais e que confere extraordinários poderes executivos a estruturas operativas de controle e aos serviços de inteligência."

Veja-se que tal diploma legal, sob os auspícios de prender os responsáveis pelos atentados e de impedir novos ataques em solo norte americano ampliou os poderes forças de segurança, pois segundo Koch<sup>21</sup>:

> "a citada lei expande o nível de atuação de agências nacionais de segurança, como o Federal Bureau of Intelligence - FBI, bem como das internacionais de inteligência - Central Intelligence Agency (CIA), conferindo-lhes poderes até então inéditos. Seu objetivo principal era o de prender os responsáveis pelo ataque; atualmente, visa evitar ocorrências de igual natureza no território norte-americano."

Neste desiderato, em uma típica política maximalista de 'lei e ordem' GAIO<sup>22</sup> coloca que a aludida lei não só passou a possibilitar a detenção por

who harbor them." Disponível em: <a href="http://articles.cnn.com/2001-09-11/us/bush.speech.text\_1\_">http://articles.cnn.com/2001-09-11/us/bush.speech.text\_1\_</a> attacks-deadly-terrorist-acts-despicable-acts?\_s=PM:US> Acesso em 17 set. 2011. (Tradução do autor deste artigo: Não faremos distincão entre os terroristas que cometeram estes atos e aqueles que os abrigam).

Disponível em: <a href="http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html">http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html</a> Aceso em 23 ago. 2011.

19 "O texto integral, composto por 342 páginas, aborda mais de quinze estatutos, e, além de autorizar agentes federais a rastrear e interceptar comunicações de eventuais terroristas, esta lei traz as seguintes inovações, referidas por Charles Doyle: a) torna mais rigorosas leis federais contra lavagem de dinheiro; b) faz com que leis de imigração sejam mais exigentes; c) cria novos crimes federais; d) aumenta a pena de outros crimes anteriormente tipificados, e também, e) institui algumas mudanças de procedimento, principalmente para autores de crimes de terrorismo". (KOCH, Marcello Reus. Políticas de Segurança de Redes de Computadores. 2009. 132f. Monografia (Especialização em Criptografia e Segurança em Redes) - Universidade Federal Fluminense e Exército Brasileiro. Porto Velho).

<sup>20</sup> VERVAEL, John A. E. A Legislação Anti-terrorista nos Estados Unidos: Um direito penal do inimigo? Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal - REDHP, Nº 1 - novembro de 2007, Porto Alegre/RS, Disponível em: <a href="http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/">http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/</a> 2010/08/1\_2.pdf>, p. 04. (Professor Catedrático de Direito Penal da Universitait de Utrecht -Holanda).

<sup>21</sup> KOCH, Marcello Reus. *Políticas de Segurança de Redes de Computadores*. 2009. 132f. Monografia (Especialização em Criptografia e Segurança em Redes) - Universidade Federal Fluminense e Exército Brasileiro. Porto Velho.

<sup>22</sup> "A Military Order, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos em 2001, autorizou a detenção, por prazo indefinido, dos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas, não gozando os detentos nem das garantias das leis norteamericanas, tampouco daquelas estabelecidas pela prazo indefinido, dos suspeitos de envolvimento em atividades ditas terroristas, privando os mesmos não só das garantias das leis estadounidenses, mas também, das garantias estabelecidas na Convenção de Genebra.

Assim, a privacidade e alguns direitos tidos como fundamentais foram mitigados ou mesmo suprimidos, na medida em que o combate ao terrorismo adquiriu um verdadeiro status de caça as bruxas, uma verdadeira inquisição pós-moderna, onde os fins parecem justificar os meios.

Neste cenário, onde o medo de novos ataques terroristas parece ser maior do que o temor pelos prejuízos oriundos da supressão de direitos básicos, o governo estadounidense encontrou o terreno fértil para instaurar um regime de exceção<sup>23</sup>, onde se tem uma espécie de vale tudo na dita 'luta contra o terror', onde na caça a terroristas não se respeitam direitos e garantias mínimos, os quais numa situação tida como 'normal' seriam garantidos a qualquer ser humano.

Desta sorte, escutas telefônicas, monitoramento de e-mails, transações bancárias, etc., são executados *ex ofício* pelas autoridades policiais sem qualquer necessidade de autorização judicial, até mesmo a relação entre advogado e cliente até então tida como totalmente sigilosa, passou a ser passível de monitoramento pelas agências federais de segurança norte americanas.

Neste sentido KASHAN<sup>24</sup> destaca:

"The Patriot Act allowed federal agents to monitor electronic communications, which includes wireless phones, email, and internet, without much oversight. It also allowed the government to seize business records of telecom companies as well as customer records from the Internet Service Providers. Besides internet, any subscriber records from the television cable company, including programming details, can also be confiscated. Most importantly, the surveillance does not even stop at the telecom companies or state borders. The FBI was given authority to obtain warrants that followed a person across state borders, as well as to trace any telephone or computer usage. Under expanded FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act) authority, the government was allowed

Convenção de Genebra. Da mesma forma, amplos poderes são concedidos a autoridades do governo norte-americano pelo USA Patriot Act (2001) – o qual permite manter preso ou expulsar o estrangeiro suspeito de pôr em perigo a segurança nacional." (GAIO, Daniel. *A Caracterização do Estado de Exceção Permanente e a Ameaça aos Direitos Fundamentais*). Disponível em: <a href="http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/daniel\_gaio.pdf">http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/daniel\_gaio.pdf</a>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, Nº 22, P. 211-236, JAN./MAR. 2013

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> "Aliás, o "patriot act", é preciso que se diga, foi um ato legal que estabeleceu um típico "Estado de Exceção" nos EUA, ao modelo do Al-5 no Brasil dos anos de chumbo." (CASTRO, Matheus Felipe de. *Obama Restabelece Julgamentos Militares de Presos em Guantánamo*. Disponível em <a href="http://justicaaoavesso.blogspot.com/2011\_03\_06\_archive.html">http://justicaaoavesso.blogspot.com/2011\_03\_06\_archive.html</a> Acesso em 17 set. 2011).

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> KASHAN, Sunya (2010) "The USA Patriot Act: Impact on Freedoms and Civil Liberties," ESSAI: Vol. 7, Article 28. Disponível em: http://dc.cod.edu/essai/vol7/iss1/28.

to set up wiretaps at anyone's residence and to search the premises without notification. The FBI was even permitted to monitor and tape conversations, as well as meetings, between an attorney and the client in federal custody."25

O governo norte americano possui hoje dois procedimentos processuais penais bem distintos, um deles comum, aplicável aos crimes em geral, e o procedimento FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act) criado pelo Patriot Act a fim de 'legalizar' e tentar legitimar todas as já citadas formas de violações dos direitos básicos dos cidadãos.

Assim, não é difícil perceber que a pessoa acusada de um crime abrangido pelo aludido procedimento FISA, além de não mais poder contar com seus direitos básicos de cidadão, também tem sua ampla defesa e o direito ao contraditório substancialmente comprometidos, na medida em que não só audiências secretas, mas também provas e testemunhas igualmente secretas são admitidas.

Nesse tom VERVAEL<sup>26</sup> denota que:

"Igualmente, segundo as sucessivas normas processuais e probatórias do Department of Defense e do Departamento de Justica, muitos direitos fundamentais do sistema processual e da Bill of Rights não são reconhecidos: não existe um processo público (os julgamentos se celebram em audiência secreta), os advogados não podem conhecer as testemunhas da parte contrária, não se reconhece seu direito ao sigilo profissional, e necessitam de autorização do Department of Defense para falar com a opinião pública. As conversas entre advogados e testemunhas são gravadas e, em matéria de prova, se admite todos os elementos que "teriam valor probatório para uma pessoa razoável", incluídas as provas de auditu. A acusação não está obrigada a comunicar o iter de obtenção das provas, o que significa que a origem e o modo de obtenção de tais provas não são controlados. Admitem-se provas secretas FISA e as obtidas mediante vigilância secreta, ante o tribunal, inaudita altera parte."

no local sem aviso prévio. O FBI foi ainda autorizado a monitorar e conversas de fita, bem como reuniões, entre um advogado e o cliente sob custódia federal." <sup>26</sup> VERVAEL, John A. E. A Legislação Anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo? Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal - REDHP, nº 1 - novembro

qualquer telefone ou uso de computador. Sob expandiu FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act) autoridade, o governo foi autorizado a criar escutas na residência de ninguém e para buscas

de 2007, Porto Alegre/RS, Disponível em: <a href="http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/">http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/</a>

2010/08/1\_2.pdf>, p. 25.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Tradução do autor deste artigo: "O Patriot Act permitiu que os agentes federais para monitorar as comunicações eletrônicas, que inclui telefones celulares, e-mail e internet, sem a supervisão muito. Ele também permitiu ao governo aproveitar registros de negócios de empresas de telecomunicações, bem como registros de clientes da Internet Service Providers. Além de internet, todos os registros de assinantes da empresa de televisão por cabo, incluindo detalhes de programação, também pode ser confiscada. Mais importante ainda, a vigilância nem sequer parar nas empresas de telecomunicações ou fronteiras do estado. O FBI foi dada autoridade para obter mandados que se seguiu uma pessoa através das fronteiras estaduais, bem como para rastrear

Neste ponto, se é verdade que a 'arte imita a vida', a fim de bem ilustrar o perigo que constitui a implantação deste procedimento de exceção, tendo em mira toda a sorte de abusos que o mesmo pode ensejar, cita-se dois pequenos trechos de um popular seriado policial norte americano intitulado NCIS (*Navy Crime Investigation Service*), no qual, em um de seus episódios, os agentes federais do serviço naval de investigação criminal conversam com uma pessoa (Cesar Bernal) suspeita de ser membro de uma gangue a qual eles supunham estar envolvida com a morte de um fuzileiro naval estadounidense.

Nas referidas cenas, aqui transcritas, os agentes federais (Macgee, Gibs e Ziva), primeiro se utilizam de uma falsa acusação de ligações da gangue investigada (*La Vida Mala*) com a rede terrorista Al Qaeda para conseguirem grampos telefônicos/escutas sem autorização judicial e depois se utilizam da prerrogativas do procedimento FISA constante do Patriot Act para intimidarem o citado suposto membro da gangue e lhe negarem acesso a um advogado:

"GIBS: consiga "grampo" para os celulares, computadores, pagers, sinal de fumaça, qualquer tipo de comunicação.

MACGEE: Chefe, como conseguiremos um juiz para assinar tudo isso?

ZIVA: Você não escutou McGee? La Vida Mala tem ligações com a Al Qaeda.

MACGEE: Bem, mas nós estávamos dizendo isso só para..." (NCIS S03E19 (Iced) = 17:00 a 17:00)

"CESAR BERNAL: Eu quero falar com meu advogado.

MACGEE: Não pode não. Vagabundo.

[...]

CESAR BERNAL: Você não pode me manter aqui desse jeito.

MACGEE: Não, no momento eu posso. Vê, La Vida Mala tem ligações suspeitas com a Al Qaeda. Tudo que eu preciso fazer é pronunciar a palavra "terrorista" e eu posso mantê-lo nesta sala até você ficar velho e morrer." (NCIS S03E19 (Iced) = 37:05 a 37:56)

Assim, tem-se que o sistema repressivo norte americano chega ao seu ápice após o 11/09 com a instituição do Patriot Act<sup>27</sup>, na medida em que o recrudescimento das punições é patente e a supressão de direitos e garantias é institucionalizada, estreitando assim, seus laços do modelo proposto por Günther Jakobs intitulado 'direito penal do inimigo', cujas principais características passar-se-á a analisar.

Disponível em: <a href="http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1\_2.pdf">http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1\_2.pdf</a>, p. 37-38)

<sup>27 &</sup>quot;[...] a extensão do procedimento especial FISA, secreto e baseado na atividade investigadora de intelligence, cresce constantemente ratione materiae et personae, até o extremo de equiparar-se ao procedimento de investigação ordinário, inclusive nos casos nacionais." (VERVAEL, John A. E. A Legislação Anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo? Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal – REDHP, nº 1 – novembro de 2007, Porto Alegre/RS,

### 2.2 O Direito Penal do Inimigo Segundo Günther Jakobs

A doutrina do Direito Penal do Inimigo foi idealizada pelo professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade alemã de Bonn, Günther Jakobs<sup>28</sup>, suas ideias sobre essa temática foram inicialmente expostas em maio de 1985, em uma palestra que o professor Jakobs proferiu durante um congresso de direito penal em Frankfurt na Alemanha, onde ele tece comentários sobre políticas públicas de combate à criminalidade.

A aludida palestra de Jakobs intitulava-se "criminalización en el estadio previo a la lesión"29 (Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzun), nela ele disserta sobre a existência no Código Penal Alemão de alguns poucos artigos onde a criminalização se dá em um momento anterior a uma lesão do bem jurídico tutelado<sup>30</sup>.

Jakobs chama então estes poucos artigos em que a criminalização ocorre em um momento anterior a lesão do bem jurídico, de 'direito penal do inimigo' e os artigos restantes (onde a criminalização se dá após a prática do crime) de 'direito penal do cidadão'.

Segundo a palestra do professor Jakobs, a teoria do direito penal do inimigo atuaria de maneira prospectiva, ou seja, anteciparia, preveniria um eventual delito que poderia ser praticado por uma pessoa.

No direito penal do inimigo de Jakobs, se analisaria então o perigo que o sujeito representa hoje e representará para o futuro, de maneira que em casos de perigos graves a ordem jurídica, as autoridades constituídas estariam legitimadas a agirem de forma preventiva<sup>31</sup>.

De Nuevo sobre el Derecho Penal dei Enemigo. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008).

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> "Günter Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Welzel, foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical) que sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma (e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais). No seu mais recente livro (Derecho Penal del Enemigo, Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003), abandonou claramente sua postura descritiva do denominado Direito Penal do inimigo (postura essa divulgada primeiramente em 1985, na Revista de Ciência Penal - ZStW, nº 97, 1985, p. 753 e ss.), passando a empunhar (desde 1999, mas inequivocamente a partir de 2003) a tese afirmativa, legitimadora e justificadora (p. 47) dessa linha de pensamento." (GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). Revista Jurídica Unicoc, Ano II, nº 2, 2005. ISSN 1807-023X)

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> JAKOBS, Günther, "Estudios de Derecho Penal", UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, p. 293-324. <sup>30</sup> "Ya una mirada muy superficial al StGB pone de manifiesto que numerosos preceptos caen fuera

del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal de ciudadanos y pertenecen al Derecho penal de enemigos, en concreto todas las criminalizaciones de lo que materialmente son actos preparatorios, en la medida en que la conducta preparatoria se efectúe en el ámbito privado. Junto a la ya tratada tentativa de participación, pertenecen a este ámbito algunos delitos contra la seguridad del Estado, así como la constitución de asociaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129 a StGB)." (JAKOBS, Günther, "Estudios de Derecho Penal", UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, p. 298).

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> "La primera observación que se puede hacer a JAKOBS es que su "Derecho penal del enemigo" recuerda mucho al "Derecho penal de autor" que propugnaron los penalistas nazis, según el cuallo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la "perversión", "inclinación o tendência al delito" o"peligrosidad criminal" que pudiera tener su autor." (MUNOZ CONDE, Francisco.

Vê-se aqui, um cambio de paradigmas, afinal, enquanto o direito penal tradicional atua retrospectivamente, ou seja, pune ações ou omissões pretéritas, o direito penal do inimigo atua prospectivamente, com o desiderato de expurgar da Sociedade perigos à ordem jurídica posta, evitando assim um mal maior<sup>32</sup>.

Outra característica do direito penal do inimigo é de que segundo Jakobs as penas para esses delitos prospectivos são tão grandes, são tão significativas, quanto as reprimendas dos mesmos crimes consumados.

Dito de outra forma, a doutrina do direito penal do inimigo diz que as penas para o crime que se quer evitar/prevenir, devem ser muito parecidas ou mesmo iguais, as penas do mal (do crime) que se quer evitar; ou seja, se abandonaria aqui até mesmo aquela redução que os ordenamentos jurídicos geralmente dispensam aos ditos crimes 'tentados'.

Outro predicado da teoria do direito penal do inimigo é o de que além de se punir antecipadamente, com uma reprimenda equivalente a de um delito consumado, também se retiraria do dito 'inimigo' algumas garantias, a fim de que as autoridades constituídas possam o mais eficazmente possível expurgar tal pessoa 'perigosa', do convívio social.

Nas palavras do professor Manuel Cancio Meliá<sup>33</sup>:

"Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: [...] se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, [...] las penas previstas son desproporcionadamente altas: [...] determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas."

A temática do direito penal do inimigo, contudo, não obteve grande destaque quando foi apresentada, todavia em junho de 2003, Jakobs lançou em parceria com o professor de direito penal da universidade de Autônoma Madrid, Manuel Cancio Meliá, o livro intitulado 'Derecho Penal Del Enemigo' (Bürgerstrafrecht und Feindstrafrechc), onde ele retoma seu objeto de investigação, expondo inclusive as bases filosóficas de sua teoria.

Após o lançamento do citado livro, já num mundo pós 11.09.2001, portanto assolado pela ameaça do terrorismo, a discussão da teoria de Jakobs ganha relevo e destaque na comunidade científica, na medida em que uma parcela significativa dos Estados buscam com afinco medidas para coibir e punir atos de terrorismo.

No aludido livro, o professor Günther Jakobs retoma seu estudo sobre o direito penal do inimigo, onde segundo ele o direito penal deveria dividir os seres humanos em dois grandes grupos; o primeiro formado pelos cidadãos e o segundo formado pelos ditos 'inimigos' do Estado.

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 80-81.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> "El Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad." (JAKOBS, Günther, "Estudios de Derecho Penal", UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997, p. 298.)

Para dar esteio a sua tese, Jakobs lança mão das teorias contratualistas externadas por estudiosos como Locke, Rousseau<sup>34</sup>, Hobles<sup>35 36</sup> e Fichte<sup>37</sup>, a fim de fundamentar suas conclusões.

Segundo Jakobs, como o Estado é oriundo de um 'contrato' onde os cidadãos optaram por deixar o estado de natureza, ou como preferem outros, o estado guerra de todos contra todos, para firmarem um 'contrato social', onde em troca de segurança e estabilidade das relações sociais os cidadãos abriram mão de parte de sua liberdade; a partir do momento em que um indivíduo não mais respeita tal pacto social, ele é visto como um inimigo do Estado<sup>38</sup>, e portanto, sendo um inimigo não mais pertence aquele Estado, sendo então tratado como um opositor do Estado que deve ser rechaçado o mais rápido possível face a sua nocividade.

Sobre o tema, em artigo intitulado Direito Penal do Inimigo e Criminalidade Econômica, Alessandra Orcesi Pedro Greco<sup>39</sup> leciona:

"Há concordância com outros filósofos contratualistas de que "qualquer pena" e "qualquer legítima defesa" se dirigem contra um inimigo (Rouseau, Fitcht, Hobbes e Kant que fundamentam o Estado mediante um contrato:

<sup>34</sup> "Afirma ROUSSEAU que cualquier «malhechor» que ataque el «derecho social» deja de ser «miembro» del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor." (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 26).

<sup>35</sup> Disso decorre que os rebeldes, traidores e todas as outras pessoas condenadas por traição não são punidas pelo direito civil, mas pelo natural: isto é, não como súditos civis, porém como inimigos ao governo – não pelo direito de soberania e domínio, mas pelo de guerra" (HOBBES, Thomas. Do Cidadão [tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro] 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 233).

<sup>36</sup> "Para ROUSSEAU y FICHTE todo delincuente es depor si un enemigo, para HOBBES al menos el reo de alta traición." (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 29-30).

por Manuel Cancio Meliá), p. 29-30).

37 "Argumenta FICHTE: «quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos »" (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá). p. 27).

por Manuel Cancio Meliá), p. 27).

38 "Aliás, todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria, deixa de ser seu membro ao violando suas leis, e chega mesmo a mover-lhe guerra. Então, a conservação do Estado é então incompatível com a sua; é preciso que um dos pereça, e quando se faz que o culpado morra, é menos como cidadão que como inimigo. [...] Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos pela residência, deve ser segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público, pois um inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral; é um homem, então o direito da guerra é o de matar o vencido." (ROUSEEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política. (traduzido por Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima). São Paulo: Hemus, 1981, p. 45-46).

<sup>39</sup> ČOSTA, José de Faria; SILVÁ, Marco Antonio Marques da (coordenadores). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*, Visão Luso-Brasileira. Quartier Larin do Brasil: São Paulo, 2006, p. 717.

224

quem não cumpri-lo está cometendo um delito e, por conseguinte não participa mais dos seus benefícios)."

Pois bem, com o apoio dos clássicos contratualistas<sup>40</sup>, Jakobs procura externar sua posição na qual quando um sujeito que se mostra um delinquente contumaz, ou quando ele demostra apto à prática de crimes muito graves que possam por o Estado e seus cidadãos em risco, ele não merecesse ser tratado como igual (como um cidadão), mas sim, deve ser tratado como um verdadeiro inimigo, como se o Estado estivesse em uma guerra convencional contra esta pessoa.

Assim todo aquele que não reconhece a legitimidade do ordenamento jurídico e luta para destruí-lo, segundo Jakobs<sup>41</sup>, é um inimigo (terrorista) e como tal deve ser tratado, ou seja, sem se lhe dispensar muitas as garantias e privilégios que um cidadão teria<sup>42</sup>.

Dessarte, conforme coloca o professor Luiz Flávio Gomes<sup>43</sup>:

"Dois, portanto, seriam os Direitos penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia".

Desta forma, é importante denotar-se que o aprumo filosófico para justificar que certas punições sejam aplicadas para prevenir eventuais delitos

<sup>4</sup>º "Como acaba de citarse, en la posición de KANT no se trata como persona a quien «me amenaza... constantemente», quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano. De manera similar, HOBBES despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, HOBBES y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano – contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio – y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona." (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 31-32).
41 "[...] en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden." (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 41)

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> "[...] um individuo que no admite ser obligado a entrar em un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 40).

<sup>(</sup>traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 40).

43 GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Disponível em: <a href="http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D%7D\_8.pdf">http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D%7D\_8.pdf</a>, p. 03.

que poderiam ser praticados por um sujeito (o inimigo) e para também dele se retirar certas garantias processuais, por exemplo, reside justamente no fato de que ele (o inimigo, o terrorista) não é um cidadão, ele é simplesmente uma ameaça, que como tal, deve ser neutralizada a todo custo, pois a ordem do Estado e seus cidadãos viriam em primeiríssimo lugar<sup>44</sup>.

Como bem coloca Cornelius Prittwitz<sup>45</sup>, o direito penal do inimigo "é *um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos*", e como tais inimigos estariam de fora do 'pacto social', é lícito ao Estado lançar mão de medias enérgicas e extremas para repelir a dita ameaça que se avizinha<sup>46</sup>.

Nas palavras do próprio professor Günther Jakobs<sup>47</sup>:

"[...] tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por um lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad."

Assim, para Jakobs resta legitimado o tratamento diferenciado e muitas vezes preventivo (prospectivo) que o direito penal do inimigo pode dispensar a certos indivíduos<sup>48</sup>, resta todavia, definir que tipos de condutas seriam aptas a receberem tal tratamento de guerra, determinar que tipos de indivíduos não forneceriam uma garantia cognitiva mínima para serem tratados como pessoas.

Segundo se depreende dos escritos de Jakobs a 'eleição' do dito inimigo é por vezes subjetiva e pode ir muito além do hoje tão na moda 'terrorismo',

 <sup>44 &</sup>quot;Quien no presta uma seguridad cognitiva suficiente de un comportamento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas." (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 47).
 45 PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo:

<sup>\*\*</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 47, 2004, p. 41.

46 "Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamento

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> "Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo." (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 55-56).

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 42-43.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> No sentir de Manuel Cancio Meliá: "La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye uma reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, [...] Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos." (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 86).

podendo perfilhar desde crimes do colarinho branco, tráfico de entorpecentes, e delitos sexuais, passando por delitos ligados à criminalidade organizada, ou mesmo casos de reincidência de alguns delitos, etc.

"Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. [...] por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas» así como, en general, respecto de los «crímenes», pretendiéndose combatir em cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas v de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (em el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, 3 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamento como persona."49

Dessarte, se vê que cabe ao Estado definir que tipos de condutas, que tipo de delitos, poderiam por em risco a ordem jurídica posta, para então tratar os sujeitos ativos de tais ilícitos como inimigos públicos da nação, dito de outra forma, os sujeitos voltados a prática de tais condutas delitivas eleitas pelo Estado, não teriam a mínima intenção (garantia cognitiva mínima na expressão de Jakobs) de integrarem o 'pacto social', ou seja, não teriam o menor intuito de se subsumirem a ordem jurídica posta, o que legitimaria o uso de todos os meios possíveis para a sua neutralização.

Por derradeiro, traçados os aspectos principais da teoria do professor Günther Jakobs, resta então indagar se tal temática encontraria guarida na ordem constitucional hoje vigente na terra brasilis.

# 3. A NECESSÁRIA ZETÉTICA<sup>50</sup> SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O DIÁLOGO COM A POLÍTICA JURÍDICA E O GARANTISMO JURÍDICO

Diante do que foi até aqui apresentado, há de se fazer algumas indagações: A doutrina do direito penal do inimigo poderia/deveria ser

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 39-40.

p. 39-40. <sup>50</sup> "ZETÉTICA: 1. Lato sensu, comportamento Intelectual investigativo. 2.Na linguagem jurídica, é o termo utilizado para indicar o estudo que vá além da mera descrição da norma, mas também incida sobre a oportunidade desta. Neste sentido, comparece na Doutrina como categoria de Política Jurídica." (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2000, p. 99-100).

implantada no Brasil? Seria tal sistemática de política criminal<sup>51</sup> a resposta adequada para combater a crescente criminalidade que assola o país?

Tal discussão, mostra-se cada vez mais atual, pois a medida que tal doutrina de guerra ao inimigo ganha força e adeptos, o impasse sobre que modelo adotar ganha cada vez mais relevância:

> "ou se legitima o hostis no direito ordinário do Estado de direito e, assim, enuncia-se ao modelo que o orienta e se abandona o Estado de direito. ou então rechaça-se o hostis e se mantém o Estado de direito ideal como princípio orientador, otimizando os esforços do poder jurídico na programação da doutrina para eliminar a presença do hostis, em qualquer de suas manifestações."52

Pois bem, para tentar responder tais indagações se lançará mão de uma argumentação calcada na Política jurídica<sup>53</sup>, na medida em que seu objeto não é "o exame de uma realidade a ser descrita, mas a possibilidade permanente de buscar o direito melhor"54.

Neste desiderato, tendo-se na lembrança que o direito penal do inimigo, tal qual como idealizado por Jakobs, estriba-se na punição 'antecipada' por crimes que ainda nem chegaram a ser praticados, mas que se presume que poderiam ser perpetrados por certos indivíduos (inimigos), pois estes não teriam aderido ao 'pacto social' e, portanto, não comungariam dos mesmos valores que a Sociedade, há de se analisar se tal contenção/punição antecipada encontraria guarida na ordem constitucional brasileira.

Pois bem, a dita punição antecipada, ou seja, a punição de algo que nem chegou a ocorrer, parece ser algo que não se amolda ao direito brasileiro, pois ela pune uma pessoa pelo que ela é<sup>55</sup> (e ai basta escolher o inimigo ...

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> "Política criminal, según ello, es un sector objectivamente delimitado de la Política jurídica general: es la Política jurídica en el ámbito de la justicia criminal. En consecuencia, la Política criminal se refiere al siguiente ámbito: determinación del cometido y función de la justicia criminal, consecución de un determinado modelo de regulación en este campo y decisión sobre el mismo (decisión fundamental politicocriminal) su configuración y realización prácticas en virtud de la función, y su constante revisión en orden a las posibilidades de mejora (realización de la concepción politicocriminal en particular)". (ZIPF, Heinz. Introducción a la Política Criminal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, p. 03-04).

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão - Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2. ed., p. 191. <sup>53</sup> "[...] a Política Jurídica pode ser estudada em três planos: no epistemológico, onde cabe a

análise axiológica do "direito que é"; no psicossocial onde se verifica não só a existência de representações jurídicas e de outras manifestações da consciência jurídica da sociedade e, finalmente, no campo operacional, onde se montam as estratégias para modificar ou afastar «o direito que não deve ser» e criar o direito «que deve ser»". (MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. p. 50).

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Idem, p. 130.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Manuel Cancio Meliá denota "el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado «hecho», sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal – dejando de lado las estrategias

[negros, judeus, comunistas, homossexuais, islâmicos, etc.]<sup>56</sup> conforme a conveniência dos donos do poder) e não pelo que, de fato, ela fez.

Dessarte, se tal teoria fosse de fato agasalhada pela legislação pátria, se estaria não só abrindo uma perigosa vereda que poderia dar azo as mais diversas formas autoritarismos, posto que se estaria a legitimar a punição na órbita penal de todos e quaisquer 'inimigos' do poder posto, ou seja, qualquer um que ousasse levantar a voz contra o regime poderia ser taxado de inimigo e ser punido sem ter feito absolutamente nada; dito de outra forma, seu único crime seria somente ser, ou pensar algo.

Alguns nesse momento podem até pensar que se está a exagerar e que nunca se chegará há tal ponto no Brasil, mas aqui nunca é demais lembrar o conhecido brocardo que diz que "o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente".

Afinal, nossa história recente já mostrou o que um direito penal do inimigo pode fazer pelo Brasil, o caso da 'Guerrilha do Araguaia' é emblemático, um poder que a pretexto de extirpar seus opositores, os cunhou de inimigos e os perseguiu e os exterminou como tais.

Vê-se, portanto, que o conceito de inimigo, contrariamente do que se quer fazer crer, é indeterminado, pois não há um conceito seguro que possa apontar quem é tal 'ser do mal'<sup>58</sup>, de tal sorte que sobra sempre aos governantes da ocasião apontar quem são, na visão deles, as verdadeiras ameaças a Sociedade.

Outro obstáculo que a doutrina do inimigo enfrenta no Brasil, é o de que aqui se elegeu como um dos fundamentos da república, a dignidade da pessoa humana, de sorte que não há como tratar pessoas como 'inimigos'.

Denote-se ainda, que admitir que o Estado possa suprimir alguns direitos dos ditos inimigos, que não podem ser de pronto, objetivamente apontados, importa em admitir que os poderes instituídos possam, a pretexto

\_ a

a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos - persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como «otros» o integrados en esa identidad, mediante la exclusión del «otro»" (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 78).

Manuel Cancio Meliá: "Así, no parece demasiado aventurado formular varias hipótesis en este sentido: [...]drogas [...] «criminalidade organizada»" (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 97).

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> DALBERG-ACTON, John Emerich Edward. *The History of Freedom*. New York: The Macmillan Company, 1907.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Manuel Cancio Meliá: "el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor." (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 93-94)

de identificar e neutralizar os inimigos, suprimir/limitar os direitos e ou garantias de todos<sup>59</sup>.

Ora, os absolutismos de outrora utilizavam-se de discursos semelhantes para tentar legitimar as mais atrozes perseguições e punições dos que ousavam se insurgir contra eles.

Veja-se que a doutrina do inimigo, na verdade, é parte de um grande círculo vicioso: A criminalidade aumenta e como resposta se elegem inimigos a fim de se neutralizar transgressores em potencial; como consequência disso, direitos e garantias são suprimidos e abusos inevitavelmente são cometidos; como a delinquência não diminui<sup>60</sup>, o que era exceção (eleição do inimigo e supressão de direitos/garantias), começa a ser ampliado e mais inimigos são escolhidos e, por fim, a supressão de direitos e garantias abarca não só os crimes perpetrados pelos 'inimigos' mas sim praticamente todos os delitos<sup>61</sup>, e o que era exceção, paulatinamente vira regra.

Não se pode permitir que direitos e garantias sejam retirados em nome do pretenso combate a criminalidade. A eleição do inimigo, ou é um discurso de pura vingança ou, é uma forma de tentar legitimar um poder que não quer conhecer limites, o qual é bem provável que sirva para muitas coisas, menos para o bem comum<sup>62</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Sobre essa questão Zaffaroni pontifica: "Quando os destinatários do tratamento diferenciado (os inimigos) são seres humanos não claramente identificáveis ab initio (um grupo com características físicas, étnicas ou culturais bem diferentes), e sim pessoas misturadas ao e confundidas com o resto da população e que só uma investigação policial ou judicial pode identificar, perguntar por um tratamento diferenciado para eles importa interrogar-se acerca da possibilidade de que o Estado de direito possa limitar as garantias e as liberdades de todos os cidadãos com o objetivo de identificar e conter os inimigos." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal.* Tradução de Sérgio Lamarão - Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2. ed., p. 116-117). Coloca ainda o mestre argentino: "Portanto, admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identificá-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, consequentemente, condenações e penas a inocentes." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão - Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2. ed., p. 118).

<sup>60 &</sup>quot;A idéia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência." (LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional), 4. ed., Revista, Atualizada e Ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 16).

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Veja-se por exemplo o que vem acontecendo com o procedimento FISA nos Estados Unidos da América: "A extensão do procedimento especial FISA, secreto e baseado na atividade investigadora de intelligence, cresce constantemente ratione materiae et personae, até o extremo de equiparar-se ao procedimento de investigação ordinário, inclusive nos casos nacionais. [...]" (VERVAEL, John A. E. A Legislação Anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo? Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal - REDHP, nº 1 - novembro de 2007, Porto Alegre/RS, Disponível em: <a href="http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/">http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/</a> 08/1\_2.pdf>, p. 37-38).

<sup>62 &</sup>quot;Ja a teoria do direito penal do inimigo partia do pressuposto da existência, na sociedade alemã, de alguém que não admite ingressar no Estado e assim não pode ter o tratamento destinado ao cidadão. Aqui no Brasil ocorre exatamente o contrário. A nossa luta ainda é de

Vale aqui citar o alerta do professor Alexandre Morais da Rosa<sup>63</sup>:

"Perguntaram a um louco que havia perdido a sua chave na floresta, por que estava a procurando sob a luz do poste da rua, no que ele respondeu: aqui tem mais luz. Procurar flexibilizar as garantias constitucionais na perspectiva de resolver os problemas de Segurança Pública é procurar, como o louco, a chave no mesmo lugar. Lugar caolho, a saber, dos neoliberais."

Desta forma, a discussão de tal temática se faz fecunda, não só para alertar para os perigos da implantação de um estado policialesco como o proposto por Jakobs, mas também, para apontar as saídas para se implantar um direito mais justo e harmônico, apto a eficazmente promover a paz e a justiça social.

"Ora, a Política do Direito não pode ficar indiferente a essas constatações de forma alguma poderemos prosseguir impunemente nossa caminhada por este planeta, aceitando como inexorável o principio anti-ético de que os fins justificam os meios ou, em outras palavras, que a Política poderá usar de meios incompatíveis com a Ética para justificar seu conteúdo pragmático sempre que isso for necessário ao alcance de seus fins utilitários.

Não e demais insistir que a Ética, a Politica e o Direito são expressões diferenciadas mas interagentes da conduta humana. Cabe a Ética decidir qual seja a resposta sobre o que é moralmente correto, ao Direito, sobre o que é racionalmente justo e a Política, sobre o que seja socialmente util."<sup>64</sup>

Desta forma, há de se aproveitar este momento de hesitação quanto ao modelo de política criminal a se adotar, não para suprimir direitos em nome de um pretenso e ineficaz controle de criminalidade, mas sim, para solidificar as garantias fundamentais do ser humano, afinal, como bem coloca a professora Maria da Graça: "[...] creio que podemos admitir ser esta época de transição sumamente propícia para desenharmos o futuro que queremos e de que precisamos para a sobrevivência, com necessária dignidade, da espécie humana neste Planeta."<sup>65</sup>

inclusão social de uma importante parcela dos nossos compatriotas que foi excluída à força. Resultado? Persecução penal focada nos crimes e criminosos menores. Constrói-se, assim, o que chamo de "teoria do direito penal do amigo do poder". Isso porque se não temos capacidade de atuar em todos os casos e terminamos por punir apenas as pequenas infrações e pequenos infratores, fazemos, sem perceber, uma escolha perversa." (ROSA, Alexandre Morais da. O "Direito Penal do amigo do poder" Disponível em: <a href="http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com">http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com</a>. (3) Disponível em: <a href="http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2012/03/terrorismo-e-garantias-com/">http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2012/03/terrorismo-e-garantias-com/</a>

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, Nº 22, P. 211-236, JAN./MAR. 2013

Disponive em: <a href="mailto:ritp://alexandremoralsdarosa.biogspot.com.br/2012/03/terrorismo-e-garantias-constitucionais.html">mailto:ritp://alexandremoralsdarosa.biogspot.com.br/2012/03/terrorismo-e-garantias-constitucionais.html</a>, acesso em 21 mar. 2012.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor / CPGD-UFSC, 1994, p. 58-59.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de Melo; SILVA, Moacyr Motta da. *Política Jurídica e Pós Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 87.

O momento é de escolher o modelo de Sociedade que se deseja, denotando os valores que se quer privilegiar<sup>66</sup>; a Sociedade brasileira precisa escolher se deseja simplesmente retribuir o mal com o mal, se deseja instituir uma espécie de inquisição pós-moderna sobre quem considere seus inimigos, ou se, ao revés, prefere fortalecer o estado democrático de direito, promovendo o entendimento, a tolerância e a maximização das garantias do cidadão.

"A existência humana é coexistência, podendo esta ser marcada pelo existir com o outro ou contra o outro. A coexistência, enquanto o existir como o outro, só se efetiva na medida em que se conquista a humanidade sobre a desumanidade, a justiça sobre a barbárie."

Desta maneira, salvo melhor juízo, a pacificação social somente será conseguida se o 'direito que é' estiver calcado em valores sólidos, eticamente comprometidos com toda a Sociedade<sup>68</sup>, posto que as energias não devem estar concentradas em apontar um inimigo, mas sim, em implementar políticas públicas aptas a reduzir as desigualdades sociais, com vistas a tratar todos os homens, como o que eles são de fato, seres humanos e nada menos.

Neste ponto, se faz produtivo citar a doutrina do garantismo jurídico, idealizada Ferrajolli, como a bússola ética, capaz de guiar a sociedade brasileira, pelas nem sempre benfazejas sendas da política criminal.

Assim, propostas de alterações legislativas com o simplório e oportunista discurso de endurecimento das leis penais para dar conta da crescente criminalidade<sup>69</sup>, devem ser prudentemente analisadas e discutidas, pois não se crê que tais propostas sejam úteis (convenientes) ou mesmo sejam justas<sup>70</sup>.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> "A certeza perseguida pelo Direito Penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo Direito Penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.* 2. ed., São Paulo: RT, 2006. p. 103). <sup>67</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. SILVA, Moacyr Motta da. *Política Jurídica e Pós Modernidade.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 27. <sup>68</sup> "Para que o direito, assuma o seu mais importante papel, que é o de harmonizar conflitos e,

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> "Para que o direito, assuma o seu mais importante papel, que é o de harmonizar conflitos e, com isso, estetizar as relações humanas, será preciso estar ele fundamentado em princípios e valores para esse objetivo." (DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de Melo; SILVA, Moacyr Motta da. *Política Jurídica e Pós Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 91).

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Manuel Cancio Meliá lembra que "Cuando se usa en sentido crítico del concepto de Derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la «impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido», es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta." (JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá), p. 68).

<sup>70 &</sup>quot;[...] a política jurídica se guia por dois princípios diretivos: conveniência (ou utilidade) e justiça" (OLIVEIRA, Gilberto Callado. Filosofia da Política Jurídica. Itajaí: Editora da Univali, 2001, p. 35).

# **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com base no que foi aqui exposto, tem-se que a tolerância como proposta de valor para o 'direito que deve ser', parece ser a resposta adequada para contrapor a doutrina do inimigo, afinal, como bem lembra Zaffaroni: "O verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo."

Neste compasso, tem-se que a palavra de ordem nesse terceiro milênio para a política criminal não só no Brasil, mas em todo o planeta, parece ser 'aceitação'. A aceitação do outro com suas diferenças (étnicas, religiosas, físicas, sexuais, etc.), a fim de que se possa eticamente justificar uma coexistência harmônica entre os seres, e não a justificação de uma política que privilegie determinados cidadãos em detrimento de outros.

Assim, uma política criminal calcada na ética<sup>72</sup> da inclusão social e no respeito aos direitos e garantias constitucionais, mais do que nunca, parece ser o remédio adequado para tentar dar conta dos clamores dos diversos nichos da Sociedade, a fim de que sem excluir nenhuma tribo do 'pacto social', possa amalgamar os interesses dos vários grupos sociais, em prol de uma coexistência pacífica e produtiva, afastando dessarte, políticas criminais perniciosas, descomprometidas com a democracia e com os direitos fundamentais<sup>73</sup>.

Desta maneira, acredita-se que o direito penal do inimigo pode servir para legitimar, quando muito, um Estado totalitário e policialesco, o qual estribado no extremo rigor das punições e na quase completa ausência de limites concretos e objetivos ao seu poder punitivo<sup>74</sup> usa o direito penal como instrumento de repressão das massas e de perpetuação do poder posto.

7

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão - Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2. ed., p. 175.
<sup>72</sup> "A ruptura da Ética com a Politica tem possibilitado a justificação do totalitarismo, da tirania e de

<sup>&</sup>quot;A ruptura da Ética com a Politica tem possibilitado a justificação do totalitarismo, da tirania e de outras manifestações patológicas da práxis política." (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor / CPGD-UFSC, 1994, p. 59).

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> "Nenhuma dúvida temos do enorme acerto e valor dessas lições, e de que essé perigo denunciado por MORAIS DA ROSA é concreto e encontra em movimentos repressivos, como lei e ordem, tolerância zero e direito penal do inimigo, um terreno fértil para suas nefastas construções. Mais danoso ainda são as viragens ligüísticas, os giros discursivos, pregados por lobos, que, em pele de cordeiro (e alguns ainda dizem falar em nome da Constituição ...), seduzem e mantêm em crença uma multidão de ingênuos, cuja frágil base teórica faz com que sejam presas fáceis, iludidos pelo discurso pseudo-erudito desses ilusionistas. Cuidado leitor, mais perigoso do que os inimigos assumidos (e, por essa assunção, até mereceriam algum respeito) são os que, falando em nome da Constituição, operam num mundo de ilusão, de aparência, para seduzir os incautos." (LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional), 4. ed., Revista, Atualizada e Ampliada Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 08-09)

grandicionale de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, consiguientemente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parâmetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación." (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.* 2. ed., São Paulo: RT, 2006. p. 105).

Portanto, a guisa de fecho e sem a pretensão de esgotar o assunto quer em sua extensão, quer em sua profundidade, finaliza-se respondendo que na opinião do autor deste artigo, o direito penal do inimigo, tal qual como proposto por Jakobs, não é uma política criminal que deveria ser encampada pelo Estado brasileiro, na medida em que o direito enquanto 'síntese da razão humana'<sup>75</sup> não pode contrariar os valores Sociedade brasileira, sobre os quais todo o ordenamento jurídico pátrio está erigido, não correspondendo assim, a sistemática de política criminal adequada para combater a criminalidade no Brasil.

#### REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Os Grandes Movimentos da Política Criminal de Nosso Tempo – aspectos*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

AGUIAR, Maria Léa Monteiro de. *Somos todos Criminosos em Potencial*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense - EdUFF, 2007. 127 p., ISBN 978-85-288-0441-2, p. 80 Documento disponível somente em versão eletrônica, em: <a href="http://pt.scribd.com/doc/51945792/29/O-modelo-Tolerancia-Zero">http://pt.scribd.com/doc/51945792/29/O-modelo-Tolerancia-Zero</a>, acesso em 22 ago. 2011).

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos. Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M. Â. D. Sistema Penal e Política Criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

CNN U. S. Text of Bush's address (Discurso do presidente George Walker Bush). Disponível em: <a href="http://articles.cnn.com/2001-09-11/us/bush.speech.text\_1\_attacks-deadly-terrorist-acts-despicable-acts?\_s=PM:US> Acesso em 17 set. 2011.">Acesso em 17 set. 2011.</a>

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.* 3. ed., 3. tir., Curitiba: Juruá, 2005.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Obama Restabelece Julgamentos Militares de Presos em Guantánamo*. Disponível em <a href="http://justicaaoavesso.blogspot.com/2011\_03\_06\_archive.html">http://justicaaoavesso.blogspot.com/2011\_03\_06\_archive.html</a> Acesso em 17 set. 2011).

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenadores). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*, Visão Luso-Brasileira. Quartier Larin do Brasil: São Paulo, 2006.

DALBERG-ACTON, John Emerich Edward. *The History of Freedom*. New York: The Macmillan Company, 1907.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> O professor Moacyr Motta da Silva destaca: "Assim, o Direito se constitui síntese de valores morais, éticos, políticos, econômicos, religiosos e culturais da Sociedade. Em síntese, o direito representa expressão da razão humana." (DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de Melo; SILVA, Moacyr Motta da. *Política Jurídica e Pós Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 219).

DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de Melo; SILVA, Moacyr Motta da. *Política Jurídica e Pós Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.* 2. ed., São Paulo: RT. 2006.

GAIO, Daniel. A Caracterização do Estado de Exceção Permanente e a Ameaça aos Direitos Fundamentais. Disponível em: <a href="http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/daniel\_gaio.pdf">http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/daniel\_gaio.pdf</a>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). *Revista Jurídica Unicoc*, Ano II, nº 2, 2005. ISSN 1807-023X. Disponível em: <a href="http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D%7D\_8.pdf">http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B5CAC2295-54A6-4F6D-9BCA-0A818EF72C6D%7D\_8.pdf</a>

HISTORY.COM. 9/11 Attacks. Disponível em: <a href="http://www.history.com/topics/9-11-attacks">http://www.history.com/topics/9-11-attacks</a> Acesso em 16 set. 2011.

HOBBES, Thomas. Do Cidadão [tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro] 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JAKOBS, Günther and MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2003. ISBN: 84-470-2063-0 (traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá).

\_\_\_\_\_, Günther, "Estudios de Derecho Penal". UAM Ediciones, Edit, Civitas, Madrid, 1997.

KASHAN, Sunya (2010) "The USA Patriot Act: Impact on Freedoms and Civil Liberties," ESSAI: Vol. 7, Article 28. Disponível em: http://dc.cod.edu/essai/vol7/iss1/28.

KOCH, Marcello Reus. *Políticas de Segurança de Redes de Computadores*. 2009. 132f. Monografia (Especialização em Criptografia e Segurança em Redes) – Universidade Federal Fluminense e Exército Brasileiro. Porto Velho).

WILSON, James Q. e KELLING, George L. The Police and Neiborghood Safety. Revista Atlantic Monthly. Disponível em: <a href="http://jus.uol.com.br/revista/texto/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade">http://jus.uol.com.br/revista/texto/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade</a>, acesso em 20 ago. 2011.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal* (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional), 4. ed., Revista, Atualizada e Ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MUNOZ CONDE, Francisco. *De Nuevo sobre el Derecho Penal dei Enemigo*. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008. (ISBN: 978-950-741-349-0)

MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor / CPGD-UFSC, 1994.

\_\_\_\_\_, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB-SC Editora. 2000.

OLIVEIRA, Edmundo. *As Vertentes da Criminologia Crítica*. Disponível em: <a href="http://analistacriminal.blogspot.com/2008/10/as-vertentes-da-criminologia-crtica-por.html">http://analistacriminal.blogspot.com/2008/10/as-vertentes-da-criminologia-crtica-por.html</a> Acesso em 17 set. 2011.

OLIVEIRA, Gilberto Callado. *Filosofia da Política Jurídica*. Itajaí: Editora da Univali, 2001. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 11. ed., Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 47, 2004.

QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. O "Direito Penal do Amigo do Poder" Disponível em: <a href="http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com">http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com</a>).

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política*. (traduzido por Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima). São Paulo: Hemus, 1981.

SHECAIRA, S. S. Tolerância Zero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim/RT, nº 77, p. 261-280, 2009.

UNITED STATES, Senate of the. USA PATRIOT Act. HR 3162 RDS. 107th CONGRESS. 1st Session. H. R. 3162. October 24, 2001. Disponível em: <a href="http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html">http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html</a> Aceso em 23 ago. 2011.

VERVAEL, John A. E. A Legislação Anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo? *Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal – REDHP*, nº 1 – novembro de 2007, Porto Alegre/RS, Disponível em: <a href="http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1\_2.pdf">http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1\_2.pdf</a>, p. 04. (Professor Catedrático de Direito Penal da Universitait de Utrecht – Holanda).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal.* Rio de Janeiro: Revan, 1º v, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal.* 2. ed., Tradução de Sérgio Lamarão - Rio de Janeiro: Revan. 2007.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.