

ALUTA CONTRA A DELIQUÊNCIA ORGANIZADA: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Lorena de Albuquerque Rangel Moreira
Bacharela em Direito

Resumo

O presente artigo analisa, em linhas gerais, uma série de críticas que foram atribuídas à teoria do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, que vai desde a despersonalização do ser humano a uma prévia culpabilidade, denotando-se o Direito Penal de autor, e, sobretudo, infligindo-se os direitos fundamentais do ser humano. Especificamente, será realizado um estudo crítico-expositivo dos caminhos adotados pelos legisladores penais na luta contra a criminalidade organizada, evidenciando-se as principais questões conflitantes relativas à aplicação destas leis que são consideradas frutos desta teoria.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo. Direito penal do autor. Segurança *versus* liberdade. Crime organizado.

Abstract

This paper's aim is to examine some critics addressed to Jakobs' Enemy Criminal Law theory, from the lack of personification of the human being, previously to any conviction, to the lack of respect for the fundamental rights. Therefore, will be made a critical and expositive study on the paths followed by the criminal legislators who follow this theory and the laws created by them in the struggle against the organized crime and the conflictive aspects of the application of those laws.

Keywords: Criminal law for the enemy. Criminal law of the author. Security versus freedom. Organized crime.

1 Introdução

Diversos fatores políticos, tecnológicos, sociais e culturais influíram para a supressão de fronteiras comerciais e a conseqüente expansão das atividades econômicas em nível mundial. Este fenômeno globalizador dos mercados

repercutiu na criminalidade organizada, pois o que antes se considerava como um problema individualizado no interior dos países, agora a moderna delinquência se caracteriza por sua transnacionalidade.

A crescente preocupação da sociedade com relação a esse tipo de delinquência se vê refletida no aumento de medidas de prevenção e repressão do crime organizado, que, em muitos casos, rompem com os princípios do Direito Penal e, em consequência, faz questionáveis a legitimidade de sua aplicação. Encontramo-nos, então, diante da problemática de uma realidade jurídica que, por um lado, busca a eficácia no combate ao crime, mas, por outro, para a consecução de tal fim, deve flexibilizar vários princípios fundamentais do Direito.

Assim, analisar os problemas enfrentados pelo sistema penal, quando busca prevenir e sancionar o crime organizado, não é uma tarefa simples: primeiro, pela complexidade que reveste tanto as organizações criminosas como sua atividade delitiva; segundo, porque as organizações delitivas encontraram diversas formas de atuação que revelaram sérias deficiências do Direito Penal, principalmente na parte dogmática.

Atualmente, a política criminal se desenvolve no sentido de superar o modelo de garantias penais e processuais penais, substituindo-as ou flexibilizando-as pelo interesse na segurança do cidadão. O propósito é resolver de maneira imediata a pluralidade de aspectos que não se acomodam ao sistema penal tradicional e garantir a *tranquilidade* pública o que se traduz nos discursos políticos sobre segurança pública e na multiplicação de leis penais no sentido de frear a *crescente* criminalidade.

No entanto, a mescla abusiva de Política com Direito gera leis simbólicas que são ditadas para dar uma resposta que satisfaça à sociedade. Sob estas bases, estudamos o fundamento do Estado na luta contra o crime organizado, confrontando dois polos, um marcado pela eficiência, e outro, pelas garantias, buscando-se, ao final, um critério de política criminal que determine o ilícito penal, baseando-se nos princípios gerais que legitimam a intervenção penal pela ideia de lesão a um bem jurídico.

Frente a essas dificuldades e à insuficiência dos meios de persecução do delito, os sistemas penais vieram empregando diferentes fórmulas penais como, por exemplo, técnicas legislativas como o adiantamento da barreira de punibilidade, tipificando cada vez mais formas de perigos abstratos e flexibilizando determinadas categorias dogmáticas, tudo isso aliado ao endurecimento das penas, representações do denominado Direito Penal do inimigo.

Adotaram-se, nos últimos anos, medidas severas destinadas a combater a criminalidade. Foram introduzidas nas legislações algumas providências visando à maior punição para os delitos, a fim de que se proporcione uma maior segurança na sociedade. Com a criminalidade organizada e outros delitos de especial gravidade, tornou-se evidente a necessidade de um tratamento diferenciado para aqueles indivíduos que não passam a segurança cognitiva mínima de que podem ser fiéis a norma. Assim, questiona-se a viabilidade de imporem-se medidas de segurança para que tais indivíduos perigosos não ponham em risco a sociedade ou mesmo o Estado.

Tomando-se como exemplo a alteração da lei de execução penal do Brasil, revelam-se as origens da política criminal que norteia a legislação brasileira, aproximando-se das bases teóricas do Direito Penal do inimigo. Ademais de apreciá-la, no que se refere à possível violação de direitos e garantias fundamentais, também se analisa a práxis, ou seja, se esta Lei é imprescindível (útil) para a prevenção e repressão do crime organizado e se, realmente, é eficiente.

Constatam-se, nas legislações, muitas evidências da referida teoria. Em consequência, indaga-se acerca de um certo fundo político na criação de tais normas. Certamente, advêm da necessidade de criação de uma identidade social (Direito Penal simbólico), associada ao *punitivismo exarcebado*, concebido pela ideia de que o aumento da pena é a solução para conter a criminalidade, gerando-se, assim, o endurecimento de penas para as normas já existentes ou mesmo a tipificação de novos delitos.

Precisamente, o objetivo do trabalho será submeter à crítica o poder de legitimação da teoria do Direito Penal do inimigo nas legislações penais modernas. Questões como “Quem seria o inimigo?”, ou, mais bem dito, “Qual é o parâmetro utilizado para etiquetar uma pessoa como inimiga?” são questões que não se tornam claras e que geram muitas discussões. A partir da nomenclatura mencionada por Jakobs, produziu-se uma série de críticas que vão desde a despersonalização do ser humano até uma prévia culpabilidade, denotando-se o Direito Penal do autor, e, sobretudo, infligindo-se os direitos fundamentais do ser humano.

Não obstante, sem que sirva de impedimento, não se trata somente de rejeitar a teoria proposta na sua totalidade, mas sim de aclarar ou projetar uma forma de resolver o problema da criminalidade organizada, do terrorismo e dos demais delitos de especial gravidade. São novas

formas de criminalidade contra os quais necessitamos reagir em nome da segurança. Não se propõe que a liberdade de uma pessoa, ainda que contraposta à segurança de todos, seja prescindida, mas sim que se tem que valorar melhor as “armas” utilizadas pelo Estado para reagir frente a essas pessoas.

2 Imprecisão conceitual

Com a denominação Direito Penal do inimigo, conceito este utilizado para mencionar ou idealizar um Direito Penal diferenciado para determinadas pessoas consideradas inimigas, isto é, pessoas que são consideradas fontes de perigo para o Estado, põe-se em dúvida sua utilização no discurso punitivo, ou seja, seu ponto de vista pragmático.

No entendimento de Ferrajoli¹, convém distinguir dois usos diversos dessa fórmula: um, do tipo empírico-descritivo, e outro, do tipo teórico. O primeiro se entende como uma perversão do Direito Penal, ou seja, de práticas punitivas e repressivas que cobrem com o manto do Direito Penal e são, pelo contrário, sua negação, isso porque se cobrem com o manto da legalidade, mas são práticas que não condizem com os Direitos humanos. O segundo resulta apresentado ou recomendado como um novo paradigma, um novo modelo, como tal normativo, de Direito Penal.

Na realidade, busca-se sua real pretensão, isto é, como se pode interpretar tal teoria desde o ponto de vista prático. Também Greco² visualiza o Direito Penal do inimigo sob três perspectivas distintas: uma de caráter descritivo, outra de caráter crítico-denunciador e uma última de caráter legitimador-afirmativo. Para ele, de maneira menos contundente, é descritivo quando se entende como mais um “*instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo*”³. No que concerne ao emprego como sendo uma crítica, utiliza-se quando se caracterizam certos dispositivos do Direito Penal como contrários ao Estado Democrático de Direito. A terceira forma de interpretação do conceito de Direito Penal do inimigo traria consigo pressupostos de legitimidade.

¹FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 236.

²GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 56, , p. 93-94, set.-out. 2005.

³Idem. *Ibidem*, p. 94.

Na discussão com respeito ao tema, com frequência comprovamos os distintos matizes a que se dedicam os autores: uns estão atinados a constatar dispositivos penais nas legislações e criticá-las, declarando-as inconstitucionais e reivindicando reformas; outros a nada mais se dedicam do que a descrever o tema evidenciando tais anormalidades.

Sem embargo, o que causa mais clamor é a categórica declaração do Direito Penal do inimigo como um conceito legitimador, que, segundo entende Greco, *“não implicaria qualquer condenação, mas apenas uma indicação de que o dispositivo tem de ser legitimado com base em pressupostos diversos daqueles que valem para os dispositivos tradicionais do Direito penal do cidadão”*⁴.

Na verdade, com a elucidação do tema, vieram à tona diversos temas polêmicos. O fato de pôr em risco o que já se tinha como pacífico, como os direitos individuais da pessoa humana, é um tema que traz um certo estímulo à discussão. Ademais, tal tema se remete a crimes para os quais ainda não se conhece maneira eficaz de solucioná-los (prevenir e castigar). O fato de encontrar-se, nos agentes envolvidos na criminalidade organizada, terrorismo, tráfico internacional de drogas, etc., como presas, modelo para que se identifiquem prováveis inimigos, pode ser um tanto quanto persuasivo ao consentimento de tal conceito. Não se sabe ao certo como se deve proceder para que se previnam e se punam estes delitos.

Com a globalização, vários tipos penais que antes não existiam passaram a fazer parte de nosso cotidiano. Está claro que o Estado tem que buscar ferramentas práticas e eficazes para pontuar tais crimes e preveni-los. O crime organizado atrai cada vez mais adeptos e aumenta sua projeção internacional. Torna-se compreensível que se invoque um desenlace para esse problema.

Em nossa opinião, a nomenclatura especificada por Jakobs exterioriza uma realidade que estamos vivendo. O Direito Penal do inimigo é um fato. É evidente que toda legislação atualmente vigente, que impõe pena privativa de liberdade de longa duração a criminosos considerados perigosos, adiantando-se barreiras punitivas, flexibilizando-se garantias e direitos fundamentais e instituindo-se penas desproporcionais, é uma legislação que não condiz com o Estado Democrático de Direito. Ainda que se lhe atribua uma mera legalidade⁵, são leis aprovadas por um processo legislativo legítimo e que têm plena validade.

⁴Idem. Ibidem, p. 94.

⁵FERRAJOLI, op. cit., p.176-177.

Jakobs busca no termo uma justificativa filosófica para descrever toda essa mudança que está sucedendo na legislação. Não se trata de dizer que o Direito Penal do inimigo é ou não é legítimo. Tampouco de justificar a razão dessa criminalidade. Está claro que toda legislação, tanto no Brasil como nos demais países, está sendo modificada no sentido de endurecer as penas e restringir cada vez mais as garantias penais e processuais, assim como também sucede com a execução penal.

O poder de legitimação dessa nova e duvidosa legislação, não resta dúvida de que pode levar a um caminho sem volta ou até mesmo a um fracasso do sistema penal. No entanto, é o que está sucedendo.

Trata-se, pois, segundo Ferrajoli⁶, da autolegitimação como Direito das práticas contrastantes com o modelo normativo do Direito Penal, em nome da eficiência. Para o autor, a ata de nascimento do Direito Penal do inimigo está na legitimação política dessas práticas punitivas. Confunde-se Direito Penal e guerra, assim como se o Direito é a negação da guerra, isto é, com ele se sai do estado de natureza e a sociedade selvagem se civiliza, o Estado está atuando com desigualdade, pois a um crime, por mais grave que seja, responde-se com o Direito Penal, assim como à guerra se responde com a guerra de defesa, uma mobilização contra o Estado agressor.

Então, o poder de legitimação do Direito Penal do inimigo não se concebe pela declaração atual de Jakobs, mas sim pelo panorama de guerra em que estamos vivendo no que se refere ao crime organizado e, sobretudo, pela maneira ineficaz como está atuando o Estado. O crime, disseminado em todos os níveis sociais, já foge do controle estatal, ademais de não se limitar a uma infração individual.

3 Direito penal do inimigo: marco da teoria funcionalista

A proteção do bem jurídico, como um instrumento para restringir a intervenção jurídico-penal, já não é predominantemente aceita⁷. Jakobs, em especial, considera que a finalidade do Direito Penal é contradizer a

⁶Idem. Ibidem, p.236.

⁷Autores como Hirsch, Stratenwerth e Jakobs consideram impossível restringir o âmbito de atuação do Direito Penal a lesões de bens jurídicos. Em contrapartida, autores como Roxin, Hassemer e Schünemann são defensores do conceito.

contradição das normas determinantes da identidade social⁸ e assim confirmar sua vigência. Por outro lado, Roxin parte de um conceito de bem jurídico como resultado de uma função social do Direito Penal⁹. Assim, para este, a função do Direito Penal se atém a garantir às pessoas uma convivência pacífica, livre e socialmente segura, isto quando não possa ser obtido com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos¹⁰.

Não obstante, esse entendimento é inconcebível na visão de Jakobs, uma vez que ele figura que o Direito Penal é uma estrutura da relação entre pessoas, o Direito como espírito normativo, não podendo, portanto, ser representado em um objeto físico¹¹.

Desde a concepção do bem jurídico, surgem diferentes conceitos, entre eles, o desenvolvimento da tese do Direito Penal do inimigo. Entendendo-se que o bem jurídico tem a finalidade de assegurar a vida em sociedade, esta nova teoria é pasmosa. Sem embargo, acreditando-se no conjunto de mudanças ou modificações sucessivas nas legislações modernas, fez-se surgir algo que, a princípio, era apenas potencial, as leis penais simbólicas, estas sendo necessárias para assegurar a vida em comum das pessoas.

Dessa maneira, os poderes estatais recorrem ao Direito Penal como forma de tutela antes mesmo de uma efetiva agressão aos bens jurídicos contemplados no ordenamento constitucional. A “funcionalização” do Direito Penal consiste em que este não tutela somente as vítimas de agressões concretas, mas sim “novos fenômenos sociais”¹², pois, segundo Jakobs:

⁸JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2005. p. 33.

⁹ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luiz Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

¹⁰Idem, *Ibidem*, p 16-17.

¹¹JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Coord. E Trad. André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34.

¹²SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 313.

“un comportamiento no constituye una perturbación solamente cuando se produce completamente un daño al bien jurídico, o el autor abandonó irreversiblemente su papel, o cuando ocurre por completo un suceso perturbador de la paz pública. Bien jurídico penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan el debido respeto a los bienes y a la paz pública. Esta validez se ve deteriorada cuando por el comportamiento del autor, se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración”¹³.

A partir daí, foram constatadas várias indicações positivadas de um Direito Penal que está dirigido à luta contra essa criminalidade que vem assombrando a sociedade. Esta tendência afeta, sobretudo, o legislador penal, uma vez que é este quem deve resolver quais condutas devem ser selecionadas como relevantes para o Direito Penal e que tipo de consequências jurídicas devem ser estabelecidas para as mesmas¹⁴. O problema que se constata nessa luta é justamente a adaptação dessas leis aos princípios da intervenção penal, pois estes devem ser estáticos, ao contrário das inovações legislativo-repressivas, que são dinâmicas, e, portanto, passam a modificar os princípios a fim de se autolegitimarem.

4 A clara tendência de um direito penal do autor

Uma das primeiras observações que se pode fazer sobre o Direito Penal do inimigo é justamente sua tendência a um Direito Penal de autor, que, como se pode comprovar ao longo da história, sempre existiu, e, inclusive, tal qual Direito Penal excepcional, faz-se recordar muito ao propugnado pelos penalistas do nazismo¹⁵.

Dessa maneira, não se sobressai o fato cometido pelo autor, mas sim sua forma de vida, sua perversão, sua periculosidade criminal e sua “vocaçãõ” para cometer delitos. Isso se torna evidente pela forma como se reputam os indivíduos passíveis de que sejam considerados inimigos¹⁶.

¹³JAKOBS, Gunther. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Trad. De Juaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 58.

¹⁴NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 61, p. 9-43, jul.-ago. 2006.

¹⁵MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”. In: *Derecho penal del enemigo*. Discurso penal de la exclusión. Cancio Meliá; Gómez-Jara Díez (Coord.). Madrid: Edisofer, 2006., p. 339-370. p. 345. 2v.

¹⁶Sobre el Derecho penal de autor, véase GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *El Derecho penal de autor*. Valencia: Tirant to Blanch, 2007.

Com efeito, há uma valorização excessiva da segurança, e são castigados indivíduos pela mera suspeita de envolvimento em organizações criminosas. O fato é que as razões se dão a partir de um juízo de valor que pouco ou nada tem a ver com um Direito Penal do fato e muito mais com um Direito Penal de autor¹⁷. Sucede que a doutrina dominante rejeita, por razões próprias do Estado de Direito, todas essas teorias que vão mais além da culpabilidade pelo fato concreto¹⁸. Ainda que contrariamente ao Estado de Direito Liberal, “las fuertes tendencias preventivo especiales, existentes desde los tiempos de Liszt en el Derecho Penal alemán, presionan en la dirección del Derecho Penal de autor; pues la cuestión de qué intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual”¹⁹.

No que contempla Ferrajoli²⁰ quanto ao paradigma do inimigo, ele encontra duas deformações: a primeira, na concepção do tipo penal, e a segunda, na concepção do juízo. Com relação à primeira, ele encontra uma deformação no princípio da legalidade, na determinação do punível, que, no Direito Penal do inimigo, já não é o delito, mas sim o réu, com independência de delito: “En él, la predeterminación legal y la averiguación judicial del hecho punible ceden el puesto a la identificación del enemigo, que inevitablemente, al no estar mediada por la prueba de actos específicos de enemistad, se resuelve en la identificación, la captura y la condena de los sospechosos”.

Quanto à segunda deformação, o resultado é a quebra de todas as garantias processuais, em que o processo é um momento de luta contra o crime organizado, buscando-se não a verdade do fato, mas sim o delito no encarcerado, ou seja, primeiro se detém a pessoa considerada perigosa, e logo se investigam os fatos cometidos por ela. Assim se deduz que, se pretende se castigar “pelo que se faz” e não “pelo que se é”, fatalmente “...el proceso deja de ser un procedimiento de verificación empírica de las hipótesis de acusación para degradarse a técnica de inquisición sobre la persona...”²¹.

¹⁷BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 137-145. 2004.

¹⁸ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, fundamentos, a estrutura da teoria do delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et al. 4. Ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 181, t. I.

¹⁹FERRAJOLI, op. cit., p. 177.

²⁰Idem. Ibidem, p. 236.

²¹Idem. Ibidem, p. 236

Como exemplo, podemos citar a lei que introduz o regime disciplinar diferenciado na legislação penal brasileira: ao submeter ao regime presos em consequência de um “alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, está claro que não se trata de uma punição por um fato concreto, pois disso já trata o *caput* do art.52 da Lei de Execução penal brasileira²². Trata-se, na verdade, de punir certos autores que representam risco para a sociedade ou ao estabelecimento penal, isto é, cuida-se de autores entendidos como perigosos, autores que não demonstram uma suficiente segurança cognitiva de que vão respeitar a norma.

Nesse contexto, ainda quando a lei fala da submissão ao regime dos presos que “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas...”, está clara a intenção do legislador em evidenciar o Direito Penal de autor, ao passo que se faz um juízo de suspeita, não importando o que o autor fez, mas sim a forma como conduz sua vida, isto é, aquele indivíduo perigoso que põe em risco a vida da sociedade e a própria existência do Estado.

Ainda que seja uma maneira de proporcionar segurança, é uma situação que inspira cuidado na medida que esse juízo de suspeita se faz *a priori*, podendo recair em um juízo sem que o indivíduo saiba de que o acusa²³. Manifesta-se, então, um Direito Penal que raciocina, priorizando a eficácia e a segurança em detrimento dos direitos e garantias individuais. Resta, sem embargo, arrazoar até que ponto se pode dar prioridade à eficácia frente à constante violação de princípios e garantias penais e processuais, ademais do acometimento dos princípios de um Estado Democrático de Direito.

5 A ideia de segurança em contraposição à ideia de liberdade

Com a globalização e consequente expansão do Direito Penal, surgiram diversos delitos que mais bem objetivam a segurança da coletividade à proteção de bens jurídicos. No entanto, essa ideia de expansão é antagônica às ideias e propostas reducionistas do sistema penal, Pois, ao contrário de buscar medidas despenalizadoras e alternativas à pena privativa de liberdade,

²²“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: ...”

²³Cfr. DEMETRIO CRESPO. El “Derecho penal del enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. ZIS, set. 2006.

recorrem a penas mais severas, relaxando garantias em busca de uma pretendida eficácia.

Por fim, o que antes se discutia entre a legitimidade de propostas abolicionistas e propostas reducionistas, atualmente aparece como debate o binômio *reduccionismo* versus *expansão*, o que se denominaria de modernização do Direito Penal²⁴. Tal modernização traz o discurso do Direito Penal do inimigo, em que, justificando-se na ideia de segurança, despersonaliza parcialmente²⁵ indivíduos que são considerados fontes de perigo. Assim, por não passarem uma segurança íntima de procedimento, são neutralizados, a fim de evitarem-se futuros delitos.

O problema concerne, então, na preferência de segurança da coletividade em contraposição à liberdade do indivíduo. Em que pese a tomada de posição *segurança/liberdade*, trata-se de interesses em conflito que, apesar de aparentemente propender a um fundamento nos Direitos fundamentais da pessoa humana, obedecendo ao discurso internacional dos Direitos Humanos, pugna pela liberdade individual. Não é o que vem sucedendo com as legislações tanto da Europa quanto Latino America, que atuam conforme a realidade vivida no tocante à criminalidade.

Como assegura Demetrio Crespo²⁶, “la idea de “seguridad” que justifica el recrudescimiento punitivo es en parte real, en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar”, pois, da mesma maneira que se pode entender a segurança como necessária para os que não delinquem, também se pode entender que seria uma insegurança se considerasse que qualquer cidadão pode delinquir em algum momento e do que se trata é de proteger bens jurídicos.

É certo que, se se parte da ideia de que a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos, não há espaço para que se legitime o recrudescimento do Direito Penal baseado na segurança. Isso levaria a uma insegurança jurídica, em que haveria indefinição de bens jurídicos, indeterminação na tipificação de condutas e adiantamento da barreira de punibilidade com os delitos de perigo²⁷.

²⁴DEMETRIO CRESPO. El “Derecho penal del enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006. p. 431.

²⁵JAKOBS, op. cit., p. 173.

²⁶DEMETRIO CRESPO. El “Derecho penal del enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set., 2006. p. 430.

²⁷Op. cit., p. 430.

6 O inimigo como uma ameaça ao estado democrático de direito

O discurso do “Direito Penal do inimigo”, por constatar-se, com prontidão, violações de direitos humanos, é objeto de crítica e, ao mesmo tempo, é combatido veementemente pela doutrina. Tal violação vai desde os direitos fundamentais da pessoa humana à supressão de garantias constitucionais, como o devido processo legal, presunção de inocência, legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, etc. que são conferidas ao imputado. Tais garantias lhe são asseguradas em um Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, é iminente a indagação a respeito da justificação desse Direito Penal específico para inimigos no âmbito de um Estado de Direito. Seria possível compatibilizá-lo e torná-lo legítimo?

Em princípio, pode parecer um retrocesso diante da luta para o reconhecimento de tais garantias. Também se pode concluir que se estaria abrindo precedentes para que qualquer tipo de abuso seja praticado sob o argumento de proteção aos cidadãos²⁸. No entanto, nas legislações penais atuais, é clara a validade destas leis, ainda que seja constantemente objeto de críticas.

Ferrajoli²⁹, analisando, teoricamente e em profundidade, o fenômeno da violência legal, identifica dois modelos contraditórios de legalidade: a estrita legalidade e a mera legalidade. A primeira constitui uma norma metalegal que submete a validade das leis que autorizam o exercício da violência a uma série de requisitos que correspondem às garantias penais e processuais. A segunda é um meio para legitimar a violência institucional fora dos parâmetros da estrita legalidade, isto é, consiste em uma autorização legal para utilizar a violência, sem uma rígida vinculação à lei mesma.

O fato é que estas normas autorizam, mas não está baseado nele o modelo constitucional do Estado de Direito. Por sua vez, a violência legal para controlar outras formas de violência é maior que a que devera existir, havendo uma violência legal supérflua. Assim se deduz que, se o Estado tem a pretensão de excluir ou, ao menos, minimizar a violência nas relações interpessoais, fica no vago, sem o logro de seu fim.

De fato, seria um tanto quanto difícil adequar um Direito Penal do inimigo

²⁸CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisafer, 2006. p. 325-340.

²⁹FERRAJOLI, op. cit., p.176-177.

ao Estado de Direito sem infringir e desvirtuar alguns preceitos básicos já amplamente acolhidos. Seria necessário aceitar a despersonalização de determinados cidadãos que são julgados, o que seria uma afronta ao Estado por não passar a confiança indispensável a seu tratamento como pessoa.

Sem embargo, justifica Jakobs que, tratando-se de inimigos, tal despersonalização, como diz, “se produce de modo puntual, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de la libertad”³⁰. Isso significa que tal despersonalização da pessoa seria parcial, ou seja, a personalidade jurídica permaneceria incólume³¹, o delinquente se manteria como pessoa, ainda que seu tratamento real seria o dispensado a um inimigo, pois, nas palavras de JAKOBS, “quien es sometido a la custodia de seguridad no es privado de libertad por causa de su realidad personal desarrollada, sino por sus presumibles delitos futuros”³². E ainda diz que “la confirmación de la norma cede ante la administración de la seguridad”.

Também na Espanha³³, podemos citar, como exemplo, a liberdade vigiada, recém-aprovada pelo Congresso, e que consiste em uma medida de segurança que o Tribunal impõe, de maneira facultativa ou preceptiva, segundo a própria norma mostra em cada caso, e cujo conteúdo se concretiza em uma série de

³⁰JAKOBS, op. cit., p. 173.

³¹Idem. Ibidem, p. 173.

³²Idem. Ibidem, p. 172.

³³A Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho, que modifica a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal espanhol, introduziu a liberdade vigiada. É uma opção inoquizadora em determinados supostos de especial gravidade em que o efeito reabilitador da pena se vê dificultado na medida que esta não resulta suficiente ou adequada para excluir um elevado risco de reincidência. A lei introduz, mediante a modificação parcial e uma leve reordenação do Título IV do Livro Primeiro do Código Penal, esta medida que se insere naturalmente no regime geral de ditas medidas de segurança, algumas das quais se integram e refundem nesse conceito comum (artigo 106). A novidade substancial que incorpora a liberdade vigiada é que resulta aplicável não só quando o prognóstico de periculosidade do indivíduo se relaciona com estados patológicos que determinaram sua inimputabilidade ou semi-inimputabilidade, mas sim também quando a periculosidade deriva do específico prognóstico do sujeito imputável em relação com a natureza do fato cometido, sempre e quando o próprio legislador assim o haja previsto de maneira expressa. A medida não tem caráter alternativo à pena de prisão e não é executada previamente a esta, mas sim se impõe na sentença junto à pena privativa de liberdade para sua execução posterior a desencarceramento, e far-se-á ou não efetiva justamente em função desse prognóstico de periculosidade, formulado quando se acerca dito momento extintivo da pena e reconsiderado depois com cadencia como mínimo anual (Artículo 98.1). Sua duração se mantém em geral em um máximo de cinco anos, que é o que estabelecia até agora o Código para as medidas de segurança não privativas de liberdade que se refundem sob o conceito de liberdade vigiada, mas a isso se acrescenta, certamente pensando nesta nova modalidade pós-penitenciária, a possibilidade de que o próprio Código Penal a estenda até os dez anos (artigo 105.2), como, de fato, esta mesma Lei dispõe para os delitos contra a liberdade e integridade sexual e de terrorismo.

limitações, obrigações, proibições ou regras de conduta, aplicáveis separada ou conjuntamente, tendentes não só a proteger as vítimas e a sociedade em geral, mas também à reabilitação e à reinserção social do delinquente.

Com efeito, o uso defeituoso da liberdade é o que faz com que o cidadão não passe a confiança necessária para que se viva de modo pacífico em uma sociedade. É evidente que, ao conviver com demais pessoas, é razoável ter o mínimo de confiança de que um não vai a atuar de modo inconcebível. Efetivamente, não se propõe a hipótese de que as pessoas atuem de forma mecânica, no entanto tampouco se pode esperar ou aceitar uma ação descontrolada e inconsequente que desperte insegurança daqueles que mantêm estáveis seu comportamento, passando a devida confiança de que não vão a atuar em desconformidade com o Direito.

É neste sentido que Jakobs justifica sua inquietude com respeito à afronta do inimigo diante do Estado, uma vez que, ante tais inimigos (cidadãos perigosos), se indaga o que deve fazer o Estado. Se existem pessoas que não prestam a garantia cognitiva mínima para que sejam tratadas como pessoas em Direito, deve o Estado tratá-las igualmente aos cidadãos? Se a estes se lhes impõem penas, devidamente legitimadas, pela colocação em perigo da norma, ocasionada por um fato cometido, seria razoável compreender que a tais inimigos também deveriam ter legitimadas uma medida de segurança por não passar a confiança necessária que serão fiéis à norma?

Seria, de fato, considerar a possibilidade de impor uma medida de segurança para aqueles inimigos para quem ao Estado não bastasse impor uma pena, por ocasião de violação da norma, percebendo a necessidade de assegurá-la àquele indivíduo, acolhendo a probabilidade de fatos que hão de acontecer.

Assim ocorrendo, tal dicotomia “cidadão *versus* inimigo” gera vários problemas, principalmente no que se refere ao princípio do fato, largamente admitido no Estado de Direito. No entanto, ainda que se trate de um Direito Penal de autor, não se pode ignorar a real afronta da criminalidade ao Estado. Cada vez mais aumenta a criminalidade organizada, terrorismo e tráfico de drogas, desafiando o próprio Estado. Este já não tem controle nem recurso para conter o profissionalismo de tais crimes, e as medidas tomadas não alcançam a eficiência e rapidez em que se estrutura o crime.

Por outro lado, quando chega o momento de intervir, o Estado não pode

retribuir na mesma moeda, com a mesma perversidade em que se sucede o crime. Aquele, sendo um Estado que respeita os Direitos fundamentais e está de acordo com os diversos tratados de Direitos Humanos, não pode atuar, medindo forças e na mesma proporção em que atua a criminalidade.

Ainda que se adote a justificativa da segurança coletiva, ao Estado, isto não lhe convém porque o discurso internacional dos Direitos Humanos é no sentido de preservar os Direitos individuais da pessoa humana. Toda atitude que o Estado venha a tomar, propondo conter o crime e que, eventualmente, não respeite garantias individuais, será considerado vigorosamente uma violação ao princípio de dignidade do ser humano.

Obviamente, o tema da segurança não pode ser ignorado nem subestimado pelo Estado, sem embargo, não se pode reagir de uma forma inconsciente politicamente. Ou melhor dizendo, não se pode reagir com um vazio quase total de política, ou seja, de falta de capacidade de projeção e inovação. Esse vazio colmado por intervenções conjunturais e demagógicas é o terreno privilegiado dessa política de segurança³⁴.

Com efeito, somente com a observância das garantias individuais e coletivas asseguradas nos sistemas constitucionais e penais é que se poderá legitimar a produção legal e jurídico-penal em um Estado Democrático de Direito. A inadequação das novas exigências de tutela às garantias constitucionais e penais não permite que estas sejam mitigadas, mas sim evidencia que o Estado deve incumbir-se da tarefa de controlar o desvio social, fazendo uso de outros mecanismos de controle *a priori* que não o Direito Penal³⁵.

Assim, ainda que o inimigo seja uma afronta ao Estado, suas justificativas para combatê-lo não são aceitas. Seria oportuna uma política de combate a criminalidade, estabelecendo os limites a que o Estado pode chegar. Possivelmente, seria necessária a relativização de certas garantias, no entanto poder-se-iam estabelecer critérios para punir-se o inimigo sem que o convertera em um objeto do Estado, a fim de facilitar a luta contra a criminalidade, tornando eficiente as medidas adotadas por ele.

³⁴FERRAJOLI, op. cit., p. 236.

³⁵SCHMIDT, op. cit., p. 315-316.

7 O crime organizado é mitigado pelas novas legislações penais?

Evidenciada a inflação legislativa que se deu nos últimos anos, não mais que especializando os tipos penais e endurecendo ainda mais as penas, questiona-se a respeito da eficácia dessa luta, que, identificada como uma luta contra “inimigos”, ainda delineou muito bem o correto caminho para que se logrem seus fins, qual seja, combater a moderna criminalidade.

Precisamente, nas palavras de Ferrajoli³⁶, nessa luta nomeada de Direito Penal do inimigo, o Direito Penal perde não só sua legitimidade, mas também sua eficácia, pois perde sua assimetria com o crime. O autor explica, comparando o terrorismo e a guerra, que a resposta ao terrorismo será tanto mais eficaz quanto mais assimétrica resulte. Assim, a guerra se repele com a guerra de defesa ou com a mobilização geral contra o Estado agressor, enquanto que aquele, considerado como um crime, ainda que seja grave, é respondido com a punição dos culpados, que pode ser muito severa³⁷.

Se o Estado responde ao crime com a lógica primitiva da guerra, ou seja, o Direito Penal do inimigo, está equiparando-o inevitavelmente à categoria de um Estado antagonista, isto é, está tratando-o simetricamente e, ao anular a assimetria entre instituições públicas e organizações terroristas, privou as primeiras de sua maior força política, degradando-as ao nível das segundas ou, o que é o mesmo, elevando as segundas ao nível das primeiras como Estados inimigos e beligerantes³⁸.

Sem embargo, quando se analisa a prática, é certo que estamos diante de um esquema de crimes equiparados à guerra e, para contê-la de imediato, professa-se na suposta efetividade da reação de emergência.

Por exemplo, como expusemos em tópicos anteriores, o RDD pode ser aplicado com caráter punitivo e também cautelar. Para os criminais, que reconhecidamente participam do crime organizado, é necessário um plano ordenado de transformação dos instrumentos de que o Estado tem para

³⁶FERRAJOLI, op. cit., p. 243.

³⁷Com relação ao crime de terrorismo, Ferrajoli diz que ele deve ser afrontado politicamente, “Pero es justo en la asimetría respecto a él convencionalmente establecida por su calificación jurídica como “crimen” donde reside el secreto de su pérdida de fuerza y de su aislamiento y por ello el papel del Derecho Penal como factor de paz y de civilización, es decir, instrumento del tránsito del estado de guerra al Estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil”. (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 245).

³⁸FERRAJOLI, op. cit., p. 247.

diferenciar a realidade em que se encontra em regime carcerário. O regime carcerário mais duro, mais diferenciado, é importante para a luta contra o crime organizado, uma vez que distancia e neutraliza os presos envolvidos em estas organizações, cortando o ciclo e evitando-se que se comandem crimes de dentro das prisões.

No entanto, é necessário ressaltar, com veemência, que não se está defendendo aqui que o RDD seria a resolução para todos os males do sistema carcerário brasileiro, sob a inspiração do movimento de lei e ordem ou do expansionismo punitivo. Trata-se, igualmente, de uma medida conveniente para o problema da criminalidade desenfreada que afronta nossas instituições.

Na realidade, trata-se de indivíduos que não querem se ressocializar. Então, não há que se falar em finalidade da pena. Por mais que não convenha tratá-los de *não pessoas* como são denominados por Jakobs, é necessário precaver-se dos atos inconsequentes destes indivíduos perigosos e utilizar-se de medidas de segurança, pois a maioria não pode ficar detida e atemorizada diante da minoria que infringe reiteradamente as normas ditadas pelo Estado.

No entanto, ainda que se verifique a necessidade e a efetividade de tais medidas, não raro há rejeição com respeito ao RDD, por ser um instituto que, de certa forma, diminui as garantias do indivíduo, impondo-se medidas cautelares e antecipando as barreiras de punição, isto é, punindo-se atos preparatórios, ou ainda, meras suspeitas.

8 Conclusão

Diante de tal conjuntura apresentada, evidencia-se a procedência do movimento de Lei e Ordem, que conduz a máxima intervenção do Direito Penal. Prioriza-se a repressão ao crime com o objetivo de dar uma resposta ao medo da sociedade. O Estado social é deixado para dar lugar a um Estado penal, resultando no surgimento do chamado “Direito Penal do inimigo” como um Direito Penal máximo.

Fica claro que as mais recentes elaborações legislativas, seja em matéria substantiva, processual ou de execução penal, são vinculadas a uma política criminal respaldada em uma concepção dogmática em que se esquece da condição humana do autor do delito, permitindo a formulação de um Direito Penal do inimigo, em que se abrem portas às construções legislativas de matizes menos garantistas.

No entanto, as legislações trazem consigo uma mera legalidade e, por isso, são legitimantes, sendo aplicadas quando demandadas pelas circunstâncias do caso concreto, tanto como sanção, quanto em razão de medida cautelar de asseguramento. Logicamente, por tratar-se de privação de liberdade, as autoridades competentes devem empregá-la com cuidado, muito embora sem receio, quando tal instrumento se mostre útil, não permitindo que tais indivíduos perigosos venham a por em risco a segurança das demais pessoas, assim como a do próprio Estado.

Desta maneira, diante da criminalidade organizada, do terrorismo e de outras infrações penais perigosas, evidencia-se um Direito Penal de luta contra esses indivíduos envolvidos. Não obstante, ainda que isso seja exteriorizado através de normas, não se pode legitimá-lo como um Direito Penal do inimigo, pois este é um conceito doutrinal, crítico, mas não dogmático.

É possível afirmar que o Direito Penal de urgência perde a essência de seus fundamentos, deixa de ser um instrumento de proteção do cidadão para se tornar um mero instrumento de contenção social e gestão de riscos. O aumento de tipos penais e o endurecimento das penas são resultados de um Direito Penal simbólico que, ademais de tentar noticiar segurança para a sociedade, passa a ideia de que o Estado está ponderado ao aumento da criminalidade.

Diante deste cenário, não há dúvida de que a questão é relevante e remete a um dilema: ou as autoridades estatais utilizam métodos rigorosos, mas assimétricos, de luta contra o crime organizado, sendo capazes de cessar a continuidade de agressões à paz social ou estamos todos predestinados a assistir, de forma tímida e passiva, ao desmoronamento do Estado Democrático de Direito ante comportamentos criminosamente ousados.

Referências

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 137-145, 2004.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho penal del enemigo y Derechos fundamentales. In: *Derecho Penal del Enemigo*. El discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisafer, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del enemigo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2006.

DEMETRIO CRESPO. El “Derecho penal del enemigo” darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad. *ZIS*, set. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *El Derecho penal de autor*. Valencia: Tirant to Blanch, 2007.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 56, set./out. 2005.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Civitas, 2005.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: *Direito Penal e Funcionalismo*. Coord. E Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Derecho penal: parte general*. Trad. De Juaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el “Derecho penal del

enemigo”. In: *Derecho penal del enemigo*. Discurso penal de la exclusión. Cancio Meliá; Gómez-Jara Díez (Coord.). Madrid: Edisofer, 2006.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 61, p. 9-43, jul./ago. 2006.

ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luíz Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Derecho penal: parte general, fundamentos, a estrutura da teoria do delito*, Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et al. 4 ed. Madrid: Civitas, 2006. t.I.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.