

**ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL
DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS**
*CRITICAL ANALYSIS OF THE ENEMY
CRIMINAL LAW BY GÜNTHER JAKOBS*

*Rachel Cardoso Pilati **

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar criticamente o Direito Penal do inimigo, verificando sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito e o princípio penal do fato. A primeira parte traz um panorama da política criminal atual no Brasil, situa a teoria do Direito Penal do inimigo nesse contexto, e explica a teoria de Jakobs. No segundo tópico, a teoria de Jakobs é analisada criticamente.

Palavras-chave: Direito Penal. Inimigo. Jakobs. Estado Democrático de Direito. Princípio Penal do Fato.

Abstract: This article has the objective to critically analyse the Enemy Criminal Law, verifying the compatibility with the Democratic State of Law and the penal principle of the fact. The first section brings a panorama of the present criminal politics in Brazil, situates the Enemy Criminal Law in this context and explains the Jakobs theory. In the second topic, the Jakob's theory is also analysed in a critical way.

Key words: Enemy Criminal Law. Jakobs. Democratic State of Law. Penal Principle of the Fact.

* Assessora Jurídica do Ministério Público de Santa Catarina. Mestranda em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: <rachelpilati@hotmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar criticamente o Direito Penal do inimigo, sua inserção no Estado democrático de direito e sua concordância com os princípios constitucionais. O direito penal do inimigo é uma proposta de contenção do poder punitivo realizada por Gunther Jakobs – diante do contexto mundial de recrudescimento da legislação penal - em sua obra “Direito Penal do Inimigo – noções e críticas”, de 2003. Günther Jakobs é um doutrinador alemão, catedrático de direito penal e filosofia na Universidade de Bonn, na Alemanha. É discípulo de Hans Welzel e criador do funcionalismo sistêmico, modelo que tem influência direta em sua proposta do direito penal do inimigo.

Jakobs propõe o tratamento diferenciado para alguns delinquentes, em especial os criminosos graves, como os terroristas, aos quais se deve aplicar não penas, mas medidas de contenção. Ou seja, ao cidadão que comete um delito, seriam asseguradas as devidas liberdades e garantias penais; o inimigo, ao contrário, não goza do *status* de pessoa e, por isso, não se deveria adotar contra ele o devido processo legal, mas um procedimento de guerra. A proposta é alvo de críticas por inúmeros autores, os quais questionam sua introdução no Estado Democrático de Direito, bem como sua compatibilidade com princípios constitucionais.

O artigo é dividido em dois tópicos. No primeiro, dar-se-á um panorama da política criminal atual no Brasil, situando a teoria do Direito Penal do inimigo nesse contexto, além de explicar a teoria de Jakobs. No segundo, será analisada a teoria de Jakobs criticamente, procurando verificar sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito e com o princípio penal do fato.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO: PANORAMA, TEORIA E CARACTERÍSTICAS

2.1 PANORAMA DA POLÍTICA CRIMINAL NO BRASIL E NO MUNDO

A política criminal atualmente tende à expansão do direito penal. Observou-se, nos últimos tempos, a rápida passagem de modelos abolicionistas e reducionistas aos que defendem o alargamento do poder punitivo. No Brasil, o início dos anos oitenta do século XX caracterizava-se por movimentos liberais. No entanto, o final daquela década começava a revelar movimentos de recrudescimento do direito penal, na esteira dos Estados Unidos da América (o chamado “movimento de lei e ordem”) e da Europa. É nesse contexto que se fala em direito penal do inimigo. Sobre o atual contexto da política criminal, Cancio Meliá leciona:

As características principais da política criminal praticada nos últimos anos podem resumir-se no conceito da ‘expansão’ do Direito Penal. Efetivamente, no momento atual pode ser adequado que o fenômeno mais destacado na evolução atual das legislações penais do ‘mundo ocidental’ está no surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores.¹

Alice Bianchini destaca que:

Esta nova perspectiva passa a dominar o cenário político social, tendo sido responsável pela edição de inúmeras leis cujas características principais repousam na idéia de que o Direito Penal deve representar um instrumento de combate à criminalidade, sendo que para tal há que se instituir uma ordem penal o máximo possível repressiva, reduzindo cada vez mais benefícios de ordem penal, processual penal e de execução penal.²

De fato, a sociedade pós-industrial se caracteriza pelos movimentos neocriminalizadores, que ressaltam o caráter simbólico da pena, dando ensejo ao aparecimento de novas condutas (antes atípicas), à antecipação a tutela penal, proliferação dos crimes de perigo abstrato e presumido e recrudescimento das penas. Doutrinadores entendem que:

A política criminal descrita tem, como correlato inevitável, uma dogmática penal com perfil próprio, que excepciona sistematicamente os princípios e categorias clássicas da dogmática tradicional. (...) Coloca-se em marcha um desenfreado movimento neocriminalizador, com a conseqüente incriminação de condutas tradicionalmente atípicas ou com a ampliação desmedida de figuras delituosas preexistentes. E tudo isso com um rigor penal desproporcional, característico de uma legislação defensiva, regida evidentemente por uma orientação (puramente) simbólica.³

Para Zaffaroni, a situação mundial é fator determinante desse fenômeno. Vive-se numa sociedade de consumo, em que a concentração de capital se sobrepõe a qualquer outro tipo de valor, recrudescendo a reação punitiva. Segundo o autor:

(...) durante o último século e meio - minimizava-se com pouco esforço a desconexão da doutrina penal com a teoria política. Todavia, essa situação mudou (...) porque as circunstâncias do mundo variaram de modo notório, em razão de uma pluralidade de sinais alarmantes: o poder se planetarizou e ameaça com uma ditadura global; o potencial tecnológico de controle informático pode acabar com toda intimidade; o uso desse potencial controlador não está limitado e nem existe forma de limitá-lo à investigação de determinados fatos; as condições do planeta se deterioram rapidamente e a própria vida se encontra ameaçada. Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico.⁴

Silva Sanchez⁵ explica que a expansão do direito penal pode ser explicada, em primeiro lugar, pelo surgimento de “novos interesses” a serem tutelados.

O surgimento de algumas realidades que antes não existiam (as instituições econômicas de crédito ou de inversão, por exemplo), a deterioração de bens outrora abundantes (como o meio ambiente) e a valorização de realidades que sempre existiram (como o patrimônio histórico e artístico), dão origem a novos bens jurídicos a serem tutelados penalmente. Com o advento desses novos bens, é inevitável que haja uma razoável expansão do direito penal, que, por vezes, torna-se desarrazoada.

Por outro lado, há o aparecimento dos novos riscos, advindos do avanço tecnológico e da exclusão social de uma enorme parcela de indivíduos, arrastados para a marginalidade, situação essa agravada pela falência do Estado de bem-estar.

Os riscos, de fato, existem, mas são vividos de forma aguda, maximizada, pelas pessoas. A rapidez nas mudanças da sociedade gera um sentimento de falta de controle sobre as situações, ocorrendo a “institucionalização da insegurança”.⁶ Sobre a chamada sociedade da “insegurança sentida”, escreve Jesús-María Silva Sanchez:

(...) nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da ‘insegurança sentida’ (ou como a sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma extremamente aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os ‘novos riscos’ – tecnológicos e não-tecnológicos – existem. Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.⁷

Paralelamente, desenvolve-se o fenômeno midiático que propaga através dos meios de comunicação de massa, crimes atrozes, desastres naturais, fatos assustadores, reforçando a sensação de insegurança na população e a necessidade de conter o avanço da violência e dos riscos incontrolláveis.

Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que tal propaganda se caracteriza por seu discurso planetário único, puramente emocional, ideologicamente vazio e sem aparato científico, difundido pela mídia de massa, própria da globalização.

Tal discurso utiliza a mesma técnica “völkisch” (ou popularesca), criada pelo velho autoritarismo do século XX, e que serviu para embasar regimes fascistas e nazistas da época. Essa técnica, de acordo com Zaffaroni, “consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez”⁸.

A sociedade de insegurança, como subproduto da sociedade de risco, alimentada pela propaganda popularesca e globalizada, é terreno fértil para o crescimento de tais movimentos de expansão do direito penal e para propostas de contenção como o Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs. Segundo preleciona Cornelius Prittitz:

As tendências atuais mais importantes e a situação atual do direito penal e da política criminal podem ser descritas com bastante exatidão pelos dois conceitos direito penal do risco e direito penal do inimigo. (...) Por detrás destes conceitos e concepções esconde-se, na realidade, (...) a expansão do direito penal (...), paralelamente à redução paulatina das liberdades civis. O problema é intensificado por duas tendências: primeiramente pelas tendências de desnacionalização (europeização, internacionalização, globalização) do direito criminal, evoluções que não são prejudiciais em si, mas que aprofundam e intensificam a tendência assumida pelo direito penal em cada situação dada. E em segundo lugar, pela importância crescente da mídia, principalmente da mídia eletrônica de massas, que exerce sobre a política criminal do Estado uma pressão à qual é difícil resistir.⁹

Diante deste contexto de recrudescimento da legislação penal e avanço do poder punitivo, a proposta de contenção de Günther Jakobs, com seu Direito Penal do inimigo, foi a que causou maior polêmica. Neste sentido, afirma Zaffaroni:

Embora exista um amplo consenso a respeito da descrição do fenômeno de endurecimento da legislação penal nas últimas décadas, não há acordo quanto à resposta que o saber jurídico penal deve dar a esse fenômeno. (...) A proposta tática de contenção que provocou mais amplo debate foi a formulada por Günther Jakobs. O Professor de Bonn chamou de direito penal do inimigo o tratamento diferenciado de alguns delinquentes – em especial os terroristas –, mediante medidas de contenção, como tática destinada a deter o avanço desta tendência que ameaça invadir todo o campo penal.¹⁰

Apesar de seu caráter reacionário, a teoria de Jakobs teve o mérito de desnudar a situação atual do direito penal e da política criminal de forma inédita.

2.2 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE JAKOBS

Günther Jakobs, catedrático de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn, Alemanha, desenvolveu a teoria do Direito penal do inimigo. Ele apresentou o Direito penal do inimigo pela primeira vez no ano de 1985, de forma descritiva. Contudo, foi em sua obra “Direito Penal do Inimigo – noções e críticas”, de 2003, que o autor desenvolveu tese afirmativa e legitimadora, sustentando a possibilidade do direito penal do inimigo como parte do sistema jurídico penal. De acordo com Luís Greco:

Em 1985 tentou Jakobs fixar limites materiais a ‘criminalizações no estágio prévio à lesão a bem jurídico’ por meio do par conceitual direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. (...) O artigo de 1985 cunha (...) o conceito de Direito Penal do inimigo com os propósitos primariamente críticos: a opinião dominante é atacada por sua atitude ‘despreocupadamente positivista’. (...) Na discussão que se seguiu à conferência, declarou Jakobs mesmo sua em que o direito constitucional avançasse a ponto de tornar o Direito Penal do inimigo impossível (...). E se em 1985 o direito penal do inimigo se legitimava só em casos de excepcional emergência, agora diz Jakobs não apenas que ‘as duas perspectivas têm seu âmbito legítimo (...)’ como também admite sem maiores dificuldades o estado de emergência: ‘inexiste, atualmente, qualquer alternativa visível ao direito penal do inimigo’.¹¹

Em sua obra, Günther Jakobs¹² aponta duas tendências opostas dentro do direito penal: direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. Ao cidadão que comete um crime são asseguradas as garantias penais, o devido processo legal. O inimigo, pelo contrário, não goza do *status* de pessoa e, por isso, não se adota contra ele um processo legal, mas sim um procedimento de guerra.

Para Jakobs, o inimigo é o indivíduo marcado por sua periculosidade, que não presta segurança de um comportamento social adequado, garantindo que agirá conforme as normas do Estado. Este não pode ser tratado como pessoa, pois, do contrário, vulneraria o direito à segurança das pessoas. Nas palavras do autor: “Por um lado, há o tratamento para o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir (...) e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio a quem se combate por sua periculosidade.”¹³ Ou seja, no caso do inimigo, punem-se os atos preparatórios, como uma forma de “custódia de segurança antecipada”, um modo de prevenir perigos:

(...) o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, há o tratamento para o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio a quem se combate por sua periculosidade.¹⁴

Jakobs define o inimigo como o criminoso renitente e que pratica crimes graves, citando como exemplo os autores de crimes econômicos, crimes sexuais, crimes organizados e de terrorismo. Exemplifica, ainda, com o ocorrido em 11 de setembro 2001, afirmando que o terrorista também deve ser considerado um inimigo:

Ao que tudo isto segue parecendo muito obscuro, pode-se oferecer um rápido esclarecimento, mediante uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que ainda se subentende a respeito do delinqüente de caráter cotidiano, isto é, não tratá-lo como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil, como se acaba de mostrar, no caso do autor por tendência. Isso está imbricado em uma organização - a necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta,

reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano – e finaliza no terrorista, denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem.¹⁵

Os fundamentos jusfilosóficos da teoria de Jakobs estão em autores contratualistas como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Para esses, o delinqüente que infringe o contrato social não pode usufruir dos benefícios do Estado.

Rousseau e Fichte, porém, entendem que qualquer indivíduo que infringe a lei deixa de fazer parte do Estado, enquanto para Hobbes e Kant apenas os autores de crimes graves devem ser excluídos. O pensamento de Jakobs assemelha-se mais com o entendimento destes dois últimos filósofos, asseverando o autor que: “Hobbes e Kant conhecem um direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinqüem de modo persistente por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio.”¹⁶

Cumprido, ainda, destacar que a teoria de Jakobs é baseada em sua concepção sobre a função da pena. Günther Jakobs desenvolveu a corrente dogmática do funcionalismo sistêmico (influenciado pela teoria dos sistemas de Luhmann), para a qual a pena teria função meramente simbólica, de reafirmação da vigência da norma. Sobre o funcionalismo sistêmico, Fábio da Silva Bozza aponta:

(...) Jakobs considera a prevenção geral positiva como única função da pena criminal. Tal função concentra as finalidades de intimidação, correção, neutralização e retribuição. A legitimação do discurso punitivo consiste no exclusivo objetivo de afirmação da validade da norma, a qual seria colocada em dúvida caso em seguida de um crime não houvesse punição.¹⁷

Jochen Bung também explica a teoria da vigência da norma de Jakobs:

A teoria da vigência da norma de Jakobs (...) se baseia, substancialmente, em dois conceitos: o da expectativa normativa e o do alicerçamento cognitivo desta expectativa. Isto significa que a vigência da norma só existe onde também há confiança na sua vigência, e confiança na vigência da norma, apenas onde a expectativa de que a norma vige e não é sistematicamente frustrada.¹⁸

Ademais, Jakobs aborda dois aspectos da pena: a pena como *coação* e como *segurança*.

A pena como coação é portadora de um significado simbólico, ou seja, de que o fato criminoso é irrelevante e que a norma segue sem modificações. O crime é visto como o ato de uma pessoa racional, que desautoriza a norma. A pena/coação afirma que a lei continua vigente, mantendo-se a configuração da sociedade.

Já a pena como segurança “não só significa algo, mas também produz fisicamente algo”.¹⁹ A pena, neste aspecto, tem função de prevenção especial, pois enquanto cumpre a pena, o preso não pode cometer crimes fora da Penitenciária. A reprimenda, neste aspecto, não tem como objetivo o efeito simbólico e “pedagógico”, mas sim o objetivo de proteger a sociedade do indivíduo perigoso. Visa à proteção “de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo, em lugar de comunicação.”²⁰

O valor simbólico da pena, defendido por Jakobs, é plenamente compatível com sua proposta de tratamento diferenciado, tendo em vista que a única forma de legitimar a seletividade é apelando para a função simbólica da reprimenda, pois esta pode ser cumprida.

Por fim, deve-se ressaltar o caráter de tática de contenção do Direito Penal do inimigo. De fato, a teoria de Jakobs foi elaborada como proposta de contenção ao avanço do poder punitivo, sendo que o restante do Direito Penal continuaria funcionar dentro dos princípios de Direito Penal liberal.

Conforme Zaffaroni, “esta proposta desencadeou um debate tão extenso quanto intenso e de tom muito pouco usual, em que nem sempre é reconhecido o caráter de tática de contenção do próprio direito penal do inimigo.”²¹

Jakobs inovou ao utilizar os termos “inimigo” e “não pessoa”, e, se assim não o fosse, teria se limitado a repetir o que outros teóricos do positivismo criminológico já haviam afirmado, acendendo o debate. Porém, “na hora de propor sua tática de contenção parece deixar as coisas como estavam, pois pretende dar um espaço ao inimigo no direito do Estado de direito.”²²

2.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Existe um consenso na doutrina sobre as principais características do Direito Penal do inimigo de Jakobs, sendo que a maioria dos autores destaca: a) o adiantamento da punibilidade; b) penas desproporcionalmente altas; c) as garantias processuais são relativizadas ou suprimidas. Manuel Cancio Meliá, por exemplo, afirma que:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.²³

O adiantamento da punibilidade caracteriza-se pela punição de atos preparatórios e proliferação das figuras delitivas abstratas e de perigo. Muitas vezes, sequer existe a exteriorização de um fato: o agente é incriminado previamente, tendo em vista a falta de segurança cognitiva que representa. Sobre tal peculiaridade do Direito Penal do inimigo, discorre Gracia Martin:

Uma primeira manifestação do Direito Penal do inimigo é aquela representada pelos tipos penais que proporcionam uma ampla antecipação da punibilidade para permitir o alcance de momentos nos quais os atos realizados só possuem o caráter de preparatórios de fatos futuros. Esses tipos penais baseiam-se nos dados específicos de abandono permanente do Direito e de ameaça permanente dos princípios básicos da sociedade (falta de segurança cognitiva), e podem ser caracterizados por ser seu objeto já não a comissão de fatos delituosos concretos e determinados, mas qualquer conduta informada e motivada pelo fato de seu autor pertencer a uma organização que opera fora do Direito.²⁴

A desproporcionalidade e exacerbamento das penas também é um traço do Direito Penal do inimigo. A majoração das reprimendas não leva em consideração a gravidade do fato, a ofensividade da lesão aos bens jurídicos, mas sim, a necessidade de conter as emergências ou a periculosidade do autor. Segundo afirma Luciana Tramontin Bonho, “como o Direito Penal do Inimigo pune o autor pela sua periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade das penas, que passam a ser demasiadamente desproporcionais.”²⁵

Ademais, há a incriminação de condutas antes atípicas e tidas como inofensivas, e ampliação de crimes que já existiam. Autores prelecionam que:

Coloca-se em marcha um desenfreado movimento neocriminalizador, com a conseguinte incriminação das condutas tradicionalmente atípicas ou com a ampliação desmedida de figuras delituosas preexistentes. E tudo isso com um rigor penal desproporcional característico de uma legislação penal defensista, regida evidentemente por uma orientação (puramente) simbólica.²⁶

Gracia Martin concorda que:

uma segunda característica que permitiria inserir determinada normativa no Direito Penal do inimigo seria a desproporcionalidade das penas, que se manifestaria em duplo sentido. Por um lado, a criminalização de condutas no âmbito prévio (...). Por outro lado, a circunstância específica de o autor pertencer a uma organização é levada em consideração para estabelecer agravações, às vezes consideráveis e, por isso mesmo, em princípio, desproporcionais, das penas correspondentes aos fatos delituosos concretamente realizados (...).²⁷

Da mesma forma, a supressão e relativização das garantias processuais penais são indicativos do Direito Penal do inimigo. A garantia de vedação da prova ilícita, de proteção à intimidade, do acesso do advogado ao inquérito policial, por exemplo, são olvidadas. Direitos

como a liberdade provisória, de recorrer em liberdade, e outros benefícios como fiança, *sursis*, indulto, anistia são vedados. Verifica-se, ainda, o desprezo a princípios constitucionais como o do devido processo legal, do prazo razoável para o processo criminal, da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Como bem assevera Gracia Martín:

Um sinal especificamente significativo na identificação do Direito Penal do inimigo, e ao mesmo profundamente sensível, é a considerável restrição de garantias e direitos processuais dos imputados. Assim, questiona-se até mesmo a presunção de inocência, por ser contrária à exigência de veracidade no procedimento; são reduzidas consideravelmente as exigências de licitude e admissibilidade da prova, são introduzidas medidas amplas de intervenção nas comunicações, de investigação secreta ou clandestina, de incomunicabilidade (...) são ampliados os prazos de detenção policial para o cumprimento de ‘fins investigatórios’.²⁸

As garantias processuais são vistas como empecilhos, entraves, ao cumprimento da lei e eficácia no combate à prática de delitos. Os defensores de direitos e garantias são acusados de obstaculizar a ordem social. Doutrinadores escrevem que:

Em nome da eficácia – da eficaz luta contra o delito – e do desprezo às formalidades (esquecendo que estas não são filigranas inúteis, senão garantias), a Política Criminal da sociedade pós-industrial (...) advoga sem nenhum pudor por um fervoroso antigarantismo e clama, ademais, por estabelecer ‘as novas regras do jogo’. (...) argumentam que o Direito Penal clássico, de base liberal, não pode combater os fenômenos da macro criminalidade (...).²⁹

Em síntese, essas são as características principais que apontam a incidência da proposta de contenção de Günther Jakobs, chamada de Direito Penal do inimigo.

3 CRÍTICA À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.1 DIREITO PENAL DO AUTOR E DIREITO PENAL DO FATO

A teoria de Gunther Jakobs é objeto de crítica feroz por vários autores, tendo em vista sua incompatibilidade com o princípio penal do fato.

O princípio penal do fato (ou princípio da exteriorização, ou, ainda, da materialização de um fato) é aquele que exige obrigatoriamente a exteriorização de um fato criminoso para que o agente seja punido, até porque não existe crime sem conduta (“*nullum crimen sine actione*”). Cancio Meliá define o princípio penal do fato como aquele que, na doutrina tradicional, é “genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um direito penal orientado na atitude interna do autor.”³⁰

Tal princípio é um dos axiomas do garantismo, essencial para a construção do sistema penal minimalista garantista.

Contrapondo-se ao direito penal do fato está o direito penal de autor, assim definido por Nivaldo Brunoni:

Com o Direito Penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas ser ladrão; não se proíbe matar, mas ser homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal.³¹

Manuel Cancio Meliá ³² observa que em uma sociedade moderna não pode haver limitação à liberdade de pensamento do cidadão, invadindo a sua esfera de intimidade. Isto é assegurado pela “necessidade estrutural de um fato como conteúdo central do tipo (direito penal do fato no lugar de direito penal do autor).” Ou seja, na sociedade moderna deve-se punir o fato, e não o autor, sob pena de se estar aplicando não o direito penal ao fato, mas sim reproduzindo-se o “direito penal do autor”.

O Direito Penal do inimigo pressupõe a aplicação do Direito Penal de autor. De fato, a teoria de Jakobs defende o tratamento diferenciado àqueles que não oferecem segurança de que agirão em conformidade com a norma, pretendendo individualizar um grupo de criminosos e antecipar a punição deles, sem que exista, necessariamente, a prática de um delito.

Não obstante, a aplicação do Direito Penal de autor, além de ser contrária ao princípio garantista da materialização do fato, significa um retrocesso, um retorno ao pensamento do positivismo criminológico (ou criminologia positivista) do século XX, que defendia a individualização ôntica do inimigo, servindo para embasar vários regimes fascistas e nazistas daquele período. Sobre a criminologia positivista, Vera Regina Pereira Andrade leciona:

O pressuposto, pois, de que parte a Criminologia positivista é que a criminalidade é um meio natural de comportamentos e indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos. Sendo a criminalidade esta realidade ontológica, preconstituída ao Direito Penal (‘crimes naturais’) que, com exceção dos crimes ‘artificiais’, não faz mais do que reconhecê-la e positivá-la, seria possível conhecer suas causas e colocar a ciência destas ao serviço do seu combate em defesa da sociedade.³³

Roberto Delmanto Júnior também escreve que:

Na Escola Positiva, ao invés da inspiração no Direito Natural e liberal da Escola Clássica, o direito penal passa a ser tratado como uma ciência empírica, baseada nos dados sensíveis da realidade social, buscando-se eliminar a metafísica, o caráter religioso. Ressalta-se o determinismo da conduta do sujeito, traçando-se um perfil de delinqüente, com base em fatores sociais, físicos e psicológicos, a partir dos quais era constatada a sua periculosidade.³⁴

Dentro desta corrente, destaca-se o pensamento de Lombroso, que sustentava a tese do criminoso nato. Lombroso entendia que o criminoso poderia ser identificado por traços característicos, biológicos, que denotariam sua periculosidade, sua tendência natural para a prática de delitos.

Ferri, por sua vez, desenvolveu a antropologia lombrosiana sob o aspecto sociológico, asseverando que as causas relacionadas à etiologia do crime, além de individuais e físicas, seriam sociais.

Ademais, ressalta-se o nome de Raffaele Garófalo como um dos teóricos mais importantes do positivismo criminológico. De acordo com Luiz Flávio Gomes, para Garófalo “igual que a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, assim também o Estado deve eliminar o delinqüente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência.”³⁵

Para o positivismo criminológico, portanto, a criminalidade é propriedade de certos indivíduos que se distinguem das pessoas normais, devendo ser excluídos do direito. De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade:

Estabelece-se desta forma uma divisão ‘científica’ entre o (sub) mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma ‘minoría’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o ‘mal’) e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria da sociedade (o ‘bem’). (...) Este potencial de periculosidade social, que os positivistas identificaram com anormalidade e situaram no coração do Direito Penal que justifica a pena como meio de defesa social e seus fins socialmente úteis: a prevenção especial positiva (...) assentada na ideologia do tratamento que impõe, por sua vez, o princípio da individualização da pena como meio hábil para a elaboração de juízos de prognose no ato de sentenciar.³⁶

Como afirma Zaffaroni, a identificação de um inimigo ôntico (por natureza) facilmente leva à radicalização. Com efeito, o discurso do positivismo criminológico serviu de fundamento para regimes nazistas e fascistas no século XX.

Zaffaroni explica que a periculosidade positivista foi teorizada pelo nacional-socialismo. Edmund Mezger, teórico nazista, contribuiu para a elaboração do tratamento diferenciado ao inimigo, por meio de seu projeto sobre “estranhos à comunidade”, destinados a eliminar os inimigos nos campos de concentração. Ademais, o nacional-socialismo acrescentou à periculosidade positivista um ingrediente: o anti-semitismo. Essa

discriminação não tinha caráter de arbítrio político puro, “porque por trás de toda individualização de um inimigo há um mito que lhe pretende conferir um caráter ôntico”.³⁷ Sobre este período, Arno Dal Ri Júnior escreve:

Durante os trinta anos e início dos anos quarenta, como auge do nacional socialismo na Alemanha, surge na cidade de Kiel um grupo de pesquisadores ligados ao regime Führer, que se dedicaram à elaboração de uma doutrina penal que, possuindo matrizes totalitárias, pudesse servir como base teórica para as normas emanadas pelo governo nazista. Conhecida como Escola de Kiel, esta pregava, sobretudo, o abandono do direito penal do ato, considerado com excessivas garantias em favor dos delinquentes frente à orientação liberal que avalizava a Teoria do delito e da pena.³⁸

De fato, a aceitação do tratamento diferencial dos inimigos, em especial do direito penal de autor, implica sempre o extremismo, especialmente no momento atual, quando existe uma publicidade grotesca (“völkisch”) e campanhas de lei e ordem. De acordo com Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchin e Antônio Molina:

O que JAKOBS denomina de Direito penal do inimigo (...) nada mais é que um conjunto normativo que retrata uma nova modalidade de Direito penal de autor, que pune o sujeito pelo o que ele 'é' (criminoso habitual, profissional, organizado, que refuta a legitimidade do ordenamento jurídico de modo permanente) não pelo que ele 'fez'; cuida-se de um direito que faz oposição ao Direito penal do fato, que pune o agente pelo que ele 'fez' (...). A máxima expressão do Direito penal de autor deu-se durante o nazismo, deste modo, o Direito penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova 'demonização' de alguns grupos de delinquentes.³⁹

Como destaca Roberto Delmanto Júnior:

(...) o retrocesso, como têm inúmeros outros autores enfaticamente alertado, é terrível, aproximando-se de um 'direito penal do autor', típico de regimes totalitários como da Escola de Kiel, durante o nazismo (...) com a agravante de que este 'Direito penal do inimigo' estaria sendo admitido em Estados tradicionalmente democráticos, como os Estados Unidos e a Inglaterra, sobretudo após os ataques às torres gêmeas do World Trade Center em Nova Iorque, no dia 11.09.2001.⁴⁰

Ademais, é importante ressaltar que o Direito Penal de autor se afasta do critério de lesividade aos bens jurídicos, apresentando-se como direito penal meramente simbólico, ou seja, como propõe Jakobs, um direito penal que tem como função a mera proteção da vigência da norma. Segundo observa Marta Rodriguez de Assis Machado:

Ao analisarmos a instrumentalização que se fez do Direito Penal na época do nazismo, parece que um de seus percursos se aproxima bastante desse. Antes de se chegar ao Direito Penal do autor, voltado aos inimigos do regime, já havia sido afastado o referencial material da lesão ao bem jurídico. Isso permitiu que o Direito Penal fosse acionado pela simples violação de deveres e para a proteção de valores abstratos, arbitrariamente definidos. Em outras

palavras, sem o critério da lesividade a bens jurídicos bem definidos ou outro critério capaz de estabelecer limites à intervenção penal, não temos como diferenciar um Direito Penal que protege a vida e a liberdade dos cidadãos de um Direito Penal que protege o '*são sentimento do povo alemão*'. Para dizer mais, um Direito Penal que, como propõe Jakobs, protege a confiança no ordenamento jurídico e o respeito às normas, sem nenhum outro referencial que diga quando é legítimo punir, aceita que em seu nome possa ser feito muito mais do que se desejaria em uma democracia.⁴¹

Portanto, além de ser contrário ao princípio garantista da exteriorização de um fato (“direito penal do fato”), o direito penal de autor significa um retrocesso aos odiosos regimes totalitários, que resultaram na morte arbitrária de milhares de pessoas.

3.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A implementação do Direito penal do inimigo no Brasil é inviável, visto que a proposta é inconciliável com os princípios do Estado Democrático de Direito assegurado na Constituição brasileira de 1988.

O Estado de direito é aquele em que vigora o império das leis, a divisão de poderes e a enunciação de direitos e garantias aos indivíduos. O Estado democrático, por sua vez, é um aperfeiçoamento do Estado de direito, pois garante a participação de todos na vida política, ainda que indiretamente.

Esta forma de Estado funda-se em uma Constituição material, a qual dispõe sobre a composição e funcionamento da ordem política, assegurando direitos e garantias a todos igualmente.

Portanto, é inadmissível, no Estado democrático de direito, que existam indivíduos que não gozem dos mesmos direitos e garantias assegurados a toda pessoa humana. A divisão entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, proposta por Jakobs, é impossível neste tipo de Estado, fundado na igualdade entre os seres humanos. Como observa Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira:

(...) a teoria jakobsiana instiga a sempre se ter em mente a formulação contratualista de aceitação ou não do contrato social: aqueles que não aceitavam o contrato social tal qual posto pela maioria dos indivíduos, seriam à margem deste considerados, e, por conseguinte, à margem da sociedade. Contudo, é evidente a incompatibilidade com o Estado democrático de direito, haja vista que, além de haver uma classificação entre as pessoas, como fiéis ou não ao direito, há a errada formulação de que, segundo sua fidelidade ao direito, isto é, se constituem ou não fonte presente e futura de perigo para a sociedade: as pessoas serão julgadas de acordo com leis diferentes, embora estejam sujeitas a um mesmo Estado democrático de direito.⁴²

Luiz Gracia Martín também entende ser impossível a conciliação entre Estado de direito e Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que aquele é pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana:

Na medida em que o Direito Penal do Inimigo for apenas força e coação físicas para imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser invalidada e deslegitimada de modo absoluto. O horizonte da democracia e do Estado de Direito não pode abarcar nenhuma coexistência entre um Direito Penal para cidadãos e um Direito Penal para inimigos. O Direito Penal do inimigo não tem lugar no horizonte da democracia e do Estado de Direito, porque só no horizonte de uma sociedade não democrática e de um Estado totalitário é imaginável a emergência de um Direito Penal do inimigo.⁴³

A doutrina de Muñoz Conde não destoa:

Provavelmente, a novidade deste “Direito penal do inimigo” a que agora se refere Jakobs, é que este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados Democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal.⁴⁴

Da mesma forma, Luigi Ferrajoli afirma que é impossível a existência de um direito penal de “amigos” e inimigos” dentro do Estado democrático de direito:

‘a razão jurídica do Estado de direito não conhece inimigos e amigos, e sim apenas culpados e inocentes’, de modo que ‘quando se fala em direito penal do inimigo se está a falar de um oximoro, de uma contradição terminológica, a qual representa, de fato, a negação do direito: a dissolução de seu papel e de sua íntima essência’⁴⁵

Por outro lado, quando se aceita o conceito de inimigo, automaticamente se está aceitando um conceito de guerra *permanente* contra ele, sendo que, no Estado Democrático de Direito, tal guerra é inadmissível, pois está fora do contexto bélico em sentido estrito, que deve respeitar os princípios do direito internacional humanitário de Genebra. De acordo com Zaffaroni:

(...) quando se fala do hostil como inimigo introduzido dentro do direito penal ou administrativo como normal, ou seja, fora do contexto bélico em sentido estrito, não se faz referência à guerra, que deve respeitar os princípios do direito internacional humanitário de Genebra. Pelo contrário, está-se introduzindo com isso um conceito espúrio ou particular de guerra permanente e irregular, porque se trata de um inimigo que, por atuar fora das normas que devem ser cumpridas na guerra propriamente dita, ingressa no direito ordinário de um Estado que não está estritamente em guerra (...).⁴⁶

Da mesma forma, não se pode aceitar que o combate ao inimigo sejam espécies de “estado de exceção”, uma vez que, nas Constituições Democráticas, estes são inseridos com cuidado e limites bem definidos.⁴⁷

Além disso, como a categoria de inimigos nem sempre é claramente identificável (por características físicas, étnicas, por exemplo), a tentativa de sua individualização acaba atingindo todos os indivíduos. Em uma investigação nas comunicações privadas para individualizar o inimigo, por exemplo, a intimidade de todos será afetada. Ou seja, o tratamento diferenciado implica a lesão de direitos e garantias de todos, remetendo muito mais ao Estado Absoluto que ao Estado de direito.

Segundo Zaffaroni⁴⁸, as conseqüências da admissão do conceito de inimigo são aquelas já referidas pelo teórico nazista Carl Schmitt, ou seja, a instalação de uma ditadura jurídica, na qual, durante a vigência das emergências, há suspensão da Constituição.

Em que pese o absurdo jurídico que seria a adoção do Direito Penal do inimigo pelas Constituições democráticas, Zaffaroni afirma que a proposta de Jakobs não é muito pior do sistema de contenção do inimigo praticado na América Latina através das prisões provisórias.

Cornelius Prittwitz, por sua vez, possui uma visão pessimista sobre a contaminação do direito ordinário pelo direito penal do inimigo. Segundo o autor, o retorno a um direito penal efetivamente liberal é impossível:

O direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo; é totalmente impensável a reforma de uma parte do direito penal para voltar a um direito penal do cidadão realmente digno do Estado de direito. (...) O dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito.⁴⁹

Não obstante, a proposta dinâmica de contenção do poder punitivo feita por Zaffaroni supera a proposta estática de Jakobs, com seu Direito Penal do inimigo.

Zaffaroni observa que a teoria de Jakobs parte de uma visão estática da realidade. Jakobs pensa que, se o Estado de direito abstrato (ideal) é impossível, é preciso abandonar o modelo ideal. Como diz Zaffaroni, como “nenhum Estado de direito histórico é idêntico ao modelo real, (...) por isso Jakobs propõe, na prática, o abandono do modelo ideal.”⁵⁰

No entanto, Zaffaroni defende que o modelo ideal é necessário como orientador de qualquer ação jurídica e como contendor do Estado de polícia. Ao realizar a comparação entre Estado real e Estado ideal, verifica-se os defeitos do Estado real. Quando se extingue o

modelo ideal, permitindo a inserção de elementos absolutos como estratégia para acabar com a criminalidade, fica-se sem um parâmetro para detectar o que existe de defeituoso no modelo de Estado. Ou seja, conforme o autor, “estaremos diante de um ente puro, um ser sem possibilidade alguma de anunciar seu ‘dever ser’”.⁵¹

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, os Estados de direito e Estados de polícia estão em constante dialética. O Estado de Polícia está no interior do Estado de direito, sempre tentando vir à tona, romper os muros que lhes são colocados.

Quanto mais o Estado de direito limita o Estados de polícia, mais ele chega perto do modelo ideal, porém nunca o atingirá: para que isso acontecesse, dever-se-ia extinguir definitivamente o Estado de polícia, e isso implicaria uma redução radical ou até a abolição do poder punitivo.

Dentro desta dialética, a função do direito penal é zelar pelo Estado de direito, contendo as pulsões absolutistas e preservando as garantias constitucionais. Zaffaroni observa que falar em Estado de direito garantista é uma redundância grosseira, porque nele não pode existir outro direito penal senão o de garantias: “O direito penal de garantias é inerente ao Estado de direito”.⁵²

De fato, o modelo ideal de Estado de direito é uma conquista obtida após séculos, e não pode ser abandonado em razão da dificuldade de sua implementação, sob pena de o direito penal perder seu orientador. Neste sentido, preleciona Roberto Delmanto Júnior:

Restam, sem dúvida, violadas normas constitucionais elementares de todos os Estados Democráticos de Direito, bem como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, assegurados mediante tratados internacionais como o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos de Nova Iorque, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção de Genebra, entre outros. Afasta-se, enfim, de tudo o que foi conquistado em séculos de evolução do direito penal e do direito processual penal: a garantia da legalidade estrita, o direito penal vinculado a uma conduta efetivamente praticada pelo sujeito e não a sua 'personalidade', o conceito de antijuridicidade material (...), o que faz indagar, enfim, consoante afirma, por derradeiro, Munoz Conde, seria o 'Direito penal do Inimigo' mesmo direito penal? Sem dúvida, não é o direito penal que estudamos.⁵³

Deve-se, ademais, extinguir a idéia de que o direito penal é a solução para todos os problemas sociais, ou seja, o remédio para a falência do Estado em suas políticas públicas. De acordo com Pedro Braga:

Diante de tal quadro de aumento de criminalidade de todos os matizes, a população, como já foi assinalado, deposita suas esperanças no direito penal. E não só. No endurecimento das cominações (veja-se a esse propósito a lei dos crimes hediondos). É uma quimera. Maquiavel afirmara em um de seus escritos que são as leis que fazem os homens bons. Nesse ponto, aquele que

fora o pai da ciência política e da proposta da ética do Estado separada da ética individual se equivocara. Sabe-se sobejamente que o direito penal não é remédio para os problemas sociais nem para a deformação moral das elites que se criaram no caldo da cultura da ilicitude.⁵⁴

No mesmo sentido, afirma André Luiz Callegari:

Há uma idéia generalizada que o direito penal pode cumprir determinadas funções que deveriam ser destinadas a outros ramos do ordenamento jurídico, porém, como o Estado é ineficiente para a resolução de determinados problemas sociais, sempre se vale do instrumento ameaçador que constitui o direito penal. (...) Deste modo, o direito penal se transforma em um instrumento ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e elevação qualitativa e quantitativa do nível da pena) e simbólico (...). No interior desse processo, o eficientismo penal tenta fazer mais eficaz e mais rápida a resposta punitiva limitando ou suprimindo garantias substanciais e processuais que foram estabelecidas na tradição do direito penal liberal, nas Constituições e nas Convenções Internacionais.⁵⁵

Com efeito, a idéia do “eficientismo penal”, que reforça propostas como a do Direito Penal do inimigo termina, inevitavelmente, na supressão de garantia e na quebra do Estado democrático de direito.

NOTAS

- ¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, p. 55-56.
- ² BIANCHINI, Alice. Política criminal, direito de punir do Estado e finalidades do direito penal. 12 abr. 2008. Material da 1ª aula da disciplina de política criminal ministrada no curso de especialização em ciências penais - UNISUL – LFG. p. 21.
- ³ GOMES, Luiz Flávio et al. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*, p. 291.
- ⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 15.
- ⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, op. cit.
- ⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. op. cit., p. 30.
- ⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. op. cit., p. 33.
- ⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit., p. 57.
- ⁹ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal, p. 32.
- ¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit., p. 155.
- ¹¹ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo, p. 81-87.
- ¹² JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 21.
- ¹³ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 37.
- ¹⁴ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 37.
- ¹⁵ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 36.

- ¹⁶ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 29.
- ¹⁷ BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico, p. 44.
- ¹⁸ BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo com teoria da vigência da norma e da pessoa, p. 120.
- ¹⁹ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 22.
- ²⁰ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 23.
- ²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 156.
- ²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit., p. 159.
- ²³ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 67.
- ²⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*, p. 87.
- ²⁵ TRAMONTIN, Luciana Bonho. Noções introdutórias sobre direito penal do inimigo, op. cit.
- ²⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. op. cit, p. 291.
- ²⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. op. cit, p. 88.
- ²⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. op. cit, p. 89-90.
- ²⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. op. cit, p. 291.
- ³⁰ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 80.
- ³¹ BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade, op. cit.
- ³² JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. op. cit., p. 81.
- ³³ ANDRADE, Vera Regina de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum, p. 277.
- ³⁴ DELMANTO JUNIOR, Roberto. Do iluminismo ao “direito penal do inimigo”, p. 457.
- ³⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. op. cit, p. 107.
- ³⁶ ANDRADE, Vera Regina de. op. cit, p. 278.
- ³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit, p. 105.
- ³⁸ DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a expressão política na história do direito penal*, p. 244-245.
- ³⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. op. cit, p. 299.
- ⁴⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. op. cit., p. 463.
- ⁴¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o direito penal do nosso tempo. *Revista Direito GV*. São Paulo, maio. 2005. Disponível em: <www.direitogv.com.br> Acesso em: 18 dez. 2008.
- ⁴² SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito, op. cit.
- ⁴³ GRACIA MARTÍN, Luis. op. cit, p. 156.
- ⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. [s. l.], 12 jan. 2005. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>. Acesso em: 12 ago. 2008.
- ⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. apud SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de, 2008, p. 4.
- ⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit, p. 145.

- 47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit, p. 145.
- 48 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit, p. 145.
- 49 PRITTWITZ, Cornelius. op. cit., p. 43.
- 50 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit, p. 166.
- 51 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit, p. 167.
- 52 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit, p. 173.
- 53 DELMANTO JUNIOR, Roberto. op. cit., p. 464.
- 54 BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. *Revista de Informação Legislativa*. n. 168, dez. 2005. Disponível em: <www.unodc.org/pdf/brazil/R168_11.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2008.
- 55 CALEGARI, André Luís. op. cit, p. 468.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 14, p. 276-287, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. 301 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 216 p.

BARRAL, Welber. *Metodologia da pesquisa jurídica*. Florianópolis: Fundação Boiteux: 2003, 204 p.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Crimologia, 2002. 256 p.

BIANCHINI, Alice. *Política criminal, direito de punir do Estado e finalidades do direito penal*. 12 abr. 2008. Material da 1ª aula da disciplina de política criminal ministrada no curso de especialização em ciências penais - UNISUL – LFG.

BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 669 p.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico. De Günther Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v. 70. p. 41-70. jan. 2008.

BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. *Revista de Informação Legislativa*. n. 168, dez. 2005. Disponível em: <www.unodc.org/pdf/brazil/R168_11.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2008.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, dez. 2007. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: 10 ago. 2008

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo com teoria da vigência da norma e da pessoa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v. 62. p. 107-133. set. 2006.

CALLEGARI, André Luiz. 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*. São Paulo. v. 867. p. 453-469. jan. 2008.

CLEMENTINO, José Carlos. *História do direito penal no Brasil*. Disponível em: <<http://paginas.terra.com.br/educação/Clementino/hidoriadodireitopenalnobrasil.htm>>. Acesso em 10 jul. 2008.

DAL RI JUNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a expressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2006. 400 p.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Do iluminismo ao “direito penal do inimigo”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 97. p. 453-464. mar. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925 p.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1997. 262 p.

GOMES, Luiz Flávio. *Críticas à tese do direito penal do inimigo*. Disponível em: <www.ultimainstancia.com.br>. Acesso em: 20 jul. 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 189 p.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v. 56. p. 81-112. set. 2005.

HAMDAN, Gabriela Marques Rosa. Breve análise sobre o direito penal do inimigo e o direito penal simbólico. Disponível em: <http://www.wiki-uspedia.com.br/article.php?story=20080407095325392&mode=print>. Acesso em: 10 jul. 2008.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 81 p.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o direito penal do nosso tempo. *Revista DireitoGV*. São Paulo, maio. 2005. Disponível em: <www.direitogv.com.br> Acesso em: 18 dez. 2008

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003. 310 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. [s. l.], 12 jan. 2005. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 823 p.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. V. 47. p. 31-45. mar. 2004.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito. *Jus Navegandi*. Teresina, n. 1701, 27 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10989>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. 151 p.

SILVA, Josélia Cristina F. da. O Direito penal do inimigo X Direito penal garantista. *Revista Consulex*. São Paulo, n. 49, p. 50-52, 2006.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito. *Jus Navegandi*. Teresina, n. 1701, 27 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10989>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

STRECK, Lênio Luiz (org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 175 p.

TRAMONTIN, Luciana Bonho. Noções introdutórias sobre direito penal do inimigo. *Jus Navegandi*. Teresina, n. 1048, 15 mai. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em 10/07/2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 224 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Direito penal na globalização. *Revista Consulex*. São Paulo, n. 106, p. 27-30, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 893 p.