

O “direito penal do inimigo” como fundamentação da dogmática penal: origens, características e limites

Rafael Kodama

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo em 2008
Adaptação de monografia de conclusão de curso na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo,
realizada sob a orientação do Professor Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa e defendida em 2008.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade caracterizar e contextualizar a teoria do chamado direito penal do inimigo, defendida pelo jurista alemão Günther Jakobs, e que tem sido alvo de severas críticas por parte dos juristas e operadores do direito. O direito penal do inimigo pode ser entendido sob diversos aspectos. Por um lado, pode ser considerado um moderno direito penal do autor, por outro pode ser visto como um modelo dogmático que busca legitimar políticas criminais típicas de uma sociedade de risco, onde a concepção liberal de bem jurídico passa por mutações que colocam em cheque a sua própria existência. Assim, demonstramos os pontos em que tal teoria se revela incompatível com o modelo da dogmática penal clássica, baseada nos postulados iluministas do Estado democrático de direito.

Palavras-chave: direito penal da culpabilidade; direito penal do inimigo; iluminismo; sociedade do risco; regime disciplinar diferenciado; democracia

Introdução

O presente artigo não pretende ingressar na discussão sobre a legitimidade política da teoria penal de Günther Jakobs que tem sido difundida sob o nome de “direito penal do inimigo”. Este trabalho se concentra nos principais aspectos dessa teoria, procurando discutir sua repercussão no interior da própria dogmática jurídica. Nesse sentido, busca apenas ressaltar os pontos de conflito entre a teoria do “direito penal do inimigo” e a dogmática penal clássica.

Certamente, a polêmica em torno da teoria de Jakobs está relacionada à imediata repulsa que causa falar em violação de garantias individuais e desrespeito aos princípios informadores de uma dogmática penal orientada para a questão da culpabilidade. Antes, porém, de defender uma atitude de repulsa, este artigo pretende investigar com cuidado o confronto entre dois modelos teóricos, para colocar em questão os próprios limites do “direito penal do inimigo” como uma doutrina jurídica.

Nesse sentido, o que aqui se defende é a idéia de que a teoria do “direito penal do inimigo” não apenas promove uma “instrumentalização” da dignidade da pessoa humana, mas acaba por tornar-se algo mais do que um modelo dogmático jurídico, expressando, na verdade, uma política criminal, cuja aplicação pode ser encontrada até mesmo no âmbito da legislação brasileira.

Sobre o problema da legitimidade dessa política criminal, vale a advertência feita de modo brilhante pelo roteirista Alan Moore: “A ordem involuntária gera a insatisfação, mãe da desordem, pai da guilhotina. Sociedades autoritárias são como a formação de crostas de gelo.

Intrincadas, mecanicamente precisas e, acima de tudo, precárias. Sob a frágil superfície da civilidade, o caos se convulsiona e há locais onde o gelo é traiçoeiramente fino”¹.

1. O “direito penal da culpabilidade” como fundamentação da dogmática penal

O moderno direito penal, tal como o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, remonta aos séculos XVII e XVIII, período histórico marcado pelo nascimento do Estado democrático e pelas revoluções burguesas².

Após o fim do absolutismo e a consequente ascensão da classe burguesa e seus ideais liberais, que marcavam o fim da Idade Média, a teoria política faz nascer o conceito de soberania (*summa potestas*), amplamente utilizado para explicar as novas relações de poder na sociedade moderna. Assim, a soberania, entendida como poder uno, indivisível, inalienável e imprescritível³, é o elemento chave que define a dominação do nascente Estado moderno e, ao mesmo tempo, supera a fragilidade e fragmentação do poder na sociedade medieval,

A questão residia em saber se esse poder soberano encontrava limites. Os ideais burgueses, representados por John Locke, refutavam a idéia de uma soberania ilimitada, em face da qual os súditos não tivessem recursos. Essa concepção de Locke acerca do poder soberano é bem alinhavada aos interesses liberais e serviu para justificar a supremacia do direito de propriedade, por exemplo⁴.

No âmbito penal, a limitação ao poder estatal representava a importância adquirida pelo Homem. Dessa forma, a soberania encontrou no Homem uma barreira intransponível.

¹ MOORE e LLOYD, 2002: 85.

² De acordo com Hannah Arendt, pela primeira vez na história, a norma encontrava seu referencial no próprio homem e não em uma ordem superior ou natural. Nesse contexto de emancipação, a democracia surgiu como a organização política que melhor reconhece o homem em sua validade intrínseca. Era o sistema de governo que melhor se amoldava à inéscita importância humana. Já não se falava mais em um soberano dotado de poderes naturalmente adquiridos, nem de uma ordem divina, à semelhança da qual o homem devia fazer-se. A dignidade da pessoa humana já não era buscada na imagem de Deus (1990: 324).

³ DALLARI, 2003: 81.

⁴ LEBRUN, 1984: 60-61

Para corresponder a essa inédita importância, a ciência penal criou uma série de princípios que buscavam assegurar a nova dignidade humana: surgiu a Escola Clássica, baseada nos postulados iluministas, cujo expoente máximo foi Cesare Beccaria, autor da obra *Dos delitos e das penas*. As normas penais, antes um amontoado de leis esparsas, transformaram-se em um corpo coerente, norteado por princípios que até hoje informam a experiência jurídico-penal.

Nesse contexto, o princípio da legalidade foi o alicerce necessário que permitiu a instauração do modelo penal clássico.

De inspiração moderna, a idéia de um Estado de direito decorre exatamente de uma concepção liberal-burguesa de domesticação do poder pelo direito, na medida em que o princípio da legalidade se insculpe, especialmente após a Revolução Francesa, como uma espécie de libelo antimonárquico, o que é traduzido na tradição posterior como um libelo anti-arbítrio. Se há regras pre-determinadas, se há um sistema de leis previamente dado, se existem normas que regulamentam a vida social, será segundo estas regras que haverão de se definir as condutas, seja de cidadãos (povo), seja de exercentes do poder (Estado)⁵.

O princípio da legalidade, informativo não apenas da dogmática penal, mas de todo o campo jurídico, ao mesmo tempo em que funciona como limitador da atividade estatal, age

como proteção às liberdades individuais, trazendo segurança às relações em sociedade.

Portanto, em suma, os postulados do direito penal da culpabilidade possuem, em essência, o escopo de garantir a dignidade da pessoa humana. Ao longo da história, tais princípios permaneceram intactos, ainda que certos períodos históricos tenham representado um retrocesso em seus ideais⁶.

2. O “direito penal do inimigo” como fundamentação da dogmática penal

A expressão “direito penal do inimigo” foi utilizada pela primeira vez pelo jurista alemão Günther Jakobs⁷, em 1985. Em um primeiro instante, Jakobs utilizou esse termo para criticar o código penal alemão, que se valia de tipos penais que criminalizavam um estado prévio à lesão do bem jurídico. Entendia o jurista ser inadmissível a existência de leis que violam as garantias individuais dos cidadãos, tratando-os como “inimigos”. Posteriormente, em novas incursões sobre o tema, Jakobs já demonstrava um novo posicionamento, adotando claramente o direito penal do inimigo como um modelo legítimo⁸.

O direito penal do inimigo é um capítulo à parte na teoria de Günther Jakobs. Na verdade, a principal contribuição dada pelo jurista alemão é a sua teoria da imputação, que causou verdadeira revolução no estudo do direito penal. Segundo o autor, o modelo estudado pela dogmática tradicional, pautada nos postulados iluministas da culpabilidade e de proteção ao bem

⁵ BITTAR, 2005: 75-76.

⁶ A Escola de Defesa Social (Itália) e a Escola de Kiel (Alemanha) representaram, na história da dogmática penal, um retrocesso em relação aos postulados erigidos pelo direito penal clássico, na medida em que se aplicava um direito penal do autor. A culpabilidade, por sua vez, era entendida como lesão aos interesses da comunidade. Ampliava-se o poder decisório do juiz e, com isto, diminuía-se a segurança jurídica (DELMANTO, 2007: 07).

⁷ Jakobs, ao lado de Hanz Welzel e Franz von Liszt, é um dos mais importantes teóricos da história do direito penal, tendo sido o responsável pela transformação do objeto do estudo do direito penal. Até ele, a questão girava em torno do conceito de delito e os elementos que o integravam. Sua teoria, buscando superar as limitações das teorias antecessoras, que se baseavam na idéia liberal de lesão a bens jurídicos, centra-se na função comunicativa da pena, cujo objetivo é assegurar a vigência social da norma. A proteção a bens jurídicos passaria, assim, a ser elemento contingente da norma penal: “É a partir dessas premissas que Jakobs vai enfrentar a questão do bem jurídico. Um direito penal coerente com tal conceito de sociedade, diz Jakobs, não pode continuar se definindo como um muro de proteção colocado ao redor de bens, mas deve tratar da relação entre pessoas, deve se referir a normas, entendidas como expectativas garantidas, e não a bens ou objetos físicos” (MACHADO, 2007: 152).

⁸ MACHADO, 2007: 199-200.

jurídico, é insuficiente para dar conta da complexa configuração social em que vivemos⁹.

Assim, a verdadeira finalidade do direito penal seria reafirmar a vigência normativa através da função comunicativa da pena¹⁰, não se preocupando de maneira direta com quais bens devam ser protegidos. Tal proteção, segundo Jakobs, é um elemento marginal do tipo penal. Em suma, o que se pretende é a proteção a normas, e não a bens materiais.

De certo modo, a visão de Jakobs lembra um certo positivismo jurídico, na medida em que retira do âmbito penal a análise dos processos sociais, políticos e morais que formam o ilícito penal, fazendo com que o delito componha um sistema autoerreferencial de proteção a normas.

2.1. Dois direitos penais

O autor alemão sustenta a idéia de que devem existir dois *direitos penais*: um destinado ao cidadão, que reconhece a legitimidade do ordenamento jurídico e oferece garantias mínimas de cognição; outro criado para o inimigo, que não reconhece a existência do ordenamento e põe em risco a sociedade civil.

Apesar de aparentemente contraditório, Jakobs legitima a existência de um direito penal do inimigo para assegurar o Estado democrático de direito. Para tanto, faz uma afirmação significativa:

De novo, em outra formulação: quem não quer privar o direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à

noção de Estado de Direito — controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da personalidade do delinquente no processo penal, etc. — deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida¹¹.

Como se vê, a preocupação de Jakobs é demonstrar que, sob um mesmo sistema penal, existem dois tipos de normas. O primeiro tipo, destinado ao cidadão, estaria totalmente de acordo com o Estado democrático de direito. O segundo tipo, no entanto, destinado ao inimigo, feriria frontalmente os princípios erigidos por tal Estado. E é justamente a aplicação indistinta desses dois tipos de normas que geraria um perigo para o Estado de direito. A solução, assim, seria defini-los e delimitá-los claramente, de modo a impedir que um se interpenetrasse no outro de maneira indiscernível.

Jakobs, portanto, legitima o direito penal do inimigo partindo da idéia de que certos indivíduos, perniciosos à ordem social, devem receber um tratamento diferente daquele concedido aos cidadãos. Assim, para evitar que esses últimos sejam injustamente tratados como inimigos, o que seria totalmente inaceitável no Estado de direito, é preciso reconhecer a situação e estabelecer dois direitos.

2.2. O inimigo

A primeira e mais importante questão que se coloca é sobre quem é o inimigo¹². Com efei-

⁹ A doutrina tradicional entende a proteção a bens jurídicos como elemento essencial da função penal: "A função e a razão de ser da pena encontram-se umbilicalmente vinculadas à função de ser do Direito Penal, como instrumento excepcional e subsidiário de controle social, visando proteger bens considerados essenciais à vida harmônica em sociedade" (DELMANTO, 2008: 123).

¹⁰ A chamada função comunicativa da pena pode ser descrita, na terminologia da doutrina tradicional, como a função de prevenção geral positiva da pena. Dando relevo apenas à função de prevenção geral, a análise de Jakobs retira do campo penal quaisquer preocupações sobre os efeitos concretos da pena (ressocialização do indivíduo e asseguramento social), o que, para a dogmática clássica, equivale a dizer que não há a finalidade de prevenção especial da pena.

¹¹ JAKOBS, 2008: 37.

¹² A indeterminação desse conceito trazido por Jakobs é foco de grande polêmica: "Os critérios que Jakobs nos dá abarcam, ainda, uma gama bem ampla de situações. Tanto que os exemplos que ele cita em 1999 são de uma variedade considerável: vão desde o 'delinquente' habitual e os que se envolvem em infrações com frequência (como que por tendência) em delitos sexuais, até os terroristas e os membros do crime organizado, passando pela delinquência econômica e pelo tráfico de drogas. Como ele mesmo admite, persiste uma interrogação sobre quem seriam os inimigos da sociedade" (MACHADO, 2007: 204).

to, essa teoria traz uma norma penal em branco ou tipo aberto, cujo conceito de inimigo pode ser restringindo ou alargado pelas diversas legislações que a ela se inclinam.

Inimigo, para Jakobs, é aquele que se afasta de modo permanente do direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. Ou seja, inimigo é o indivíduo que, de forma deliberada, não reconhece a legitimidade do ordenamento jurídico, praticando atos que não só ferem como também põe em risco a sua existência.

O próprio Jakobs formula o conceito do que seria o terrorista um dos “inimigos” mais temidos. Para ele, terrorista é a “denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição desta ordem”¹³.

Portanto, o inimigo pratica condutas que atentam muito mais gravemente à ordem estatal do que aquelas praticadas por criminosos “comuns” — estes, ainda que pratiquem um ato ilícito, reconhecem a legitimidade do ordenamento que ferem. O inimigo, ao contrário, simplesmente ignora a existência de uma ordem estatal a ser seguida, sejam quais forem suas convicções ideológicas.

A formulação de Jakobs sobre o inimigo é fruto de seu conceito de pessoa humana. Para Jakobs, pessoa é somente o indivíduo agindo comunicativamente em sociedade. Assim, falar em pessoa implica necessariamente falar em sociedade. Como aponta Ulfrid Neumann¹⁴, “pessoa, no modelo de Jakobs, não é o indivíduo, mas o ser humano em suas relações sociais. Neste sentido, a pessoa tem, em relação à sociedade, um *status* derivado”. Assim, um indivíduo só é socialmente visto como pessoa enquanto pos-

suir aquilo que Jakobs chama de garantia cognitiva mínima¹⁵.

Entretanto, Jakobs explica que a exclusão jurídica do inimigo irá se operar nos limites da necessidade de asseguramento da ordem, ou seja, apenas na medida em que a violação das liberdades do inimigo for essencial à manutenção do ordenamento. Isso, de acordo com Jakobs, impediria o tratamento arbitrário de tais indivíduos.

Dessa forma, “não haveria, portanto, uma despersonalização global, mas apenas a privação de direitos necessária para manter a realidade do direito”¹⁶. O problema é que “limites da necessidade” é um conceito muito vago e, na prática, certamente não haveria limites.

2.3. A desconsideração dos princípios do “direito penal da culpabilidade”

A lógica que permeia o direito penal clássico, construído sob o postulado iluminista da culpabilidade, se até à construção de categorias delitivas, importando tão somente a conduta do indivíduo:

Em outras palavras, em um primeiro momento, sob influência do positivismo e de uma configuração liberal de Estado, temos uma dogmática impregnada por uma lógica formal, que se separa claramente da política e define seus conteúdos a partir de critérios naturalísticos¹⁷.

O direito do inimigo, por sua vez, é um direito do autor, cuja função é a construção de categorias de pessoas. Assim, as medidas punitivas, ao invés de representarem uma punição pelo fato (passado), buscam prevenir um mal futuro, pois o que se tem em mira não é a culpabilidade, mas a eliminação de perigos.

¹³ JAKOBS, 2008: 36.

¹⁴ NEUMANN, 2007: 156.

¹⁵ A garantia cognitiva mínima é um traço fundamental na teoria de Jakobs: “Jakobs fala de uma categoria mínima de comportamento que deve estar presente em todos os indivíduos para que sejam tratados como pessoas” (REGHELIN, 2007: 277).

¹⁶ MACHADO, 2007: 211.

¹⁷ MACHADO, 2007: 66.

Partindo dessa premissa, o direito penal do inimigo vai numa direção completamente oposta à doutrina clássica¹⁸, desconsiderando os seus princípios informadores. O princípio da proporcionalidade, que de certa forma reconhece a função retributiva da pena, é desconsiderado, pois o indivíduo permanecerá sob custódia tanto tempo quanto for necessário à eliminação do risco que ele representa à sociedade¹⁹.

Como já dito, para Jakobs a principal função da pena é a de prevenção geral, associada ao simbolismo normativo, pela qual a sanção representa uma proteção da sociedade, que reafirma o valor da norma enquanto conduta ideal a ser seguida. A pena, portanto, possui um caráter simbólico de confirmação da identidade normativa da sociedade²⁰.

Ocorre que, em relação ao inimigo, a prevenção geral torna-se ineficaz, fazendo com que a pena converta-se, então, em mero instrumento de inocuidade ou eliminação de perigo. Com efeito, o inimigo, além de não ser fiel ao direito, rechaça completamente a validade da norma, fazendo com que a pena perca o seu significado e torne insuficiente o modelo comunicativo.

Por outro lado, não podendo ser considerado como pessoa, o inimigo não é sujeito

processual. Assim, o complexo de princípios que compõe o devido processo legal, tais como o contraditório e o juiz natural, não vale para o inimigo, que deixa a condição de sujeito processual e torna-se objeto de coação. Aliás, a negação dos direitos processuais deve ser vista por diversos aspectos, como acentua Jakobs:

De outra banda, frente a esse lado pessoal, de sujeito processual, aparece em múltiplas formas uma clara coação, sobretudo na prisão preventiva; do mesmo modo que a custódia de segurança, a prisão preventiva também nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física²¹.

Além da prisão preventiva e seu uso desmedido, Jakobs enxerga nas interceptações telefônicas, investigações secretas e intervenção de agentes infiltrados outros artifícios que caracterizam uma política penal direcionada ao inimigo.

Característica já prevista por Jakobs em 1985, quando fez sua primeira explanação sobre o direito penal do inimigo, é a antecipação da tutela penal. Um código penal, ao tipificar certas condutas sociais como ilícitas, culpáveis e puníveis, diz que tal comportamento agride ou viola um bem jurídico assegurado pelo Es-

¹⁸ Em sua essência, o modelo penal do inimigo é uma ideologia político-criminal nascida como resposta aos anseios da sociedade do risco, que percebe a insuficiência do modelo clássico para orientar a nova configuração social: "A análise das discussões teóricas acerca das novas tendências do risco no direito penal permite identificar como cerne do problema a contradição entre adaptação do direito penal à sociedade do risco e a ameaça aos princípios clássicos. A bem da verdade, ainda que existam algumas posições intermediárias, bem como diferentes construções e argumentações entre os autores, é possível vislumbrar duas tendências de pensamento principais: de um lado, sob o ponto de vista da teoria do bem jurídico estritamente individualista, sustenta-se que o direito penal deve dedicar-se, tão somente, à proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, mediante os instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicos de garantia. Devendo, portanto, afastar-se da expansão descontrolada rumo à proteção de bens jurídicos universais. Na posição oposta, postula-se a flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuição de responsabilidades, a fim de que o direito penal angarie condições para atuar na proteção aos bens jurídicos supra-individuais e no controle dos novos fenômenos do risco" (MACHADO, 2005: 179).

¹⁹ A tendência à desproporcionalidade das penas já é um dado, como bem lembra Elisângela Melo Reghelin: "Nos dizeres de Hassemer e Muñoz Conde, o neoretribucionismo não se preocupa com a proporcionalidade entre ato e castigo, mas em sustentar uma vingança que conduza a penas desproporcionais e que violem a dignidade humana. Hoje os EUA são o melhor exemplo de neoretribucionismo, através da neutralização, de inocuidade, entendendo a pena privativa de liberdade, cada vez mais, como um fim em si mesma. Possuindo hoje a mais alta taxa de reclusão do planeta, coincidindo com uma verdadeira expansão da indústria do controle de delitos. Também na Espanha o sistema penal tem-se incrementado e a resposta penal está mais dura desde o Código Penal espanhol de 1995, com sanções de prisão mais elevadas. As campanhas de lei e ordem definem políticas públicas, num autêntico movimento de neocriminalização" (2007: 298).

²⁰ MACHADO, 2007: 173.

²¹ JAKOBS, 2008: 39.

tado, daí decorrendo merecer sua punição. O modelo do inimigo, entretanto, vai mais longe e tipifica como crimes inclusive os atos preparatórios dos delitos normalmente previstos.

Em sua exposição, Jakobs²² define a questão da seguinte maneira:

Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou duas tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com 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.

Essa antecipação da tutela penal pode ser sentida nas legislações modernas pelo aumento maciço de delitos de perigo abstrato ou pelas normas penais em branco, por exemplo. No primeiro caso, pune-se o agente pela mera probabilidade de que um dano venha a ocorrer. No segundo, a norma pode alcançar um número maior de situações ou condutas.

2.4. A aplicação do “direito penal do inimigo” na legislação brasileira

A transposição das barreiras nacionais, a globalização, a economia de mercado, a massificação das relações sociais e todos os demais fatores decorrentes de nossa sociedade pós-moderna e pluricultural fazem com que os problemas sociais, políticos e econômicos abalem, de uma maneira mais ou menos uniforme, todo

o mundo. E essa característica também vale quando se trata de um modelo político-jurídico como o direito penal do inimigo.

Com efeito, ainda que os contextos sejam diferentes, prevalece em qualquer canto o argumento de que um avanço na criminalidade deve sempre ser seguido por um recrudescimento na legislação penal. O Brasil não é exceção e já podemos perceber um enfrentamento mais sério em relação a temas polêmicos e geradores de inúmeras mazelas sociais, como é o caso das drogas²³.

A Lei nº 10.792/03, que alterou a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), foi muito criticada pelos juristas brasileiros por prever o regime disciplinar diferenciado. De acordo com o entendimento majoritário, tal regime é inco, seja no direito penal da culpabilidade, mas em um modelo que age em função da prevenção e eliminação de riscos. Assim:

Com exceção da hipótese prevista no caput do artigo 52 — que exige a prática de fato previsto como crime doloso para submeter o preso ao regime disciplinar especial —, as demais hipóteses traduzem a idéia de punição do preso por aquilo que ele é ou pela ameaça que ele representa, e não pelo que ele fez, havendo, nesses casos, um retorno ao Direito Penal do autor, em detrimento do Direito Penal do fato²⁴.

Como se não bastasse, a citada lei traz disposições que desconsideram o princípio da proporcionalidade, outra característica marcante da teoria do inimigo. Com efeito, a Lei de Exe-

²² JAKOBS, 2008: 37.

²³ A situação fica mais evidente se falarmos em números. E é justamente isso que mostra Busato: “O efeito criador de opinião, no entanto, fica bastante claro pela análise dos recentes levantamentos estatísticos efetuados pelo *Datafolha*, mencionados pelo editorial do *Boletim do IBCCrim* n. 166, onde se menciona que ‘do total de 6.969 entrevistados em todo o País, 51% querem a pena de morte e 84% defendem a redução da maioria penal de 18 para 16 anos.’” (2007: 352).

²⁴ A falta de taxatividade sentida no conceito de inimigo, que, como já dissemos, é uma norma em branco, pode ser sentida na aplicação do regime disciplinar diferenciado: “Além disso, ao instituir o regime disciplinar diferenciado, a Lei nº 10.792/03 não teria observado o princípio da taxatividade ao utilizar expressões ambíguas e vagas como ‘subversão da ordem ou disciplina internas’ (artigo 52, *caput*, da Lei de Execução Penal), ‘alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade’ (artigo 52, § 1º, da Lei de Execução Penal) e ‘fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando’ (artigo 52, § 1º, da Lei de Execução Penal) com o intuito de definir os critérios de sujeição ao regime especial” (HABER, 2007: 91).

²⁵ HABER, 2007: 92.

ção Penal, em seu artigo 52, inciso I, informa que o regime disciplinar diferenciado poderá ter duração de trezentos e sessenta dias. O problema é bem apontado por Carolina Dzimi-das Haber:

A previsão de trezentos e sessenta dias de internamento no regime disciplinar diferenciado não teria observado, também, o princípio da proporcionalidade, na medida em que o legislador não considerou a escala de valoração social da conduta e do resultado lesivo ao prever tal sanção. Haveria, ainda, ofensa ao princípio da proporcionalidade na possibilidade de aplicação do regime especial para presos que cumprem suas penas no regime fechado e para presos que as cumprem no regime semi-aberto, concedendo-se, assim, tratamento igual a situações desiguais²⁶.

Esse posicionamento da legislação brasileira se mostra conforme a idéia jakobsiana de que, em relação ao inimigo, não há pena, mas medida de segurança. Para a dogmática penal, a extensão da pena deve guardar relação com a valoração social da conduta. Entretanto, como no caso do inimigo não se cuida de efetivar a função comunicativa da pena, mas de extirpar um perigo, a pena não precisa guardar uma relação de proporcionalidade com a conduta praticada, convertendo-se em verdadeira medida de segurança.

Em outras palavras, o que está em jogo não é o fato praticado, mas a pessoa do autor.

Por fim, tendo-se em conta que a medida do regime disciplinar diferenciado pode ser aplicada indistintamente a presos provisórios e presos condenados, a lei em comento viola o princípio da presunção da inocência.

Dessa forma, vê-se que a presença na legislação brasileira de leis penais inclinadas ao modelo do direito penal do inimigo é uma realidade. Como pudemos constatar, os dispositivos

albergados na Lei de Execução Penal prestigiam várias das características da teoria de Günther Jakobs, colocando o preso que “subverte a ordem ou disciplina internas” e “apresenta alto risco para a ordem e a segurança” na posição de inimigo e, como tal, tornando-se objeto de coação.

Conclusão

Como vimos ao longo do artigo, a crítica feita por Jakobs é no sentido de que o direito penal deve reagir violentamente contra os indivíduos que, de modo reiterado e organizado, persistem em uma vida delituosa, à margem do direito. De acordo com Jakobs, é preciso que existam “dois direitos penais”, um destinado ao cidadão, que oferece garantias de que irá se portar conforme a norma, e outro para o inimigo, que não reconhece a validade do direito e, portanto, deve ser tratado como objeto de coação.

Esse modelo claramente conflita com a dogmática penal clássica, sustentada por princípios democráticos e liberais. Assim, por exemplo, desconsidera-se a culpabilidade, antecipa-se a tipificação para meros atos preparatórios e a pena deixa de guardar relação com a proporcionalidade. Portanto, sob qualquer ponto de vista, não há como se falar em adaptação dos princípios democráticos do direito penal ao modelo do inimigo.

A divisão entre cidadãos e inimigos é possível para Jakobs, pois o conceito de pessoa humana implica necessariamente falar em sociedade. Assim, não seria correto falar abstratamente em uma pessoa sem considerar o conjunto das relações sociais em que essa mesma pessoa se reproduz. A partir do instante em que o indivíduo não aceita as normas socialmente impostas, não deve mais ostentar o *status* de pessoa.

O modelo proposto por Jakobs demonstra claramente a tendência funcionalista que a dogmática penal tem adquirido nas so-

²⁶ HABER. 2007: 93.

iedades ocidentais contemporâneas, trazendo para dentro do âmbito penal discussões de caráter estritamente político, como é o caso do terrorismo. A diferença do direito penal do inimigo para outros modelos funcionalistas, como é o caso de Claus Roxin, está na completa desconsideração dos princípios do direito penal clássico.

Mais que um mero modelo dogmático, o direito penal do inimigo é uma verdadeira

política criminal, que paulatinamente se introduz mais e mais nas agendas dos maiores países capitalistas, colocando em cheque os limites da ciência penal e do próprio direito. Demonstramos em certo tópico do trabalho que Jakobs enxerga no direito penal do inimigo uma forma de garantir a sobrevivência do Estado democrático. Resta saber, então, se este não é um preço muito caro a ser pago pela nossa democracia: um preço tão caro que pode terminar por destruí-la.

Referências bibliográficas

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ASSIS MACHADO, Marta Rodríguez de. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 66, mai./jun. 2007.

DELMANTO, Celso et. al. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2007.

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

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: un ‘cambio de paradigma’ en el derecho penal? In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

HABER, Carolina Dzimidas. *A eficácia da lei penal: análise a partir da legislação penal de emergência (o exemplo do regime disciplinar diferenciado)*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LEBRUN, Gerard. *O que é poder*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Sílvia Lara Ribeiro. 1.ed. São Paulo: Abril Cultural; Brasiliense, 1984.

MOORE, Alan; LLOYD, David. *V de vingança*. Tradução de Jotapê Martins. São Paulo: Via Lettera, 2002.

NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Tradução de Antonio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. v. 69, 2007.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1: parte geral.

REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 66, mai./jun. 2007.