

RODRIGO DUARTE DAMASCENO FERREIRA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E A PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA:
INAFASTÁVEL RESPEITO ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS**

Curitiba
2008

RODRIGO DUARTE DAMASCENO FERREIRA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E A PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA:
INAFASTÁVEL RESPEITO ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de especialização em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal-UFPR.

Orientador: Prof. Juarez Cirino dos Santos.

Curitiba
2008

*À minha noiva Marina, que soube entender a
minha ausência.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Juarez Cirino dos Santos que, além de me apresentar ao Direito penal na graduação, com a gentileza da concessão da bolsa de estudos, me possibilitou o conhecimento da verdadeira criminologia crítica, sem o qual esse trabalho não poderia ser realizado.

Agradeço, também, à minha mãe, que, embora lecione em outros ares científicos, soube me orientar e apoiar nesta empreitada.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS JUSFILÓSOFOS MODERNOS.....	3
2.1 O inimigo como realidade histórica.....	3
2.2 Rousseau	4
2.3 Fichte.....	6
2.4 Kant	7
2.5 Thomas Hobbes	8
3 DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS	12
3.1 A finalidade do Direito penal.....	12
3.2 A identificação do “inimigo”.....	13
3.3 Os direitos do inimigo	15
3.4 O discurso “legitimador” do Direito penal do inimigo	17
4 DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS	19
4.1 Direito penal do inimigo e o Estado democrático de direito	19
4.1.1 Dignidade da pessoa humana e o inimigo	19
4.1.2 O inimigo e o Estado de polícia..	20
4.2 Presunção de inocência como garantia do cidadão.	22
4.3 O “inimigo” e os mecanismos de criminalização.....	25
5 TRATAMENTO DE INIMIGO NA LEGISLAÇÃO VIGENTE	27
5.1 O inimigo no discurso de Estado democrático de direito	27
5.2 Prisão temporária como tratamento de inimigo	28
6 CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS	35

RESUMO

O presente trabalho destinou-se a demonstrar que o Direito penal do inimigo idealizado por Günther Jakobs é contraditório em sua própria formulação: a restrição das garantias processuais nada mais é que a antecipação da perda do *status* de cidadão, o que só poderia acontecer, pela garantia da presunção de estado de inocência, após o trânsito em julgado de sentença condenatória. A razão para essa antecipação está na criminalização primária e secundária que, previamente, elegem a camada social que será rotulada como inimiga. Não obstante, é inegável que Jakobs, ao estruturar o Direito penal do inimigo como um discurso definido, contribuiu para o Estado Democrático de Direito, pois permitiu que os seus críticos buscassem, na legislação penal e processual vigente, as disposições típicas de tratamento de inimigo, para, então, eliminá-las.

Palavras chaves: *Direito penal do inimigo; garantias processuais; presunção da inocência;*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo verificar se, mesmo na hipótese de ser aceita a compatibilidade da figura de *não pessoas* com o Estado de Direito, O Direito penal do inimigo proposto por Jakobs seria insustentável, por trazer uma contradição interna a sua formulação.

De um lado, Jakobs defende um Direito penal do inimigo que, dentre outras medidas necessárias para contensão do ente dotado de periculosidade, impõe um “processo de guerra”, no qual são restringidas as garantias processuais do *não cidadão*. Do outro, Jakobs justifica a delimitação do Direito penal do inimigo como necessária para resguardar a totalidade de direitos e garantias do cidadão – dentre as quais, está a presunção do estado de inocência.

Assim, deve-se indagar se essas duas premissas internas à formulação teórica de Jakobs são compatíveis entre si, ou se a restrição das garantias processuais do inimigo significaria a antecipação da perda do *status* de cidadão, em prejuízo da presunção do estado de inocência.

Para possibilitar essa análise, no primeiro capítulo, será demonstrado que, além da diferenciação do inimigo não ser uma inovação recente no Direito penal, não é a ela inerente o sacrifício da presunção de inocência, pois é possível, dependendo da sua formulação teórica, que a perda da condição de cidadão se dê *a posteriori* ao julgamento.

Então, passar-se-á à análise do Direito penal do inimigo formulado por Jakobs: o estudo da finalidade do Direito penal e da pena para aquele autor (garantir a vigência da norma) servirá para entender os critérios utilizados por ele para identificação do inimigo (falta de segurança cognitiva).

Em seguida, serão abordadas as consequências jurídicas para aquele que é considerado não pessoa *em* Direito (inimigos), dentre as quais, estão as restrições das garantias processuais.

Mesmo não sendo objetivo principal desse trabalho a abordagem de todas as críticas ao Direito penal do inimigo - mas apenas aquelas referentes às restrições processuais - serão, na terceira parte, trazidos dois argumentos contrários àquela formulação de Jakobs: o tratamento do inimigo, à luz da dignidade da pessoa

humana, e a aceitação do Direito penal do inimigo como um passo irreversível na direção ao estado de polícia.

Só então analisaremos se a restrição às garantias processuais é uma contradição insuperável do discurso do Direito penal do inimigo e se essa contradição é meramente formal, haja vista a criminalização primária e secundária.

Verificar-se-á, por fim, como Jakobs, com sua proposta, pode contribuir para o fortalecimento do Estado de Direito, pois despertou a necessidade de reler a legislação vigente em busca de disposições típicas do tratamento de inimigo, para, então, eliminá-las à luz do Estado de Direito.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS JUSFILÓSOFOS MODERNOS

2.1 O INIMIGO COMO REALIDADE HISTÓRICA

Muito embora o Direito penal do inimigo tenha ganhado grandes repercussões no mundo acadêmico com os textos de Günther Jakobs, a idéia de um tratamento jurídico diferenciado para determinadas pessoas é uma realidade que sempre pôde ser constatada no direito ocidental.

Já no Direito romano, por exemplo, era autorizado que o Senado declarasse *hostis* aqueles cidadãos romanos que ameaçassem a segurança da República por meio de conspirações ou traição.

A consequência dessa declaração era a perda da condição de cidadão, deixando o indivíduo “em condições semelhantes à do escravo, para tornar-lhes aplicáveis as penas que eram vedadas para os cidadãos”¹.

Parte Jakobs, assim, “de uma sólida tradição que parece mostrar que a idéia jusfilosófica e teórico política do Direito Penal do inimigo representa uma constante histórica”².

Como esse trabalho não tem como escopo a análise da evolução histórica do Direito penal do inimigo, não será aqui tratado o percurso histórico do tratamento diferenciado para os inimigos.

Assim, mesmo ciente de que também já é possível identificar a exclusão do delinqüente habitual na sofística grega ou em Tomás de Aquino, limitar-se-á a abordagem de alguns filósofos da Idade Moderna (Rousseau, Fichte, Kant e Thomas Hobbes).

A abordagem desses autores será suficiente para, além demonstrar que o Direito penal do inimigo não é uma novidade exclusiva dos tempos atuais, possibilitar a análise crítica do Direito penal do inimigo de Günther Jakobs, pois foram aqueles filósofos que, de alguma forma, deram o embasamento filosófico-político para esse autor.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.23.

² MARTÍN, Luis Gracia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. trad. de Luiz Regis Prado; Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.93.

2.2 ROUSSEAU

A compreensão da figura do “inimigo” depende do modelo de Estado em análise, pois aquela variará conforme a organização do Poder.

A teoria do Estado em Rousseau remonta a uma questão básica que ele mesmo se coloca como dificuldade na sua mais importante obra, *O Contrato Social* : “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo e permaneça tão livre como anteriormente” ³

Essa forma de associação seria, para ele, a forma de transformar o pacto natural no pacto social, civil. Cada indivíduo que se associa a ela aliena-se totalmente, com todos os seus direitos, em favor da comunidade. Mas tal alienação não o domina nem o escraviza porque assim como ele se aliena totalmente em favor da comunidade, os outros indivíduos também o fazem. Sendo essa alienação, portanto, sem reservas, a união é factível porque ninguém está em situação diferente aos outros:

Enfim, cada um, ao dar-se a todos, não se dá a ninguém e, como não existe um associado sobre quem não se adquira o mesmo direito que lhe é cedido a ele próprio ,ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e ainda maior força para conservar o que se tem. Se, portanto, for afastado do pacto social aquilo que não constitui a sua essência, acharemos que possa ser reduzido aos seguintes termos: ‘cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob o supremo comando da vontade geral e haverá de receber ainda cada membro como parte indivisível do todo’⁴.

A associação assim fundada produz um corpo moral e coletivo, uma espécie de pessoa pública, um corpo político que se chama, entre outras denominações, de *Estado*.

Com essa associação ou contrato social, o homem sai de seu estado natural rumo ao estado civil. A partir desse momento, o homem deixou de agir pelos seus instintos e passou a consultar a razão antes de seguir seus pendores. Com

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. trad. de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005, p.26.

⁴ Ibid., p.27.

isso, ganha a verdadeira liberdade- não mais a liberdade natural, em que seus impulsos livres o levavam, de fato, à escravidão.

A comunidade associada, o Estado, propicia a cada indivíduo a liberdade moral, a única que o torna senhor de si mesmo. Essa liberdade que é a civil, é limitada pela vontade geral formada no corpo social a que passou a pertencer.

Como as leis são fruto da vontade geral, a prática de delitos significa declarar guerra à comunidade associada e, assim, tornar-se inimigo.

A identificação de quais delinqüentes são inimigos para o Rousseau está longe de ser algo pacificado.

Alguns autores afirmam que não são todos os delinqüentes que rompem o pacto social e, assim, tornam-se inimigos. Só o são aqueles que praticam determinados delitos capazes de afetar o contrato social.

Luis Gracia Martín, por exemplo, afirma expressamente que Rousseau “parece reconhecer como inimigos **alguns** delinqüentes”⁵, pois só haveria o rompimento do pacto social quando da prática de delitos de certa gravidade.

Günther Jakobs, no entanto, faz uma leitura diferente da obra de Rousseau, concluindo que, independentemente do crime praticado, todo delinqüente é, *de per si*, um inimigo⁶.

Esse posicionamento parece estar em maior harmonia com a obra de Rousseau, pois no *O Contrato Social* há a menção de ser inimigo todo o delinqüente, sem qualquer ressalva:

De resto, todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se por seus delitos rebelde e traidor da pátria. Cessa de ser um de seus membros ao violar sua leis e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser incompatível com a sua. É preciso que um dos dois pereça. Quando se condena à morte o culpado, isso é feito menos na qualidade de cidadão que de inimigo⁷.

O indivíduo só resguarda seus direitos de cidadão na medida que respeita o pacto social: caso ele o desrespeite, não poderá exigir proteção ao Estado.

Aquele que pratica conduta delituosa viola o pacto social e não mais é considerado cidadão, mas inimigo.

⁵ MARTÍN, op. cit., p.98.

⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. 3.ed. trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.28.

⁷ ROUSSEAU, op. cit., p.48.

Essa transição de cidadão para inimigo não se dá apenas com a imputação de determinado fato criminoso, mas é necessário o processamento judicial para que ela se efetive, pois “o processo e o julgamento constituem as provas e a declaração de que o culpado rompeu o tratado social e, por conseguinte, que não é mais membro do Estado”⁸.

A sentença condenatória, portanto, não é meramente declaratória do *status* de inimigo, mas sim constitutiva, ou seja, a perda da condição de pessoa se dá *a posteriori*.

Muito embora não esteja expresso em sua obra, é facilmente dedutível que, para Rousseau, as garantias processuais do cidadão não podem ser restringidas, pois a condição de cidadão permanece até a sentença condenatória.

As conseqüências para o inimigo são apenas aquelas posteriores à condenação proferida em um processo devido para o cidadão.

Não obstante a severidade das conseqüências para os inimigos (morte ou exílio) e a forma radical e absoluta de identificação dos inimigos (todos os delinqüentes)⁹ no tratamento do inimigo formulado por Rousseau, ao menos a presunção de inocência do cidadão é respeitada. O que, em outras formulações do Direito Penal do inimigo, não acontece.

2.3 FICHTE

A formação do Estado, para Fichte, se deu também pelo Contrato Social.

Assim, é inimigo aquele que, ao praticar determinada conduta, viola o contrato social em “um ponto em que se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”¹⁰.

A interpretação da obra de Fichte também não é unânime na parte da identificação dos inimigos: seriam inimigos todos os delinqüentes, ou apenas aqueles que praticam crimes de certa gravidade?

⁸ ROUSSEAU, op. cit., p.48

⁹ JAKOBS, op. cit., p.26.

¹⁰ FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. Hamburg: Edición de Felix Meiner Verlag, 1960. in JAKOBS, op. cit., p.26

Jakobs, por exemplo, afirma expressamente, inclusive criticando o radicalismo da proposta, que para Fichte é inimigo todo delinqüente, independente do crime praticado¹¹.

Essa conclusão leva em conta determinados trechos da obra de Fichte, nos quais é afirmado que, por exemplo, “todo o delito exclui o Estado e por isso o delinqüente fica fora da lei, isto é, sua segurança está tão garantida quanto a de um pássaro”¹².

No entanto, como bem ressalva Luis Gracia Martín, Fichte, em determinado momento de sua obra, relativiza aquela conclusão e passa a propor que a exclusão do delinqüente e a perda absoluta de todos seus direitos fossem substituídas por outras penas¹³.

Essa substituição de pena, “contrato de expiração”, só poderia acontecer quando a pena fosse suficiente para garantir a segurança pública.

Por fim, aqueles que praticaram assassinato intencional e premeditado jamais poderiam ser beneficiados pelo contrato de expiração, pois, nessas hipóteses, a única solução seria a execução do agente.

Muito embora Fichte não mencione de forma expressa quando se daria a perda da personalidade, é sustentável que só aconteceria após o julgamento e condenação do acusado, haja vista que aquele autor utiliza sempre a expressão “condenado” para se referir ao inimigo. Condenado, é de se dizer, é aquele que foi processado e julgado.

Assim, trazendo o pensamento de Fichte para os dias atuais, o inimigo só sofreria conseqüências diversas do cidadão após a sua condenação, ou seja, desde que respeitadas as garantias processuais em um processo justo.

2.4 KANT

Para Kant, somente o estado legal pode garantir o estado de paz, pois é por intermédio dele que se fasta o estado de guerra, característico do estado de natureza, no qual a ameaça é constante, mesmo quando não há uma hostilidade declarada.

¹¹ JAKOBS, op. cit., p. 28.

¹² FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. Hamburg: Edición de Felix Meiner Verlag, 1960. in MARTÍN, op. cit., p. 99.

A paz só acontece quando, em determinada comunidade, os indivíduos oferecem segurança uns aos outros. O simples fato desses indivíduos haverem “ingressado no estado civil, [faz com que] cada um dê a todos os demais as garantias necessárias”.

É premissa desse estado de paz que ninguém pode hostilizar, ou lesar, o outro, excetuando a hipótese do outro ter lesado outrem.

Acontece que aquele que se recusa a entrar no estado civil, ou o abandona, já está lesando os demais, pois o “homem – ou o povo- que se encontra no estado de natureza não me dá essa garantia e até me causa dano pelo simples fato de achar-se nesse estado de natureza; com efeito, ele está junto a mim, e ainda que não me hostilize ativamente, a anarquia do seu estado é para mim uma perpétua ameaça. Eu posso obrigá-lo a entrar comigo em um estado legal comum, ou afastar-se de mim”¹⁴.

Esses indivíduos que causam insegurança à comunidade não podem ser tratados como pessoas, mas como inimigos.

Quanto ao momento desconstitutivo da condição de pessoa, deve-se levar em conta que, para Kant, há duas espécies de inimigos: aqueles que nunca saíram do estado de natureza e aqueles que, muito embora tenham ingressado no estado legal, o abandonaram.

Para os primeiros, por estarem de antemão excluídos da cidadania, o tratamento hostil seria sempre legítimo. Os segundos, que encontravam-se no estado legal, seriam os próprios atos de hostilidade que o excluíram daquele estado¹⁵, ou seja, não haveria qualquer empecilho para a restrição às suas garantias processuais.

2.5 THOMAS HOBBS

Para Thomas Hobbes, no estado de natureza, os homens estariam em estado de guerra de todos contra todos, pois inexistiria um limite à liberdade dos homens¹⁶.

¹³ MARTÍN, op. cit., p.98.

¹⁴ KANT, *La paz perpetua. Ensayo filosófico*. trad. de Francisco Rivera Pastor, p.21. in ZAFFARONI, op. cit., p. 128.

¹⁵ MARTÍN, op. cit., p. 125.

¹⁶ Ibid., p. 102.

O bem supremo do homem seria, pois, a sua própria existência que estaria em constante ameaça no estado de guerra.

A saída do estado de natureza só é possível, se respeitadas as leis da natureza que eram fruto da razão humana.

A primeira lei é que “se deve buscar a paz onde for possível encontrá-la; e onde não, buscar ajuda para a guerra”¹⁷.

O direito de todos a tudo, por sua vez, viola a primeira lei fundamental, pois é impossível se ter a paz quando todos têm direito a tudo, inclusive a dispor do corpo do próximo¹⁸.

Faz-se necessário, para que se alcance a paz, a limitação da esfera dos direitos de cada um, limitação essa que se dá com a transferência ou renúncia de alguns direitos, “pois, se cada um conservasse seu direito a todas as coisas, necessariamente se seguiria que alguns teriam direito de invadir, e outros, pelo mesmo direito, se defenderiam daqueles (pois todo homem, por necessidade natural, empenha-se por defender seu corpo e as coisas que julga necessárias para protegê-lo). E disso se seguiria a guerra”¹⁹.

Surge, então, o Estado como uma instituição superior destinada à repressão das forças destruidoras do homem²⁰, uma instituição que tem como função proporcionar aos homens a segurança necessária para sobrevivência.

A segurança do homem só é alcançada quando o Estado define regras gerais a todos. Esse conjunto de regras é denominado de “leis civis”.

Para Thomas Hobbes, o direito por natureza, isto é, a liberdade natural do homem, pode ser reduzida e controlada pela lei civil; mais ainda, a própria finalidade da elaboração de leis civis “não é senão impor esse controle, sem o qual não é possível que haja nenhuma paz”²¹.

Só aqueles que renunciaram a parte de seus direitos e, assim, fizeram parte do contrato (os súditos ou cidadãos), estão obrigados a respeitar essas leis civis. Os demais, os inimigos, não estão sujeitos às leis civis, pois ainda estão no estado natural, estado de guerra.

¹⁷ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.38.

¹⁸ Ibid., p.19.

¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, p.260.

²⁰ Welzel. Introdução- melia p.105.

²¹ HOBBS, op. cit., p.255.

As leis civis devem estar protegidas por penas, castigos, que só são aplicáveis ao cidadão, pois esses são os únicos obrigados a respeitar seus mandamentos.

Percebe-se, assim, que, para Hobbes, a simples violação de uma lei civil não torna o cidadão inimigo.

Inimigo será aquele que não reconhece ou viola as leis da natureza que, inclusive, dão legitimidade para que sejam formuladas as leis civis, ou melhor, inimigo será o “cidadão ou um súdito [que] declara não ter mais vontade de obedecer ao homem ou à assembléia que ostenta o poder supremo do Estado”²².

Somente a violação das leis da natureza - crime de lesa-majestade, de alta traição – transforma o súdito em inimigo.

Ao inimigo, que representa uma situação de hostilidade declarada, “é legítimo infligir qualquer espécie de dano(...) o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender”.²³

Ressalta-se que esses danos provados ao inimigo não podem ser considerados punições, pois estas são exclusivas dos súditos²⁴. Ou seja, não há qualquer limitação à reação dos representantes contra o inimigo, pois essa se dá em benefício da república²⁵.

Ponto de maior relevância é em que momento o súdito passa a ser tratado como inimigo.

Hobbes em diversos trechos de sua obra afirma que ao inocente não é justo qualquer punição, sob pena da violação da lei que proíbe a ingratidão: “como todo poder soberano originalmente é dado pelo consentimento de cada um dos súditos, a fim de que por ele sejam protegidos, enquanto se mantiverem obedientes, a punição de um inocente equivale a pagar um bem com um mal”²⁶.

A inocência, para Hobbes, cessaria com o julgamento e condenação por autoridade competente, haja vista que mal infligido por juízes não autorizados não seria punição, mas ato de hostilidade²⁷.

²² Ibid., p.269.

²³ Ibid., p.265.

²⁴ Id.

²⁵ Ibid., p.269.

²⁶ Ibid., p.268.

²⁷ Ibid., p.264.

A necessidade da condenação para a perda do *status* de súdito pode ser confirmada no seguinte trecho do “O Leviatã”: “o mal infligido pela autoridade pública, sem condenação pública anterior, não deve ser classificado como punição, mas como ato hostil. Porque o ato devido ao qual se aplica a alguém uma punição deve primeiro ser julgado pela autoridade pública como transgressão da lei.”²⁸

Pode-se concluir que o total repúdio à punição de inocentes – estado que permanece até a condenação- impõe que sejam respeitadas as garantias processuais dos súditos.

Nesse sentido se posiciona Luis Gracia Martín:

Hobbes define ao longo de sua obra determinadas garantias processuais, como inexistência de um dever de auto acusação, de acusar o pai, a esposa ou o benfeitor, ou a não-validade de confissão obtida mediante tortura, bem como, de certo modo, a presunção de inocência, ao entender contrário à lei da natureza o castigo de um inocente²⁹.

Aqueles que perderam a condição de súditos ou jamais participaram do pacto social (os inimigos) não são beneficiados por qualquer garantia, ficando à mercê da imposição de qualquer sofrimento que o Estado entender necessário.

²⁸ Id.

²⁹ MARTÍN, op. cit., p.119.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS

3.1 A FINALIDADE DO DIREITO PENAL.

A compreensão do Direito penal do inimigo em Jakobs passa, inevitavelmente, pelo estudo da função do Direito penal para aquele autor.

As relações sociais, segundo Jakobs, dependem da previsibilidade dos comportamentos dos outros, pois “assim como os homens em suas relações com a natureza só se orientam na medida em que podem encontrar regularidades, do mesmo modo nos contratos sociais – os únicos que aqui interessam- só é possível a orientação se não se tem que contar a todo momento com qualquer comportamento imprevisível de outra pessoa”³⁰.

Haverá previsibilidade, enquanto todos estiverem agindo dentro da expectativa de respeito às normas³¹.

O direito penal para Jakobs, assim, ao contrário da maior parte da doutrina penalista³², não serve para proteger bens jurídicos, mas sim garantir a vigência da norma³³, mesmo quando estas são desrespeitadas no caso concreto:

“A contribuição que o Direito penal presta para a manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas. A garantia consiste em que as

³⁰ “Así como los hombres en su relación con la naturaleza solo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales – los únicos que aquí interesan- solo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona”, JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ed. trad. Joaquín Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, 1997, p.9.

³¹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. p.10.

³² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I. 2ª ed. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 2007. p. 51; MAURACH, Reinhart, ZIPF, heinz. *Derecho penal: parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Tradução: Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Alfredo y Ricardo Depalma. 1994. p. 283; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Tradução: José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares. 1994. p. 231; MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal: parte general*. 3ª ed. Valência: Tirant lo Blanch. 1998, p. 64. FIGUEREDO DIAS. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. Tomo I. Coimbra: Coimbra. 2004. p. 118. No Brasil, defendem que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/ Lumen Juris. 2007. p. 17; PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003;.

³³ BUSATO, Paulo. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.76.

expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma posta e exigida legalmente, não se dêem por perdidas em caso de serem defraudadas. Por isso – e contrariando a linguagem usual- se deve definir como bem a proteger a reafirmação frente as decepções que tenham o mesmo âmbito que a vigência da norma posta em prática; este bem se denominará a partir de *agora bem jurídico penal*³⁴.

A pena, então, tem como função afirmar que o comportamento infrator não é determinante e que o determinante segue sendo a norma. Demonstra-se, assim, que o autor não se comportou corretamente³⁵.

Ou seja, a pena reafirma, diante de uma conduta violadora da norma, a vigência normativa, assegurando para a comunidade que pode continuar a ter expectativa de comportamentos conforme o direito.

3.2 A IDENTIFICAÇÃO DO “INIMIGO”

A simples violação de uma determina norma não causa o fim do sistema normativo, pois “o delito não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como deslize reparável”³⁶.

É imposto uma pena que tem como objetivo primeiro estabilizar o sistema normativo, com a reafirmação, para o infrator e para a comunidade, de que a norma violada continua vigente e que a conduta do autor não pode ser norma³⁷.

Assim, o violador da norma não deve ser tratado como

“um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, mediante sua conduta, tem danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano, na vigência da norma. Isto revela com a pena, quer dizer, mediante a privação de meios de desenvolvimento do autor, mantendo-se a

³⁴ “La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como bien a proteger la firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico-penal*.” JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, p. 45.

³⁵ “comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se há organizado correctamente”. JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, p. 13.

³⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*, p.32.

³⁷ Ibid., p.33.

expectativa defraudada pelo autor, tratando esta, portanto, como válida, e a máxima da conduta do autor como máxima que não pode ser norma”³⁸.

Considerando que a função do Direito penal e, por conseguinte, da pena é a proteção da vigência da norma, o castigo como reparação ou reafirmação da norma só terá razão de ser “quando o autor, apesar de seu ato ofereça garantia de que se conduzirá, em linhas gerais, como cidadão, quer dizer, com pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico”³⁹.

Isto porque, a vigência da norma depende de uma mínima segurança cognitiva, segurança de que o “outro” se comportará de acordo com os dispositivos normativos. Esse grau de segurança é condição para que o indivíduo seja considerado cidadão.

No exato momento em que não mais existir expectativa de que o “outro” se comportará conforme a norma, este não mais será tratado como cidadão, mas sim como inimigo⁴⁰.

O envolvimento habitual do indivíduo na criminalidade econômica, no terrorismo, na criminalidade organizada e nos delitos sexuais significa que está ele está “afastado, provavelmente de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”⁴¹.

Ou seja, para Jakobs a prática das condutas descritas naqueles tipos penais significa que a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradora e, assim, é diminuída a disposição em tratar o delinquente como pessoa⁴².

A escolha daqueles crimes como critério para perda da condição de pessoa é justificada na

elevada lesividade social que supõe esse tipo de criminalidade, deve-se prestar atenção, sobretudo, no fato de que tais atividades são impensáveis sem a utilização de sólidas redes logísticas e sem o estabelecimento de eficientes estruturas organizacionais. Tal fato permite, em um contexto de globalização como o atual, às organizações dedicadas a tais atividades criminosas gozarem,

³⁸ Id.

³⁹ Id.

⁴⁰ Ibid., p.34.

⁴¹ Ibid., p.35.

⁴² Id.

em alguns casos, de maior poder que os Estados, ou, pelo menos, escaparem ao controle político e jurídico destes⁴³.

Como a reafirmação da norma em relação ao inimigo já não é mais possível, a resposta jurídica para as violações normativas não pode ser a mesma que a para os cidadãos: a reação estatal frente a esta criminalidade não objetiva a compensação de um dano à vigência da norma, mas a eliminação de um perigo futuro⁴⁴.

3.3 OS DIREITOS DO INIMIGO

A consequência de ser rotulado como inimigo é a perda da condição de pessoa e, por conseguinte, a “legitimação” da restrição incondicional aos direitos e garantias fundamentais.

Isto se dá pelo fato do inimigo representar uma ameaça que deve ser, de qualquer maneira, combatida, eliminada e impedida de produzir graves danos à sociedade.

O Direito penal do inimigo é, na verdade, “uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo, cujo único fim seria a exclusão e inocuidade deste”⁴⁵, independentemente dos meios necessários para atingir esse fim.

Jakobs, então, passa a sugerir várias restrições no âmbito do direito penal e processual penal, das quais se destacam: 1) a antecipação da punibilidade; 2) desproporcionalidade das penas; 3) restrições às garantias processuais; e 4) execução diferenciada da pena.

Muito embora a determinação do momento inicial de incidência de pena, no processo de realização da ação típica, deva ser objeto de lei⁴⁶, é premissa elementar do Direito Penal que só devem ser puníveis os atos executórios e não os preparatórios.

Os atos preparatórios de fatos futuros, no entanto, são puníveis no Direito penal do inimigo. Isto é, há aqui uma primeira diferenciação de tratamento entre os inimigos e os cidadãos: “o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se

⁴³ MARTÍN, op. cit., p. 129.

⁴⁴ JAKOBS, op. cit., p. 35.

⁴⁵ MARTÍN, op. cit., p. 86.

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”⁴⁷.

Essa antecipação da punibilidade se justifica no fato da pena se dirigir à segurança frente a fatos futuros, ou seja, pouco importa o que foi praticado, mas sim o que se deseja evitar, mesmo que seja mera probabilidade.

Outra garantia decorrente do Estado Democrático de Direito é a proporcionalidade das penas.

O princípio da proporcionalidade, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “proíbe penas *excessivas* ou *desproporcionais* em face do desvalor de ação ou do resultado do fato punível, lesivas da função de *retribuição equivalente* do crime atribuída às penas criminais nas sociedades capitalistas”⁴⁸.

No âmbito do Direito penal do inimigo, essa garantia seria apenas dos cidadãos.

A desproporcionalidade das penas, como bem ensina Luis Gracia Martín⁴⁹, se manifestaria em duplo sentido: 1- a punição dos atos preparatórios seriam punidos com a mesma pena que a dos atos executórios; 2- O mesmo fato punível praticado por duas pessoas teria penas diferentes, pelo simples fato de uma delas pertencer a uma organização criminosa e a outra não. Participar da organização criminosa seria punido com uma maior pena que aquela paliçada ao fato executado.

O processamento do caso penal do inimigo, por sua vez, não tem como objetivo otimizar os meios de defesa para permitir que a sentença seja justa. O processo penal do inimigo se presta, sobretudo, para a “eliminação de riscos terroristas”⁵⁰.

Assim, são amplas as restrições às garantias processuais do inimigo, indo desde a incomunicabilidade do acusado à ilimitada utilização das prisões processuais e à irrestrita colheita de provas – mesmo quando em prejuízo da integralidade física do réu (tortura) ou de sua intimidade.

⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal parte geral*. 2.ed. ver. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p.379

⁴⁷ JAKOBS, op. cit., p.37.

⁴⁸ SANTOS, op. cit., p.27.

⁴⁹ MARTÍN, op. cit., p.88.

⁵⁰ JAKOBS, op. cit., p.40.

Por fim, na execução da pena o inimigo também recebe tratamento diverso, pois não tem ela como escopo a ressocialização ou a estabilização da norma, mas sim garantir a segurança das instituições.

Para o inimigo, por conseguinte, há também restrições quanto aos benefícios penitenciários como a progressão de regime, livramento condicional, visitas e etc.

Conclui-se, pois, que o inimigo, por não ter a condição de pessoa, pode ser sujeitado a qualquer tratamento autoritário, pois não está beneficiado pelas garantias do Estado Democrático de Direito.

Esse tratamento autoritário, por sua vez, não deve representar necessariamente a exclusão do inimigo de todos os seus direitos, “para não fechar a porta a um posterior acordo de paz”⁵¹.

3.4 O DISCURSO “LEGITIMADOR” DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jakobs, após expor o tratamento diferenciado dos inimigos, tenta justificar a importância do Direito penal do inimigo para o próprio Estado Democrático de Direito.

Para ele, inúmeras são as disposições penais e processuais penais existentes nos ordenamentos que, de alguma forma, trazem as limitações típicas do tratamento de inimigo.

Assim, seria mais danoso ao Estado de Direito que essas restrições continuassem sendo aplicadas a todos (cidadãos e inimigos), que a distinção delimitada de tratamento para as pessoas e as não pessoas *em* Direito.

Nas palavras conclusivas de Jakobs, “um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo”⁵².

Tenta ele justificar o Direito penal do inimigo como sendo um “mal menor” necessário.

⁵¹ JAKOBS, op. cit., p. 30.

⁵² Ibid., p.50.

O Direito penal do inimigo nada mais é – seguindo esse discurso- que uma das várias táticas destinadas a deter o avanço do endurecimento da legislação penal.

Alguns críticos do Direito penal do inimigo, como Raúl Zaffaroni, acreditam que

a proposta de Jakobs – a exemplo de muitas anteriores- é da mais absoluta boa fé quanto ao futuro do Estado constitucional de direito. Afinal, como assinalamos, quando ele propõe habilitar o poder punitivo sob a forma de mera contenção para *não pessoas* (entes perigosos), fá-lo imaginando que, desse modo, seria possível impedir que todo o direito penal fosse contaminado e se afastasse *do inimigo* e, por conseguinte, que todo o poder punitivo fosse exercido sem limitações. Ao mesmo tempo, permitiria que ambos funcionassem no marco do Estado de direito (...)⁵³

No entanto, parte-se aqui da premissa de que, mesmo admitindo-se que o Direito penal do inimigo tenha sido formulado para reforçar as garantias do cidadão – o que é algo questionável- deva ser ele refutado, pois na realidade é ele completamente incompatível com os pilares do Estado Democrático de Direito.

⁵³ ZAFFARONI, op. cit., p.159.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS

4.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inúmeras são as críticas possíveis à proposta de Direito penal do inimigo formulada por Jakobs.

O presente trabalho, no entanto, não tem a pretensão de esgotar todas elas. O objetivo é, sim, demonstrar que a formulação do Direito penal do inimigo é, em si, contraditória, quando afirma que as garantias processuais do inimigo podem ser restringidas.

Não se poderia tratar do Direito penal do inimigo, porém, sem analisá-lo à luz do Estado Democrático de Direito, trazendo, para isso, mesmo que de forma não tão aprofundada, algumas das críticas que, para nós, têm mais relevância na tarefa de rejeição da formulação teórica de Jakobs: 1- a impossibilidade, diante o princípio da dignidade da pessoa humana, de um tratamento de seres humanos como não pessoas; 2- o Direito penal do inimigo como afastamento do Estado de direito ideal e aproximação do Estado de polícia.

4.1.1 Dignidade da pessoa humana e o inimigo

A simples existência do indivíduo garante-lhe uma esfera de direitos mínimos inerentes a sua condição de “ser humano”⁵⁴.

Esta realidade é inerente ao mundo do ser e, portanto, antecede ao próprio surgimento do Estado, não podendo, por conseguinte, ser ignorada por uma construção posterior – o ordenamento jurídico.

Muito embora possa haver variações sobre os direitos de um indivíduo em relação a outro, é certo que todos são pessoas e, como tal, devam ser tratados.

Interessante é a constatação de E. Raúl Zaffaroni, pela qual

⁵⁴ Essa idéia é, para muitos, uma construção da modernidade oitocentista em que os direitos humanos são consagrados, mesmo se, por trás desse humanismo social houvesse a necessidade de formalizar a liberdade e a igualdade no seu sentido burguês. (Ferreira, Angela D D . Alternatividades e emancipação. Mimeo, 2008).

Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*⁵⁵.

É nesse sentido que o Direito penal do inimigo torna-se incompatível com o Estado de direito, pois desconsidera o *status* de pessoa de alguns seres humanos, tratando-os apenas como entes dotados de periculosidade⁵⁶.

Limitar a condição de pessoa apenas para aqueles que “oferecem uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal é desconsiderar a estrutura ontológica do ser humano, pois todos são pessoas, dotadas de direitos protegidos pela dignidade da pessoa humana⁵⁷”.

Ressalta-se que o limite de respeito à dignidade humana tem a mesma medida para qualquer ser humano, inclusive para aquele que decida se distanciar por completo de qualquer comunidade de homens para viver totalmente só e em estado completamente inativo. Mesmo nesses casos, como bem ensina Luis Gracia Martín, “nenhuma razão haveria para negar que uma decisão semelhante não fosse a expressão de um homem eticamente livre, de modo que também aqueles que decidissem se separar permanentemente da ordem social deveriam ser reconhecidos como pessoas responsáveis e tratados como tais, isto é, de acordo com sua *dignidade humana*⁵⁸”.

O tratamento do inimigo como uma não pessoa é, pois, inaceitável em um Estado de Direito – que tem como um dos seus pilares a limitação do Poder estatal em benefício das garantias individuais⁵⁹.

4.1.2 O inimigo e o Estado de polícia.

O modelo ideal de Estado de direito é aquele em que inexiste qualquer resquícios do Estado absoluto. Este modelo, no entanto, é abstrato, não encontrando correspondência no mundo real.

⁵⁵ ZAFFARONI, op. cit., p.159.

⁵⁶ JAKOBS, op. cit., p.23.

⁵⁷ Ibid., p.45.

⁵⁸ MARTÍN, op. cit., p.173.

O Estado de direito verificável na realidade histórica, ao contrário, pode estar mais ou menos próximo do modelo ideal, mas nunca esteve ou estará completamente livre das disposições de Estado de polícia⁶⁰.

Na atualidade, por exemplo, há uma notável expansão das disposições autoritárias no Direito penal⁶¹, um verdadeiro afastamento do Estado de direito abstrato.

É nesse cenário que Jakobs defende o Direito penal do inimigo como contensão desse fenômeno: a delimitação das disposições autoritárias apenas para determinados indivíduos (os inimigos) otimizaria o Estado de direito concreto para os demais (os cidadãos).

Tal posicionamento, no entanto, é criticável, pois: 1- desconsidera a dinâmica entre o Direito penal e o Estado de polícia; 2- parte do pressuposto de ser limitável o Direito penal do inimigo.

É constante a luta de contensão travada entre o Direito penal e o Estado de polícia. “Trata-se de uma dialética que nunca pára, de um movimento constante, com avanços e retrocessos”⁶².

Nessa luta, o ideal de Estado de direito é imprescindível, pois serve de norte, de objetivo que deve ser alcançado pelo Direito penal. A partir do momento em que o Direito penal se rende ao Estado de direito concreto e deixa de buscar o ideal, o Estado de polícia avança até se chegar ao Estado absoluto.

Assim, quando Jakobs defende a idéia que impossível é eliminar o Direito penal do inimigo e, assim, propõe apenas sua delimitação, está ele abandonando o ideal de Estado de direito a ser seguido, abrindo brechas para o avanço incontrolável do autoritarismo:

Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função- isto é, na medida em que se legitime o tratamento de algumas pessoas como *inimigos*-, renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.250.

⁶⁰ ZAFFARONI, op. cit., p.169.

⁶¹ JAKOBS, op. cit., p.56.

⁶² ZAFFARONI, op. cit., p.172.

avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia⁶³.

Na constante e árdua batalha de contenção do Estão de polícia, seria ingenuidade achar que este, após a concessão legitimada de atuação contra os inimigos, ficaria contido nos limites pré-definidos, pois o Estado dae polícia tem em sua genética a busca inesgotável pelo absolutismo.

4.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA DO CIDADÃO.

Consideremos, no entanto, apenas por uma questão de argumentação, que o a diferenciação inimigo e cidadão fosse aceitável em um Estado Democrático de Direito. Mesmo assim, o Direito penal do inimigo proposto por Jakobs seria insustentável, pois traz em si uma contradição.

Não resta dúvida de que só há sentido em diferenciar o inimigo quando se tem no outro lado o cidadão.

A essência do Direito penal do inimigo passa, pois, pela seleção daqueles que não são merecedores de serem “pessoas” *em* Direito.

Controverso é se a

a condição de inimigo, com a correspondente perda da personalidade ou da cidadania, é uma condição da qual é portador o indivíduo no momento da realização de algum fato típico do Direito Penal do inimigo (...) caso em que a sentença terá um valor meramente declaratório de uma situação anterior, ou se, ao contrário, é uma condição atribuída ao sujeito posteriormente, isto é, como conseqüência da sentença condenatória ditada no processo instaurado contra ele, a qual terá então um caráter constitutivo⁶⁴.

Em outras palavras, basta para se tornar inimigo a prática de determinados fatos delituosos (terrorismo, crimes sexuais, etc) ou é necessário uma sentença condenatória?

Para Jakobs, não resta dúvida de que a simples imputação de alguns fatos delituosos transforma o cidadão em inimigo.

Tal conclusão é respaldada no fato daquele autor admitir restrições processuais àqueles que são acusados, por exemplo, da prática de terrorismo. Ou

⁶³ ZAFFARONI, op. cit., p.172.

seja, a simples imputação (fato) é suficiente para que seja o indivíduo tratado como inimigo e não como cidadão.

Em momento algum, no entanto, Jakobs admite que o cidadão possa ter sua esfera de direito diminuída. Pelo contrário, tenta ele justificar o Direito penal no inimigo em uma suposta defesa aos direitos do cidadão⁶⁵.

Como a condição de cidadão é anterior a de inimigo, a perda daquele *status* deve se dar com o total respeito aos direitos do cidadão.

Dentre esses direitos, ao cidadão é garantida a presunção de inocência, pela qual, “toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas” (declaração dos direitos dos homens, art.11º). Vale dizer, todos são cidadãos até a condenação proferida em um processo penal devido.

Ora, se Jakobs admite as restrições processuais, ele está antecipando a perda da condição de cidadão, pois essa, pela presunção da situação jurídica de inocência⁶⁶, só pode acontecer com sentença condenatória transitada em julgado.

A formulação de Jakobs, pois, encontra aqui um obstáculo interno que é, por si, suficiente para afastar um dos aspectos mais cruéis do tratamento de inimigo: as restrições das garantias processuais e permissão de atuação ilimitada das autoridades investigativas.

Oportunas são as palavras conclusivas de Luis Gracia Martín sobre o tema:

Com efeito, se o Direito Penal do inimigo se constrói a partir do reconhecimento de seus destinatários como *não-pessoas*, parece que teria que partir também da existência dessa espécie de não-pessoas já na própria realidade prévia a ele, pois do contrário seria o próprio Direito Penal do inimigo que construiria esse conceito de um modo completamente auto-referente e, por isso mesmo, circular. De outro lado, os inimigos concretos e as não pessoas deveriam ser identificados como tais antes mesmo da aplicação desse ordenamento em cada caso, pois do contrário não haveria como saber se o mesmo é aplicado

⁶⁴ MARTÍN, op. cit., p.124.

⁶⁵ JAKOBS, op. cit., p.43.

⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 7ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007, p. 32

realmente a um inimigo ou a um cidadão, isto é, a uma não –pessoa ou a uma pessoa⁶⁷.

Ressalta-se que essa “contradição” não é inerente a todos os discursos do Direito Penal do inimigo. Há formulações teóricas que defendem o tratamento diferenciado para o inimigo, nas quais é expresso que só há perda da condição de cidadão após o devido processamento e julgamento.

Rousseau, por exemplo, afirma que “o processo e o julgamento constituem as provas e a declaração de que o culpado rompeu o tratado social e, por conseguinte, que não é mais membro do Estado”⁶⁸. Isto é, enquanto não houver o julgamento, a esfera de direitos do cidadão se mantém intacta.

O Direito penal do inimigo de Jakobs, ao desconsiderar a presunção de inocência, é, por conseguinte, em um comparativo histórico, mais autoritário e danoso para o Estado Democrático de Direito, pois, nos dizeres do ilustre Eugenio Raúl Zaffaroni,

o único critério objetivo para medir a *periculosidade e o dano* do infrator só pode ser o da *periculosidade e do dano* (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do *individualizador do inimigo*, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites, um *Not* que não conhece o *Gebot*⁶⁹.

Por fim, discordamos do posicionamento de Luis Gracia Martín, pelo qual essa problemática não seria de primeira relevância na crítica ao Direito penal do inimigo, por não poder ser acolhida como decisiva contra o tratamento do não cidadão⁷⁰.

Não há dúvida que a maioria do autoritarismo pretendido pelos defensores do Direito penal do inimigo se dá antes da condenação, diga-se, no momento processual ou pré-processual (investigações).

É nessas fases que o inimigo como “perigo a ser neutralizado” encontra-se mais fragilizado frente às arbitrariedades estatais (prisões “cautelares”, incomunicabilidade, tortura e etc).

⁶⁷ MARTÍN, op. cit., p.156.

⁶⁸ ROUSSEAU, ROUSSEAU, op. cit., p.48.

⁶⁹ ZAFFARONI, op. cit., p.25.

Conseguir derrotar esse aspecto com elementos internos ao próprio Direito penal do inimigo seria, assim, uma vitória de inquestionável relevância para o Estado Democrático de Direito.

4.3 O “INIMIGO” E OS MECANISMOS DE CRIMINALIZAÇÃO

A contradição interna ao Direito penal do inimigo, quanto à restrição das garantias processuais, no entanto, pode ser uma problemática muito mais formal que material.

Assim como o Estado só é apenas aparentemente neutro, pois na realidade tem como função garantir a continuidade das relações sociais de exploração⁷¹, o Direito penal, ao contrário do que prega a ideologia penal da defesa social, também não é neutro ou igual. O Direito penal, além de não proteger a todos contra ofensas aos bens essenciais, também não torna igual a chance de serem sujeitos no processo de criminalização todos aqueles que violaram as normas penais⁷².

Pelo contrário, a criminalidade, como bem explica Alessandro Barata, se revela como “um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas”⁷³.

O Direito penal do inimigo, por conseguinte, só permite que sejam antecipadamente sacrificados determinados cidadãos – antes de formalmente se tornarem inimigos- pois tem sua aplicação previamente determinada para alguns níveis da escala social.

Desta forma, o Direito penal do inimigo traz, além de duas categorias expressas, *cidadão* e *inimigos*, uma terceira, que seria daqueles que são apenas *formalmente cidadãos*, mas que já estão previamente selecionados como prováveis

⁷⁰ MARTÍN, op. cit., p.158.

⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade*. 11.ed. São Paulo: Cortez, 2006, p.120.

⁷² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3.ed. trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.162.

⁷³ Ibid., p.161.

candidatos à categoria de inimigo, bastando, para isso, a vontade do Poder controlador.

Nessa categoria, por exemplo, estariam, no atual cenário de luta contra o terrorismo, todos aqueles discriminados pelo neo-racismo europeu e norte-americano.

Esta nova modalidade de racismo usa como critérios discriminatórios as diferenças culturais, a conduta racial em vez da pertença racial⁷⁴. Isto é, difere do racismo de colonização, no qual o critério utilizado era da inferioridade biológica.

Aqueles que não estão conforme os modelos culturais hegemônicos podem ser, a qualquer momento, submetidos ao Direito penal do inimigo, pois, mesmo não sendo *inimigos*, são definidos como potencialmente imputáveis à condição de *inimigos*, pois são apenas *formalmente cidadãos*.

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p.145.

5 TRATAMENTO DE INIMIGO NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

5.1 O INIMIGO NO DISCURSO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A grande parte dos penalistas brasileiros, felizmente, ofereceu resistência ao Direito penal do inimigo, criticando sob vários aspectos o tratamento diferenciado entre o cidadão e o inimigo.

As críticas, no entanto, muitas vezes tratam o Direito penal do inimigo como uma construção meramente teórica que, por ter sua origem na Europa, está longe de qualquer aplicação no Direito penal brasileiro. Nada mais equivocado.

A leitura atenta da legislação pátria permite verificar que é real a existência de um *corpus* legal de inimigos no Direito e no processo penal da atualidade.

Jakobs, portanto, ao tornar atual o Direito penal do inimigo, contribuiu em muito para o reforço das estruturas do Estado Democrático de Direito.

Essa contribuição, no entanto, não é aquela por ele mesmo proposta, de criação e delimitação do Direito penal do inimigo para, então, resguardar os cidadãos daquele tratamento mais “enérgico”⁷⁵.

A formulação do Direito penal do inimigo por Jakobs foi benéfica, pois permitiu que a comunidade jurídica, diante um discurso do direito penal do inimigo racionalizado e definido, reconhecesse o seu absurdo e, então, pudesse passar a buscar no ordenamento legal vigente as disposições típicas do tratamento de inimigo.

Ressalta-se que o próprio

vocabulário é seu melhor acerto, pois sua terminologia põe em apuros todo o penalismo, dado que, ao resgatar e tornar explícito o conceito de *inimigo* ou de *estranho* e seu inevitável caráter de *não pessoa*, ele desnudou o fenômeno e com isso, a *má consciência* histórica do direito penal (doutrina penal) frente à teoria política, tal como o destacamos. Pode-se afirmar que o maior mérito desta proposta é a clareza e a frontal sinceridade com que o problema é definido⁷⁶.

⁷⁵ JAKOBS, op. cit., p.50.

⁷⁶ ZAFFARONI, op. cit., p.158.

É necessário, então, “uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanham ao longo de quase todo seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do direito penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios”⁷⁷.

Como a maioria dos penalistas brasileiros, por exemplo, rechaçaram o Direito penal do inimigo com severas críticas, não há razão para que eles não iniciem a releitura da legislação penal e processual penal vigente em busca de indícios de um tratamento típico de inimigo para, então, eliminá-los à luz do Estado Democrático de Direito.

Infelizmente, essa “filtragem” da legislação está longe de se realizar: muitos dos críticos do Direito penal do inimigo se calam ou até mesmo defendem disposições legais autoritárias que, por exemplo, restringem as garantias processuais.

5.2 PRISÃO TEMPORÁRIA COMO TRATAMENTO DE INIMIGO

Muitos são os exemplos de dispositivos penais e processuais penais em vigência em nosso ordenamento jurídico típicos de um Direito penal do inimigo.

Dentre todos, no entanto, talvez aquele que mais chame atenção, pelo seu caráter autoritário, é a prisão temporária.

Essa modalidade de prisão, instituída pela Lei nº7.960 de 21/12/1989, veio, nas palavras do ilustre Roberto Delmanto Júnior, “regulamentar uma odiosa e comum prática policial, que de há muito existia: a *prisão para averiguação*”⁷⁸.

O fato é que, com aquela lei, passou a ser possível a detenção do indivíduo por até 60 dias (art.2º, §4º, da Lei 8.072/1990) apenas para garantir que o Estado consiga praticar as atividades investigatórias.

Para a decretação dessa prisão cautelar, são exigidos requisitos legais menos rigorosos que a prisão preventiva, ou seja, sua decretação é facilitada, em prejuízo da liberdade do indivíduo.

⁷⁷ ZAFFARONI, op. cit., p.27.

⁷⁸ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisórias e seu prazo de duração*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2001, p.150.

A utilização de termos legais indeterminados dependentes de valoração judicial torna essa prisão sempre utilizável quando a autoridade estatal desejar. O que seria, ao certo, a imprescindibilidade para a investigação policial (inciso I do art.1º da Lei nº7.960/1989)?

Temos nessa lei um instrumento processual “legitimador” da imediata neutralização daquele que, para o Estado autoritário, é dotado de periculosidade.

A prisão temporária é, pois, uma disposição típica do Direito penal do inimigo.

Vale lembrar que a prisão cautelar, nas palavras de Jakobs, “não se dirige contra pessoas *em Direito*- esta nem oculta provas nem foge- mas contra o indivíduo, que com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo”⁷⁹.

A similitude da prisão temporária com o Direito penal do inimigo defendido por Jakobs não se esgota apenas nas conseqüências (restrição ao princípio da inocência), mas também nos meios utilizados para seleção do inimigo.

A Lei nº 7.960/1989 (art.1º, inciso III) traz o rol dos crimes que, pelo simples indiciamento, permitem decretar a perda da condição de cidadão e, então, concluir que há ausência de segurança cognitiva.

A prisão temporária pode ser decretada quando do indiciamento pelos seguintes crimes: a) homicídio doloso; b) seqüestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante seqüestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medical qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro.

Percebe-se que o rol dos crimes definidores do “inimigo” é muito mais extenso que o sugerido por Jakobs (criminalidade econômica, terrorismo, criminalidade organizada e delitos sexuais⁸⁰).

Chegou-se ao extremo de poder ser decretada a prisão temporária em qualquer hipótese em que mais de três pessoas se associam para praticar crimes (conduta descrita como crime de quadrilha, art.288 do Código Penal), mesmo que esses delitos sejam de pequena gravidade – como, por exemplo, o crime de injúria (art.140 do Código Penal)!

⁷⁹ JAKOBS, op. cit., p.40.

Conclui-se, assim, que a prisão temporária é, inquestionavelmente, uma disposição do Direito Penal do inimigo em nosso ordenamento jurídico, disposição essa mais autoritária (haja vista a extensa incidência) que as próprias restrições defendidas por Jakobs.

Muitos dos doutrinadores brasileiros que veementemente repudiam o Direito Penal do inimigo, no entanto, ao invés de buscar eliminar em nosso ordenamento esse tratamento típico de inimigo, aceitam a prisão temporária, sem qualquer ressalva.

Damásio de Jesus, por exemplo, descreve, com tom crítico, o Direito penal do inimigo como sendo uma tendência que acabará contaminando todo o Direito Penal⁸¹.

No entanto, em outro texto, este autor defende a eficácia plena da presunção da inocência, mas afirma que é legítima a prisão temporária, por ser possível a utilização de

meios coativos contra o infrator penal, ainda que seja mero suspeito, durante a persecução punitiva, mesmo antes de ser instaurado inquérito policial. São legítimos, de modo que, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, não podem ser tomadas contra o suspeito, indiciado ou réu medidas que seriam próprias da fase da execução, a não ser quando vinculadas à sua natureza cautelar, provisória e necessária⁸².

Não se pode dizer, no entanto, que esse posicionamento é isolado, mas sim majoritário na doutrina e jurisprudência pátria- mesmo naqueles que pregam o respeito à presunção do estado inocência⁸³.

As críticas à prisão temporária, na quase totalidade dos autores, se restringem apenas a uma questão interpretativa: o enclausuramento provisório dependeria da existência de todos os requisitos do art.1º da Lei nº 7.960/1989, ou não.

⁸⁰ Ibid., p.35.

⁸¹ JESUS, Damásio de. Direito Penal do Inimigo: breves considerações. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jul. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 20.maio.2008.

⁸² JESUS, Damásio de. O princípio da presunção da inocência. Disponível em: <<http://blog.damasio.com.br/?p=363>>. Acesso em: 25.maio.2008.

⁸³ OLIVEIRA, op. cit., p. 414.

Os juristas acreditam que, ao defender a necessidade de todos os requisitos legais, estão fazendo uma leitura conforme a Constituição e, sobretudo, em benefício do Estado Democrático de Direito.

Alias, é comum a utilização da obrigatoriedade de respeito ao Estado de Direito para, então, legitimar arbitrariedades em face do indivíduo.

Em decisão proferida pela Suprema Corte brasileira, por exemplo, reafirmou-se a existência da presunção de inocência, mas também que as prisões cautelares são compatíveis com os preceitos constitucionais:

(...) A prisão cautelar - qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) - **somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do "status libertatis"** do indiciado ou do réu. Precedentes. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes⁸⁴ - sem grifos no original.

No mesmo sentido, vem o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente decidindo:

PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO TEMPORARIA. FUNDAMENTAÇÃO.
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA.

⁸⁴ Habeas Corpus N.º 89501, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgado em 12/12/2006, DJ 16-03-2007.

I - a prisão cautelar, legalmente amparada, não ofende o princípio da presunção de inocência.

II - a fundamentação da prisão preventiva, ainda que sucinta, fazendo, inclusive, referencia a continuidade dos motivos da prisão temporária, tudo isto, em se tratando de imputação gravíssima, torna inaceitável a alegação de constrangimento ilegal. RECURSO DESPROVIDO⁸⁵.

O certo é que, independente do discurso crítico adotado para a aplicação da prisão temporária, não há dúvida de que sempre é deixado de lado a questão mais importante: aquela modalidade de prisão constitui um aspecto do Direito penal do inimigo e, como tal, totalmente incompatível com o Estado de Direito.

Conclui-se que O Direito Penal do inimigo difundido nas entrelinhas do discurso garantista pode ser mais nocivo para o Estado Democrático de Direito que quando formulado em um discurso definido e delimitado, pois na primeira hipótese é mais difícil sua identificação e eliminação.

⁸⁵ Recurso ordinário de *habeas corpus* N.º 7.065/PB, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. FELIX FISCHER, Julgado em 05/02/1998, DJ 23-03-1998.

6 CONCLUSÃO

Durante a história do Direito Penal sempre existiu a figura do inimigo, indivíduos que, por representar ameaça a ordem dominante, eram destituídos do *status* de pessoas *em Direito*.

Tanto a seleção dos inimigos como as consequências jurídicas a eles aplicáveis variaram segundo as necessidades e interesses hegemônicos de cada período histórico.

Jakobs é um autor de sua época, cujas idéias dão ressonância aos interesses da ordem atual, que se revestem de uma bandeira globalizada de luta contra o terrorismo. Ou seja, é nessa dinâmica histórica que o Direito penal do inimigo deve ser lido e entendido.

Tratar o terrorista como não pessoas *em Direito* é uma idéia perigosa que deve ser energicamente refutada pela comunidade jurídica, por representar uma regressão histórica em direção ao Estado Absoluto.

Assim, todas as críticas ao Direito penal do inimigo são importantes, pois qualquer abalo que produzam em sua formulação, já representará uma vitória do Estado Democrático de Direito.

É nesse cenário que conseguir anular uma das mais perigosas consequências do Direito penal do inimigo com seus próprios argumentos, sem precisar lançar mão de conceitos a ele exteriores, é de inquestionável importância.

Não há dúvida de que a maioria do autoritarismo pretendido pelos defensores do Direito Penal do inimigo se dá antes da condenação, pois é nessas fases que o inimigo como “perigo a ser neutralizado” encontra-se mais fragilizado frente às arbitrariedades estatais.

A restrição às garantias processuais, no entanto, é um aspecto insustentável do discurso do Direito penal do inimigo. Para se considerar uma pessoa inimiga, é necessário respeitar as garantias individuais do cidadão, pois as pessoas são inocentes – logo não inimigas- até o trânsito em julgado de condenação proferida em um processo penal devido.

Antecipar a constituição do inimigo e, assim, acabar com as garantias processuais, viola direito dos cidadãos (presunção de inocência), o que contrariaria

a própria justificativa do Direito penal do inimigo: resguardar o cidadão de qualquer restrição aos seus direitos fundamentais.

Essa problemática, no entanto, parece ser muito mais formal que material, pois é sabido que o Direito penal do inimigo prega as restrições processuais, por ter sua aplicabilidade a pessoas pré-definidas pelos mecanismos de criminalização (criminalização primária e secundária).

É certo, por fim, que a formulação teórica de Jakobs poderá contribuir em muito para o reforço das estruturas do Estado Democrático de Direito, mas não no sentido por ele proposto: criação e delimitação do Direito penal do inimigo para, então, resguardar os cidadãos daquele tratamento mais autoritário.

Na verdade, sua formulação acabou por permitir que a comunidade jurídica, diante um discurso do Direito penal do inimigo racionalizado e definido, reconhecesse o seu absurdo e, então, pudesse passar a buscar no ordenamento legal vigente as disposições típicas do tratamento de inimigo – que, infelizmente, não são poucas – para, então, eliminá-las à luz do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3.ed. trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao direito penal brasileiro*. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BUSATO, Paulo Busato. *Fatos e mitos sobre a Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. *Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”*. trad. Érika Mendes de Carvalho. in Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. v. 1. n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisórias e seu prazo de duração*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DOMINGUEZ, Carlos Horacio. *El terrorismo em el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Abaco, 1983.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. trad. Raquel Ramallete. 32.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. trad. João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Do Cidadão*. trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoria de la imputación*. 2.ed. trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, 1997.

_____. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. v.1. trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. 3.ed. trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal do Inimigo: breves considerações*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jul. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 20.maio.2008.

_____. O princípio da presunção da inocência. Disponível em: <<http://blog.damasio.com.br/?p=363>>. Acesso em: 25.maio.2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARTÍN, Luis Gracia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. trad. Luiz Regis Prado; Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 7ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007.

PARMA, Carlos. *El pensamiento de Günther Jakobs*. Santiago de Chile: Ediciones jurídicas Cuyo, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. trad. de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2.ed. trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. *Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade*. 11.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito penal parte geral*. 2.ed. rev. e amp. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. 2ª ed. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 2007.

WEFFORT, Francisco. *Os Clássicos da Política*. 13.ed. v.1. São Paulo: Ática, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión Penal*. Buenos Aires: B de f editorial, 2005.

_____. *O inimigo no direito penal*. trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.