



**SALOMÃO TAUMATURGO MARQUES**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A  
FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS  
INDIVIDUAIS**

**BRASÍLIA**

**2010**



**SALOMÃO TAUMATURGO MARQUES**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A  
FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS  
INDIVIDUAIS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso VII Curso de Teoria  
Geral do Direito Público do Instituto  
Brasiliense de Direito Público - IDP

Professor Orientador: André Pires Gontijo

**BRASÍLIA**

**2010**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico aos meus pais, por todo apoio e esforço despendido para proporcionar-me condições necessárias a minha formação pessoal e profissional; aos meus amigos, pelo carinho e afeto; à Deus, dedico o meu agradecimento maior, porque têm sido tudo em minha vida; à todos vocês, meu muito obrigado!

Agradeço as orientações do Professor André Pires Gontijo pelo acompanhamento e relevante orientação para o desenvolvimento dessa monografia.

## **RESUMO**

O avanço da criminalidade, por conseguinte, a necessidade de manter o controle jurisdicional, nos obriga a refletir sobre a possibilidade da flexibilização de garantias individuais, em benefício da coletividade e da seguridade social. Realizou, então, um estudo comparado, a qual permitiu a compreensão do tema e a importância de preservar as garantias individuais, utilizando o sistema penal como último recurso de contenção social.

Palavras-chave: Garantias individuais – flexibilização – sistema penal brasileiro e garantias individuais.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>CAPÍTULO I: Considerações acerca do Direito Penal do Inimigo</b> .....	09
1.1 Evolução histórica .....	09
1.2 A tendência atual da política criminal .....	10
1.3 O criminoso como não-pessoa .....	13
1.4 Críticas doutrinárias ao direito penal do inimigo .....	15
<b>CAPÍTULO II: A expansão da criminalidade</b> .....	16
2.1 A globalização como causa de aumento da criminalidade .....	16
2.2 Direito penal como instrumento de contenção criminal .....	18
<b>CAPÍTULO III: Da flexibilização dos direitos fundamentais como principal instrumento de contenção da criminalidade</b> .....	20
3.1 O direito penal do inimigo e as garantias constitucionais .....	20
3.2 Direitos humanos e Estado de direito .....	22
<b>CONCLUSÃO</b> .....	24
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	26

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata da flexibilização das garantias individuais diante da previsão penal para determinados crimes, classificada como “terceira velocidade do direito penal”<sup>1</sup>. Esse estudo trata de uma abordagem crítica a respeito do aumento da criminalidade e conseqüente crescimento do sistema penal, especificamente no que diz respeito à forma como o Estado passa a classificar o indivíduo transgressor, sendo feita uma análise do sistema punitivo desenvolvido de forma paralela com garantias individuais.

Partindo dessa base, foi realizada, então, uma análise dos sistemas e métodos punitivos adotados, da problemática do combate à criminalidade e do direito do inimigo.

Para tanto, o presente trabalho é baseado no conceito básico do direito penal do inimigo e da análise do sistema penal atual.

É importante observar que, uma das grandes críticas no âmbito do Direito Penal atual é ao fato de o mesmo ser utilizado como principal forma de controle social.

A presente pesquisa realiza uma análise sobre o direito penal do inimigo e a flexibilização das garantias individuais, calcando-se em definições doutrinárias.

Fez-se no segundo capítulo, um estudo sobre a flexibilização de garantias individuais como resultado da expansão da criminalidade, um paradigma à luz da evolução social.

---

<sup>1</sup> BONHO, Luciana Tramontin. **Breves apontamentos e críticas sobre o direito penal do inimigo.**  
Fonte: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=997](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=997).  
Data de acesso: 14.02.2010, 14h00.

No terceiro capítulo tratou-se da flexibilização dos direitos fundamentais como principal instrumento de contenção da criminalidade, a saber, ser a flexibilização a violação ou não de garantias individuais ressalvadas pela Constituição Federal.

## **CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**



Para entender um pouco sobre a flexibilização das garantias individuais no atual sistema penal, toma-se como base a análise do aumento da criminalidade e a tendência de utilização do Direito Penal como principal método de supressão da liberdade individual. Para tanto, cabe-nos observar que a evolução do sistema Penal, assim como do Direito em sentido geral, segundo nos mostra a história, acompanhou a evolução humana e conseqüentemente a da criminalidade.

### 1.1 Evolução histórica

Segundo dispõe Luciana Tramontin, por sua vez aludindo à obra de Jakobs, o Direito Penal do inimigo tem suas bases calcadas na filosofia e, entre outros filósofos ressalta como elemento de fundamentação do direito penal do inimigo os conceitos de inimigo elaborados por Kant e Hobbes, basilar da obra de Jakobs.<sup>2</sup>

A partir do período iluminista surge uma nova visão, sobre o Direito Penal. O homem começa a tomar consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. É nessa fase, insurgindo contra o desumano panorama penal da época, que foi escrita a obra “Dos Delitos e das Penas”, cujo título original é *Dei Delitti e delle pene*, pelo filósofo e marquês de Beccaria, Cesare Bonesana.

Foucault critica e pondera sobre a reforma idealizada pelos iluministas, exaltada pelos historiadores, dizendo que:

[...] o verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de

---

<sup>2</sup> BONHO, Luciana Tramontin. **Breves apontamentos e críticas sobre o direito penal do inimigo.**  
Fonte: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=997](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=997).  
Data de acesso: 14.02.2010, 18h00.

princípios mais eqüitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem.<sup>3</sup>

Assim, a estrutura política e social são, historicamente, ligadas a economia estatal, sendo ambas resultado desta economia.

## 1.2 A tendência atual da política criminal

O direito penal atual foge aos basilares da ideologia iluminista que tratava a pena como forma de proteção social, a realidade dos sistemas punitivos atuais retrata um direito simbólico<sup>4</sup> de forma a comprovar a tendência do mesmo a se afastar constantemente da finalidade idealizada no período iluminista. A flexibilização tem por conseqüência o endurecimento das penas e a utilização das mesas apenas como instrumento de contenção, não sendo observadas as garantias do indivíduo, que ora resta classificado como inimigo.<sup>5</sup>

A tendência atual da política criminal centraliza a resposta à crise vivenciada na utilização da pena, como se não existissem outros mecanismos de controle social válidos, ou ao menos igualmente eficazes.<sup>6</sup>

O surgimento de novos delitos decorrentes dos riscos pós-modernos tem como conseqüência a expansão do Direito Penal, o que se classifica como terceira velocidade do direito penal.

---

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 26 ed., Petrópolis: Vozes, 2002. Pg. 68.

<sup>4</sup> Seletividade do Direito, funcionalidade eventual, ou seja, aplica-se apenas a determinados indivíduos de forma simbólica para mostrar a sua eficácia.

<sup>5</sup> BONHO, Luciana Tramontin. **Breves apontamentos e críticas sobre o direito penal do inimigo.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=997](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=997). Data de acesso: 14.02.2010, 18h00.

<sup>6</sup> CALLEGARI, Andre Luis e MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política Criminal: A contaminação do Direito Penal Ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a terceira velocidade do Direito Penal.** REVISTA DOS TRIBUNAIS - v.97 n.867 jan. / 2008.

A terceira velocidade é elemento do Direito Penal do Inimigo, no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a flexibilização dos princípios político-criminais e as regras de imputação.<sup>7</sup>

Atualmente apesar de observa-se uma sociedade a obstar a utilização das penas privativas de liberdade, ou seja, voltado a despenalização, por fundamentos calcados na inviabilidade econômica e política de mantê-la, o aumento da criminalidade gera inegavelmente o crescimento dos dispositivos penais, “no entendimento de Roxin, este crescimento por sua vez caracteriza a diminuição das penas privativas de liberdade pela sua inviável manutenção pelo Estado”<sup>8</sup>.

Os delitos decorrentes da globalização, a chamada “macrocriminalidade”, exigem um caráter de prevenção e praticidade do Direito Penal<sup>9</sup>, o que deveria ser utilizado como ultima alternativa forma de repressão passa a ser o principal método de contenção do avanço criminal.

O Direito Penal torna-se mais rígido com fins reprimir o crescente avanço da criminalidade e por conseqüência a inobservância dos princípios fundamentais, o indivíduo infrator passa a ser tratado como inimigo da sociedade, com isso é tratado de forma diferenciada, não sendo respeitados seus direitos individuais como o dos demais indivíduos da coletividade.

A conseqüência da flexibilização das garantias individuais e das regras de imputação faz surgir um sociedade fundamentada no sistema punitivo, onde o

---

<sup>7</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Ed. Livraria do Advogado. Capítulo II. Pg. 69.

<sup>8</sup> BONHO, Luciana Tramontin. **Breves apontamentos e críticas sobre o direito penal do inimigo**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=997](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=997). Data de acesso: 14.02.2010, 18h00.

<sup>9</sup> BONHO, Luciana Tramontin. *Ob. cit.*

indivíduo infrator passa a ser marcado por essa ação<sup>10</sup>, segundo Luciana Tramontin, ele é visto como não cidadão.

Surge o direito do inimigo, cujos fundamentos estão calcados em sólidas bases tal como a já citada obra de Günther Jakobs, em contraposição ao estado de direito, tratando os direitos individuais de forma secundária, classificando os interesses coletivos com prioridade do sistema e, por conseguinte, do Estado, ao qual cabe a proteção da mesma e para tanto se necessário pode se utilizar dos métodos necessários a atingir esta finalidade.

A terceira velocidade do direito, este destinado a terminados delitos, julgados graves, com a relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e supressão de garantias processuais e de execução penal, onde estaria inserto o chamado Direito Penal do Inimigo.<sup>11</sup>

O termo inimigo é utilizado para definir qualquer indivíduo que destoar das regras da sociedade da qual é parte integrante. Dizendo-se legítimo infligir, em favor do Estado, um dano a um indivíduo classificado como tal.<sup>12</sup>

Aplicar o direito penal do inimigo dentro de um Estado democrático é uma realidade conflitante, tendo em vista principalmente a supressão das garantias penais e processuais, contudo nota-se impregnado no sistema penal vestígios dessa repressão, que como anteriormente mencionado é o principal método de controle social

---

<sup>10</sup> BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas: lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Trad. da revisão original italiano por Ana Lúcia Sabadell. Alemanha: Universidade de Saarland, 1990. Pg. 60.

<sup>11</sup> CALLEGARI, Andre Luis e MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política Criminal: A contaminação do Direito Penal Ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a terceira velocidade do Direito Penal**. REVISTA DOS TRIBUNAIS - v.97 n.867 jan. / 2008.

<sup>12</sup> BONHO, Luciana Tramontin. **Breves apontamentos e críticas sobre o direito penal do inimigo**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=997](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=997). Data de acesso: 14.02.2010, 18h00.

do Estado “direito penal transforma se em um instrumento repressivo e simbólico do sistema penal”.<sup>13</sup>

A periculosidade é o elemento essencial de caracterização do inimigo, sendo o direito do inimigo de coibir danos futuros. Utilizando-se do argumento de ser o bem da sociedade um bem maior, Jakobs julga ser a custódia da segurança, pelo Estado, uma instituição jurídica, nestes termos devendo este utilizar-se de todos os meios necessários a preservação do interesse público.<sup>14</sup>

### 1.3 O criminoso como não-pessoa

Os inimigos na teoria do Direito Penal do Inimigo são considerados não-pessoas, visto que a condição de inimigo significa privação e negação da condição de pessoa e sua consideração como não-pessoa. Destarte, são privados do exercício de direitos inerentes aos cidadãos, típicos de um pleno Estado de Direito.

O ponto fulcral das críticas a supracitada teoria em estudo é a exclusão dos denominados, esta questão da exclusão dos inimigos da condição mínima de pessoa, entrando em confronto direto com às garantias e direitos humanos , que tem como maior. Nesse diapasão:

A privação e a negação da condição de pessoa a determinados indivíduos, declarados como inimigos, constituem, pois, o paradigma e o centro de gravidade em torno do qual é construído o Direito Penal do inimigo como um ordenamento punitivo diferente, excepcional e

---

<sup>13</sup> CALLEGARI, Andre Luiz e DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais**. Revista dos Tribunais- v.96- n.862 -ago. 2007.

<sup>14</sup> BONHO, Luciana Tramontin. Breves apontamentos e críticas sobre o direito penal do inimigo. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=997](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=997). Data de acesso: 14.02.2010, 13h00.

autônomo com relação ao Direito Penal comum, da normalidade ou do cidadão.<sup>15</sup>

O conceito inimigo, como ensina Jakobs teria o sentido de:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo.<sup>16</sup>

Segundo Ulfrid Neumann, entre outros críticos dessa teoria voltados ao combate ao inimigo do Estado:

A reviravolta decisiva no que concerne ao significado de ‘pessoa’ para o conceito de ‘direito penal do inimigo’ resulta, porém, do estabelecimento dos pressupostos que devem ser satisfeitos para que se possa reconhecer a um ser humano o status de pessoa.<sup>17</sup>

E continua:

Fundamental, no entanto, é que seja realçado como pressuposto do status de pessoa não o comprometimento normativo do indivíduo através de deveres, mas o próprio cumprimento desses deveres. A pessoa não será, assim, definida pelas expectativas normativas a ela endereçadas, pelo papel que ela tem, mas pelo fato de que ela desempenhe esse papel.<sup>18</sup>

A definição do infrator como não-pessoal viabilizaria a aplicabilidade do direito penal do inimigo.

#### **1.4 Críticas doutrinárias ao direito penal do inimigo**

---

<sup>15</sup> GRACIA MARTIN, Luis. **O horizonte do finalismo e o Direito penal no inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007, p. 133.

<sup>16</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.30.

<sup>17</sup> NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Bimestral. Ano 15, n. 69, novembro-dezembro de 2007, p. 171.

<sup>18</sup> NEUMANN, Ulfrid. *Ob. Cit*

A tese do direito penal do inimigo tem recebido inúmeras críticas por parte da doutrina, diante do fato da plena vigência de Estados Democráticos de Direito, ainda existem algumas puramente emocionais, porém muitas fortemente embasadas.<sup>19</sup>

Ante o exposto caracteriza-se o Direito Penal do Inimigo como reação do sistema jurídico, frente aos problemas sociais. Com o entendimento de legitimação do direito penal do inimigo, este se torna questionável. O direito penal de urgência deixa de ser mecanismo de proteção passando a atuar como mero sistema de contenção social.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> BONHO, Luciana Tramontin. **Breves apontamentos e críticas sobre o direito penal do inimigo.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=997](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=997). Data de acesso: 14.02.2010, 13h00.

<sup>20</sup> BONHO, Luciana Tramontin. *Ob. Cit*

## CAPÍTULO II - A EXPANSÃO DA CRIMINALIDADE

A criminalidade é um dos maiores problemas enfrentados pelas autoridades públicas atualmente, nota-se a grande tendência do Estado em suprimir as garantias individuais ao utilizar o direito penal como principal método de contenção social, classificando o infrator como “inimigo<sup>21</sup>”.

O campo político e social interno é influenciado por vários fatores, entre eles, podemos citar o sistema neoliberal. A grande expansão da globalização tem como consequência o avanço desordenado do desemprego nos setores urbanos, o que de forma indireta, tem como reflexo o aumento dos níveis de criminalidade.

O crescimento desordenado das grandes capitais e a falta e a falta de política social capaz de suprir as necessidades mínimas do indivíduo, de proporcionar-lhe a mínima dignidade, leva a repartição da sociedade e formação de diversas estruturas menores, as sub-culturas. Estruturas políticas formadas por indivíduos com determinadas características e finalidades compatíveis.

### 2.1 A globalização como causa de aumento da criminalidade

Zaffaroni faz alusão ainda a evolução tecnológica, um requisito da globalização, como responsável por um dos grandes fatos da criminalidade, o desemprego, ensina ele que:

---

<sup>21</sup> BONHO, Luciana Tramontin. **Breves apontamentos e críticas sobre o direito penal do inimigo.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=997](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=997). Data de acesso: 14.02.2010, 13h00.



Isso vai produzindo uma programação mundial, que, em um certo sentido, tem uma forma de funil. Para sobreviver, a produção, a indústria, tem de vender. Mas, se cada vez vai produzindo e empregando menos pessoal, então tem que inventar serviço, porque de outro jeito não vai ter demanda, vai cair a demanda. Mas, isso tem pouca importância para a economia de especulação, economia das negociações de um dinheiro futuro. E a exclusão paulatina de pessoal do sistema produtivo, a insuficiente invenção de serviços, isso vai criando uma massa de excluídos. Nos nossos países periféricos isso é muito mais claro, mas nos países centrais também está se anunciando.<sup>22</sup>

Nesse diapasão, abordando os efeitos econômicos como grandes precursores das características peculiares da sociedade, a globalização junto ao crescimento popular desordenado são responsáveis político e socialmente pela formação social de uma nação, assim a sua desestruturação é um dos principais fatores que geram a expansão criminal.

Analisando as atuais políticas sociais, é notório que “o próprio Estado, ao recusar-se a prática de políticas sociais, deixando ao desamparo justamente a parcela mais carente da população, está certamente contribuindo para o aumento da violência”.<sup>23</sup>

A responsabilidade estatal é um dos principais difusores da expansão do Direito Penal. Nesse contexto, tem-se como ponto fulcral “a política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado”.<sup>24</sup>

O avanço da globalização dentro de uma política estatal neoliberal desencadeia o surgimento de efeitos negativos, os quais, o Estado procura conter através

---

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Conferência de Abertura. In. KARAM, Maria Lúcia. **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 22.

<sup>23</sup> CERQUEIRA, Átilo Antonio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. Curitiba: Juará, 2002, p. 69.

<sup>24</sup> CARVALHO, Salo de. A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In. KARAM, Maria Lúcia. **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 95.

de uma política de direito penal máximo, utilizando-se da coerção como principal método do seu sistema de contenção do avanço criminal.

## **2.2 Direito penal como instrumento de contenção criminal**

O direito penal passa a ser visto como primeiro recurso na contenção da criminalidade, aqueles que agirem de forma diversa da estrutura estabelecida pelo Estado serão punidos, existirá a retribuição pela ação ou omissão que também servirá de exemplo para evitar que outros cometam o mesmo fato classificado como reprovável.

O direito penal sempre trabalhou com a missão de tutela de bens jurídicos. A dogmática sempre justificou a intervenção punitiva a partir da necessidade de proteção dos principais interesses do corpo social, transformando-os em bens jurídicos. Em realidade, acabamos caindo numa cilada. Baratta apontou maravilhosamente bem este problema em belíssimo artigo publicado numa das primeiras revistas do IBCCrim. Sustenta que esta justificativa é circular. A legitimidade da intervenção penal é fornecida pelas próprias práticas punitivas. Segundo o discurso dogmático, a missão do direito penal é a tutela dos bens jurídicos da humanidade. No entanto, esta mesma dogmática conceitua bens jurídicos como sendo aqueles valores fundamentais salvaguardados pelo direito penal, ou seja, trata-se de um discurso auto-referencial, aparentemente paradoxal, mas serve utilitariamente para auferir legitimidade a qualquer intervenção (moral) punitiva.<sup>25</sup>

Destarte, o Direito Penal que deveria ser usado em última instância como forma de controle social, passa a ser tido como resposta a toda e qualquer manifestação de descontrole social, causados por problemas estruturais, políticos e etc.

A flexibilização de direitos individuais dos cidadãos garantidos pela Constituição Federal, faz com que a imputação do crime e sua retribuição incida com peso sobre o indivíduo, em detrimento da realização ou não do fato praticado.

---

<sup>25</sup> CARVALHO, Salo de. **A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado.** In. KARAM, Maria Lúcia. **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117.

No diapasão da flexibilização, predomina a opinião da acerca da terceira velocidade do Direito Penal. Um de seus principais precursores é Jesús-Maria Sílvá Sánchez,<sup>26</sup> que trata em sua obra a criminalidade global e a violação de garantias individuais e detrimento de medidas penais mais severas.

Acerca da difusão da idéia do uso do Direito Penal como principal instrumento de contenção da criminalidade Zaffaroni ensina que diante da falta de estrutura política-social, opto-se pela repressão como forma de contenção e que a mídia é um de seus precursores:

E acharam que a maneira mais simples de enviar essa mensagem é a lei penal. Todo problema social vira problema penal: a droga, a violência, psiquiatria, tudo vira penal, tudo. Nada acontece sem que algum legislador, algum deputado, algum senador não faça um projeto de lei penal. Não vão fazer projetos de leis administrativas. É mais complicado. [...] E o sujeito tem cinco minutos na televisão. Para a vida e para a presença de um político isso é imprescindível.<sup>27</sup>

Assim, o Estado se utiliza do direito penal como resposta a toda e qual manifestação contraria a sua vontade.

---

<sup>26</sup> SÍLVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luis Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Conferência de Abertura, In. KARAM, Maria Lúcia. **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 24.

## **CAPÍTULO III - DA FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS EM DETRIMENTO DA COLETIVIDADE**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil se tornou-se um país regido por Democracia Representativa, mas não somente isso. Denominado de forma literal como Estado Democrático de Direito, segundo Kelsen:

[...] um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. Estado de direito nesse sentido específico, é às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de expressão e pensamento, são garantidas.<sup>28</sup>

### **3.1 O direito penal do inimigo e as garantias constitucionais**

A Constituição de 1988 trouxe extenso arcabouço garantidor do ordenamento jurídico pátrio, notadamente no que tange ao Direito Penal:

Os valores abrigados pela Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhe as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais.<sup>29</sup>

Logo, árdua é a tarefa de se harmonizar de alguma forma a estrutura legal vigente sob a égide da Constituição de 1988 como Direito Penal do Inimigo. Em teoria, tal possibilidade de conjugação seria muito difícil caso se tencionasse estabelecer o Direito Penal do Inimigo em sua forma pura e integral.

---

<sup>28</sup> KELSEN, apud VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.41.

<sup>29</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.7.

O Direito Penal do Inimigo, tal qual a doutrina da Defesa Social, possui, em teoria, definição clara da legitimidade do Estado para combater aqueles tidos como desviantes:

O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.<sup>30</sup>

Neste impasse entre discursos legitimantes e desafios emergenciais, o Estado e sua relação com a questão penal torna-se de suma importância, pois envolvem questões relativas às garantias individuais dos cidadãos e aos respectivos limites de intervenção estatal.

A flexibilização de garantias e direitos baseada em bases conceituais instáveis o que traz a insegurança típica de sistemas autoritários e absolutistas. A simples aceitação de não-pessoas e neste caso, a aplicação de punição extremada pelo Estado, requer uma análise profunda sobre a questão. Esse é o tema que será abordado no próximo capítulo.

Nesse diapasão fala-se em Estado de Direito, segundo Carré:

Por Estado de Direito se deve entender um Estado que, em suas relações com seus súditos e para a garantia do estatuto individual destas, submete-se ele mesmo a um regime de direito, porquanto encadeia sua ação com respeito aos cidadãos em um conjunto de regras, das quais algumas determinam os direitos outorgados aos cidadãos e outras estabelecem previamente as vias e os meios que poderão se empregar com o objetivo de realizar os fins estatais: duas classes de regras que tem por efeito comum limitar o poder do Estado, subordinando-o à ordem jurídica que consagram.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do Direito Penal.** Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos - Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.42.

<sup>31</sup> MALBERG, Carré de apud MARTINEZ, Vinício C. **As calendas do Estado de Direito.** In. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3086>>. Acesso em: 10 Fev. 2010, 10h00.

### 3.2 Direitos humanos e Estado de direito

Sobre a relação entre o Estado de Direito e os Direitos Humanos,

Fábio Konder Comparato ensina que:

Se a primeira geração dos direitos humanos consistiu na definição e preservação das liberdades fundamentais – de locomoção, de religião, de pensamento e opinião, de docência e aprendizado, de correspondência, de voto etc., a segunda, inaugurada no início deste século, correspondeu à montagem de um mecanismo estatal que dispensasse, a todos, certas prestações sociais consideradas básicas, como a educação, a saúde, as oportunidades de trabalho, a moradia, o transporte, a previdência social. A diferença específica entre essas duas gerações de direitos humanos é de primeira intuição: enquanto o respeito à liberdade supõe a não-interferência estatal na esfera de vida própria do ser humano, seja individualmente, seja em grupos sociais, a realização daquelas prestações sociais implica, ao contrário, uma sistemática intervenção do Estado nas relações privadas, limitando a liberdade individual ou grupal. Assim as liberdades são, basicamente, direitos humanos contra a ação estatal, ao passo que a exigência de prestações sociais se dirige contra a omissão do Estado.<sup>32</sup>

A entidade política chamada de Estado, por dispor do poder de decisão sobre os rumos da sociedade, adquire certa autonomia entre os vários interesses envolvidos, e este fato deve ser observado com bastante cuidado, pois a quebra dos limites previamente estabelecidos torna-se mais viável, ou pelo menos mais visível, se não houver um controle rígido e objetivo.

Embasando-se nas críticas e observações doutrinárias desenvolvidas até então, a incompatibilidade do Direito Penal do inimigo com os nortes do Estado de Direito mostra-se flagrante, pois expõe a quebra de uma estrutura de direitos e princípios que foi justamente montada para evitar excessos e desvios estatais.

---

<sup>32</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos Humanos e Estado**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato3a.html>>. Acesso em: 18 Fev. 2008, 13h00.



## CONCLUSÃO

Concluí-se, então, que a evolução das idéias penais foi grande, acompanhando o desenvolvimento histórico e civilizatório da própria humanidade. Porém, não se pode negar que há muitas discussões em relação à justiça das penas atuais, à desproporcionalidade das mesmas ao crime praticado, o que faz com que se busque constantemente minimizar os males causados pelo poder, privilégio e egoísmo de poucos, ou seja, os que detêm o poder soberano, que deixa, à maioria, a miséria e fraqueza.

No momento atual e globalizado, o quadro econômico-político alcança maiores dimensões e acaba se refletindo diretamente no aumento dos níveis criminais das sociedades, com a exclusão de uma grande parcela da população marginalizada. No tratamento desses desconformes ao sistema neoliberal, privilegiam-se as soluções penais de controle e contenção, de cunho muito mais simbólico do que propriamente técnico e analítico.

Paralelo a isso, o discurso penal tornou-se o diferencial para a conquista de interesses e conveniências políticas. Um dos principais pontos da pesquisa foi demonstrar o ressurgimento do papel do Direito Penal como esperança coletiva de se minimizar a sensação de insegurança e o medo instalado, frente aos novos desafios estruturais da sociedade. Os destinatários das normas penais são atualizados e a eleição de novos inimigos do Estado torna-se inevitável.

Demonstrou-se perfunctoriamente, alguns dos principais elementos caracterizadores da proposta de Jakobs. Aspectos estes vistos como sendo requisitos necessários e eficazes para a justa estabilização da norma vigente e para a defesa do Estado moderno, em tempos de emergência.



Dentro desta proposta doutrinária, muitas incompatibilidades foram detectadas e concluiu-se pela desconformidade de tal teoria, quando em confronto com as definições garantistas próprias do Estado de Direito. O Direito Penal do inimigo, como exemplo de uma tendência doutrinária de exceção, não encontra viabilidade prática de aplicação nos moldes de um legítimo Estado de Direito, mas somente ganha espaço e sustentação com o avanço das arbitrariedades peculiares ao conhecido como Estado de polícia e de seu poder punitivo inerente. Eterna dialética entre os limites do Estado de Direito e do Estado de polícia, a não observância de direitos e garantias mínimas dos cidadãos, sejam estes definidos como inimigos ou não, torna-se um fator extremamente preocupante que não deve prosperar.

Principalmente quando se constata que no final das contas, o Estado sempre será o detentor do poder punitivo e atuará como o juiz que elegerá os destinatários penais. Mesmo em tempos de emergência, ou se garante o mesmo direito a todos indivíduos, sem distinção, num perfeito Estado de Direito, ou se cai na ilusão de um putativo Estado absoluto “equilibrado”, como pretende o Direito Penal do inimigo.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do Direito Penal.** Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos - Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Col. A Obra Prima de cada Autor. Tradução de Torrieri Guimarães. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003;

BONHO, Luciana Tramontin. **Breves Apontamentos e Críticas sobre o Direito Penal do Inimigo.** Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=997](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=997). Data de acesso: 14.02.2010.

CALLEGARI, Andre Luis e DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais.** REVISTA DOS TRIBUNAIS - v.96 n.862 ago. / 2007.

CALLEGARI, Andre Luis e MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política Criminal: A contaminação do Direito Penal Ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ou a terceira velocidade do Direito Penal.** REVISTA DOS TRIBUNAIS - v.97 n.867 jan. / 2008.

CARVALHO, Salo de. **A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado.** In. KARAM, Maria Lúcia. **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos Humanos e Estado.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato3a.html>>. Acesso em: 18 Fev. 2008.

GRACIA, Martin Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, apud VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MALBERG, Carré de apud MARTINEZ, Vinício C. **As calendas do Estado de Direito**. In. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3086>>. Acesso em: 10 Fev. 2010.

NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Bimestral. Ano 15, n. 69, novembro dezembro de 2007.

SANTOS, Marcelo Henrique dos. **Visão Garantista do Direito Penal do Inimigo**. REVISTA JURIDICA: FACULDADE DE DIREITO DE ANAPOLIS - v.6 n.10 jul. / dez. 2004.

SÍLVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luis Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Conferência de Abertura, In. KARAM, Maria Lúcia. **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.