

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
ANA LUIZA RABELO BATISTA PIERONI

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A UTILIZAÇÃO DO SER HUMANO COMO MEIO
NA LUTA CONTRA OS INIMIGOS DO ESTADO**

FORMIGA – MG
2017

ANA LUIZA RABELO BATISTA PIERONI

DIREITO PENAL DO INIMIGO: A UTILIZAÇÃO DO SER HUMANO COMO MEIO NA
LUTA CONTRA OS INIMIGOS DO ESTADO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito do
UNIFOR-MG, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientador: Dr. Altair Resende de
Alvarenga

FORMIGA – MG

2017

P619

Pieroni, Ana Luiza Rabelo Batista.

Direito Penal do Inimigo: a utilização do ser humano como meio na luta contra os inimigos do Estado / Ana Luiza Rabelo Batista Pieroni. – 2017.

39 f.

Orientador: Altair Resende de Alvarenga.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito)-Centro Universitário de Formiga-UNIFOR, Formiga, 2017.

1. Direito Penal. 2. Garantias Constitucionais. 3. Terrorismo. I. Título.

CDD 345

Ana Luiza Rabelo Batista Pieroni

DIREITO PENAL DO INIMIGO: A UTILIZAÇÃO DO SER HUMANO COMO MEIO NA
LUTA CONTRA OS INIMIGOS DO ESTADO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito do
UNIFOR-MG, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Dr. Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Prof^a. Ms . Adriana Costa Prado de Oliveira Dias
UNIFOR-MG

Prof^o. Eniopaulo Batista Pieroni
UNIFOR-MG

Formiga, ____ de _____ de 2017.

*Se o mal tem que ser feito a um homem,
que seja de maneira tão severa que sua
vingança não precise ser temida.*

Nicolau Maquiavel

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por estar comigo durante esta caminhada de estudos e dedicação, me ajudando a superar cada obstáculo.

Aos meus pais pela confiança, incentivo e apoio incondicional, a quem devo tudo e agradeço por mais esta vitória.

Ao meu professor e orientador Dr. Altair Resende de Alvarenga, por todo apoio e incentivo, auxiliando-me na orientação de todo trabalho.

Por derradeiro, quero agradecer àqueles que direta ou indiretamente me ajudaram de alguma forma a tornar o sonho da graduação em realidade.

RESUMO

O presente trabalho aponta e discute sobre a visão de Günther Jakobs e sua teoria acerca do Direito Penal do Inimigo, seu conceito, características, com enfoque na sua forma de aplicação. Desta forma serão abordados os precedentes históricos do Direito Penal do Inimigo, sua diferenciação com o Direito Penal do Cidadão, como pode ser feita a identificação dos chamados inimigos do Estado. Bem como são analisadas as velocidades do direito penal descrita pelo Doutrinador Jesus Maria Sanchez, a expansão do tema e suas variações no sistema jurídico brasileiro e internacional, o aspecto de interferência no Direito Processual Penal; e finalmente a perspectiva crítica relacionada ao tema exposto durante a pesquisa, uma vez que encontra respaldo relevante sobre o passado, presente e futuro da teoria estudada, especialmente no que se refere à ordem jurídica do país, ao Estado Democrático de Direito e à sua aplicação constitucional em um sistema de garantia criminal. O principal objetivo é trazer ao campo acadêmico uma discussão importante sobre o tema abordado, com o propósito de dar ao leitor acesso a informações de grande importância para seu desenvolvimento intelectual, sem ter a pretensão de esgotar conteúdo tão pleno e fértil.

Palavras-chave: Direito Penal. Garantias Constitucionais. Terrorismo

ABSTRACT

The present work points out and discusses the vision of Günther Jakobs and his theory about the Criminal Law of the Enemy, his concept, characteristics, with focus on its form of application. In this way, the historical precedents of the Criminal Law of the Enemy, its differentiation with the Criminal Law of the Citizen, will be addressed, as can the identification of so-called enemies of the State. As well as analyzing the velocities of criminal law described by the doctrinaire Jesus Maria Sanchez, the expansion of the theme and its variations in the Brazilian and international legal system, the aspect of interference in Criminal Procedural Law; and finally the critical perspective related to the topic exposed during the research, since it finds relevant support on the past, present and future of the theory studied, especially regarding the legal order of the country, the Democratic State of Law and its application in a criminal guarantee system. The main objective is to bring to the academic field an important discussion about the topic addressed, with the purpose of giving the reader access to information of great importance for his intellectual development, without the pretension of exhausting content so full and fertile.

Keywords: Criminal Law. Constitutional Guarantees. Terrorism

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO | 11 |
| 2.1 Günther Jakobs: O começo visionário do Direito Penal do Inimigo em 1985..... | 11 |
| 2.2 Jakobs baseado em Hobbes..... | 11 |
| 2.3 A tese de Jakobs em três pilares | 12 |
| 2.4 O Direito Penal do Inimigo nos Estados Unidos - Lei Patriótica | 13 |
| 2.5 O Direito Penal do Inimigo na Espanha - Baltasar Garzón | 14 |
| 2.6 O Direito Penal do Inimigo na Itália - Operação Mãos Limpas | 15 |
| 2.7 O Direito Penal do Inimigo no Brasil - Fins e meios..... | 16 |
| 3 O QUE É DIREITO PENAL DO INIMIGO? | 19 |
| 3.1 Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade do ordenamento jurídico penal | 19 |
| 3.2 Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão..... | 19 |
| 3.3 Preceitos teóricos do Direito Penal do Inimigo | 21 |
| 4 A TEORIA NO PROCESSO PENAL | 24 |
| 5 INCOMPATIBILIDADE DA PENA X SEGURANÇA..... | 26 |
| 6 O ESTADO DE EXCEÇÃO E SUA CONEXÃO COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO | 28 |
| 6.1 Estrutura do Estado de Exceção | 28 |
| 6.2 O Direito Penal do Inimigo como exceção permanente | 28 |
| 7 O INIMIGO É O ADVERSÁRIO DA ORDEM | 30 |
| 8 DIREITO PENAL DO INIMIGO ENQUANTO SONHO DA PUREZA..... | 31 |
| 9 O PODER DE PUNIR..... | 32 |
| 9.1 Critérios de seleção..... | 32 |
| 9.2 O programa “Tolerância Zero” e sua relação no Brasil | 33 |
| 10 ENTÃO, QUEM É O INIMIGO?..... | 34 |
| 12 CONCLUSÃO | 35 |
| REFERÊNCIAS..... | 37 |

1 INTRODUÇÃO

O alemão Günther Jakobs retrata a teoria de Direito Penal do Inimigo, que em seu núcleo, possui muitas indagações aplicáveis hoje. O autor busca uma prática de Direito Penal específico, que estabeleceria uma divisão entre os indivíduos que praticam crimes comuns e os criminosos considerados graves, sendo, para ele, o primeiro recuperável e o segundo, como impuro e não passível de recuperação.

Este conceito apresentado debate sobre idéias relacionadas à cultura, raça, identidade, visão política e, de forma principal, as relações de poder e justiça. Portanto, será necessário fazer uma trajetória histórica que aborde o início das discussões sobre o Direito Penal do Inimigo, a justiça da sociedade e as relações sociais.

Este trabalho pretende expor um estudo crítico a respeito do Direito Penal do Inimigo, um assunto controverso que provoca acalorados debates em círculos legais. Especificamente, pretendeu-se analisar os aspectos que colaboram para a verificação da ocorrência de interpretações equivocadas nesta abordagem e analisar a visão político-criminal presente na manifestação de Jakobs.

O questionamento metodológico da pesquisa efetiva o necessário para enfrentar as abordagens teóricas que nos dão suporte em assuntos pertinentes, como as relações de política, poder e justiça dentre muitos outros que marcam a discussão do Direito Penal do Inimigo.

O trabalho é apresentado expondo a forma com que a teoria evolui ao decorrer do tempo. Seu autor alemão, Günther Jakobs atuou em Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia, sempre buscando modelar sua perspectiva nestes ramos.

Baseado nos pensamentos de filósofos renomados como Hobbes, Jakobs argumenta que os cidadãos que praticam crimes comuns devem aproveitar de resguardo legal e julgamento. Já para os inimigos¹, deve ser aplicado instrumentos que buscam seu extermínio e coerção para reduzir as conseqüências de suas ações.

São analisados também os pilares de sustentação da teoria do Direito Penal do Inimigo, que são: a antecipação da punição, desproporcionalidade das penas,

¹ Termo específico utilizado por Günther Jakobs, uma vez que ele não considera esses indivíduos cidadãos.

criação e aplicação de leis severas aos “inimigos”, estes, baseados em políticas de conflito ao crime interno ou internacional.

A teoria é ajustada à modelagem nacional e internacional, tendo como exemplos a Lei Patriótica utilizada no país dos Estados Unidos, também através de Baltasar Garzón na Espanha, a Operação Mãos Limpas (“Mani Pulite”) usada na Itália, e suas modulações no Brasil como na “Lei do Abate” e o crime organizado.

A pesquisa dissociou a teoria do Direito Penal do Inimigo em meio às velocidades do ordenamento jurídico penal. Esse enquadramento é associado pelo autor Jesus-Maria Silva Sánchez, onde apresenta essencialmente uma classificação que passou a ser motivo de discussão por parte da doutrina.

Há também no trabalho a importante divisão entre Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão, sendo sistemas diferentes, propostos para entender duas categorias de seres humanos considerados divergentes.

A teoria também tem suas peculiaridades diante do processo penal, surgindo como resultado o Direito Processual Penal do Inimigo. A perspectiva integradora utilizada pelo autor como maneira de ampliar seu Direito Penal do Inimigo confere ao processo um status diferencial.

A incompatibilidade da pena frente à teoria é abordada observando seus significados, sua eficácia e resultado. O posicionamento de Jakobs acerca da coação gerada através da pena e da segurança é relevante e causadora de discussões frente à atualidade.

Na pesquisa também é analisado o Estado de Exceção, que nada mais é que um estado de emergência frente às calamidades, grave ameaça a ordem constitucional, que é onde o Direito Penal do Inimigo pode se instalar e exercer o seu diferencial.

Diante da ordem social existe um adversário, que é o inimigo. O inimigo transporta uma impureza que se expande, sob pena de destruição. Sua orientação põe toda uma sociedade em risco, excluindo desta forma a característica de “pessoa” do indivíduo.

É também analisada a individualidade do inimigo, sua característica cognitiva instável representada na sociedade atual e sua periculosidade frente aos fatos futuros.

Como todos os assuntos controversos, esta teoria prevê questões relativas ao Direito, políticas públicas, sociedade, influência da mídia, e também à justiça. Este

artigo busca contribuir para novas visões sobre o tema Direito Penal do Inimigo, e especialmente que apresente uma interpretação crítica, mas consistente, das bordas que a aplicabilidade da justiça ainda oferece aos indivíduos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 Günther Jakobs: O começo visionário do Direito Penal do Inimigo em 1985

De nacionalidade alemã, sábio em Direito Penal e Filosofia do Direito, Günther Jakobs, autor de vários livros neste meio, é mais conhecido por seu controverso conceito de Direito Penal do Inimigo.

Estudou Direito nas Universidades de Colônia, Kiel e Bonn, tendo graduado nesta última em 1967 e obtendo o título de advogado em 1971. Ulteriormente, obteve uma carreira de sucesso na Universidade de Bonn, onde na atualidade é professor aposentado.

Atuou nas áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito, tendo sempre como modelo exemplar do professor Hans Wezel, primeiro diretor do Instituto de Filosofia do Direito nesta Universidade e autor de vários livros da área penal.

Em 1985, Günther Jakobs apresenta o trabalho “Criminalização no estágio prévio à lesão a bem jurídico” na conceituada Revista de Ciência Conjunta do Direito Penal (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*), onde expressa pela primeira vez a idealização do Direito Penal do Inimigo, de forma crítica, buscando modular linhas desta tendência penal.

Sua concepção é que o Direito Penal teria duas modulações de tratamento: ver o autor como um cidadão, aprimorando seu ambiente de liberdade, ou como um inimigo, vendo-o como causa de perigo. Seria necessário revisar a esfera do bem jurídico e sua devida forma de aplicação da antecipação da punibilidade.

Durante as Jornadas de Berlim dedicadas à “ciência jurídico-penal alemã frente à mudança de milênio” no ano de 2000, é divulgado o primeiro comentário de Jakobs, no qual a sua perspectiva começa a indicar um esboço do reconhecimento do Direito Penal do Inimigo como sendo um “mal menor”.

No ano de 2003, Jakobs publica um trabalho mais preciso sobre o tema, “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo”. Posteriormente, Jakobs tem publicado novos artigos, sempre visando especificar e aprofundar cada vez mais sobre o tema na atualidade.

2.2 Jakobs baseado em Hobbes

Jakobs para a formação de sua teoria baseou seus estudos nos pensamentos políticos de Thomas Hobbes, ao qual dizia:

Por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante da república, o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. [...] Contra os inimigos a quem a república julgue capazes de lhe causar dano é legítimo fazer guerra, em virtude do direito de natureza original. (HOBBS, 2003, p. 268-269)

O fundamento da obediência discorrida por Hobbes baseia-se no pensamento de que os súditos, ao obedecerem às ordens do Soberano, estarão obedecendo a si mesmos.

Hobbes afirma que aqueles que praticam crimes de alta traição não são castigados como súditos, mas como inimigos, de uma forma extrema, significa uma recaída no estado de natureza.

Para Thomas Hobbes, o "estado de natureza" é qualquer situação onde não há governo para estabelecer a ordem. O fato de que todos os seres humanos seriam iguais no seu modo individual de pensar, fazendo com que a ação de um só é limitada pela resistência do outro. Um homem não sabe o que o outro pensa, como serão suas atitudes e quais possíveis reações decorrentes de seu estado de insegurança.

Pelo fato de não haver nenhum Estado para controlar atitudes humanas, o ataque é a maneira mais sensata, pois o homem é racional no seu estado de natureza. Basta dizer que o pensamento de Hobbes do estado de natureza é que "o homem é o lobo do homem".

Para ocorrência da plena ordem social, segurança e controle, é necessária a criação de um Estado, uma instituição de meio comum. O "estado de natureza" é sempre um estado de guerra, pois mesmo se não há nenhuma batalha, esta é latente e pode ocorrer a qualquer momento e sem causa aparente.

2.3 A tese de Jakobs em três pilares

A teoria do Direito Penal do Inimigo proposta por Jakobs, baseada em políticas públicas de confronto ao crime interno ou internacional, é sustentada em três pilares básicos: antecipação da punição, desproporcionalidade das penas, criação e aplicação de leis severas aos "inimigos".

A antecipação da punição é o fato de se punir o indivíduo antes mesmo da ocorrência do fato. É a observância da prevenção do crime, uma idéia simbólica da sensação de segurança social. Reduz a termo as oportunidades de defesa do cidadão que é considerado possível inimigo em prol de manter a sociedade em ordem metafórica.

A desproporcionalidade das penas é o excesso usado como meio para obtenção de informações ou punições aos indivíduos considerados inimigos. É a utilização de tortura ou outros meios indignos de punição, afetando de forma opressiva os direitos e as garantias individuais.

O terceiro pilar da teoria de Jakobs discorre sobre criação de leis mais severas destinadas exclusivamente aos considerados inimigos, tais como os terroristas, traficantes, criminosos econômicos. É a forma liberal de possibilitar a execução nos módulos estatais, de tornar legal as conseqüências da desproporcionalidade do modo de aplicação da punibilidade criminosa.

2.4 O Direito Penal do Inimigo nos Estados Unidos - Lei Patriótica

A chamada Lei Patriótica (USA Patriot Act) é um decreto assinado pelo presidente George W. Bush em 26 de Outubro de 2001 onde reduziu radicalmente os direitos civis e liberdades individuais sob o pretexto do combate ao terrorismo.

Concede, dentre outras atitudes, que as agências de segurança e inteligência norte-americanas interceptem telefonemas e e-mails de organizações e indivíduos supostamente envolvidos no terrorismo, sem qualquer autorização judicial, seja estrangeiro ou americano.

Após George W. Bush prorrogar o decreto por vários anos em seu governo, em 27 de Julho de 2011, o então presidente do Estados Unidos, Barack Obama apoiou a extensão da chamada Lei Patriótica por mais quatro anos, até a data de 27 de julho de 2015.

O decreto nomeado "USA Patriot Act" é um acrônimo de "Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act 2001", que significa em português "Ato de unir e fortalecer a América providenciando ferramentas apropriadas e necessárias para interceptar e obstruir o terrorismo".

Em Junho de 2015, várias disposições desta lei expirariam. O Congresso então aprovou a Lei de Liberdade (USA Freedom Act), para substituir a anterior Lei Patriótica. Apesar de manter algumas das disposições da antiga lei, a Lei de Liberdade traz muitas mudanças, como a manipulação de dados e quem pode armazenar informações obtidas pela Agência de Segurança Nacional (NSA).

Entre outras disposições, a legislação permite monitorar suspeitos de envolvimento terrorista, instituições de pesquisa e documentos privados de pessoas, além de prender suspeitos sem culpa determinada e interrogatórios intensivos.

A lei tem sido criticada desde 2001 por advogados, grupos de direitos humanos e acadêmicos dentro e fora dos EUA, por limitar uma série de direitos constitucionais, ampliando o poder do Estado, sem a intervenção do Poder Judiciário em razão da luta contra o terrorismo.

2.5 O Direito Penal do Inimigo na Espanha - Baltasar Garzón

Baltasar Garzón Real (Torres, 26 de outubro, 1955) era um Magistrado Juiz do Centro de Instrução Criminal do Tribunal da instância máxima na Espanha, a Audiencia Nacional. Nascido no município de Torres, na Espanha em 26 de Outubro de 1955, é conhecido como "super-juiz" ou "juiz-estrela".

Na Espanha, ainda na década de 80, ele atuou em vários casos contra o tráfico de drogas, incluindo líderes das máfias italiana, turca e galega. Investigou sobre lavagens de dinheiro no litoral espanhol e falsificação de moeda. Após ser jurado de morte por muitos traficantes e mafiosos, passou a ser conduzido em carros blindados e viver com uma escolta policial.

Em 1993, ele participou da política espanhola, entrando na lista de candidatos para a Câmara dos Deputados pelo PSOE. Comandou o Plano Nacional Antidrogas, mas renunciou depois de um ano de trabalho, com queixa de corrupção governamental excessivo.

Ao voltar para o Judiciário, deu seguimento às investigações dos casos GAL (Grupos Antiterroristas de Libertação), grupo de extermínio criado durante o primeiro governo do PSOE, ainda na década de 1980, a fim de assassinar membros e simpatizantes da ETA. Vários oficiais foram condenados em virtude do caso, incluindo o ex-ministro do Interior, José Barrionuevo. Mais tarde, todos foram perdoados no governo de José María Aznar.

Ele também trabalhou contra os terroristas bascos do ETA. Em 2002, conseguiu parar a operação por três anos do partido Batasuna, ao confirmar suas relações com o grupo terrorista. Esta ação também resultou no fechamento dos jornais Egin e Egunkaria, bem como a rádio Egin Irratia.

O juiz espanhol Baltazar Garzón também era conhecido por providenciar meios ilegais para obter a sua finalidade: que era prender aqueles que ele acredita ser culpado. Assim, até ele próprio ser condenado por abuso de poder e excluído do sistema judiciário por 11 anos, depois de ordenar escutas telefônicas de políticos acusados de corrupção e seus advogados.

2.6 O Direito Penal do Inimigo na Itália - Operação Mãos Limpas

Na Itália, também temos uma modulação do combate ao crime organizado sem restrições, desarticulando a máfia pela operação “Mãos Limpas”, ou “Mani Pulite”. Seus custos e bastidores foram em grande parte omitidos, além da disputa entre grupos políticos na época, que transcorreram para o caso.

Sérgio Fernando Moro, em seu artigo “Considerações sobre a operação Mani Pulite”, explicita bem a situação italiana da época:

A denominada operação “mani pulite” (mãos limpas) constitui um momento extraordinário na história contemporânea do Judiciário.

Iniciou-se em meados de fevereiro de 1992 com a prisão de Mario Chiesa, que ocupava o cargo de diretor de instituição filantrópica de Milão (pio Alberto Trivulzio).

Dois anos após, 2.993 mandados de prisão haviam sido expedidos; 6059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1978 administradores locais e 438 parlamentares, dos quais quatro haviam sido primeiros ministros.

A ação judiciária revelou que a vida política e administrativa de Milão, e da própria Itália, estava mergulhada na corrupção, com o pagamento de propina para concessão de todo contrato público, o que levou a utilização da expressão “Tangentopoli” ou “Bribesville” (o equivalente à “cidade da propina”) para designar a situação.

A operação “mani pulite” ainda redesenhou o quadro político na Itália. Partidos que haviam dominado a vida política italiana no pós guerra, como o Socialista (PSI) e o da Democracia Cristã (DC), foram levados ao colapso, obtendo, na eleição de 1994, somente 2,2% e 11,1% dos votos, respectivamente.” (MORO, 2004, p. 57)

Houve desmedida influência no país, pois a população participou do que foi exposto pela mídia, como o fato da delação premiada, prisões. Afinal, processos

criminais eficazes contra figuras poderosas não conseguem ser conduzidos normalmente, sem reações.

Dez dos suspeitos envolvidos na investigação cometeram suicídio. Silvio Berlusconi foi o primeiro ministro da Itália até o final de 2011 e estava entre os investigados.

Porta e Vannucci *apud* Sérgio Fernando Moro, dão causas à queda de um sistema corrupto:

Segundo Porta e Vannucci, três foram as causas que precipitaram a queda do sistema de corrupção italiano e possibilitaram a operação “mãos limpas”:

- a) uma conjuntura econômica difícil, aliada aos custos crescentes da corrupção;
- b) a integração europeia, que abriu os mercados italianos a empresas de outros países europeus, elevando os receios de que os italianos não poderiam, com os custos da corrupção, competir em igualdade de condições com seus novos concorrentes;
- e c) a queda do “socialismo real”, que levou a deslegitimação de um sistema político corrupto, fundado na oposição entre regimes democráticos e comunistas. (PORTA; VANNUCCI *apud* MORO, 2004, p. 57)²

Um acontecimento da magnitude da investigação “Mani Pulite” mesmo após anos de sua ocorrência é exemplo de atitudes comparativas ao Direito Penal do Inimigo, que visaram o bem da sociedade em contrário ao crime organizado italiano, investigando, sem freios, todos os suspeitos.

2.7 O Direito Penal do Inimigo no Brasil - Fins e meios

Dirigindo a discussão para o nosso cenário, é preciso uma breve retrospectiva histórica sobre as intervenções jurídicas que deram espaço para aplicar o Direito Penal do Inimigo.

Com a criação do Regime Disciplinar Diferenciado - adaptação da Lei nº 10.792 de 2003 (alteração da Lei nº 7.210/84), os detidos acusados de envolvimento em quadrilhas ou bandos são submetidos a tratamento diferenciado com base na sua participação (sob o ponto de vista da periculosidade) e não pelo próprio crime.

Apresenta ALENCAR (2010, p.3):

A redação do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, depois das modificações, estabelece o isolamento do apenado que comete delito

² PORTA, Donatelladella; VANNUCCI, Alberto. **Corruptexchanges: actors, resources, and mechanisms of political corruption**. New York: Aldine de Gruyter, 1999. p. 266-269.

doloso ou falta grave, por até um ano, como possibilidade de repetição por um prazo igual a um sexto do prazo estabelecido inicialmente. Além disso, impõem-se restrições quanto à possibilidade de receber visitas.

Ao aplicar uma lei mais severa ao “inimigo”, fica à deriva as memoráveis lutas traçadas por vários indivíduos em busca de um Direito mais justo e igualitário, no que tangem os direitos e garantias fundamentais. Assim, a dignidade corresponde a um valor moral intrínseco no indivíduo, invulnerável, que todo estatuto deve assegurar, se limitando ao exercício dos direitos fundamentais, sem o menosprezo a estima de todas as pessoas como cidadãos e seres humanos.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à Lei 9.614/98, que versa sobre o abate de aeronaves suspeitas (conhecida como Lei do Abate), onde em sua disposição se refere à autorização de destruir qualquer aeronave considerada hostil, sobrevoando o espaço aéreo brasileiro. É importante salientar a inconstitucionalidade desta lei, principalmente porque ela confronta o direito à vida, à liberdade, à ampla defesa.

Estar a bordo de aeronaves em vôo, nos termos desta lei, põe em perigo as vidas de pessoas inocentes que estão voando sob o território brasileiro, embora não estejam carregando drogas, podem não conseguir ser identificadas para os pilotos Da Força Aérea Brasileira - FAB, e obedecer à ordem de pouso por falta de equipamento adequado. Isso permite, para a execução sumária em tempo integral de paz.

Percebe-se que a Lei de Abate é mal aplicada, uma vez que não existem subsídios eficientes para identificar, precisamente se um avião contém substâncias ilegais no interior.

A Lei 8.072/90, conhecida como lei de crimes hediondos, foi apresentada como uma tentativa do Estado de mostrar à sociedade que possui mecanismos para reprimir crimes considerados hediondos, privando o condenado de sua liberdade. No entanto, podemos ver, além das discussões apresentadas na época, que uma lei mais rígida não é sinônimo de aniquilação do crime.

No dia primeiro de janeiro de 2015, em sua posse como presidente da República, Dilma Rousseff afirmou claramente que partirá do próprio Poder Executivo federal projetos para endurecer as penas, em nome do combate à corrupção. Dirigindo-se a acusados que ainda seriam julgados, a então presidente repete que “precisamos de penas mais duras e julgamentos mais rápidos”.

A principal intervenção que o Estado deve cumprir é a aplicação de políticas públicas que apresentem aos setores mais vulneráveis à criminalidade, alternativas que permitam sua proteção.

Sérgio Fernando Moro, autor do artigo "Considerações sobre a Operação Mani Pulite", é acusado por advogados de ter detido os empresários da operação de "lava jato" apenas para pressioná-los a fazer alegações, afirmando que a prisão pré-julgamento é para enfatizar a gravidade do crime e destacar a eficácia da ação, especialmente nos sistemas judiciais prolongados. Contudo que recordados os seus pressupostos, não há obstáculo moral para submeter o investigado a ela.

Um infrator que confessa um delito e revela a participação de outros, embora impulsionado pelo interesse próprio, colabora com a justiça e a aplicação das leis. Se as leis são justas e democráticas, não há maneira de condenar moralmente a delação, neste caso, o silêncio é repreensível.

As polêmicas posições do juiz, que fazem as manchetes como quem decide o futuro do país em relação ao direito de defesa, não vêm apenas em suas decisões no notório "lava jato" ou em suas concepções sobre a operação italiana. No ano de 2010, a Ordem dos Advogados do Brasil apresentou uma representação contra a decisão de Moro e do juiz Leoberto Simão Schmitt Jr., onde determina que todas as conversas entre advogados e prisioneiros na Penitenciária Federal Catanduvas fossem interceptadas, independentemente da existência de indícios de Prática de infração penal por parte dos defensores.

Em nome do interesse público, nenhum artifício deve ser deixado de fora. Tanto mais quando se trata de proteger a sociedade da corrupção, do tráfico de drogas, do terrorismo e do crime em geral. O óbice é saber se a redução do direito de defesa realmente aperfeiçoa o sistema legal.

3 O QUE É DIREITO PENAL DO INIMIGO?

3.1 Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade do ordenamento jurídico penal

Günther Jakobs argumenta que o Estado pode proceder de duas maneiras contra os criminosos: pode vê-los como delinqüentes ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Daí surge dois modelos diferentes de Direito: um, no qual todas as garantias criminais e processuais devem ser respeitadas e outro no qual se revela o 'Direito Penal do Inimigo'.

Com base na idéia de Jakobs em vista das variações que já haviam sido incluídas no modelo clássico de intuição iluminista, Jesus-Maria Silva Sánchez apresenta essencialmente uma classificação que passou a ser motivo de discussão por parte da doutrina: 'as velocidades do Direito Penal'.

A primeira velocidade representa a percepção de uma lei penal da prisão por excelência, como última razão, com a rígida gestão dos princípios político-criminais iluministas. Já a segunda, considera a concessão harmônica de algumas garantias processuais e penais, articulada com a admissão de penas não privativas de liberdade (pecuniárias ou restritivas de direitos). A terceira velocidade retrataria um Direito Penal da pena de prisão colaborando com uma vasta relativização de garantias político-criminais, que estabelecem o padrão do Direito Penal do Inimigo.

O terrorismo, crime organizado e outras criminalidades expressivas afins que há tempos acarretam a formação de novos procedimentos na dogmática penal e novos meios processuais peculiares de uma 'legislação de combate'. Tudo isso vem viabilizando a caracterização de um modelo novo de Direito Penal: o de terceira velocidade.

3.2 Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão

Günter Jakobs, célebre penalista, dedicou sua obra em dividir o direito penal em dois sistemas diferentes, propostos para entender duas categorias de seres humanos também considerados diferentes - cidadãos e inimigos. A alegação seria ser um estado de guerra, e é por isso que os preceitos devem ser alterados.

O Direito Penal do Cidadão em uma visão clássica garante, com respeito de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes. Já o denominado Direito

Penal do Inimigo, seria um Direito Penal relaxado com seus princípios fundamentais, pois não estaríamos frente a cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.

Segundo Jakobs:

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 42)

Na opinião de Jakobs, há indivíduos que em sua insistência na delinquência, retornam ao seu estado natural antes do estado de direito. Assim, de acordo com ele, uma pessoa que não concorda em entrar no estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de indivíduo.

Para o cidadão, a penalidade criminal preserva a noção representativa de reafirmação da legitimidade da norma, como punição contra eventos passados. Já para o inimigo, a penalidade funciona como segurança preventiva, como medida para reprimir o perigo de eventos futuros.

Manuel Cancio Meliá, analisando a proposta de Jakobs, esclarece:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas. (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 67.)

Supondo a classificação de criminosos em inimigos e cidadãos, Jakobs não hesita em imputar uma natureza descritiva à concepção de inimigo. Indicaria uma realidade do ser social, identificável por reconhecimentos de personalidade e instrumento de futuros prognósticos de criminalidade, sugerindo a separação entre cidadãos e inimigos no âmbito do crime.

Assim sendo, o cidadão é o causador de crimes comuns, que resguarda um comportamento de consideração jurídica essencial, um fundamento subjetivo verdadeiro apto a preservar as expectativas da norma social, preservando a qualidade da pessoa detentora dos direitos, porque não desafia o complexo social.

Já o autor dos crimes de alta traição é considerado inimigo, onde assume um comportamento de desobediência jurídica, com uma estrutura subjetiva capaz de frustrar expectativas normativas da coletividade, perdendo a possibilidade de portar e adquirir direitos.

A idéia de fragmentar a coletividade em grupos de cidadãos e inimigos permitiria justificar a condenação como um desacordo da lesão à norma ao cidadão e como garantia contra eventos futuros para o inimigo. Deste modo, esta visão é identificada por algumas atitudes típicas.

Como exemplo das atitudes do cidadão teria o fato de matar o avô para antecipação da herança, gerando violação transitória das regras, sendo possível a aplicação posterior da penalidade, reafirmando a legalidade da norma.

Já os fatos do inimigo estão focados em crimes econômicos, organizados ou sexuais, em particular as ações de terrorismo, estabelecendo prejuízos duradouros da eficácia normativa, com uma aplicação precoce da punição como segurança para prevenir eventos futuros.

Quem por regra se molda de modo afastado das normas, não oferece segurança de comportamento social. Portanto, não pode ser tratado como um cidadão, mas pode ser tratado e hostilizado como um inimigo.

3.3 Preceitos teóricos do Direito Penal do Inimigo

As atribuições punitivas sempre discriminaram os seres humanos, possuindo uma apuração peculiar. Individualizando um possível e provável inimigo, se constrói uma tendência estrutural da manifestação punitiva legitimada no poder.

Segundo Zaffaroni:

A pré-história da legitimação discursiva do tratamento penal diferenciado do inimigo pode ser situada na antiguidade e identificada em Protágoras e Platão. Este último desenvolveu pela primeira vez no pensamento ocidental a idéia de que o infrator é inferior devido à sua incapacidade de aceder ao mundo das idéias puras e, quando esta incapacidade é irreversível, ele deve ser eliminado. Protágoras sustentava uma teoria preventiva geral e especial da pena, mas também postulava um direito penal diferenciado, segundo o qual os incorrigíveis deviam ser excluídos da sociedade. (ZAFFARONI, 2007, p. 83).

Desse modo, o intuito de aniquilar o “suspeito” infrator do sistema social estabelecido pelo Estado, o intitulado inimigo, já se observa em tempos passados.

Toda legitimação da teoria do tratamento diferencial para inimigos ou suspeitos foi baseada em urgências, riscos à própria sobrevivência da humanidade, que manifestou a natureza das guerras e exigiu uma lei penal que neutralizasse o mal através de um poder ilimitado.

De modo histórico, observa-se que a primeira urgência de utilização do poder ilimitado foi através dos criminologistas medievais, chamados demonologistas, e foi sintetizada no famoso livro *Malleus Maleficarum*³. As mulheres foram as maiores vítimas deste considerado “manual de caça as bruxas” no século XV, onde segundo consta, a repulsa por elas era irrestrita, uma vez que exaltavam aliança com o demônio, e este praticava a maldade através delas.

Embora desde a antiguidade, e em muitas culturas além da Europa, a mulher fosse temida, isto só alcançou seu ápice quando ela teve reconhecido o seu papel como agente demoníaco, e nenhum outro tratado foi tão específico neste mistério quanto o *Malleus*. Foi um marco na demonização das mulheres e das práticas religiosas populares, sendo o manual da maioria dos inquisidores durante a "caça às bruxas".

Séculos após o livro *Malleus*, o positivismo penal retrocedeu ao sistema rígido abertamente. Discorre Zaffaroni:

O estranho ou inimigo, agora compreendidos como o criminoso ou o dissidente, voltaram a ser biologicamente inferiores, não em razão de gênero, como no caso das bruxas, mas sim pelo seu status patológico - por pertencer a uma raça não suficientemente evoluída - ou por ser um degenerado. Dado à sua inferioridade considerada imutável, os estranhos ou inimigos (reconhecíveis pelo estereótipo) tornavam-se perigosos, colocando em risco a situação dos iguais, restando ao Estado, a tarefa de eliminar os “perigos” a fim de manter a tranquilidade dos demais. (ZAFFARONI, 2007, p. 91).

Os iguais também estavam sujeitos à ação policial, porém a ação era diferenciada entre amigos e inimigos. Aos inimigos eram tomadas as providências de eliminação, já aos iguais visava-se somente a correção.

³*Malleus Maleficarum Maleficat & earumhaeresim, ut frameapotentissima conterens* ou mais comumente chamado apenas ***Malleus Maleficarum*** é o título original em latim (também chamado de “O Martelo das Bruxas” ou “O Martelo das Feiticeiras”) do livro publicado em 1486 ou 1487 pelos dominicanos Heinrich Kraemer e James Sprenger na Alemanha, em cumprimento à bula papal de Inocêncio VIII, que os autorizava criar um manual de combate aos praticantes de heresias - e que veio a se tornar o guia dos inquisidores pelo restante do Século XV e seguintes; embora outros manuais tenham sido escritos no período, este é dos mais perversos e cruéis. (WIKIPEDIA, https://pt.wikipedia.org/wiki/Malleus_Maleficarum - Acesso em 02 de Outubro de 2017)

Dessa forma, pode-se observar a autonomia extrema em que o Estado sempre providenciou para delimitar e dizer quem é o inimigo em determinada circunstância social. O poder de demarcar quem são os iguais e dizimar inimigos sempre esteve nas mãos do soberano.

4 A TEORIA NO PROCESSO PENAL

As afinidades entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal são tão essenciais que Jakobs nem sequer diferenciou o Direito Penal do Inimigo do Processo Penal do Inimigo. A perspectiva integradora utilizada pelo autor alemão como maneira de amplificar seu "Direito Penal Inimigo" leva a processos criminais sem garantias, visto que confere também ao processo um status diferencial.

O pensamento de analisar certos acusados como inimigos implica necessariamente efeitos no processo penal. Ainda que tenha independência como ciência jurídica, o processo penal tem uma característica instrumental através do qual o direito penal atua que passa do subjetivo ao concreto, do conceito ao fato.

Quando há comportamento como "inimigo" pelo enfoque processual, através de evidências fraudulentas, por ameaças ou corrupção de testemunhas, fugindo, devem ser empregadas medidas restritivas, como a prisão preventiva. No entanto, mesmo neste último caso, não se contempla o exemplo de atuação do Direito Processual do Inimigo.

De fato, o Direito Processual do Inimigo surge como resultado do Direito Penal do Inimigo que, na busca pela subtração de riscos, viola garantias processuais, independente da conduta do agente como parte processual. O acusado já é tratado como um "inimigo" por aparentemente ser parte de um grupo de risco específico, devido ao seu potencial perigo, presumido porque ainda não foi devidamente processado e condenado.

Segundo Jakobs:

De novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas. (...) O que pode suceder, a margem de um processo penal ordenado, é conhecido em todo o mundo desde os fatos do 11 de setembro de 2001: em um procedimento em que a falta de uma separação do Executivo, com toda certeza não pode denominar-se um processo judicial próprio, mas sim, perfeitamente, pode chamar-se um procedimento de guerra. Aquele Estado em cujo território se cometeram aqueles atos tenta, com a ajuda de outros Estados, em cujos territórios até o momento – e só até o momento – não tem ocorrido nada comparável, destruir as fontes dos terroristas e dominá-los, ou, melhor, matá-los diretamente, assumindo, com isso, também o homicídio de seres humanos inocentes, chamado dano colateral. (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 40.)

A essência do Processo Penal do Inimigo, que se tornou mais evidente a nível global com o sistema penal decorrente do ataque terrorista às Torres Gêmeas

do World Trade Center em Nova York em 11 de setembro de 2001, se torna ainda mais nociva do que o Direito Penal do Inimigo.

Segundo a observação crítica do Direito Penal do Inimigo idealizada por Jakobs, para aqueles que, propositadamente, por princípio e repetidamente, descumprem as regras comuns, vem ao Processo Penal do Inimigo, que não requer tratamento distinto, mas pode ser verificado ao propor o relaxamento ou a omissão das garantias processuais.

A notável contradição do Direito Processual Penal é ter dois objetivos principais que se adversam: eficácia na execução da justiça e proteção dos direitos basilares do cidadão.

Nesta divisão, ao invés da ação cognitiva fundamentada na justiça do Estado Democrático do Direito, o Processo Penal do Inimigo procura transmitir o sentido acusador do tribunal, transformando o processo penal aliado no combate contra o crime organizado.

5 INCOMPATIBILIDADE DA PENA X SEGURANÇA

Jakobs usa o risco do agente para identificar o inimigo, opondo-o ao cidadão que, mesmo após errar, proporciona uma segurança de que ele se portará como cidadão, agindo com lealdade ao sistema legal, de modo que sua individualidade tende a fazer assim.

O inimigo não apresenta essa prerrogativa, e deve ser contido por seu risco e não penalizado de acordo com sua culpa. No Direito Penal do Inimigo, se observa o escopo interno do agente e a premeditação, e a pena é direcionada à resguardo contra fatos futuros, definindo o Direito Penal do Inimigo como uma garantia da pessoa individualizada e não do fato.

A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 22)

A pena é aplicada como forma de sanção aos crimes cometidos, tendo intenção de gerar, por um lapso de tempo, uma visão de segurança social. Pela interpretação de Jakobs, um condenado preso não poderia cometer crimes fora da penitenciária em virtude da coação gerada através da pena.

A visão do autor seria que é improvável uma reação habitual frente a fatos de certa gravidade em decorrência da pena privativa de liberdade, onde a coação se dirige contra o indivíduo perigoso.

Este pensamento na atualidade brasileira é ficcional, onde a perspectiva acerca da segurança social é indiferente ao fato da prisão.

O argumento preventivo baseia-se na finalidade de intimidar, tanto quanto possível, o desempenho de novos fatos ilegais. A penalidade foi vista como um meio de proteção e defesa da sociedade.

Continua dizendo Günther Jakobs que “a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo”.

Desta forma, a penalidade seria imposta para aplicar o medo. No entanto, muitas vezes esse receio não é suficiente para coagir a prática do crime, já que o inimigo age com confiança e certeza de que não será descoberto.

6 O ESTADO DE EXCEÇÃO E SUA CONEXÃO COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

6.1 Estrutura do Estado de Exceção

O livro "Estado de Exceção", de Giorgio Agamben, gerou discussões expressivas e relevantes, particularmente nos círculos da filosofia e do direito. Ao sugerir que o estado de exceção tenha perdido sua característica de emergência e se tornou, de fato, a regularidade, Agamben dificulta uma seqüência de indagações que ainda não foram adequadamente tratadas no campo jurídico.

É nesse espaço anômico que, por exemplo, nazismo e fascismo se construíram, à medida que Hitler e Mussolini não podem ser considerados ditadores, pois não romperam com as Constituições então vigentes, apenas fazendo-as acompanhar uma estrutura dual, não formalizada juridicamente, mas justificada por meio do estado de exceção. (AGAMBEN, 2004, p. 76)

O estado de exceção deixou de ser uma emergência e tornou-se um padrão, desenvolvendo a perspectiva de pensar no estado de exceção não só como tática de governo, ao contrário da concepção de uma medida extrema, mas também como componente constitutivo da ordem legal.

6.2 O Direito Penal do Inimigo como exceção permanente

Jakobs está considerando a existência de uma "duplicidade" durável e indissociável no sistema jurídico, permitindo que tanto o Estado de Direito como o Estado de Exceção vigore. O Direito Penal do Inimigo, portanto, seria a exceção estabelecida continuamente no âmago da ordem legal.

É justamente a formulação de "pessoa" que concede à Günther Jakobs desenvolver esse ciclo entre o Direito Penal do Inimigo e as normas constitucionais, deixando-os em suspenso.

A ilusória necessidade (que Agamben indica não ser a característica definidora do estado de exceção) é fundamentada na inexistência de pacificação interna. A "pessoa" torna-se uma concepção normativa e a sociedade um ajuste configurado, construído a partir de um contexto de comunicação.

Segundo ele:

Pessoa é máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade do seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível. (...) O correspondente complexo

de normas é o que constitui os critérios para definir o que se considera uma pessoa. (JAKOBS, 2003, p. 30)

Uma vez que a pessoa é determinada como um "complexo de normas", cujos parâmetros devem definir o poder político, Jakobs está seguramente abrindo uma oportunidade através da qual o estado de exceção se infiltra.

Baseia-se na teoria de que o inimigo não é uma "pessoa", porque está orientado de forma totalmente contrária, onde neste meio social se recusa a aplicar qualquer direito a ele.

7 O INIMIGO É O ADVERSÁRIO DA ORDEM

Ao diferenciar o inimigo e o cidadão em duas classes, Jakobs argumenta que um indivíduo que não se deixa estabelecer em um estado de cidadania não pode partilhar dos privilégios do conceito de pessoa.

Segundo o penalista alemão:

Há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. (...) deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito Penal do Inimigo, guerra contida. (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, 2005, p. 36)

Claramente, portanto, Jakobs classifica duas modulações de indivíduos. O inimigo põe em risco seu próprio formato social, perturbando os fundamentos da ordem funcional.

O inimigo transporta a impureza, é uma "erva daninha" que se expande na sociedade, sob pena de sua degradação. Sua orientação "contrafactual" tira a natureza de pessoa e o torna em perigo, o que coloca a ordem social em risco.

É apenas a "pessoa" que oferece uma prerrogativa garantista capaz de arcar com a responsabilidade social de seu comportamento pessoal, e isso como consequência da idéia de que toda normatividade precisa de uma estabilização para ser real.

O significado do inimigo, conseqüentemente, se opõe a uma ordem. Desse modo, podemos analisar, com base na teorização da pureza, que Jakobs empenha o inimigo - o impuro – na qualidade de alguém que se opõe à ordem prevalecente.

A impureza logo não é uma característica vasta, não se aplicando em elementos como, por exemplo, política, raça, religião, mas na ameaça ao ordenamento social funcional.

Por conseguinte, vê-se que um dos argumentos básicos, um autêntico suporte sobre o qual a construção da teoria do Direito Penal do Inimigo se baseia, é a ordem.

8 DIREITO PENAL DO INIMIGO ENQUANTO SONHO DA PUREZA

A escritora britânica Mary Douglas discorre acerca da pureza e do perigo enquanto concepções que implicam sobretudo a idéia de ordem. “A impureza é uma ofensa contra a ordem. Eliminando-a, não fazemos um gesto negativo; pelo contrário, esforçamo-nos positivamente para organizar nosso meio” diz a autora.

Impuro é o que sinaliza certa "patogênese", que causa incômodo por não seguir as exigências mínimas de limpeza. No entanto, diz Mary Douglas não ser justamente isso.

Discorre a autora:

A impureza nunca é um fenômeno único, isolado. Onde houver impureza, há sistema [...] é o subproduto de uma organização e de uma classificação da matéria, na medida em que ordenar pressupõe repelir os elementos não apropriados. Esta interpretação da impureza conduz-nos diretamente ao sistema simbólico. (DOUGLAS, 1991, p. 50)

Assim, a impureza não seria oriunda de convicções íntimas à coisa, por exemplo, a presença de elementos patogênicos. Seguimos o raciocínio da autora:

A impureza é uma idéia relativa. Estes sapatos não são impuros em si mesmos, mas é impuro pô-los sobre a mesa de jantar; [...] Em suma, o nosso comportamento face à poluição consiste em condenar qualquer objeto ou qualquer idéia susceptível de lançar confusão ou de contradizer as nossas preciosas classificações. (DOUGLAS, 1991, p. 30)

A impureza não é contaminada em si mesma, e sim a desorganização de uma disposição ordenada que nos impõe essa classificação.

Mas a impureza não é reduzida a esta perturbação da ordem. O impuro, que vem do limiar, não é apenas representado desta maneira, mas sim a conduta de desobediência da sistematização, sendo considerado um tipo de perigo.

O transtorno causado na ordem social, portanto, não é apenas abreviado à impureza: retrata, em última hipótese, um perigo definitivo.

O perigo, assim como a pureza, deve ser observado na qualidade de consequência de uma ordem estrutural, como decorrência de ato que provavelmente viola as normas em questão.

9 O PODER DE PUNIR

9.1 Critérios de seleção

Os dados críticos trazidos pela crítica criminológica são a seletividade da gestão penal, que é exercida principalmente em relação às pessoas que condizem a características que geralmente são associados à imagem do criminoso.

Temos como exemplo o fato de alguns homens que bebem, onde, em excesso se chama alcoólatras, outros não; ou também alguns indivíduos que se comportam de forma diferente do costumeiro e são hospitalizados compulsivamente em hospitais, outros não são. Desse modo, o diferencial entre aqueles que adquirem um estereótipo desviante e aqueles que continuam em seu caminho comum submetem-se quase puramente da forma como a sociedade separa as atitudes que ela observa.

O crime não é mais relatado como um "dado", mas como uma estruturação social que requisita um fato e uma ação social negativa. O criminoso não é o que pratica o crime, mas sim, àquele que é atribuído status de delinqüente.

Não é o fato em si que constitui uma transgressão, mas a interpretação que lhe é atribuída. Não é possível classificar qualquer ato como infração antes da resposta social.

O método punitivo realiza a metodologia seletiva de criminalização cominada em dois momentos: 1) criminalização primária, que é um fato ou efeito de sancionar uma lei penal; e 2) a criminalização secundária, que é a ação de punir efetivamente exercida sobre os indivíduos.

Um modelo na idealização coletiva é confeccionado pela mídia, e é possível, devido à condição de pessoas desvalorizadas, associá-las a uma imagem social negativa de um criminoso, equivalente a discriminações de gênero, classe, etnia, etc.

Deste modo, a biologia criminal grosseira (que imputou causas como, por exemplo, a existência de tatuagens) acaba adquirindo uma significação diversa e relevante: identifica quais indivíduos são preferivelmente indicados pelo poder punitivo.

As preferências do poder punitivo causam uma distribuição rigorosa na forma de uma proliferação. Pode-se dizer que atinge apenas os mais vulneráveis, com baixo controle de defesa frente ao poder punitivo.

Na realidade, a polícia desempenha o poder de selecionar e o juiz pode reprimir, enquanto o legislador abrange espaço para o exercício da seletividade em ocorrências particulares.

9.2 O programa “Tolerância Zero” e sua relação no Brasil

O planejamento "Tolerância Zero" é artifício implementado em Nova York durante o governo Rudolph Giuliani e revela algumas nuances próprias.

O programa baseia-se em argumentos sólidos na defesa de que as desigualdades raciais e de classe nos Estados Unidos retratam distinções individuais de natureza cognitiva, argumentando que é essencial combater os pequenos problemas cotidianos para corrigir os principais males criminais.

Sua idéia principal é, em suma, que a característica pacífica dos espaços públicos seria vital para a vida urbana e, portanto, o transtorno em que vivem as classes pobres é um campo natural do crime.

A conseqüência desta política é que os responsáveis destituídos detinham mais de 45 mil pessoas sob o pretexto de características físicas, tais como a vestimenta, aparência, comportamento e, principalmente, a cor da pele.

O que se sensibiliza é a metodologia de seleção que determina anteriormente aqueles que são submetidos ao procedimento. Não se trata de ponderar acerca do programa "Tolerância Zero" como algo integralmente descartável, e os méritos podem ser reconhecidos, como lidar com a corrupção policial.

No Brasil, é claro, a situação não é diferente. O dilema racial atravessa uma perspectiva em que se vive com o reconhecimento formal dos direitos e, ao mesmo tempo, o mínimo de cidadania não é garantido.

É visível a predominância de indivíduos pertencentes às classes economicamente mais baixas da população, mais expostos à fragilidade ao controle criminal.

As estratégias de controle criminal, mesmo quando direcionadas sob a pretensão de gerar a correção, acabam caindo na classe habitual, que são os jovens, pobres e especialmente negros.

10 ENTÃO, QUEM É O INIMIGO?

A individualidade do inimigo é medida através de um procedimento cognitivo em que há uma representação, fundada na capacidade de julgar as características individuais do ofensor, funcionando como uma informação fundamental.

O estigma é um modelo da representação utilizada na materialidade da sociedade atual. O estigma é, acima de tudo, um ressaltado representacional que se lança no outro, substituindo-a por uma imagem deformada que está na ideologia de quem o julga.

Existe uma característica específica, uma diferença dos estigmatizados que se sobrepõem para devastar qualquer conexão com o que verdadeiramente é.

Com isso, não se pode deixar de observar quem seria o Inimigo na circunstância atual: aqueles que preferivelmente caem na malha do sistema punitivo e, caracterizados com um estigma, estão sobrecarregados com uma representação que povoa o fictício social.

Especialmente no Brasil, é provável que essa visão punitiva, embora seja apoiada por um discurso geral (por exemplo, propondo um Direito Penal do Inimigo aos crimes hediondos e organizações criminosas), decerto operaria de acordo com o funcionamento estrutural do sistema criminal, operando perante a população já caracterizada que corresponde, acima de tudo, os jovens negros de baixa renda.

O Direito Penal do Inimigo atuaria como um sistema de supressão da população mais vulnerável, em que recaem todas as estratégias punitivas.

12 CONCLUSÃO

No começo de sua existência, o homem começou a conviver em sociedade e era protegido pela lei como forma de convivência harmoniosa. No decorrer do tempo, as normas foram se adequando e controlando o meio social mediante as individualidades da evolução do ser humano.

Nascem então legislações mais objetivas, com aspectos voltados para a regularização das relações entre as pessoas no meio social, com o propósito de inspecionar o direito de punir o Estado. Dentro desta abordagem, visando prevenir a realização de crimes, surgem leis criminais.

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que, diante da figura do criminoso, se depara com espécie de inimigo (o anormal, imundo, nômade, etc.). O inimigo é o limite da ordem jurídica, da ordem da cidadania, se tornando aquele que põe em constante questão o Direito.

O presente trabalho, ao tratar da teoria “Direito Penal do Inimigo” abordada pelo célebre autor alemão Günther Jakobs, trata da punibilidade de uma forma diversa da que presenciamos no dia-a-dia. É um tratamento mais rigoroso e antecipado ao fato, onde busca uma eficácia ao evitar a prática de crimes graves.

Ao haver mera expectativa de ocorrer crimes como terrorismo, crime organizado, o autor defende a desvinculação de determinados indivíduos do conceito tradicional de pessoa, tratando-os como inimigos do Estado e admitindo que em meio à insuficiência de solução, sejam utilizados meios mais rigorosos para a colaboração da ordem social.

A definição de Jakobs acerca da teoria defendida é excepcionalmente perigosa na medida em que dá liberdade jurídica ao Estado em situações de caos criminoso, ou antes mesmo que os crimes ocorram. Determina como fundamentos da sociedade ideais de padrão pré estabelecidos pelo próprio Estado, introduzindo uma sociedade com qualidades iguais, em prol de uma segurança concreta.

Nos tempos atuais deve-se colocar em análise a sociedade de forma geral, em que esta é a que realmente importa, e sua respectiva segurança. Em meio a ataques terroristas, revoluções no crime organizado, na política, o Direito Penal do Inimigo pode ser visto como um aliado na solução de problemas, onde ocorre o estado de emergência.

Esta definição de Direito Penal proposta por Jakobs que atua de forma anterior ao fato e individualiza o agente em inimigo mediante as suas peculiaridades, causa grande discussão em meios jurídicos e garantistas. Coloca dois grandes pólos frente a frente, que são eles: a garantia de uma sociedade mais segura e livre dos piores delitos e a garantia constitucional individualizada à pessoa com características pré estabelecidas.

Em meio a este cenário, o aprendizado monográfico teve como objetivo averiguar as questões mais importantes que compreendem principalmente a tese do Direito Penal do Inimigo, orientado pela máxima repressão penal, com reduções substanciais para aqueles que se identificam.

Esta pesquisa não pretendia tratar sobre todos os argumentos acerca do tema Direito Penal do Inimigo, uma vez que há ampla discussão baseada na ascensão da tese já mencionada no sistema jurídico.

No entanto, havia uma relevante apreensão em suscitar dúvidas que cercam o instituto em questão, como a melhoria da compreensão acadêmica sobre o tema e a discussão sobre questões relevantes para o procedimento de estudo das ciências criminais.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução: Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALENCAR, Antonia Elúcia. **A inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática**. Revista dos Tribunais, ano 99, ano 2010, volume 895. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>. Acesso em 7 de Março de 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ed. amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 21ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA, Lorena Correa. **O poder da mídia e seus reflexos na ordem jurídica penal**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14362&revista_caderno=3. Acesso em 25 de agosto de 2016.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DOUGLAS, Mary. **Pureza e Perigo**. Tradução: Sônia Silva. Lisboa: Edições 70, 1991.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: Monografias e teses jurídicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

HANS, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HEGEL, Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1990.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Tradução: Marco Antônio R. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio; **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**; org. E trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. Ed. Atual. E ampl., 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**: volume único. 4ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPovm, 2016.

MALAN, Diogo Rudge. **Processo penal do inimigo**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

MALEFICARUM, Malleus. **O Martelo das Feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a operação Mani Pulite**; Artigo disponível em: <<http://s.connjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>>. Acesso em: 05 de outubro de 2015.

NETO, Moysés Pinto. **O rosto do inimigo: Um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Entre terroristas e inimigos....** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e direito penal do inimigo: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento anti-terror**. Florianópolis: Habitus, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11, Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes, 2004

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

VAZ, V. A. et al. **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos**. 6ed. Formiga: Unifor-MG, 2017.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal** 2^a. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.