

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

*Barbara Josana Costa¹
Lanaira da Silva²*

RESUMO: Com os (des)avanços teóricos oriundos da (pós) modernidade, sob diversos aspectos estruturais, nota-se, dentro desse contexto intenso de mudanças (sociais, políticas e econômicas), que o Direito penal, imerso na velocidade dessas transformações, demonstra uma tendência a dialogar com teorias associadas à expansão de seu poder punitivo, isto é, com o aumento da violência institucionalizada. Nesse sentido, para demonstrar os desdobramentos do expansionismo do Direito Penal, e conseqüentemente, a infiltração desses discursos punitivistas, buscou-se na legislação brasileira elementos característicos dos conceitos expostos do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs, dentre eles, a Lei de crimes hediondos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Lei dos Crimes Hediondos. Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT: With the (un) theoretical advances coming from (post) modernity, under various structural aspects, there is, within this intense context changes (social, political and economic) that the criminal law, immersed in the speed of these changes, demonstrates a tendency to dialogue with theories associated with the expansion of its punitive power, that is, with increasing institutionalized violence. In this sense, to demonstrate the consequences of expansionism of criminal law, and hence the infiltration of these punitivista speeches, sought to Brazilian law characteristic elements of the exposed concepts of criminal law Günther Jakobs enemy, among them the Law of heinous crimes.

KEYWORDS: Criminal Law. Law of Heinous Crimes. Criminal Law of the Enemy.

¹Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogada. Membro do grupo de pesquisa Tributação e Dignidade Humana. Advogada.

²Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio Sinos, na linha de pesquisa em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. É integrante do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica, vinculado ao CNPq, e do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada, Professora e Parecerista da Revista ACTIO. Correio eletrônico: lanaira75@gmail.com

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breves apontamentos sobre o direito penal do inimigo; 3 Um reflexo do direito penal do inimigo: a lei dos crimes hediondos; 4 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Diante dos (des)avanços que a sociedade (pós) moderna tem enfrentado, em diversos aspectos de sua estrutura, denota-se, por sua vez, como o desenvolvimento científico-tecnológico, a globalização e o crescimento populacional têm transformado a forma em como se dão as relações humanas. Como é possível perceber, “atualmente, pode-se identificar a configuração de uma sociedade tomada pela complexidade, marcada pela relativização de fronteiras e demais formas de divisão, proporcionando uma intensa comunicabilidade e choques culturais.” (CALLEGARI; LINHARES, 2014, p. 125)

Dentro desse contexto de mudanças, o Direito penal - influenciado pelas céleres transformações que têm ocorrido - atualmente demonstra uma tendência à expansão de seu poder punitivo. Para Silva-Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 26-27) a nossa sociedade é definida pela insegurança, afirma que “la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la própria existência objetiva de los mismos”. Verifica-se, assim, um movimento de transição dos modelos abolicionistas e reducionistas aos modelos eficientistas, que preconizam um alargamento do sistema penal. Neste sentido:

Em razão do domínio dessa expansão do Direito Penal, inúmeros fatores se manifestam no ordenamento penal e processual penal que, em um tempo anterior, eram desconhecidos ou combatidos. Um exemplo desses fatores é a flexibilização de garantias processuais e de regras de imputação penal, além da flexibilização dos próprios princípios fundantes do Direito Penal, como o princípio da legalidade (CALLEGARI; LINHARES, 2014, p. 125).

Desde os meados de 1980, o fenômeno da expansão ganha contornos cada vez mais acentuados. O discurso político criminal desvela o incontestado endurecimento das legislações penais, na medida em que a redução de direitos e garantias e a implementação do aparato policial, judiciário e penitenciário, cada vez mais se faz presente como precípua forma de combater o crime e a violência.

De todo o modo, o sistema penal deslegitimado pelas teorias propostas na década de 1960, acabou por despontar por novos caminhos ao adotar políticas criminais que apresentassem um viés mais eficientista, expandindo seu potencial punitivo sob influência, por exemplo, do modelo adotado nos

Estados Unidos em movimentos como o “*Law and Order*”. Com a expansão do poder punitivo, os discursos de ódio ganharam força e os “inimigos” da sociedade foram sendo redesenhados.

Apesar de distintas contribuições teóricas impelirem a deslegitimação do sistema penal, verifica-se a notoriedade do *labeling approach* como um dos fatores dominantes no processo de desconstrução do sistema até então vigente. Isto porque o *labeling approach* rompeu com certos paradigmas da modernidade, culminando com a transição para um novo contexto focado na reação social.

Dentro desse novo contexto, uma conduta não é criminal por si só, e um indivíduo não é criminoso por natureza, por traços de sua personalidade ou influências do meio ambiente. O processo de desconstrução advindos desta onda foi justamente a deslegitimação do sistema penal. O sistema penal não se mostrou capaz de abarcar os problemas trazidos pela realidade, sendo na verdade, um perpetuador de sofrimentos desnecessários, tendo ainda como agravante seus alto custo e baixa eficiência na ressocialização dos indivíduos. Assim:

A facilidade na aprovação de novas leis penais e o agravamento das já existentes reflete, em sua contraface, a dificuldade de se revogar expressamente ou amenizar as leis penais vigentes. Isso resulta da inexistência (ou existência insignificante) de oposição à política repressivista. A oposição à ideologia de repressão ao crime, em nosso meio político, é majoritariamente indesejável, considerando-se os negativos efeitos provavelmente ocasionados pelo estigma da defesa do “lobby do crime”. (HUSAK, 2013, p. 57)

Diante deste processo de deslegitimação, a busca por soluções para os problemas sociais começou a surgir. Inicialmente, pode-se salientar o desenvolvimento de teorias mais atenuadoras da situação (minimalistas e abolicionistas). Todavia, como já dito anteriormente, em meados dos anos de 1980, houve o recuo dos movimentos liberais e o aumento significativo dos movimentos de “*Lei e Ordem*”. Em realidade, a implementação das políticas criminais mais duras se mostra como uma tentativa de “relegitimar” um sistema penal desfacelado.

Para os adeptos desse sistema, o sistema penal não está deslegitimado ou em crise, o que na realidade se faz necessário é um aumento na repressão. Portanto, a solução seria justamente a expansão do sistema penal. “Nesse contexto, parte-se para uma banalização do Direito Penal, à proporção que se passa a punir estágio prévios do delito (atos preparatórios), antecipando-se a tutela penal; tipificando-se, da mesma forma, bens jurídicos de difícil concreção (intangíveis e abstratos) (CALLEGARI, 2012, p. 35).

O recrudescimento da política criminal é vista como uma alternativa

para buscar uma resposta mais rápida e eficaz aos problemas, sendo que nem as garantias jurídicas tão caras à tradição do direito penal liberal, delineadas nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito são poupadas. Em uma sociedade de massas não sobra espaço para salvaguardar os direitos individuais, nos dizeres de Alexandre Morais da Rosa

[...] no atual estado da arte ocorre uma inflação abusiva e banalizadora do Direito Penal, mediante a criminalização excessiva da vida cotidiana e, de outro lado, uma flexibilização abusiva das garantias processuais, atendendo-se, dentre outros fatores, aos custos do Sistema de Controle, bem como aos anseios políticos da maioria. (ROSA; CARVALHO, 2010, p. 4)

Nesse contexto de busca de inimigos e de estados de emergência, a discussão sobre o “inimigo da sociedade” ganhou mais espaço. O Direito Penal do Inimigo, de Gunther Jakobs, destacou-se como teorização dominante do eficientismo. A proposta de Jakobs é justamente a supressão de direitos e garantias, com o intuito de que tão somente alguns indivíduos perigosos, os denominados “inimigos” sejam contidos/neutralizados. Trata-se, em verdade, de uma política de contenção sugestiva a expansão penal, que possui uma indubitável natureza simbólica, na medida em que nega certas estruturas do sistema penal, ou seja, abstrai os avanços conquistados, como forma de tentar resgatar um sistema penal imerso em mazelas. Ademais, outro fenômeno que enseja a expansão do Direito Penal que merece ser apontado diz respeito ao efetivo aparecimento de novos riscos. Trata-se da dita “sociedade de risco” ou “sociedade de riscos” na expressão de Ulrich Beck. Nas palavras do próprio autor:

A sociedade de risco designa uma época em que os aspectos negativos do progresso determinam cada vez mais a natureza das controvérsias que animam a sociedade. O que inicialmente ninguém via e, sobretudo, desejava, a saber, colocar a si mesmo em perigo e a destruição da natureza, está cada vez mais se tornando o motor da história. Não se trata, pois, de analisar os perigos enquanto tais, mas de demonstrar que, diante da pressão do perigo industrial que nos ameaça e o conseqüente desaparecimento das questões tradicionais no conflito de classe e de interesses, aparecem chances de novas configurações (BECK, 2010, p. 376).

No panorama em que se insere a sociedade de risco, e por conseguinte, seus desdobramentos, vê-se que a institucionalização da insegurança, “em decorrência da dita sociedade do risco, pode-se qualifica-la, hoje, de tecnológica, o que significa dizer que a neutralização dos riscos produzidos torna-se tarefa remota de difícil concretização” (CALLEGARI, 2012, p. 36). Deste modo, no âmbito do direito penal percebe-se claramente que as conse-

quências lesivas acabam se passando em um “cenário incerto e em um tempo indefinível a priori, sem a correta identificação da causa-efeito, com o que os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema” (CALLEGARI, 2012, p. 36).

Toma-se como exemplo as consequências do atentado terrorista de 11 de setembro. O efeito da queda das tuas torres gêmeas no coração de Nova York espalhou a sensação de pânico por todo o mundo, inclusive em países com realidade distintas das dos Estados Unidos. A onipotência norte-americana sucumbiu aos ataques terroristas, cada detalhe alastrou-se ao redor do globo, em razão da onipresente “sociedade de informação” que proporciona a aproximação dos riscos distantes e a da dramatização das notícias catastróficas, incrementando a sensação de insegurança na aldeia global.” (CALLEGARI, 2012, p. 37).

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Com o intuito de enfrentar o clima de insegurança impregnado no contexto (pós) moderno, Günther Jakobs, professor de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn, Alemanha, desenvolveu a teoria do Direito penal do inimigo. A teoria foi apresentada pela primeira vez no ano de 1985, de forma primeiramente descritiva. Entretanto, em sua obra “Direito Penal do Inimigo – noções e críticas”, de 2003, o alemão desenvolveu sua tese afirmativa e legitimadora, defendendo a possibilidade do “direito penal do inimigo” como interface integrante do sistema jurídico penal (GRECO, 2005, p. 81).

Em sua obra, Günther Jakobs preconiza a legitimação de duas tendências contrastantes dentro do direito penal: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo (CALLEGARI, 2012, p. 44). “Para o primeiro, a pena é uma contradição; para o segundo, o mais relevante será o asseguramento frente ao autor [...] mediante uma pena privativa de liberdade que garanta o asseguramento” (CALLEGARI, 2012, p. 45). A dicotomia busca se harmonizar dentro da obra, na medida em que ao cidadão que comete um crime são assegurados os direitos e garantias penais (v.g devido processo legal, ampla defesa, etc). No entanto, para inimigo (sendo, pois autoexplicativo) não há a possibilidade de gozar do *status* de pessoa e em razão disso não há que se falar em um devido processo legal, mas em um procedimento de guerra. No caso do inimigo, por exemplo, este representaria um perigo, sendo-lhe aplicado uma estratégia de prevenção dos riscos. Com relação ao cidadão, acrescenta Luis Gracia Martin

O direito Penal do Cidadão define e sanciona delitos ou infrações nor-

mativas realizadas pelos indivíduos de um modo incidental, e normalmente havidos como simples expressão do abuso, por parte de tais indivíduos, das relações sociais em que participam com o seu status de cidadãos, isto é, na sua condição de sujeitos vinculados ao e pelo direito. (GRACIA MARTIN, 2007, p. 81-82)

O direito penal do inimigo busca fundamentos jusfilosóficos da teoria, segundo descreve Jakobs, em autores contratualistas como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Para estes, resumidamente, o delinquente que infringe o contrato social não pode usufruir dos benefícios do Estado.

Ressalva-se, porém, que tanto para Rousseau quanto para Fichte, há o entendimento de que qualquer indivíduo que infringe a lei deixa de fazer parte do Estado, enquanto que para Hobbes e Kant tão somente os autores de crimes graves devem ser excluídos. Jakobs pondera que sua teoria aproxima-se mais com os ideais destes últimos: “Hobbes e Kant conhecem um direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio.” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012, p. 79).

O Direito Penal do inimigo de Jakobs baseia-se em sua concepção sobre a função da pena. O teórico alemão buscou fundamentos no funcionalismo-sistêmico, influenciado pela teoria sistêmica de Niklas Luhmann. No pensamento sistêmico (LUHMANN, 1983, p. 252), o centro de atenção é transferido do homem para o *sistema*. O sistema é separado das pessoas da sociedade, que são consideradas *subsistemas*. Dito de outro modo, a capacidade de equilíbrio do sistema estaria subordinada à sua capacidade de normalizar as variadas expectativas dos “subsistemas”.

Ainda nos teares da visão sistêmica de Luhmann, a teoria da prevenção positiva de Jakobs, defende que a reação punitiva- característica marcante da teoria - teria função precípua de restabelecer a confiança no sistema e prevenir os efeitos negativos que a violação da lei poderia causar em sua estabilidade.

Deste modo, o caráter funcional da pena, segundo Jakobs, seria justamente o de demonstrar o reconhecimento da norma e, sobretudo, a estabilidade do direito pelos membros da sociedade. O delito seria a expressão simbólica da falta de fidelidade ao direito, ocasionando desestruturas institucionais. A pena representaria o oposto: através dela há a reafirmação da vigência da norma, restaurando a sensação de confiança no ordenamento jurídico. Salienta-se ainda que:

Outra característica do Direito Penal do Inimigo é a desproporcionalidade das penas, que são excessivamente altas, uma vez que a punição de atos preparatórios não é acompanhada de nenhuma redução da pena com relação à fixada aos fatos consumados ou tentados. Além

disso, 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 (CALLEGARI, 2012, p. 47).

Portanto, o direito funcionaria como instrumento de estabilização social. Diante das condutas delituosas, o discurso jurídico-penal seria regulador do controle social (LUHMANN, 1983, p. 252). Para Jakobs, o inimigo seria 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 poderia ser tratado como pessoa, pois, do contrário, vulneraria o direito à segurança das outras pessoas. Jakobs define o inimigo como o criminoso reincidente e que pratica crimes graves, citando como exemplo os autores de crimes econômicos, crimes sexuais, crimes organizados e de terrorismo. Jacobs afirma que o terrorista também deve ser considerado um inimigo, lembrando o ocorrido em 11 de setembro 2001 citado anteriormente. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 36).

Assim, a proposta político-criminal de Jakobs traz consigo a concepção simbólica do poder punitivo. A pena como elemento de coação teria um significado simbólico, ou seja, de que o evento criminoso é irrisório e que a norma válida sem alteração alguma:

Assim, as expectativas cognitivas exigem que o expectador adapte sua expectativa à realidade, que lhe é contrária. Já nas expectativas normativas, o errado não é expectativa, mas a realidade, motivo pelo qual se exige que a norma mantenha-se vigente, negando a negação do autor. É dizer: a função do Direito, nesse sentido, é manter a vigência da norma, a reafirmação da vigência da norma. (CALLEGARI, 2012, p. 45)

O crime seria tido como um ato de um indivíduo consciente, que infringe a norma. A coação oriunda da pena afirmaria que a lei permanece em vigência, mantendo-se a configuração social. Já a pena como segurança “não só significa algo, mas também produz fisicamente algo” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, p. 36.). A pena, neste sentido, possuiria uma função de prevenção, uma vez que durante o cumprimento da pena, o preso não pode cometer novos crimes. A repressão, neste aspecto, não teria como intuito o efeito simbólico com seu viés “pedagógico”, mas sim afastar o delinquente da sociedade. Buscaria a proteção “de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo, em lugar de comunicação” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p.34)

Não obstante, Zaffaroni admite que Jakobs acertou ao utilizar os ter-

mos “inimigo” e “não pessoa”, todavia sua proposta continua reacionária, pois pretende inserir o inimigo dentro do Estado de Direito. Cumpre salientar que:

é neste ponto que se situa uma das controvérsias do discurso do Direito Penal do inimigo, dado o fato de que, se ele reconhece os destinatários de suas normas como não-pessoas, a existência destas deve ser constatável já na realidade prévia à sua aplicação, pois caso isso não seja possível, não é também possível saber se ele é efetivamente destinado a não-pessoas ou a pessoas (ZAFFARONI, 2007, p. 165-166).

Assim com o discurso de Jacobs, pode-se dizer que há a legitimação de uma ordem funcional, independentemente da forma em que esta é estruturada. Ademais, o direito penal do inimigo constitui uma “configuração de um modelo de Direito Penal do autor, onde não está em jogo a proteção de bens jurídicos, mas sim a perseguição de determinadas pessoas em função da sua condição social, de sua “maldade” intrínseca”. (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 69).

3 UM REFLEXO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Diante da breve exposição feita à teoria de Jacobs, resta a necessidade de se aprofundar a questão encontrando seus reflexos concretos na legislação brasileira. Com exposto anteriormente, o direito penal do inimigo converge para um modelo de Direito Penal do autor, sendo assim, as características intrínsecas do delinquente é que serão os fatores determinantes. Em linhas gerais, os inimigos de que trata a proposta de Gunther Jakobs são aqueles que se constituem como uma ameaça ao Estado, isto é, os inimigos externos, personificados na figura do traficante, do terrorista e do imigrante. Neste sentido:

Em verdade, pelo que foi dito, inimigo é aquele que se afasta de modo permanente do Direito, o qual não oferece garantias cognitivas de fidelidade à norma. Nesse diapasão, pode-se dizer que os criminosos econômicos organizados, autores de delitos sexuais e, sobretudo, o terrorista constituem-se em potenciais inimigos. Ocorre que, do ponto de vista do *modus operandi* dos autores, não é possível dizer que o discurso histórico global individualize nenhuma fenomenologia específica, como é o caso da criminalidade organizada, objeto de atenção central no discurso atual. De se reconhecer, portanto, que há uma pluralidade de inimigos. (CALLEGARI, 2012, p. 47).

Deste modo, “se no Direito Penal dito clássico a reação vinha a pos-

teriori em face de uma lesão individual; no moderno, a reação é a priori” (CALLEGARI, 2012, p. 49). Nesse sentido, o Direito Penal se mostra preventivo, uma vez que há o adiantamento da intervenção punitiva, contexto em que as figuras típicas de mera atividade ganham maior espaço (delitos de perigo abstrato), em face dos crimes de perigo concreto.

Muito embora grande parte da legislação brasileira seja anterior às discussões provenientes do Direito Penal do Inimigo, é possível perceber que houve a influência dos movimentos eficientistas na legislação penal brasileira. Na linha do pensamento *Law and Order*, surgiu, então, a Lei dos Crimes Hediondos que é, sem dúvida, um exemplo significativo de uma posição político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e passionalidade. “Assim, sob o efeito hipnótico dessa nova solução legislativa, legislador ordinário, de um momento para o outro, passou a dar tratamento distinto aos autores de determinados crimes já existentes, porém, agora com etiqueta nova porque levaram o nome de hediondos” (CALLEGARI, 2012, p. 49).

A partir do início da década 1990, o legislador brasileiro considerou hediondos os seguintes crimes: tráfico de entorpecentes; prática de tortura; terrorismo, homicídio praticado por grupo de extermínio e qualificado; latrocínio; extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor; epidemia com resultado morte; falsificação; corrupção ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e o crime de genocídio (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 93).

Apesar da Lei dos Crimes Hediondos não radicalizar, no sentido de suprimir todos os direitos garantidos aos outros indivíduos que não cometeram crimes hediondos, esta, inevitavelmente, acaba reduzindo diversas garantias penais, processuais e de execução penal, em outras palavras, equivale afirmar “que determina um tratamento diferenciado ao autor do delito” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010 p. 93). André Luís Callegari e Maiquel Angelo Dezordi Wermuth definem:

No caso brasileiro, a excepcionalidade da Lei dos Crimes Hediondos apresentada, como sua própria denominação indica, como solução de caráter extraordinário e restrito, pensa exclusivamente para o enfrentamento dos crimes assim rotulados. Ao mesmo tempo, sua excepcionalidade se projetava também sobre o plano temporal, já que aparecia como uma solução com prazo de validade, desenhada até o desaparecimento do fenômeno criminal frente ao qual surgia (sequestros, tráfico de entorpecentes, etc) (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 94)

Prepondera-se ainda que a inclusão dos crimes de homicídio qualificado e de homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio no rol dos crimes hediondos ocorreu por meio da Lei. nº 8.930/94 por

meio da influência de campanhas midiáticas, motivaram a alteração legislativa (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 92). O caso da morte da atriz Daniela Perez causou comoção nacional, ocasião em que Glória Perez angariou 1,3 milhão de assinaturas na tentativa de modificar a redação original da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), editada pelo governo Fernando Collor em 1990. Originalmente a lei tipificou como hediondos os crimes de sequestro, tráfico e estupro. Deste modo, estes eram inafiançáveis, sendo proibidos os benefícios da progressão da pena. Com os esforços de Glória Perez resultaram em uma emenda popular que incluía o homicídio qualificado.

Todos esses fatos levam à conclusão de que se mesclam conceitos em nome de uma suposta segurança do cidadão, onde o importante é mais o caráter simbólico de uma política simplista que sua real efetividade. Assim, justifica-se a edição de normas supressivas de direitos e garantias fundamentais, tudo em nome de um controle social absoluto, onde imperam as normas recrudescedoras do Direito Penal.

Como exemplos desta realidade, nota-se que a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que apesar do excesso do rigor, da supressão de certas garantias processuais, e do seu efeito simbólico na sociedade não necessariamente ocasionou a diminuição do consumo de drogas e da violência. Seu manto simbólico, na verdade, obscurece o punitivismo por detrás da legislação ao encobrir a realização de políticas públicas adequadas ao combate a estes graves problemas sociais (MELIÁ, 2007, p. 78).

Deste modo, o Estado reverencia o clamor público com seu poder repressivo, ao demonstrar publicamente com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, a força de seu poder coercitivo, esquecendo, todavia, que o problema da criminalidade vai muito além que a simples promulgação de leis mais rigorosas.

Dito de outro modo verifica-se que com o passar dos anos a Lei dos crimes hediondos “não comportou a própria validade normativa penal de exceção ou de emergência” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 94). E mais “a etapa vivida desde então evidencia uma normalização da exceção” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 92), evidenciando claramente uma contraposição da referida Lei com o Estado de Direito institucionalmente definido pelo marco constitucional.

As consequências jurídicas da rotulação desses crimes como hediondos pode demonstrar uma contaminação da legislação ordinária pelo Direito Penal do Inimigo, pois, de fato, os autores destes crimes passaram a ter um tratamento diferenciado, com restrições de garantias penais e processuais.

No caso brasileiro, a excepcionalidade da Lei dos Crimes Hediondos apresentada, como sua própria denominação indica, como solução de caráter extraordinário e restrito, pensa exclusivamente para o enfrentamento dos

crimes assim rotulados. Ao mesmo tempo, sua excepcionalidade se projetava também sobre o plano temporal, já que aparecia como uma solução com prazo de validade, desenhada até o desaparecimento do fenômeno criminal frente ao qual surgia (sequestros, tráfico de entorpecentes, etc.)

Com tal emergência, justifica-se uma série de medidas para combater esse nebuloso fenômeno do terrorismo. Não há de se olvidar que este novo inimigo seja perigoso, motivo pelo qual pretende-se justificar também um maior controle sobre os estrangeiros, ou seja, como se pretende justificar um controle maior sobre toda a população para evitar a infiltração de terroristas, facilita-se e reforça-se igualmente o controle que se exerce sobre estes, especialmente sobre os estrangeiros.

4 CONCLUSÕES

Como exposto no início do trabalho, após análise das características inerentes à proposta de Jakobs, pode-se afirmar que o Direito Penal do inimigo, em nome da prevenção da ação criminoso e da neutralização das condutas de riscos, altera a perspectiva de ação do Direito Penal clássico, ou seja, ao invés de punir pelo ato praticado (Direito Penal do fato), pune, a partir de uma análise de conduta do indivíduo, pelo ato que se vai praticar (Direito Penal do autor). Esta mudança de atuação deve-se à incapacidade da teoria clássica do Direito Penal em atuar no estágio prévio as lesões oriundas da nova criminalidade decorrentes do desenvolvimento econômico-tecnológico da sociedade atual.

O Direito Penal do inimigo é estruturado sobre a égide da proteção à vigência da norma. Dessa forma, o indivíduo, ao cometer um ato criminoso, antes de atentar contra um bem da vida, desautoriza a vigência da norma. Nesta concepção, é a norma penal quem estabelece os bens que não podem ser ameaçados e, portanto, cabe ao Direito Penal o papel de garantir a expectativa proporcionada pela norma.

Neste aspecto, ainda, o indivíduo pode ser classificado de duas formas distintas dentro da sociedade: ou é considerado um cidadão, quando oferece uma confirmação cognitiva mínima de que irá agir de acordo com a norma estabelecida, ou enquadra-se na condição de inimigo, aquele que, por princípio, abandonou o direito e não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal. Observe-se que o critério de classificação adotado por este modelo baseia-se exclusivamente na conduta pessoal de cada indivíduo, inclusive em âmbito privado, pois tanto em sua privacidade, como em seus pensamentos, suas ações devem estar em conformidade à norma vigente.

Incontestemente é o fato de que a noção em torno do Direito Penal do

inimigo assumiu um intenso debate na ciência do Direito Penal já há alguns anos. Há muitos trabalhos de diversos autores que destrincharam a noção de Direito Penal do inimigo e, nessa linha, parece haver um ponto pacífico no que tange a ilegitimidade de tal modelo. Assim, para garantir a expectativa de segurança proporcionada pela norma, o Direito Penal do inimigo apresenta características específicas de combate ao inimigo, com o objetivo de majorar a coerção contra estes indivíduos. Precipualemente, a atuação está na ampliação dos limites da punibilidade, isto é, na possibilidade do Estado agir de forma preventiva, no estágio prévio à lesão do bem jurídico. Diante disso, resta hialina a função da pena na teoria do inimigo: ela traduz-se tão somente em uma coerção, uma neutralização daquele que se transfigurou em um inimigo, por conseguinte, origina uma aparente “satisfação” social, uma prevenção geral positiva, pois aparta do âmago social aquele irrompe com a segurança cognitiva mínima.

Neste sentido, constata-se, ainda, a influência de aspectos políticos presentes na teoria do inimigo. Para demonstrar os desdobramentos do expansionismo do Direito Penal, e conseqüentemente, a realidade onde há aplicação do Direito Penal do inimigo, buscou-se na legislação brasileira elementos característicos dos conceitos expostos e sua interação com a realidade social. Após estas considerações, mediante o raciocínio exposto, minimamente sob o viés teórico da questão, conclui-se que o Direito Penal do inimigo não se mostra mais eficaz no combate a nova realidade da criminalidade, além de transpor garantias (fundamentais) conquistadas.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. *Revista Idéias*, v. 2, n. 1 (nova série), Campinas, p. 230-252, 2010.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.66.

CALLEGARI, André Luís. LINHARES, Raul Marques. *O combate ao terrorismo e a expansão do direito penal*. Direito & Justiça. V. 40., n.2, p. 125-132, jul./dez. 2014.

CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: Um discurso sobre o direito penal de exceção*, in: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação da Unisinos. Anuário n.9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CANCIO MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª Ed., Porto

Alegre/RS, Ed. Livraria do Advogado, 2007. p. 78.

GRACIA MARTIN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81-82.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v. 56. p. 81-87, 2005.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: los límites del Derecho penal*. Traducción e introducción de Rocío Lorda Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 79.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal Eficiente e Ética da Vingança: Em Busca de Uma Criminologia de Não Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: B de F Ltda, 2008, p. 26-27.

ZAFFARONI, Raul E. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 165-166.