



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL DO
INIMIGO.**

Assis/SP

2014

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL DO
INIMIGO.**

**Projeto de pesquisa apresentado ao Curso
de Direito do Instituto Municipal de Ensino
Superior de Assis- IMESA e a Fundação
Educativa do Município de Assis- FEMA.**

Orientanda: Isabela Ferreira Barbosa

Orientador: Ms. João Henrique dos Santos

**Linha de Pesquisa: Ciências Sociais e
Aplicadas.**

Orientador: Ms. João Henrique dos Santos

Área de Concentração: Ciências Sociais Aplicadas

Assis/SP

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

BARBOSA, Isabela Ferreira.

O Processo de Globalização e o Direito Penal do Inimigo/ Isabela Ferreira Barbosa.
Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2014.

34 p.

Orientador: João Henrique dos Santos.

Programa de Iniciação Científica (PIC)– Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA.

1. Globalização. 2. Inimigo

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

**O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL DO
INIMIGO**

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**Trabalho de Iniciação Científica
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis- IMESA.**

Orientador: Ms. João Henrique dos Santos

Analisador (a): _____

**Assis/SP
2014**

AGRADECIMENTOS

Àquele que também é chamado de Sol da Justiça.

“O espírito do Senhor DEUS está sobre mim; porque o SENHOR me ungiu, para pregar boas novas aos mansos; enviou-me a restaurar os contritos de coração, a proclamar liberdade aos cativos, e a abertura de prisão aos presos; A apregoar o ano aceitável do Senhor e o dia da vingança do nosso Deus; a consolar todos os tristes;

A ordenar acerca dos tristes de Sião que se lhes dê glória em vez de cinza, óleo de gozo em vez de tristeza, vestes de louvor em vez de espírito angustiado; a fim de que se chamem árvores de justiça, plantações do Senhor, para que ele seja glorificado.”

Isaías 61:1-3

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se o processo de globalização vem contribuindo para a disseminação da teoria do direito penal do inimigo, desenvolvida por Gunther Jakobs.

Para tanto, buscamos o conceito do direito penal de forma máxima, na qual se utiliza de meios e técnicas valorativas, tanto na sua forma instrumental quanto na material. Destacamos dentre estas tendências o direito penal do inimigo, bem como outras vertentes máximas com menor intensidade, com: a teoria das janelas quebradas, Movimento Lei e Ordem e o Movimento “Tolerância Zero”.

Por fim, tratamos das transformações acrescidas pelo processo de globalização que influenciaram as políticas criminais que tiveram que romper com conceitos clássicos para conter as novas modalidades delitivas.

Palavra-chave: Globalização; inimigo.

ABSTRACT

This study aims to analyze the process of globalization has contributed to the spread of the theory of criminal law of the enemy, developed by Gunther Jakobs.

Therefore , we seek the concept of criminal law maximally , which uses means and evaluative techniques, both in its instrumental form as the material. We highlight these trends among the criminal law of the enemy, as well as other aspects maximum with less intensity , with : the theory of broken windows , Law and Order Movement and the Movement " Zero Tolerance".

Finally , we treat the changes added by the globalization process that influenced the criminal policies that had to break with classical concepts to contain the new criminal procedures .

Keyword: Globalization; enemy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DIREITO PENAL MÁXIMO.....	12
2.1 MODELOS AUTORITÁRIOS DE DIREITO PENAL.....	12
2.2 A VERDADE PROCESSUAL NOS MODELOS AUTORITÁRIOS	14
2.2.1. A idade média e o direito penal do terror (Direito Germânico Canônico e a inquisição).	14
2.2.1.1 Direito penal Germânico.	15
2.2.1.2. Direito Penal Canônico.	15
2.2.1.3. Inquisição.....	16
2.3 A JUSTIFICAÇÃO RETRIBUTIVA DO DIREITO PENAL.....	17
3. DIREITO PENAL DO INIMIGO	19
3.1. VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.	19
3.1. GUNTHER JAKOBS.....	19
3.2. TEORIA.....	20
3.1.2. Dois direitos Penais direcionados aos Cidadãos e Inimigos. 21	
3.1.2.1. Cidadãos	21
3.1.2.2. Inimigos.....	21
3.1.3. Função do Direito Penal do Inimigo.	22
3.1.4. Como tratar o Inimigo?	23
3.1.5. Fundamento filosófico.....	24
3.2. MOVIMENTO DE LEI E ORDEM.....	24
3.2.1. Teoria das janelas quebradas e a política criminal da “Tolerância Zero”	25
4. O DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO.	27

4.1. BREVE INTRODUÇÃO.	27
4.2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO.....	28
4.2.1. Hipertrofia irracional do direito penal.	28
4.2.2. Instrumentalização do Direito Penal	29
4.2.3. Seletividade do controle penal.....	30
4.2.4 Funções do direito penal	30
4.2.4.1 Direito penal Simbólico	31
4.2.5 Direito Penal Preventivo	31
4.2.6 Inoperatividade do Direito Penal.....	31
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32
REFERÊNCIAS.....	34

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se o processo de globalização vem contribuindo para a disseminação da teoria do direito penal do inimigo, desenvolvida por Gunther Jakobs.

Para tanto, no primeiro momento falaremos sobre o modelo de Direito Penal máximo, o qual é pautado em uma aplicação de pena valorativa, ficando o acusado muitas vezes sobre sanções fundamentadas no substancialismo. Igualmente ocorre em seu modelo instrumental onde se faz uso de todos meios para justificar uma sentença condenatória.

No segundo momento, elencaremos as tendências do Direito Penal Máximo atual, como: a teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Gunther Jakobs que defende a aplicação do direito penal de forma dicotômica. Para Jakobs aplica-se o direito penal do cidadão ao sujeito que comete crimes de forma eventual, assegurando todas as suas garantias constitucionais. Quanto ao direito penal do inimigo, este deve ser aplicado contra o delinquente contumaz que tem como meio de subsistência a atividade criminosa, não restando a ele nenhuma garantia. Discorreremos ainda, sobre as tendências máximas menos opressivas como: a Teoria das Janelas Quebradas, Movimento Lei e Ordem e o Movimento “Tolerância Zero”.

No terceiro e último momento, abordaremos as transformações sofridas no Direito Penal influenciadas pelo processo de Globalização, com: hipertrofia irracional, seu uso de forma instrumentalizada, seletividade em sua aplicação, desvio de funções, criações de direitos meramente simbólicos, normas punitivas de caráter preventivo, entre outros.

2. DIREITO PENAL MÁXIMO.

Neste capítulo elucidaremos sobre o direito penal máximo, visto que o modelo de garantismo processual e penal são institutos relativamente novos advindos de anos de práticas autoritárias.

2.1 MODELOS AUTORITÁRIOS DE DIREITO PENAL

Para FERRAJOLI o direito penal máximo, também chamado pelo mesmo de epistemologia inquisitiva ou antigarantista, se diferencia segundo dois aspectos principais.

O primeiro refere-se ao que é penalmente relevante, levando-se em conta um caráter *substancialista e não formal*, ou seja, o objeto penalizado não é o delito descrito por Lei, mas a prática criminosa que é considerada muitas vezes imoral, reportando a figura do autor para tal aplicação.

A forma mais usada para este tipo de emprego são as elasticidades e amplitudes do tipo penal, fazendo uso de termos vagos e com sentido valorativo.

O presente modelo vai além da desvalorização do tipo penal que não se preocupa com a ação prevista e desviada, e passa a se atentar ao comportamento criminoso do autor bastando este para lhe impor pena. Desemboca-se assim no direito penal do autor, fazendo acepção por mero caráter étnico, natural e social.

As medidas de defesa social ou (medidas cautelares) são um exemplo da mera suposição de cometimento do delito, pois suas fundamentações são justificadas com base na presunção delituosa deriva de suas características ou “status, como as de ‘desocupado’, ‘vagabundo’, ‘propenso a delinquir’, ‘reincidente’, ‘delinquente habitual’ ou ‘profissional’, ‘de tendência delituosa’ ou similares.”

Como vimos esse movimento causa um desvio ao princípio da estrita legalidade, onde o cidadão só poderá ser punido pela prática da conduta proibida descrita em Lei, a punição, neste caso, é acarretada pelo que o acusado representa ser.

O desvio punível é argumentado segundo qualquer “verdade”, e não pela autoridade da Lei. Esse distanciamento ocorre, pois o *substancialismo* faz confusão entre direito e moral, permitindo, intervenções subjetivas na liberdade dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2002, p.35-36)

O segundo aspecto enumerado por FERRAJOLI é o *decisionismo* processual, ou seja, a falta de materialidade para punir o acusado ficando o mesmo a mercê do poder do juiz e da imposição da pena. Este caráter abstrato é demonstrado de duas maneiras: “no caráter subjetivo do tema processual” em que se usam características pessoais do agente sendo o ser e não a conduta propriamente violada analisados, leva-se em conta sua naturalidade criminosa e até mesmo sua periculosidade social; O segundo requisito trata-se do “caráter subjetivo do juízo” que consiste na falta de provas concretas, pautando-se apenas por diagnósticos e suspeitas. (FERRAJOLI, 2002, p.36)

A diminuição ou dissolução da estrita legalidade vem abrir espaço para a arbitrariedade inquisitiva no processo penal e para a tomada de decisões pautada na “verdade substancial”, que não pode ser verificada e analisada.

Este sistema nos remete aos modelos autoritários de poder, condicionados ao bel-prazer de quem decide indo assim, no sentido oposto de Jurisdição, onde as normas são ditadas com base em assertivas verificáveis. (FERRAJOLI, 2002, p.37)

O direito penal máximo tem como característica a incerteza e a imprevisibilidade das penas aplicadas, e quanto à fase processual não possuem parâmetros racionais para sua aplicação, fundamentando-se no substancialismo penal e na inquisição processual.

Segundo o mesmo autor a certeza que este modelo percorre é “... que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido.” (2002, p.84).

A afirmativa decorre da aspiração autoritária em que todo delito por mais ínfimo que possa aparentar deverá ser exposto à luz do direito, devendo ser punido pela mão do Juiz igualmente autoritário. Assim, predomina-se o *in dúbio contra reum*. (FERRAJOLI, 2002, p.83 a 86)

2.2 A VERDADE PROCESSUAL NOS MODELOS AUTORITÁRIOS

A verdade processual segundo os modelos não autoritários é a chamada verdade formal, podendo estabelecer que um delito realmente acontecesse de acordo com provas empíricas e que seja estabelecida previamente a conduta como ilegal. O fundamento para a condenação é derivado do respeito a regras expressas do que é penalmente relevante além de que a obtenção de provas e o andamento do processo também terão que obedecer às técnicas que a lei estabelece para colhimento, se não encontrados provas concretas e obtidas de forma legal presumem-se a não culpabilidade do réu. (FERRAJOLI, 2002, p.37-38)

Os modelos autoritários usam a verdade chamada de substancial ou material, que são aquelas carentes de limites, podendo ser alcançadas utilizando qualquer método, podendo ser estes além das regras dispostas.

Esses modelos se contrapõem em diversas áreas cognitivismo e decisionismo, comprovação e valoração provam e inquisição, razão e vontade, Verdade e potestade.

Com o decorrer da história passamos por diversas medidas autoritárias em busca do que chamamos hoje de devido processo legal, no qual delimita para que haja a verdade concreta. Desde a civilização grega onde a verdade era estabelecida por um desafio, ao vencer teria razão no litígio. Como também logo após que aparece a figura do pastor, como testemunha e detentor do poder de estipular o que vira e deste modo quem tem razão. Desenvolveu-se a forma de estabelecer essas verdades tanto no campo jurídico, quanto nas demais áreas científicas.

2.2.1. A idade média e o direito penal do terror (Direito Germânico Canônico e a inquisição).

Neste tópico falaremos sobre a evolução deste sistema investigativo de verdades e aplicação da pena ao longo de um período de direito penal máximo.

2.2.1.1 Direito penal Germânico.

Os povos que eram chamados de germanos eram bárbaros que habitavam a região da Germânia, em que estavam em constante confronto com Roma nas fronteiras. Para os germanos a pena era aplicada quando havia a perda da paz, o infrator era posto para fora da proteção do grupo suscetível a qualquer perigo.

A vingança de sangue logo foi também modificada sendo aplicadas tarifas de acordo com a gravidade de cada crime.

Apesar de não possuírem lei escritas, seu direito penal era embasado pelos costumes, em que a maioria dos delitos era tida como interesse privado, podendo o ofendido aplicar a chamada Vingança de Sangue em que uma família guerreava contra a outra terminando apenas se houvesse algum tipo de reparação. Já para os crimes delimitados como de ofensa pública como: traição; deserção; falso testemunho era punido com a perda da paz. Quando estes povos começaram a manter contato com outras civilizações e o povo cristão deu-se a formação do Estado e a perda da paz passou a ser obrigatoriamente estipulada e não mais facultativa ao ofendido, pois passava a ser aplicada pelo Estado. (DOTTI, 2002, p. 134-135)

2.2.1.2. Direito Penal Canônico.

Entre o direito penal Romano, germânico e moderno esteve presente também o direito penal Canônico, que teve grande influência. Transformando o direito Romano e adaptando este as novas relações sociais, a igreja contribuiu para a humanização do direito penal, embora esta contribuição fosse estabelecida por meros interesses de dominação. (MIRABETE, 2003, p. 37)

“Aquela intervenção se fazia não apenas quanto às infrações que atentassem contra as ordens morais e religiosas, mas também quanto aos eventos praticados no âmbito do poder temporal.” (DOTTI, 2002, p.135).

As características que predominaram neste modelo foram considerar o elemento subjetivo da conduta; se opor as *ordálias*; se opôs também à resolução do processo pela força como era tida nos duelos judiciais; e afirmou o direito da igreja. (DOTTI, 2002, p.135) Contudo além destas influências a principal foi ter contribuído para o surgimento da prisão moderna com o ideal de reforma do delinquente, onde se procurava na pena corrigir e reabilita-lo. Este direito se estendia tanto para leigos quanto para os religiosos desde que o crime fosse de matéria religiosa. (BITENCOURT, 2000, p. 27-28)

Assim, surgia o termo usado hoje para os locais de prisão com “penitenciária”, pois vislumbrava que a pena era uma penitencia pra que houvesse redenção do acusado.

2.2.1.3. Inquisição

No período da alta Idade Média já havia a prática do inquérito pela Igreja. Esse método era chamado de *visitatio* onde o bispo visitava a sua diocese. Ao chegar ao povoado perguntava para os mais notáveis se havia ocorrido alguma falta ou crime em sua ausência. Esta primeira etapa era chamada de *inquisitio generalis* (inquisição Geral). Logo se passava para a segunda etapa se houvesse uma resposta positiva, que era chamada de *inquisitio specialis* (inquisição especial) onde se tentava determinar quem era o autor e que tipo de crime. Contudo se em qualquer momento o autor confessava-se a inquisição era interrompida. Este modelo tomou outras proporções sendo usados além de crimes, pecados e faltas para resguardar as funções administrativas e econômicas da igreja. Esse modelo permeou até o século XII, quando nasce o Estado e este passa a tomar conta dos procedimentos judiciais fazendo da mesma maneira que a eclesiástica, pois o procurador do rei também por inquérito estabelece se houve a manifestação do crime e seu possível autor.(FOUCAULT, 2001, p. 70-71).

Este método inquisitivo instaurado a partir do século XII revolucionou a forma de investigação, que não fora mais tão pautada em provas sendo estas apenas analisadas de forma que deixassem vestígios. Contudo não foi apenas no campo da investigação jurídica, mas em todo campo de investigação do saber.

2.3 A JUSTIFICAÇÃO RETRIBUTIVA DO DIREITO PENAL

O problema gerado pela justificação retributiva do direito penal consiste em que se embasa esta justificação e quais as razões que o torna justo para ser aplicado.

Para FERRAJOLI os justificacionistas se dividem em absolutos ou relativos. Os absolutos são todos os que veem a aplicação da pena como uma reparação, retribuição, ou seja, a pena possui um fim em si mesmo.

Já os relativos ou utilitaristas mencionam que a aplicação da pena servirá para prevenir futuros delitos. Esta se subdivide em prevenção especial, na qual o delincente não cometerá novos crimes e prevenção geral servindo para a contenção de crimes que os cidadãos possam vir a cometer.

Também podemos mencionar a utilitarista a prevenção positiva em que há a correção do delincente e a disciplina os demais cidadãos e a prevenção negativa que neutraliza o delincente e intimida os cidadãos. (2002, p. 204-205)

As doutrinas absolutas ou retributivistas são à base de todo sistema arcaico, que detinham todo ordenamento primitivo, como já mencionamos acima “a vingança de sangue” FERRAJOLI elucida que esta concepção “... gira em torno de três ideias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da “vingança” (ex parte agentis), da “expição” (ex parte patientis) e do “reequilíbrio” entre pena e delito.”(2002, p. 205)

Estas ideias nunca foram abandonadas completamente sobre o sistema penalístico, no século XIX surgiram dois novos modelos. Um de origem Kantiana que defendia a pena como uma retribuição ética, pois a lei detinha um valor moral que ao ser violado lhe era justificado a imposição de um castigo.

Segundo QUEIROZ:

“KANT, ao conceber a pena como um “imperativo categórico”, como um fim em si mesmo, que nenhum propósito persegue, rejeita, toda pretensão de lhe prestar fins utilitários ou de convivência política, ou que se justifique a partir daí, ou que tome em conta razões dessa índole, visto que “o homem não deve ser tratado como um puro meio a serviço do fim de outro ser, confundido com o objeto do direito real, porque isto é garantia de sua personalidade, embora ele possa ser condenado a perder sua personalidade civil”. Repudia-se, enfim, a instrumentalização do homem em favor de razões de utilidade social.” (2005, p.20)

O segundo modelo tinha origem hegeliana defendendo que a pena era uma retribuição jurídica, pois ao violar a ordem jurídica só poderia ser reestabelecida por uma violência em sentido contrário.

“Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação). A pena é, portanto, a restauração positiva da validade do direito.” (QUEIROZ, 2005, p.21)

Essas versões, por mais fundamentada que se encontrem ainda não são sustentáveis visto que o dano causado que visa à aplicação da pena jamais poderá ser reparado, pois se trata de um ato que não pode ser desfeito. (FERRAJOLI, 2002, p.205-206).

Deste modo, estabelece a principal diferença entre o direito civil, onde o dano pode ser reparado e o direito penal, que tem a sua aplicação imposta por um ato que não pode ser desfeito, ou seja, a ação não poderá ser restaurada.

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO

Neste capítulo abordaremos a teoria do Direito Penal do Inimigo, modelo mais agressivo de aplicação do direito penal máximo, bem como tendências mais moderadas como o movimento de Lei e Ordem, teoria das janelas quebradas e “Tolerância Zero”.

3.1. VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.

Para darmos início em nosso tema consignaremos as velocidades do direito penal, ou enfoque que este pode tomar.

A primeira velocidade conforme menciona GRECO, seria a tradicional que busca a aplicação de uma pena privativa de liberdade, assim, por tratar de restrição de liberdade assegura ao acusado todas as garantias processuais ou penais.

A segunda velocidade tem-se a aplicação de penas não privativas de liberdade, no Brasil essas medidas podem ser restritivas de direito, penas de multa ou demais institutos consagrados na Lei dos Juizados Especiais Criminais. Para aplicá-las afastam-se algumas garantias constitucionais, como ampla defesa, contraditório, entre outros, propiciando celeridade.

Quanto ao direito penal de terceira velocidade, trata-se de instituto híbrido onde se mescla a finalidade de aplicação das penas privativas de liberdade (primeira velocidade) e também se minimiza as garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade). (2014, p. 25)

O Direito Penal do Inimigo compõe justamente a terceira velocidade.

3.1. GUNTHER JAKOBS

O Direito Penal do Inimigo é um conceito doutrinário e modelo de política criminal que foi desenvolvido pelo penalista Alemão Gunther Jakobs, e posteriormente adotado por diversos Estados como forma de contenção da criminalidade.

Segundo MASSON (2009,p.82) Jakobs começou a traçar as primeiras linhas em 1980, voltou seu estudo no final de 1990, e em 2003 concluiu sua obra.

Atualmente Jakobs é professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Alemanha.

3.2. TEORIA

A teoria desenvolvida por Jakobs põe em discussão a efetividade do Direito Penal pautado em garantias, pois o doutrinador destoando dos demais estudiosos criou a divisão da aplicação deste direito.

Para determinados indivíduos, versa o autor, deverá ser imposto um Direito Penal pautado em garantias, pois eles não oferecem riscos à ordem jurídica. Quanto aos indivíduos que não reconhecem a autoridade do ordenamento vigente, criminosos contumazes, caberá ao Estado decretá-los como inimigos assim, o direito penal aplicado será o de combate não lhes restando nenhum tipo de proteção constitucional.

Este modelo, além de estabelecer dois padrões de direito penal, também possui traços do chamado Direito Penal Moderno, em que se amplia o campo de atuação relaxando e flexibilizando os princípios e garantias penais do Estado Democrático de Direito. (MARTÍN, 2007, p.76)

Segundo MARTÍN:

“O debate sobre um Direito Penal do inimigo, portanto, só pode ocorrer e ter sentido em relação ao Direito de sociedades democráticas que reconhecem e garantem direitos e liberdades fundamentais e que depositam o poder em autênticos e reais Estados de Direito.”(MARÍN, 2007, p. 79)

Assim, embora o Direito Penal do Inimigo não se apresente de forma ampla em um Estado Democrático de Direito, por ser este pautado em valores de igualdade, liberdade, tolerância, entre outros, ainda podemos encontrar vestígios de sua utilização. Quanto aos Estados totalitários, não há como questionar a sua presença, pois são revestidos de arbitrariedades não resguardando nenhum tipo de segurança, estando imersos a patente teoria.

3.1.2. Dois direitos Penais direcionados aos Cidadãos e Inimigos.

Para o Penalista Alemão há dois tipos de indivíduos: os inimigos e os cidadãos.

3.1.2.1. Cidadãos

Os cidadãos são considerados como pessoas diante do Estado Democrático de Direito, pois estes possuem, segundo Jakobs, capacidade cognitiva de reconhecimento do ordenamento jurídico não oferecendo riscos a consolidação e manutenção do Estado.

Para estes sujeitos de direito, indivíduos que se desviaram de forma “eventual”, apenas abusando de suas relações sociais, aplica-se o direito penal do cidadão que conserva suas garantias constitucionais mantendo o seu *status* de pessoa.

3.1.2.2. Inimigos.

Quanto aos indivíduos que demonstram uma conduta oposta, não oferecendo segurança cognitiva suficiente de seu comportamento pessoal e não reconhecendo o ordenamento jurídico, e assim, não se integrando ao próprio Estado, aplica-se o direito penal do inimigo.

Para MASSON (2009, p. 83) o inimigo é aquele que afronta a estrutura do Estado pretendendo desorganizá-lo ou até mesmo destruí-la. Este indivíduo revela um

comportamento contrário às ordens sociais, não as aceitando como formar de organização.

O inimigo nada mais é que o criminoso habitual que tem como meio de subsistência a atividade ilícita.

Para Jakobs podemos identificar o inimigo mediante a participação em organizações criminosas, atividades terroristas e etc.

Em conformidade delinea MARTÍN que:

“As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito, e se dedica a atividades inequivocamente “delituosas”. É esse o caso, por exemplo, dos indivíduos pertencentes a organizações terroristas, de narcotráfico, de tráfico de pessoas etc., e, em geral, de quem desenvolve atividades típicas da chamada criminalidade organizadas.”(MARTÍN, 2007, p. 82-83)

Quando praticam crimes de forma reiterada tornando-se uma habitualidade e até mesmo profissionalismo demonstram a profunda negação que tem em relação aos princípios que fundamentam a criação do ordenamento jurídico, representando então um perigo para a ordem e conseqüentemente a existência da sociedade.

Dentro desta perspectiva, não tendo o indivíduo capacidade cognitiva mínima de garantir segurança e nem ao menos de ser combatido pelo Direito Penal do Cidadão, emerge o Direito Penal do Inimigo. (MARTÍN, 2007, p.83-84)

3.1.3. Função do Direito Penal do Inimigo.

Segundo GOMES (2007, p. 295) Jakobs sustenta que o Direito Penal do Inimigo tem como função principal a proteção da norma e conseqüentemente a ordem jurídica e só de forma indireta a tutela dos bens jurídicos fundamentais. Por este motivo seria

necessário à criação de um Direito Penal diferenciado (do Inimigo), para que este Estado seja protegido.

Portanto a função deste modelo está na proteção sistêmica através do reconhecimento e afirmação da norma.

3.1.4. Como tratar o Inimigo?

Para GOMES (2007, p. 295) o inimigo por não ser um sujeito de direito e por isso perder a sua qualidade de pessoa, não possui então direitos fundamentais devendo ser tratado de forma coativa, devendo ser punido pela sua periculosidade e não pela culpabilidade.

“O inimigo, assim, não pode gozar de direitos processuais, como o da ampla defesa e o de constituir defensor, haja vista que, sendo uma ameaça à ordem pública, desconsidera-se sua posição de sujeito na relação jurídico-processual. Possível, inclusive, a sua incomunicabilidade. Em uma guerra, o importante é vencer, ainda que para isso haja deslealdade com o adversário.” (MASSON, 2009, p. 84)

A punição contra o Inimigo almeja seu futuro, chamado Direito Penal Prospectivo, no que tange ao que poderia ser e não o seu passado assim, antecipa-se a tutela penal punindo através de atos preparatórios ainda que a pena seja desproporcional.

Logo o inimigo é sempre pego em estágio prévio, justificado pelo seu alto grau de periculosidade.

Ocorre ainda a relativização dos princípios de reserva legal e da estrita legalidade pois, como as ações destes grupos nem sempre são previsíveis não se estabelece no tipo penal sua conduta, usa-se então a relativização e até a ampliação subjetiva do tipo para enquadramento do criminoso.

Quando sua ação é encontrada na tipificação a pena passa a ser majorada, garantindo assim que o agressor seja controlado.

3.1.5. Fundamento filosófico.

O autor embasou sua teoria nas ideias de Jean Jacques Rousseau, pois o inimigo surge como a figura que guerreia contra o Estado e desrespeita o contrato social, deixando então de ser um membro.

Também se inspirou nos ideais de Immanuel Kant, que assevera que pessoas que agredem a ordem do Estado devem ser tratadas como inimiga deste. (MASSON, 2009, p. 83)

3.2. MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

O movimento de Lei e Ordem está na mesma vertente que a tendência máxima, pois também vê no direito penal a solução para todos os males que afetam a sociedade.

Este movimento político-criminal pretende que o direito penal assegure quase todos os bens sociais, não importando a sua natureza. Assim, “se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador.”(GRECO, 2014, p.15)

Comportamentos irrelevantes ou de pequena monta sofrem interferência do direito penal, funcionando o mesmo como um educador social.

Para GRECO (2014, p.16)

“[...] resumindo o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como a *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.”

A adoção desta tese nos leva a um número cada vez mais elevado de leis penais, abarrotando o judiciário e conseqüentemente enfraquecendo-o. Em decorrência de

sua ampla atuação o judiciário acaba por não cumprir de forma eficaz o seu papel gerando cada vez mais a incerteza da punibilidade.

As penas alternativas, que são aplicadas para crimes de menor relevância, são um exemplo de estímulo para o cometimento de outros crimes, pois ao invés de prevenir a criminalidade ao evitar o encarceramento do réu, ocorre o efeito inverso e fomenta a prática de novos delitos.

Segundo MORAES alguns doutrinadores entendem que esse movimento influenciou a realidade brasileira, especialmente na década de 90, com a criação da Lei de Crimes Hediondos, que se tornou símbolo desse tipo de política criminal (2008, p. 212)

3.2.1. Teoria das janelas quebradas e a política criminal da “Tolerância Zero”

O movimento de Lei e Ordem fundamentou a criação de diversas outras teorias entre elas a teoria das janelas quebradas (fixing broken Windows), que tenta consolidar a implantação da intervenção máxima do Estado nas relações sociais.

Em 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, americanos, realizaram um estudo que relacionava a causalidade entre desordem e criminalidade.

O presente estudo utilizou-se de janelas quebradas para afirmar que a desordem e a criminalidade poderiam adentrar aos poucos em uma comunidade, causando assim a sua decadência, isto se daria pela falta de autoridade responsável.

De acordo com GRECO apud RUBÍN:

“ Kelling e Wilson sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio e tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da

própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime. Em razão da imagem das janelas quebradas, o estudo ficou conhecido como broken windows, e veio a lançar os fundamentos da moderna política criminal americana que, em meados da década de noventa, foi implantada com tremendo sucesso em Nova Iorque, sob o nome de "tolerância zero".

No primeiro momento o objetivo era relacionar a desordem com a criminalidade e posteriormente à impunidade de pequenos delitos com a incidência da criminalidade violenta.

Com base nestes argumentos fora instaurado em Nova York, na década de 90 o movimento denominado "Tolerância Zero", quando o prefeito da cidade, Rudolph Giuliani, assumiu o cargo de chefe do poder Executivo municipal conjuntamente como o chefe da polícia William Bratton passando a aplicá-lo.

O plano de "tolerância Zero" é claramente a de perseguição das classes mais baixas nos espaços públicos. Para a realização deste objetivo aumentaram em dez vezes os equipamentos das brigadas, restituíram as responsabilidades dos comissários de bairros que trabalhariam com a obrigação quantitativa de resultados, além de aplicarem, quase que instantaneamente as forças da ordem sobre delitos menores, tais como: embriaguez, jogatina, mendicância, atentados aos costumes, ou demais comportamentos considerados antissociais. (GRECO apud WACQUANT, 2014, p.14).

Segundo MORAES os críticos desta teoria "entendem que se trata de mera seleção e limpeza social, com exclusão do convívio dos mais pobres e marginalizados socialmente." (2008, p.212).

4. O DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO.

Neste capítulo abordaremos as características do Direito Penal na era da globalização.

4.1. BREVE INTRODUÇÃO.

A sociedade sofre inúmeras influências e se transforma, conseqüentemente modifica tudo o que ela alcança. Desta forma o Direito Penal que também é um produto social, utilizado como controle, se refaz e evolui.

Neste milênio podemos citar o processo de globalização como uma das principais influencia social, pois este não opera apenas no setor econômico, mas em toda uma esfera social, cultural, política, comunicacional e também na relação do Direito Penal e das Políticas Criminais.

A globalização possibilita várias situações como, a interligação imediata dos mercados internacionais, as movimentações de bilhões de dólares através dos computadores de forma muito rápida, além de transmissões de informações sem fronteiras. Sua proposta consiste em compartilhar interesses pessoais, inovações tecnológicas, proporcionar o desenvolvimento científico entre muitos outros fatores. (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p. 730-731)

Contudo apesar de trazer esta vertente positiva, também possui seu lado negativo, visto que também gera concentração de renda, ou seja, países ricos cada vez ficam mais ricos e os pobres mais pobres. Além de trazer novas formas de crimes e violências ainda não existentes, como exemplo: A pirataria, os hackers, serial killer, ampliações nos esquemas de tráficos, entre muitos outros. (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p.731)

Assim, a criminalidade hoje passou a não ter fronteiras e com os modernos equipamentos tecnológicos os criminosos praticam o crime em um país e se escondem em outro, também podem transferir dinheiro sujo de uma país para o

outro de forma imediata, além dos demais crimes fronteiriços como: tráfico de drogas; armas; pessoas; crianças etc. (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p.732)

Diante destas transformações sociais e também da criminalidade o Direito Penal e as Políticas Criminais passaram a adotar novas táticas de controle tendo que romper com conceitos clássicos, para conter a sensação de insegurança, os crimes organizados, as vítimas e criminosos em massa.

4.2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO.

4.2.1. Hipertrofia irracional do direito penal.

Com a era da globalização e o próprio processo de transformação do Direito Penal tradicional ocorrera o que iremos chamar de Hipertrofia irracional, que nada mais é que a expansão do Direito Penal como solução para quase todos os conflitos sociais.

No Brasil o maior exemplo deste modelo são as inúmeras aprovações de legislações especiais incriminadoras.

Conforme elucida GOMES "O cidadão brasileiro certamente não pode reclamar que vive em um país sem leis. Depois de dezoito anos da promulgação da Constituição Federal (outubro de 1988) constata-se que foram produzidas no Brasil (entre 06.10.88 a 04.10.2006) 3.510.804 novas normas jurídicas."(2007, p.336)

Como exemplo de punições exacerbadas podemos citar condutas aceitas socialmente, como a prática de "jogo do bicho", a publicação e comercialização de objetos obscenos; como revista para "adultos" vendidas em bancas de jornais.

São condutas tipicamente abrangidas pela punição do Direito Penal, contudo, por possuírem aceitação social deixam de ter relevância para a aplicação de uma pena.

Denota-se que essas tipificações com baixa relevância são cada vez mais acrescidas a seara criminal.

Com estas intensas tipificações desnecessária ocorre a sobrecarga de trabalho; a morosidade do judiciário e conseqüentemente o descrédito e a sensação de impunidade.

A solução apontada para desenfrear este processo de criminalização, seria a aplicação da descriminalização destas condutas de lesão ínfima, desafogando o judiciário, e assim, contendo o processo de expansão do Direito Penal.

Caberia a estas condutas não mais uma aplicação de uma pena, mas uma sanção através de um processo administrativo eficaz.

4.2.2. Instrumentalização do Direito Penal

Outra possível consequência que o direito penal vem sofrendo é a chamada "Instrumentalização".

Como observa GOMES (2007, p. 339) a política e os meios de comunicações vêm transformando o direito penal em um instrumento que serve para fortalecimento de valores impostos por um grupo hegemônico, com objetivo de garantir seus privilégios.

Para os grupos midiáticos, o direito penal passou a ser produto onde se fomenta pesquisas sobre níveis de criminalidade, cria-se páginas em jornais exclusivas para divulgação de notícias sobre segurança pública, ocasionando na população o aumento da sensação insegurança quando muitas vezes as taxas de criminalidade permanecem estáveis.

Esta persuasão midiática, com constantes ameaças publicadas em rádio, televisões e internet levam o legislador a tomar atitudes imediatas, chamada por GOMES de "reação emocional legislativa", que consiste na criação de novas leis incriminadoras para responder as massas, usando assim, o direito penal de forma simbólica contribuindo ainda mais para a hipertrofia do direito penal.

4.2.3. Seletividade do controle penal.

A seletividade do controle penal, diz respeito ao processo de criminalização de condutas tipicamente de classes menos abastadas, além da proteção de alguns bens jurídicos vinculados as outras classes.

Não podemos negar que há incidência delituosa em todas as classes sociais, contudo é inegável que aqueles que participam da feitura das leis incriminadoras e conseqüentemente participam das classes mais abastadas possuem privilégios.

Comprova-se tal afirmação, quando notamos a "cifra negra" de crimes econômicos e financeiros. Tal medida caracteriza a seletividade do direito penal, bem como a sua violação ao princípio da igualdade.

Podemos dizer que a seletividade está em ter "dois pesos e duas medidas", conforme ditado popular.

4.2.4 Funções do direito penal

Inicialmente podemos mencionar que o direito penal contém dupla função, sendo elas: prevenir a violência entre os cidadãos, trazendo segurança social (violência informal); prevenir e medir a violência que o Estado pode exercer em função de seus súditos (violência formal). (GOMES, 2007, p.342)

O que vem ocorrendo na era da globalização são os desvios de finalidade do direito penal, este não tão só vem cumprindo seu papel inicial mas, as normas penais tem assumido a função moralizadora da sociedade, papel este que não cabe ao setor jurídico penal.

O Estado vem deixando de ser um Estado Social, para ser um Estado Penal.

4.2.4.1 Direito penal Simbólico

Outro desvio de finalidade aplicados ao direito penal, trata-se do que alguns doutrinadores chamam de direito penal simbólico, ou seja, a norma penal não é elaborada para inibir os criminosos mas, para responder a anseios sociais dando-lhe respostas e tranquilizando a opinião pública.

O grande perigo do desvio de finalidade do Direito Penal é que, este acaba assumindo o controle de comportamentos de outras áreas, com: sociais, educacionais, entre outras. Deixa assim, de atuar como "última ratio", podemos ir além e mencionar que assumindo estas finalidades o direito penal acaba ficando abarrotado e não cumpre suas funções primordiais, causando descrédito e insatisfação.

4.2.5 Direito Penal Preventivo

O direito penal na era da globalização também tem como característica ser essencialmente preventivo, ou seja, as condutas abstratas, bem como as condutas que apenas vislumbram a possibilidade de dano sem este ao menos ocorrer (delitos de perigo abstrato) são cada vez mais instituídas.

4.2.6 Inoperatividade do Direito Penal

A inoperatividade do Direito Penal se dá principalmente graças aos conflitos já mencionados como: hipertrofia do Direito Penal; Desvio de suas finalidades; respostas imediatas ao clamor social; entre outros.

Assim, quanto mais se sobrecarrega o Direito Penal, menos eficiente este fica acarretando efeitos contrários ao pretendido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar se o processo de globalização vem contribuindo para a disseminação da teoria do direito penal do inimigo, desenvolvida por Gunther Jakobs.

Para tanto, no primeiro momento abordamos sobre o modelo de Direito Penal máximo, o qual é pautado em aplicações de penas valorativas, ficando o acusado muitas vezes sobre sanções fundamentadas no substancialismo. Igualmente ocorre em seu modelo instrumental, onde se faz uso de todos meios para justificar uma sentença condenatória.

No segundo momento, elencamos as tendências do Direito Penal Máximo atual, como: a teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Gunther Jakobs que defende a aplicação do direito penal de forma dicotômica. Para Jakobs aplica-se o direito penal do cidadão ao sujeito que comete crimes de forma eventual, assegurando todas as suas garantias constitucionais. Quanto ao direito penal do inimigo, este deve ser aplicado contra o delinquente contumaz que tem como meio de subsistência a atividade criminosa, não restando a ele nenhuma garantia.

Discorreremos ainda, sobre as tendências máximas menos opressivas como: a Teoria das Janelas Quebradas, Movimento Lei e Ordem e o Movimento “Tolerância Zero”.

No terceiro e ultimo momento, abordamos as transformações sofridas no Direito Penal influenciadas pelo processo de Globalização, com: hipertrofia irracional, seu uso de forma instrumentalizada, seletividade em suas aplicações, desvio de funções, criações de direitos meramente simbólicos, normas punitivas de caráter preventivo, entre outros.

Diante de todas estas informações pode se observar que o processo de Globalização trouxe inúmeras mudanças, sociais, culturais, tecnológicas, e conseqüentemente o Direito Penal e as Políticas criminais também sofreram alterações, pois, são produtos de controle social.

Assim, com os novos ditames da globalização surgiram inovações que nos propiciam conforto e melhoram as nossas vidas como menciona FERNANDES: a globalização nos propicia, a interligação imediata dos mercados internacionais, as

movimentações de bilhões de dólares através dos computadores de forma muito rápida, além de transmissões de informações sem fronteiras. Sua proposta consiste em compartilhar interesses pessoais, inovações tecnológicas, proporcionar o desenvolvimento científico entre muitos outros fatores. (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p. 730-731)

E ainda conforme o mesmo, a Globalização também apresenta um lado negativo, visto que, também gera concentração de renda, além de trazer novas formas de crimes e violências ainda não existentes, como por exemplo: A pirataria, os hackers, Serial killer, ampliações nos esquemas de tráfico, entre muitos outros. (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p.731)

Desta forma, o Direito Penal diante das transformações na criminalidade provocada por este processo e por um processo natural de modificações vem rompendo com seus conceitos clássicos e se socorrendo de novas medidas para combatê-las. Estas medidas são cada vez mais inspiradas nos modelos máximos apresentados e o Estado vem deixando de ser um Estado Social para se tornar um Estado Penal, onde todos os conflitos sociais passam a ser geridos e ditados pelo judiciário criminal.

Este Estado Penal é o principal influenciador da inflação legislativa na seara criminal, que vem atrofiando o judiciário, causando o seus desvios de funções, criando direitos meramente simbólicos, entre outros e nos acarretando uma imensa insatisfação com o sistema punitivo.

Deste modo, em suma podemos concluir que: i) O Direito Penal vem sofrendo influências do processo de Globalização; ii) Para combater estas influências vem adotando medidas máximas; iii) Estas medidas adotadas inflacionam o judiciário e não solucionam os problemas.

Assim, o que nos resta é corrigir a nossa sede de vingança, para sede de justiça, ou seja, temos que voltar a ser um “bom e velho” Estado Social, onde se promove dignidade e conseqüentemente uma melhor sociedade. A Lei não muda caráter, talvez uma construção social mais digna possa fazê-la.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2 Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal esquematizado- Parte Geral**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.