

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO

VINICIUS BORGES DE MORAES

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO SOBRE A PRESENÇA DA TEORIA DE  
GÜNTHER JAKOBS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

São Leopoldo

2009

VINICIUS BORGES DE MORAES

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: Um estudo sobre a presença da teoria de Günther Jakobs  
no ordenamento jurídico brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientador: Prof. Dr. André Luis Callegari

São Leopoldo

2009

M827d Moraes, Vinicius Borges de  
O direito penal do inimigo e a concretização dos direitos fundamentais: um estudo sobre a presença da teoria de Günther Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro/ por Vinicius Borges de Moraes, 2009.  
187 f. ; 30cm.


Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2009. "Orientação: Prof. Dr. André Luis Callegari, Ciências Jurídicas."

1. Direito penal. 2. Política criminal. 3. Sociedade – Risco. 4. Günther Jakobs – Teoria. 5. Terrorismo. I. Título. II. Callegari, André Luis.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: *“O Direito Penal do Inimigo e a Concretização dos Direitos Fundamentais: um estudo sobre a presença da Teoria de Günther Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro”*, elaborada pelo mestrando *Vinicius Borges de Medeiros*, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de fevereiro de 2009.


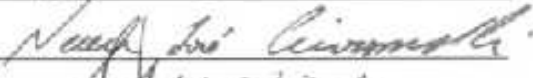
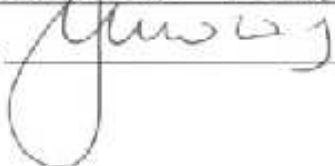
  
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,  
Coordenador Executivo  
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca Integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luis Callegari

Membro: Dr. Nereu José Giacomoli

Membro: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

*Dedico este trabalho à minha esposa,  
Karina Dohms, companheira da minha  
vida e grande incentivadora.*

*Agradecimentos:*

*Em especial, ao Prof. Dr. André Luis Callegari, orientador desta dissertação, por todo empenho, sabedoria e compreensão, bem como por ser exemplo de dedicação, profissionalismo e competência.*

*Aos coordenadores do Programa de Pós-Graduação.*

*À secretária Vera, por todo o apoio, competência, dedicação e carinho com o corpo discente desta universidade.*

*Aos meus familiares, pelo amor, força e compreensão pelos momentos de ausência.*

*A todos os meus amigos e amigas que sempre estiveram presentes me aconselhando e incentivando com carinho e dedicação.*

*A todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a execução dessa pesquisa.*

*O primeiro dever do homem em sociedade é ser útil aos membros dela; e cada um deve, segundo as suas forças físicas e morais, administrar em benefício da mesma, os conhecimentos ou talentos que a natureza, a arte ou a educação lhe prestam.*

*(Hipólito da Costa, 1774-1823)*

## RESUMO

Tem-se observado, tanto no campo prático como no científico, uma tentativa de readequação das políticas criminais, tentativa esta motivada pelas novas modalidades delitivas, em especial, a criminalidade organizada, o tráfico de entorpecentes, os crimes econômicos e, é claro, o terrorismo. Na busca por uma melhor adequação dos mecanismos de proteção, surge a necessidade de se repensar conceitos basilares das ciências criminais. É justamente a partir desses estudos que surge a proposta de um direito penal parcial, mais enérgico e mais rápido, alicerçada na possibilidade de se flexibilizarem as garantias fundamentais – de cunho material ou processual – dos infratores, nos delitos cujos resultados tenham como característica a colocação em risco das estruturas sociais. A Teoria parte do princípio que estes agentes, mediante tais condutas, estariam se rebelando contra o Estado, o que acarretaria em uma negação à sua condição de cidadão. Diante disso, estaria esse mesmo Estado legitimado a tratá-los como *inimigos*. Nesse contexto, a presente investigação, utilizando um método semiótico-jurídico, com técnica exclusivamente bibliográfica, centrar-se-á na busca pela identificação da origem e fundamentos iusfilosóficos do chamado direito penal do inimigo, suas finalidades e relação com a atual conjuntura sócio-jurídica mundial. Tendo-se como diretriz a inafastabilidade dos direitos fundamentais dos indivíduos, averiguar-se-á a viabilidade da flexibilização proposta pela referida teoria. Ao final, no intuito de contribuir com a já acalorada discussão doutrinária, pretende-se identificar as principais contrariedades da proposta, fazendo-se uma reflexão no intuito de identificar a presença, ou não, da teoria de Günther Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo – Política Criminal – Sociedade do Risco – Garantias Fundamentais – Terrorismo.



## ABSTRACT

It has been observed, as much in practical field as in the scientific one, an attempt to readequate the criminal politics, this attempt is motivated by the new criminal modalities, in special, organized crime, narcotic traffic, economical crimes, and of course, terrorism. In quest for a better adequacy of the protection mechanisms, it seems to be necessary rethink the fundamental concepts of criminal sciences. Based in these studies rises the propose of one partial criminal law, more energetic and faster, based in the possibility of a flexibility of fundamental guarantees –material and process substance - of infractors, in delicts whose results has as characteristic put the social structures in risk. The Theory starts from the principle that this agents, through this conduct, would be rebelling them selves against the State, that could result in a negation to be citizen condition. Ahead to this, would this very State legitimated to treat them as enemy. In this context, the present investigation, using a “*semiótico-jurídico*” method, with a exclusively bibliographical technique, the identification of the origin and fundaments “ius”-philosophical of the enemy criminal law, its goals and relation with the actual world situation. Having as path the impossibility of separate fundamental rights from individual, the study will search the viability of the proposal for related theory. In the end, looking for contribute with the already doctrine discussion, pretending to identify the principal contradiction of the propose, making a reflection about the presence, or not, of Günther Jakobs’s theory in the Brazilian’s laws.

**Keywords:** Enemy Criminal Law – Criminal Politics – Society of the Risk – Fundamental Rights – Terrorism.

## SUMÁRIO

<b>1. NOTAS INTRODUTÓRIAS .....</b>	<b>10</b>
<b>2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO: FUNDAMENTOS</b>	
2.1 PROLEGÔMENOS .....	14
2.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: POLÍTICA OU SISTEMA CRIMINAL? .....	21
2.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A FINALIDADE SOCIAL DAS NORMAS PENAS (CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ESTUDOS DE GÜNTHER JAKOBS) ....	25
2.4 FUNDAMENTOS IUSFILOSÓFICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	34
<b>3. DIREITO PENAL DO INIMIGO E SOCIEDADE</b>	
3.1 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	45
3.2 A SOCIEDADE DO RISCO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	58
<b>4. DIREITO PENAL DO INIMIGO E CRÍTICA À FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS</b>	
4.1 AS FINALIDADES DAS MEDIDAS COERCITIVAS NO DIREITO PENAL DO INIMIGO E NO DIREITO PENAL DO CIDADÃO .....	74
4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS POSSIBILIDADES DE IMPLEMENTAÇÃO: UMA CRÍTICA À FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	84
4.3 A PRESENÇA DA TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	96
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>117</b>

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>124</b>
<b>ANEXO A - Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro .....</b>	<b>132</b>
<b>ANEXO B - Decreto Nº 3.976, de 18 de outubro de 2001 .....</b>	<b>146</b>
<b>ANEXO C - Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004 .....</b>	<b>149</b>
<b>ANEXO D - Resolução N.º 16, de 17 de dezembro de 2003 .....</b>	<b>178</b>
<b>ANEXO E - Decreto Nº 3.976, de 18 de outubro de 2001 .....</b>	<b>182</b>
<b>ANEXO F - Decreto Nº 4.229, de 13 de maio de 2002 .....</b>	<b>186</b>

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

No ano de 1985, num seminário sobre direito penal, realizado em Frankfurt, Alemanha, o renomado jurista Günther Jakobs, após ampla análise dos dispositivos e construções jurídicas desenvolvidas pelo direito penal Alemão, concluiu, em sério tom de crítica, que havia se desenvolvido um direito penal parcial. A este direito conferiu a denominação de direito penal do inimigo.

Todavia, aquele discurso crítico, “*que em 1985 recebeu muito aplauso dos colegas*”<sup>1</sup>, reverteu-se, em 1999, durante a Conferência do Milênio, realizada em Berlim, num discurso em defesa desse mesmo direito penal parcial.

A grande diferença que seria observada entre uma e outra conclusão é que, na primeira, em 1985, Jakobs criticava tais preceitos jurídico-penais de forma ampla, enquanto que, no ano de 1999, restringia seu discurso de apologia ao Direito Penal do Inimigo como sendo a única alternativa viável aos delitos de natureza grave, em especial, à prática terrorista.

Jakobs, para embasar sua teoria – aspecto que será explorado no decurso da análise –, afirma, em síntese, que “*aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão “não-pessoa”) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa*”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 42.

<sup>2</sup> *Ibidem*. p. 42.

Apesar de se tratar de uma proposta radical, com extrema clareza o jurista apresenta situações paralelas, presentes no direito penal vigente, lançando a conclusão de que 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 resoluções próprias do Direito penal do inimigo”*.<sup>3</sup>

Fator relevante que contribui para a disseminação da teoria e, certamente, também contribuiria para sua aplicação, é o fato de se tratar de uma proposta de sistematização de uma tendência dos ordenamentos jurídicos modernos: o recrudescimento. Essa sistematização, na visão de Jakobs, seria mais segura, dentro das perspectivas de um Estado de Direito. Com efeito, não fosse a coerência dos argumentos de Jakobs, a teoria talvez não tivesse ganho tais proporções, sendo de plano rechaçada, eis que grande é a possibilidade de cometimento de excessos pelo Estado no uso ilimitado da força.

Dada essa realidade, é possível dizer que o direito penal do inimigo surge na expectativa de resolver o problema da criminalidade mais grave, ou seja, daquela que foge ao controle do Estado e passa a comprometer as estruturas deste. Na mesma linha, seguem os problemas centrais que motivam a presente investigação: O direito penal do inimigo pode cumprir com tal expectativa? O direito penal do inimigo pode ser identificado no ordenamento jurídico brasileiro?

A partir de tal motivação, a presente pesquisa propõe uma análise racional do tema, enfocando a teoria do direito penal do inimigo tal qual proposta por Jakobs, e não a partir da leitura realizada pela crítica. Assim, buscar-se-á identificar a origem e fundamentos iusfilosóficos da teoria, (considerando inclusive própria formação jurídica de Jakobs), suas finalidades e, ao mesmo tempo, relacionar a teoria com a atual conjuntura sócio-jurídica, de maneira a focar o assunto aliado às conseqüências de sua aplicação.

---

<sup>3</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 49-50.

O estudo pretende, em última análise, confrontar a consistência dos fundamentos da teoria de Jakobs, relacionando sua aplicação sem afastar-se do comprometimento pela concretização dos direitos fundamentais – aqui elevados a verdadeiro pressuposto de investigação. Em outras palavras, a presente investigação não se afasta do contexto dos Estados Democráticos de Direito. Aliás, tal discussão somente é possível em razão de tal compromisso, caso contrário, ter-se-ia tão somente a aplicação da teoria.

Assim, a partir de tal enfrentamento a investigação propõe a análise da teoria em sua aplicação, ou possível aplicação, buscando identificar se a tendência descrita por Jakobs é verificada no ordenamento jurídico brasileiro.

A hipótese decorrente de tais reflexões é que o direito penal do inimigo não tem condições de cumprir com seu objetivo, eis que a consequência de sua aplicação é a ruptura do compromisso do Estado Democrático de Direito, em especial no que tange à concretização dos direitos fundamentais. Apesar disso, não há como negar, pela menos *a priori*, que a teoria vem crescendo e sua aplicação parece estar se tornando uma constante.

A metodologia eleita é a fenomenologia hermenêutica, que se mostra a mais adequada, na medida em que concebe a determinação do direito em um ato criativo que implica o próprio sujeito. Nesse sentido, o “método” fenomenológico, permite a revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica, permitindo também uma relação com a prática social. É de ressaltar, também, a importância do procedimento jus-comparativo, em especial no que se refere às contribuições doutrinárias de origem espanhola e alemã.

Por tudo isso, para cumprir com o objetivo proposto na presente investigação procurou-se estruturá-la da seguinte forma: primeiramente identificar-se-á, no primeiro capítulo, as origens e a evolução da teoria, considerando os estudos anteriormente desenvolvidos por Jakobs ao longo de sua trajetória acadêmica, bem como a fundamentação iusfilosófica que ampara a doutrina.

Na seqüência, em tendo sido abordados os principais aspectos do direito penal do inimigo, este será analisado como a estruturação da expansão do direito penal, tendência das modernas Sociedades de Risco.

No terceiro capítulo da pesquisa, a qual tem como pressuposto a inafastabilidade dos direitos fundamentais dos indivíduos, averiguar-se-á a viabilidade da flexibilização destes em face da finalidade do próprio direito penal, consoante argumentos defendidos por Jakobs.

Por fim, no intuito de contribuir com a já acalorada discussão doutrinária, identificadas as principais contrariedades da proposta, far-se-á uma reflexão sobre a presença da teoria de Günther Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: FUNDAMENTOS

### 2.1 PROLEGÔMENOS

O direito penal enfrenta atualmente o que é classificado por respeitáveis doutrinadores como uma verdadeira crise.<sup>4</sup> Tal cenário é entendido como a necessidade de uma reestruturação dos sistemas e das políticas criminais, como conseqüência do desenvolvimento dos instrumentos – e dos objetivos – utilizados pela criminalidade moderna.<sup>5</sup> Somado a isso há a constatação de que grande parte deste problema, se não desencadeado, foi, pelo menos, agravado com o fenômeno<sup>6</sup> da globalização.<sup>7</sup>

Nessa óptica, a discussão acerca de uma “crise” no direito penal requer uma exata delimitação sobre qual tipo de “crise” se está tratando, uma vez que,

---

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz, org. **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 22.

<sup>6</sup> BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 21-22: Especialmente nos anos finais do século XX e nos primeiros deste século XXI, o mundo passou a assistir a mudanças de tamanha amplitude e profundidade que acabaram por alterar os padrões até então vigentes, que vão desde o incremento tecnológico até as rupturas epistemológicas e paradigmáticas em praticamente todos os campos do conhecimento humano. Esse fenômeno ficou conhecido pelo nome genérico de “globalização”.

<sup>7</sup> NAÍM, Moises. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de direito e do tráfico à economia global**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006. p. 22: “A globalização trouxe novos hábitos, novos costumes, novas expectativas, novas possibilidades e novos problemas. Isso nós sabemos. O que não sabemos muito bem é o tamanho da riqueza que a globalização trouxe para os traficantes. O mundo interconectado abriu novos e claros horizontes ao comércio ilícito. O que os traficantes e seus cúmplices encontram nesses horizontes não é somente dinheiro, mas também poder político”.



como bem lembra Arnaud, “*uma crise não é concebida exatamente da mesma maneira em filosofia ou em história das ciências, em medicina, em psiquiatria ou em economia*”.<sup>8</sup> Ou seja, as concepções de crise, embora possam partir de alguns elementos comuns, não necessariamente estão em relação de sinonímia.

Nessa esteira, a crise referida na presente investigação é aquela que encontra melhor correspondência no verbo grego *Krinos*, cuja derivação resultou na palavra latina *Crisis*, que por sua vez conservou um significado muito semelhante com seu antecessor grego.

Para os gregos, *Krinos* expressava a ação de “*separar, decidir, julgar*”.<sup>9</sup> Não havia uma vinculação, portanto, com a idéia de dor, de sofrimento ou quaisquer outros sentimentos desagradáveis, conforme posteriormente foi atribuído ao seu sucessor nas línguas modernas, em especial à portuguesa: o termo “*crise*”.<sup>10</sup> O verbo grego *Krinos* relacionava-se com momento de decisão, com o momento de julgamento, o que, em última análise, representa a passagem de um estado para outro.

A discussão ora proposta não se afasta da concepção grega de “*crise*”, pois a compreende como sendo a tensão criada entre o esforço despendido na continuidade de uma determinada situação frente a um grande esforço em sentido contrário. Essa tensão, que aqui é tratada como crise, se expressa materialmente pela elevação do sentimento de insegurança, gerado pelo risco de iminente ruptura de uma ou outra política criminal, aliada a necessidade de garantir segurança, mas também eficácia, à aplicação do direito penal.

Portanto, ao se tratar de crise (ou crises) no direito penal, se está referindo justamente este campo de tensão.

---

<sup>8</sup> ARNAUD, André-Jean. O direito traído pela filosofia. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 171.

<sup>9</sup> HOUAISS, Antônio. Dicionário eletrônico da língua portuguesa. Versão 1.0.5.

<sup>10</sup> Ibidem. O termo crise normalmente é relacionado a um “*estado de incerteza, vacilação ou declínio*”. Na economia, representa um “*grave desequilíbrio conjuntural entre a produção e o consumo, acarretando aviltamento dos preços e/ou da moeda, onda de falências e desemprego, desorganização dos compromissos comerciais*”.

Na perspectiva Luhmaniana, poder-se-ia afirmar que o choque entre essas forças é uma decorrência da complexidade e da contingência no âmbito social. Conforme salienta Rodrigo Ghiringhelli Azevedo, em Luhmann:

o excesso de expectativas geradas pelas infinitas possibilidades oferecidas pelo meio ambiente colide com a limitada possibilidade de apreendê-las e realizá-las concretamente, derivando daí a complexidade do mundo” (...) “Além da complexidade, o mundo social está também caracterizado pela contingência, derivada tanto do fato de que as possibilidades selecionadas pelo sistema podem realizar-se de um modo distinto do previsto, como da possibilidade sempre existente de alternativas funcionalmente equivalentes para lidar com uma realidade complexa.<sup>11</sup>

O fato é que os sistemas sociais contemporâneos experimentam “*um aumento da complexidade do entorno*”<sup>12</sup>, o que afeta a organização social e do próprio Estado – como criação social –, escapando a uma direção e a um controle precisos.<sup>13</sup> Essa realidade não escapa ao direito penal, que é afetado diretamente por ela.

Percebe-se que as tradicionais características do Estado, e de seus modelos coercitivos (direito penal), têm se demonstrado ineficientes, superados no atual contexto (não dão conta da complexidade) e, por assim serem, o próprio Estado acaba tendo sua legitimidade abalada.

A conseqüência é o enfraquecimento da crença social no Estado, o que culmina em perda de poder<sup>14</sup>, que, por sua vez, gera uma lacuna tendente a ser ocupada por outras instâncias<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> RODRIGUES, Leo Peixoto; MENDONÇA, Daniel (orgs.). Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p.131-132.

<sup>12</sup> Ibidem. p. 135.

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas, apud Ibidem. p.135.

<sup>14</sup> LEBRUN, Gérard. O que é Poder? São Paulo: Brasiliense, 1999. p.14: “considera errônea toda compreensão do poder que o reduza a uma situação marcada pela desigualdade e, portanto, pelo menos potencialmente conflituosa. Segundo ele, ter o poder não é, basicamente, estar em condições de impor a própria vontade contra qualquer resistência. É, antes, dispor de um capital de confiança tal que o grupo delegue aos detentores do poder a realização dos fins coletivos”.

Não se deve, todavia, confundir a idéia de “poder” com a idéia de “força”. Um Estado pode ter “força” e “poder” sobre uma determinada sociedade e, tanto uma quanto a outra, podem direcionar as ações desta. Todavia, somente o poder pode ser exercido na condição de autoridade, o que prescinde reconhecimento, aceitação e crença da outra parte.

É nesse sentido que se opera a grande dificuldade na luta contra os atos de terrorismo. Em se tratando de uma afronta direta ao poder do Estado, há um não reconhecimento e uma não sujeição a esse ente. Não há poder a ser exercido sobre os terroristas, somente força. E essa relação seguramente levará a uma guerra, conforme observado por Günther Jakobs e que será abordado em momento oportuno.

Assim, a crise ora em foco é analisada a partir do prisma sistêmico, na medida em que se constata a existência de duas (ou mais) forças opostas, duas (ou mais) realidades possíveis, incompatíveis de coexistirem, surgindo a necessidade inadiável de “separar, decidir, julgar” qual o caminho a ser seguido. Em suma, a crise é percebida na presente análise como a necessidade de uma tomada de decisão.

Somado a tal contexto, importante referir que a utilização do direito penal por si só já enfrenta uma tensão natural, pois, conforme sustenta Blanca Mendoza Buergo, busca-se uma forma de se evitar os comportamentos socialmente indesejáveis e seu caráter de *ultima ratio*<sup>16</sup>, característica das novas sociedades de risco.

Dessa forma, considerando a tensão intrínseca ao direito penal e novo contexto social – comum tanto aos países subdesenvolvidos quanto aos desenvolvidos –, constata-se uma criminalidade que deixa de ter o tradicional objetivo do lucro fácil, passando a propósitos que atentam contra as próprias

---

<sup>15</sup> Importa referir, como exemplo, o poder paralelo mantido pelo tráfico, pelo crime organizado e pela própria sociedade nos casos de linchamento público.

<sup>16</sup> BUERGO, Blanca Mendonza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 21.

estruturas sociais.<sup>17</sup> Mesmos nos casos em que o lucro persiste como elemento motivador da conduta delitiva, esta extravasa o tipo penal, configurando-se como atentatória a própria organização do Estado. É dizer, em muitos casos, a criminalidade busca sobrepor-se ao Estado, substituindo seus agentes, num verdadeiro retorno ao despotismo.

Em face disso, no intuito de encontrar soluções, os estudos científicos acerca da criminalidade e seus meios de contenção voltam-se novamente para campo dogmático e filosófico. Buscam-se novos instrumentos, ou novos aportes filosóficos ou doutrinários que permitam empregar de forma diversa os antigos.

Assim, a ciência jurídica vem traçando novos caminhos, a partir da prévia investigação dos conceitos atualmente aplicados, para posterior reformulação das políticas e sistemas criminais. É, com efeito, o que se tem observado na prática científica.

Num primeiro momento, constata-se que a atenção dos doutrinadores encontrava-se voltada às discussões iusfilosóficas sobre diversos fundamentos, de maneira independente, quase isolada.<sup>18</sup> Somente após esses importantes resultados, ou seja, a partir da obtenção de conclusões sólidas, passa-se a inter-relacionar esses novos conceitos, surgindo consistentes propostas de novos modelos de sistemas e políticas criminais.

Dessa forma, ao contrário do que se poderia supor, a crise hoje enfrentada não deve ser entendida como a falência da estrutura do direito penal como o conhecemos, mas sim como um momento muito peculiar da história em que as novas estruturas sociais necessitam adequar seus mecanismos de proteção, permitindo que as sociedades continuem sua marcha evolutiva.

---

<sup>17</sup> Fato notório, sentido por toda a população e muito noticiado na imprensa. Como exemplos, cite-se o crime organizado, terrorismo, tráfico de entorpecentes, etc.

<sup>18</sup> Cf. JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari e Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 44. Jakobs chama a atenção para o fato de, por vinte anos, ter-se discutido apenas sobre o conceito de ação.

Esse fato fica muito evidente ao se verificar que, se por um lado são enfrentados os reflexos de uma política criminal inadequada, por outro as conclusões obtidas a partir dessas atividades científicas já originam uma série de propostas de reformulação de conceitos das ciências criminais, conceitos estes não mais aplicáveis no panorama social moderno.<sup>19</sup>

As atuais discussões, como a que ora se analisa, devem ser entendidas, portanto, como positivas para o campo do conhecimento científico e para a própria sociedade. Somente a partir dos resultados dessas investigações – que são, e que continuarão sendo sempre, objeto de estudos – será possível o surgimento de propostas de modelos criminais que venham a minimizar ou, quiçá, erradicar o crime nas suas mais diversas modalidades.

Esses iniciais esclarecimentos são extremamente relevantes e demonstram em qual contexto está inserida a presente pesquisa, pois ao se tratar de um assunto tão complexo – como a proposta de uma nova política criminal – não se pode fazê-lo sem que antes sejam mencionados suas finalidades e fundamentos.

Nessa mesma linha, cabe ressaltar a lição de Paolo Grossi, onde sustenta e defende, em linhas gerais, ser fundamental desmitificar a absolutização de conceitos e princípios utilizados pelo direito. Segundo ele, os “*nós de certezas axiomáticas*” relativos a esses princípios devem e podem ser desfeitos. Para tanto, basta que o jurista afaste “*a lente vinculante colocada diante de seus olhos por duzentos anos de habilíssima propaganda.*”<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Cf. Funcionalismo Penal, Teoria da Imputação Objetiva, Garantismo Penal.

<sup>20</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.12: O autor se deu conta, nas suas já longas e contínuas pesquisas histórico-jurídicas, de que um grande emaranhado nó de certezas axiomáticas lentamente se sedimentou no intelecto e no coração do jurista moderno, um nó que foi aceito de modo submisso, que ninguém sonha em discutir por ter sido fundamentado em um lúcido projeto originário de mitificação, mitificação como processo de absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis, mitificação como passagem de um mecanismo de conhecimento a um mecanismo de crença. O historiador, que por profissão é um relativizador e, conseqüentemente, um desmitificador, sente-se no dever de advertir o jurista que um nó como esse pode e deve ser desfeito, e que seu olhar deve ser liberado da lente vinculante colocada diante de seus olhos por duzentos anos de habilíssima propaganda.

Esses “nós” ao qual se refere o jurista italiano, somente poderão ser desfeitos mediante comprometida atividade científica, revisando-se conceitos até então tidos como absolutos.

Exemplo dessa atividade – ainda que não seja este o objeto da pesquisa, mas que por outro lado não se pode desconsiderar uma íntima relação<sup>21</sup> –, é a tão discutida e controversa teoria da imputação objetiva<sup>22</sup>, que reformulou o conceito de crime que se tinha até então, dando origem a um novo sistema criminal.

A doutrina citada adquire maior destaque ainda ao constatarmos que se trata de uma teoria inovadora (respeitados os entendimentos contrários) e que possui ampla aplicação na Alemanha e na Espanha, países onde se constata igualmente um grande avanço nesses estudos.<sup>23</sup>

Nesse panorama, é possível vislumbrar que para uma adequada evolução nos estudos da doutrina em foco, é importante ressaltar que o direito penal do inimigo é uma decorrência científica natural das investigações que lhe precederam.<sup>24</sup>

Isso não significa admitir de plano que a teoria de Jakobs é eficiente, ou então que seria aplicável. Apenas chama-se a atenção para o fato de que para analisá-la, antes é preciso compreender suas origens e a evolução dos seus conceitos, pois somente assim será possível entender qual sua real finalidade. Caso contrário, corre-se o risco de se tendenciar a investigação para um mero

---

<sup>21</sup> Posteriormente será abordada essa proximidade entre a teoria da imputação objetiva e o direito penal do inimigo. Observar-se-á que alguns aspectos presentes na teoria da imputação objetiva, proposição que antecedeu aquela que ora é o objeto do estudo, apresentam muita proximidade com os elementos que compõem o chamado direito penal do inimigo, especialmente no que se refere ao preconizado risco social das condutas.

<sup>22</sup> Cf. CALLEGARI, André Luis. **Imputação Objetiva**. Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>23</sup> CALLEGARI, André Luis. **Imputação Objetiva**. Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 17.

<sup>24</sup> Jakobs estuda profundamente os conceitos de Kant e Hegel, ao mesmo tempo em que avalia a estrutura da Teoria Finalista da Ação.

discurso de proteção aos direitos fundamentais, o que não pode ser admitido no processo racional científico.

## 2.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: POLÍTICA OU SISTEMA CRIMINAL?

Na seqüência lógica dos argumentos introdutórios, importante é se chamar a atenção para o fato de que o direito penal do inimigo deve ser entendido como uma política criminal que se instaura, e não como um novo sistema criminal. Isso porque, como será abordado, sua aplicação será possível em qualquer sistema criminal vigente.

A sedimentação desse pressuposto é revestida de grande importância, pois evitará o pré-conceito de que a aplicação de um direito penal do inimigo prescinde da transição de um sistema criminal para outro, ou então que aquele seria aplicável ou inaplicável em função deste.

Apenas para ilustrar melhor o assunto, é pertinente referir as questões abordadas por Roxin, ao se debruçar sobre os ensinamentos de Franz v. Liszt.

Segundo Roxin, Liszt abordou – e caracterizou – com especificidade a “tensão” natural que se observa no campo das ciências jurídicas.<sup>25</sup> Essa tensão decorria justamente do caráter dúplice do direito penal; *“de um lado, o direito penal como ciência social e, de outro, como ciência jurídica”*.<sup>26</sup>

Em síntese, Liszt considerava que o direito penal como ciência social tinha como finalidade o controle da criminalidade, enquanto que na qualidade de ciência jurídica, sua função deveria ser *“liberal-garantística”*, no intuito de

---

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2.

<sup>26</sup> Ibidem. p. 2.

*“assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado”.*<sup>27</sup>

Observe-se então que, na esteira das idéias difundidas por Liszt, sistema criminal faz referência ao conjunto organizado, sistemático, de garantias que visam proteger o cidadão das arbitrariedades do Estado, no desenvolvimento de sua tarefa de controle à criminalidade; face eminentemente jurídica do direito penal.

Em se tratando de políticas criminais, o que se observa é o cunho social do direito penal. Ou seja, política criminal teria relação com a própria finalidade e aplicação social de um determinado sistema criminal.

Assim, se o sistema criminal é o instrumento jurídico do direito penal, a política criminal seria a diretriz de aplicação desse sistema.

Nas palavras de Franz v. Liszt,

El conocimiento de la pena como uno de los medios para la lucha contra el crimen, puesto en manos del Estado, nos lleva más allá del Derecho vigente.

(...)

La Política criminal nos da el criterio para la apreciación del Derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir, pero también nos enseña a entender aquél, a la luz de su fin, y a aplicarle, en vista de ese fin, a los casos particulares.<sup>28</sup>

Diante de tal constatação, é preciso relacionar, como faz Díez Ripollés, o debate político-criminal à sociedade do risco. Para o jurista, o conjunto de

---

<sup>27</sup> Idem. Ibidem. p. 3.

<sup>28</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 1999. p. 7.



fatores observados na sociedade do risco ativa uma demanda sócio-estatal na tentativa de controlá-los. A isso se aplica a política criminal.<sup>29</sup>

Para Ripollés, a política criminal que pretenderia dar resposta à sociedade do risco poderia ser caracterizada por uma notável ampliação dos objetos de intervenção penal (meio ambiente, ordem econômica, âmbito tecnológico), concentração de esforços para punir a criminalidade dos “poderosos”, prevalência da intervenção penal sobre outros instrumentos de controle social e a reconsideração ou flexibilização do sistema de imputação de responsabilidade e de garantias individuais vigentes.<sup>30</sup>

Não é necessário muito esforço para se concluir pela estreita relação entre as transformações sociais da atualidade, que influenciaram e influenciam as políticas criminais modernas, e o próprio direito penal do inimigo de Jakobs. Conseqüentemente, por este se mostrar na realidade uma nova política criminal, qualquer investigação sobre o tema não poderá estar alheia aos fundamentos sociais e jurídicos que a amparam, sob pena de o estudo, como já afirmado, pender para um mero discurso de proteção aos direitos fundamentais.

Isso é uma decorrência lógica dos entendimentos até aqui verificados, pois, se o direito penal do inimigo surge, em última análise, como uma proposta de política criminal, deve-se analisar também o contexto social em que é aplicado.

Aliás, o próprio Jakobs deixa claro o cunho diretivo que a política criminal exerce sobre o sistema ao concluir que independentemente da tese adotada – proteção de bens jurídicos ou proteção das normas – podem ocorrer degenerações. É o caso, por exemplo, de eleger-se como relevante bem jurídico a “pureza da raça humana”. Ou seja, os sistemas não são imunes a distorções, sendo que a defesa é uma tarefa política.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado. In: **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 84.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 84-85.

<sup>31</sup> JAKOBS, Günther. Como protege el derecho penal y qué es que lo protege? In: **El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs**. 1. ed. México: Flores, 2007. p. 17.

É dizer, o direito penal do inimigo, sendo uma proposta de política criminal, utiliza-se dos sistemas criminais, direcionando-os para um determinado objetivo social, tal qual qualquer política criminal.<sup>32</sup> Logo, e a seguir abordar-se-á com maior profundidade essa questão, é necessário que sejam identificados os fundamentos iusfilosóficos e sociais que amparam um direito penal do inimigo.

Nesse panorama, pertinente é trazer o ensinamento de Antonio García-Pablos de Molina, em sua obra *Derecho Penal*, na qual tece importante comentário sobre a finalidade das políticas criminais.

Bajo la influencia del positivismo jurídico, la dogmática se entendió como mera técnica de <<reproducción>> de la voluntad de la ley. De este modo, se aislaba el Derecho de la realidad social, de sus necesidades, configurando-se una Ciencia del Derecho valorativamente neutra y reaccionaria, desde el punto de vista político. Surge, entonces, la Política Criminal como alternativa moderna, llamada a desplazar a la <<vieja>> ciencia jurídica, incluso en los países con mayor tradición <<dogmática>>: tanto en aquellos donde el Código Penal había sido el término final o resultado de una larga discusión dogmática (Alemania), como en los que fue solo el punto de arranque de una ciencia penal que hubo de elegir entre repetirlo o pedir su reforma (caso de Francia).<sup>33</sup>

Cumprir registrar mais uma vez, portanto, que o direito penal do inimigo impõe-se como uma política criminal, resultado das conclusões científicas advindas da análise dos principais sistemas criminais já formulados. Assim, se o direito penal possui duas vertentes: a social e a jurídica. A primeira é a abordada pela teoria de Jakobs, eis que trata da aplicação prática da segunda. A segunda, por sua vez, dirá respeito aos sistemas e construções iusfilosóficas necessárias à primeira.

---

<sup>32</sup> Roxin, referindo Jescheck, lembra os casos em que o agente delitivo erra sobre a tipicidade da conduta, ou ainda quando desiste de praticar o ilícito. Nesses casos, por exemplo, se está tratando de problemas puramente político-criminais, os quais não poderiam ser resolvidos com a rigidez automatizada de conceitos teóricos-jurídicos. ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 15.

<sup>33</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho Penal. Introducción**. Madrid: Serviço de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 533.

Por óbvio as duas vertentes coexistem, embora não numa relação de dependência, mas antes de harmonia, não sendo demais afirmar que um sistema criminal sem uma política criminal que o conduza é como um barco sem velas. Assim, na mesma medida em que as velas podem dar o direcionamento ao barco, não podem ser desproporcionais a este, sob pena de afundá-lo.

### 2.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A FINALIDADE SOCIAL DAS NORMAS PENAIS (CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ESTUDOS DE GÜNTHER JAKOBS)

A evolução jurídica dos conceitos que amparam e fundamentam o direito penal do inimigo confunde-se com a trajetória acadêmica daquele que organizou e pela primeira vez utilizou a expressão direito penal do inimigo, Günther Jakobs.

Assim, o estudo sobre a teoria requer uma análise, mesmo que de modo breve, dos escritos de Jakobs, a fim de abordar o tema de uma forma justa.<sup>34</sup>

Jakobs, o mais importante discípulo de Welzel<sup>35</sup>, inicia sua trajetória à luz dos ensinamentos de seu mestre, o qual, com a teoria finalista da ação, contrapôs as idéias da até então aplicada teoria causalista da ação, atribuindo ao direito penal uma função muito além da mera retribuição do mal decorrente de um ilícito penal.

---

<sup>34</sup> APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 12, fascículo 51, p. 9-43, nov/dez. 2004. p. 12: El texto presentado al Congreso por parte Del Profesor Jakobs no solo es polémico, sino que sirve a los críticos con razón para ser tan duros con el autor. Sin embargo el trabajo hay que contextualizarlo, es necesario compararlo con otros textos escritos en varios años por Jakobs de tal manera que se puede abordar el pensamiento del autor en dimensiones más justas.

<sup>35</sup> LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução: André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11.

Para que se tenha uma mínima diferenciação entre os modelos apregoados por essas duas teorias, é suficiente informar que para a teoria causalista a ação é a consequência de um *"ato voluntário com um conteúdo qualquer"*.<sup>36</sup> Ou seja, para que uma ação seja passível de responsabilização criminal, basta que seja voluntária, ainda que não tenha sido direcionada com a finalidade de dano a um determinado bem jurídico. Logo, essa doutrina dispensa a análise da culpa e do dolo do indivíduo infrator.

Essa realidade fica mais evidente e é melhor traduzida pelas chamadas penas de talião, em que o agente ativo do crime praticado deveria arcar com um sofrimento que correspondesse à intensidade do mal dirigido e suportado pela vítima, dando origem a uma série de penas cruéis, violentas e degradantes<sup>37</sup>, independentemente da culpa ou dolo daquele.

Welzel quebra esse paradigma, criando um sistema em que, na estrutura fundamental da ação, *"a ação humana é exercício de uma atividade final"*<sup>38</sup>, concluindo que a conduta é uma ação consciente direcionada a uma determinada finalidade.

Afirma ainda o jurista, que, na realidade, em razão da prévia consciência do autor do fato, este tem a capacidade de determinar suas ações, conduzindo-as à produção de um determinado resultado, de uma determinada finalidade. Nas palavras do autor,

A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas

---

<sup>36</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari e Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 51.

<sup>37</sup> SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme, SP: Editora de Direito, 2002. p. 44-45.

<sup>38</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luis Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

existentes em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – "vidente", e a causalidade, - "cega".<sup>39</sup>

Assim, se para a teoria causalista a finalidade social da norma era um reflexo e não um objetivo, na teoria finalista da ação esse conceito é invertido.

Em síntese, a teoria finalista de Welzel buscou tratar o ilícito em seus dois momentos: o do resultado e o da vontade do agente. Dessa forma, seria adequadamente abordado o aspecto social, pois *“o sentido social de uma ação se determina não apenas segundo o resultado, mas também segundo a direção da vontade que o autor imprimiu à ação”*.<sup>40</sup>

Logo, fica evidente que para Welzel a ação é, ao mesmo tempo, causal e final, constituindo estas premissas *“los dos pilares de su concepción”*.<sup>41</sup> Nesse esquema, competiria às ciências naturais o estudo do resultado, enquanto que as sociais se ocupariam com o aspecto intencional do agente.<sup>42</sup>

Conseqüentemente, afirma Welzel que o ordenamento jurídico possibilita a criação de uma ordem social, pois prevê<sup>43</sup> as condutas que a agridem.<sup>44</sup> Por outro lado, também ressalva que não se exige que todas as condutas sejam exemplares, bastando apenas que se encontrem dentro dos limites de liberdade admitidos na sociedade.<sup>45</sup>

De todo o panorama traçado, o importante, enfocando-se o objetivo da presente análise investigativa, é que se tenha a clara noção de como a relação

---

<sup>39</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luis Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

<sup>40</sup> Ibidem. p. 43.

<sup>41</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho Penal. Introducción**. Madrid: Serviço de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 490.

<sup>42</sup> Ibidem. p. 490.

<sup>43</sup> O termo utilizado expressa a relevância na função do direito em prever condutas atentatórias à organização social, indicando o relevante papel de antecipação a tais atos. Hodiernamente, como será tratado em momento oportuno, busca antecipar-se não apenas ao tipo de conduta (novos tipos penais), mas à própria conduta em si, na forma de antecipação das barreiras da punibilidade.

<sup>44</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luis Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

<sup>45</sup> Ibidem p. 60.

entre norma e sociedade, sendo esta a finalidade daquela, começa a ganhar espaço e se solidificar na discussão científica dentro do direito penal. Em especial, como elemento de um sistema criminal.

Assim, a teoria finalista da ação atribuiu uma finalidade social à norma, objetivo esse já compreendido no próprio tipo penal. É justamente por esse motivo que Welzel afirma,

Uma vez comprovada a realização do tipo, a antijuridicidade pode ser averiguada por um procedimento puramente negativo: mediante a constatação de que não decorre nenhum preceito permissivo (causa de justificação).<sup>46</sup>

Ou seja, em tese, a realização de uma conduta voluntária vedada pelo ordenamento jurídico deve ser punida. Todavia, há casos em que a não realização da mesma conduta típica poderia pôr em risco ou afetar bens de igual ou maior valor social, motivo pelo qual se faz a análise acerca da existência – ou não – de outra norma que permita a mesma conduta, numa determinada situação. Obviamente, se pretende, com isso, cumprir a finalidade social da norma.

Jakobs também não desvincula suas idéias do caráter social do ordenamento jurídico, inclusive sustentando que *“o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas”*.<sup>47</sup>

O jurista rompe com a teoria finalista, ao constatar que o injusto e a culpabilidade não são inferidos de estruturas lógico-objetivas preexistentes que vinculem a liberdade do legislador. O conteúdo dos elementos da teoria do delito

---

<sup>46</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luis Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 65.

<sup>47</sup> JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução: Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33.

depende dos fins e funções que cumprem o direito, consistente em garantir a identidade de uma sociedade.<sup>48</sup>

Jakobs compreende, pois, que o caráter punitivo do direito penal tem como função manter a previsibilidade das relações sociais. Pretende-se confirmar a vigência das normas, mesmo ante sua esporádica violação (teoria da prevenção geral positiva)<sup>49</sup> e, por essa razão, conclui que o direito não garante a proteção de determinados bens jurídicos, mas sim a vigência das normas<sup>50</sup>, cuja finalidade é garantir as relações sociais, conforme afirmado anteriormente.

Nas palavras de Jakobs:

el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquélla inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama “prevención general positiva”. Esta conclusión de la primera parte preconfigura ya la que deriva de la segunda: lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma.<sup>51</sup>

Assim, embora na visão de Jakobs a tese de proteção aos bens jurídicos possa coexistir com a tese de proteção das normas, resta clara a opção deste, como ponto de referência, pela idéia de relação entre as pessoas e não a idéia de posse de bens jurídicos.<sup>52</sup>

Jakobs vai preocupar-se, então, em determinar (de um modo objetivo no sistema) em que consiste um comportamento humano que infringe

---

<sup>48</sup> LYNETT, Eduardo Montealegre; TORRES, Jorge Fernando Perdomo. Funcionalismo y normativismo penal. Uma introducción a la obra de Günther Jakobs. In: **El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs**. 1. ed. México: Flores, 2007. p. 64.

<sup>49</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General**. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 9.

<sup>50</sup> JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; et al. op. cit.. p. 34.

<sup>51</sup> JAKOBS, Günther. Como protege el derecho penal y qué es que lo protege? In: **El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs**. 1. ed. México: Flores, 2007. p. 1-2.

<sup>52</sup> Ibidem. p. 17.

determinada norma, buscando desenvolver um padrão de comportamento que possa vincular todos os comportamentos em geral.

Conseqüentemente, o jurista desloca o foco da investigação sobre responsabilidade na teoria do delito – que até então se calcava na subjetividade do indivíduo (suas intenções e preferências) – para a análise de como os indivíduos devem ser vistos pelo direito: como pessoas.<sup>53</sup> Ou seja, para a configuração do tipo é considerado o comportamento do indivíduo relacionando-o com as expectativas de seu atuar enquanto pessoa, ou ser social.

Justamente por isso Jakobs vai afirmar que *“o grau adequado de fidelidade ao direito não é determinado segundo o estado psíquico do sujeito, mas é estabelecido como parâmetro objetivo por meio de uma pretensão dirigida a cada cidadão; mais exatamente, em razão desta pretensão se trata de um cidadão, uma pessoa”*.<sup>54</sup>

A concepção de Jakobs, cujo apoio é encontrado na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, explica o indivíduo através do social. É dizer, o indivíduo não é entendido apenas como um ente que projeta sua subjetividade no meio social<sup>55</sup>, é entendido como pessoa, como cidadão. Isso, pois, a sociedade não é uma associação de indivíduos e seus eventos empíricos, mas a reunião de indivíduos que expressam seus sentidos, ou seja, se comunicam.<sup>56</sup> E a sociedade consiste nessa rede de comunicações.

Diante desses pressupostos, resta clara a conclusão de que a importância do indivíduo enquanto ser social (ou importância para o próprio sistema penal) não é a sua subjetividade, mas sim a forma como este se

---

<sup>53</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda. et. al. **Um novo sistema do Direito Penal**. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 82-83.

<sup>54</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 38.

<sup>55</sup> LYNETT, Eduardo Montealegre; TORRES, Jorge Fernando Perdomo. Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs. In: **El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs**. 1. ed. México: Flores, 2007. p. 66.

<sup>56</sup> Ibidem. p. 67.



comunica com o meio social. As normas, então, buscam garantir que o indivíduo enquanto ser social atue conforme as expectativas sociais.

Justamente por isso Jakobs também vai dizer que as *“pessoas, nas questões jurídicas, não se caracterizam primordialmente pela segurança ideal de seus bens, mas por serem reconhecidas de maneira geral como possuidoras de obrigações e direitos, ou seja, por ostentar o correspondente status”*.<sup>57</sup>

Verifica-se, portanto, que as questões desenvolvidas por Jakobs não se afastam das causas de justificação concebidas por Welzel, as quais não deixam de também expressar uma espécie de risco socialmente permitido e, portanto, já excluiriam a tipicidade da conduta, uma vez que esta poderia ser considerada socialmente normal. Sob o mesmo argumento, é viável o raciocínio em sentido inverso.

Mais precisamente, se a conduta realizada pelo agente já encontra justificativa no próprio sistema criminal, então é porque sequer deveria ser típica. É justamente isso o que virá a ensinar Jakobs, ao trazer para dentro da teoria da ação a finalidade social da norma, sob a nomenclatura, porém, de risco permitido.

Em suma, se pôde observar que para a teoria causalista a conduta é punível quando gera um resultado. Já para o finalismo de Welzel o direito penal deve possuir uma finalidade social, razão pela qual se deve analisar não somente o resultado, mas também a finalidade da conduta do agente.

Viu-se também que, mesmo diante da presença desses dois fatores (conduta e resultado, conectado por uma relação de causa e conseqüência – fato típico), a responsabilidade poderá ser afastada em casos igualmente previstos em lei – fato típico, porém jurídico (v.g. causas de justificação) –, pois são permitidas pela própria sociedade – risco permitido (de Jakobs).

---

<sup>57</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 51.

O que Jakobs faz é reformular essas questões trazendo para a análise da tipicidade o elemento do “risco socialmente permitido”, o qual compreende a finalidade social da norma. Assim, para que um determinado fato seja considerado típico não basta que se tenha um resultado (causalismo) ou que este esteja vinculado a uma conduta orientada finalisticamente (finalismo). É necessário, além desses três elementos (conduta, nexa e resultado) que se extrapole um risco socialmente permitido.<sup>58</sup>

Desta feita, a teoria de Jakobs acaba por incluir (ao lado do fato típico e antijurídico, da conduta, do resultado e do nexa causal) no conceito de crime o elemento denominado risco permitido.

Um determinado fato, à luz dos ensinamentos dessa doutrina, somente será tido como crime quando estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) tratar-se de uma ação humana voluntária; b) quando essa ação encontrar correspondência em um tipo penal; c) quando não for verificada nenhuma das excludentes de antijuridicidade; d) houver uma relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado produzido; e e) quando a conduta consistir em um extravasamento do risco – normalmente – admitido pela sociedade.<sup>59</sup>

Essa modificação – inclusão – proposta pela teoria da imputação objetiva importou em profundas modificações na função do direito penal, pois a partir do momento em que se inclui o elemento risco permitido no conceito de crime, transfere-se a cautela penal dos bens jurídicos materiais para a proteção da vigência da norma.<sup>60</sup> É dizer, não basta a constatação materialística do ilícito,

---

<sup>58</sup> Conclusão lógica dos argumentos anteriormente analisados.

<sup>59</sup> CALLEGARI, André Luis. **Imputação Objetiva**. Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 23.

<sup>60</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda. et al. **Um novo sistema do Direito Penal**. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.p. 3: Em compensação, em seu *Tatado*, Jakobs expõe sua concepção da prevenção geral de forma mais complexa e articulada. A função da pena estatal para garantir as expectativas sociais essenciais se resume em produzir a “prevenção geral através do exercício no reconhecimento da norma”.

é necessário verificar se a conduta promovida pelo agente superou a barreira de um risco comumente admitido pela sociedade.<sup>61</sup>

Para sintetizar a profunda mudança nessa maneira de ver o direito penal, mostra-se oportuna a transcrição da seguinte conclusão de Jakobs:

Uma teoria do delito com consistência interna, é dizer, uma teoria do delito formada a contar do autor do fato, tem de partir, atualmente e também no futuro, dos conceitos *pessoa e lesão jurídica*, e não de conceitos naturalistas, como *homem, dolo*, etc. Somente se se produz esta normatização existe uma possibilidade de que os delitos de resultado se mantenham realizáveis; o Direito Penal garante então a expectativa de que o outro é fiel ao direito ou, em caso contrário, se comporta de maneira culpável, com total independência de seu estado psíquico – conhecimento ou não conhecimento – o qual tampouco pode prognosticar alguém em uma sociedade anônima, pois refere-se por ele interfere na prestação de orientação que realiza o direito.<sup>62</sup>

Ainda que não se pretenda explorar todas as características dessas teorias, importante é fixar conceitos mínimos para que se tenha a noção de como a questão do risco social foi aos poucos sendo trabalhada e implementada nos sistemas criminais, em especial na teoria de Jakobs.

Jakobs apreende essa tendência, desenvolvendo o tema em seus estudos. Somente a partir da observação dessas conclusões poder-se-á observar a lógica presente no direito penal do inimigo. Compreender essas questões preliminares é a chave para que se compreenda também a relação entre o direito penal do inimigo, sua finalidade e objetivos.

---

<sup>61</sup> CALLEGARI, André Luis. op. cit. . p. 25.

<sup>62</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 39.

## 2.4 FUNDAMENTOS IUSFILOSÓFICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No tópico desenvolvido anteriormente tentou-se esclarecer como os sistemas criminais, ao longo de sua evolução, passaram a tratar da finalidade social da norma como sendo principal objetivo das ciências penais. Conforme visto, a evolução tem se dado de forma que a lei positivada – o tipo penal – não mais compreenda a finalidade social da norma, mas sim um elemento denominado risco social, ou risco permitido, ou ainda risco socialmente permitido, a ser observado no conceito de crime.<sup>63</sup>

Isso significa dizer que na verificação do risco social, cujo papel seria o de observar o cumprimento da finalidade do ordenamento jurídico, poder-se-ia afastar as condutas que, apesar de descritas em um tipo, não afetam as relações sociais. Isso porque, como já afirmado, a norma não protege bens jurídicos, mas sim a vigência das normas que, por sua vez, são as responsáveis por manter o ordenamento social.

Esses assuntos já foram debatidos e, apenas se traz à baila novamente para que se parta do pressuposto de que esse elemento encontra-se vigente e aplicável, tanto na teoria finalista como na teoria da imputação objetiva, embora em circunstâncias e momentos diferentes.

Pois bem, entende-se que nas relações sociais há uma margem de risco tolerada pelo direito, na qual determinada conduta, apesar de prevista em lei, não seria punida (seja por atípica, seja por estar justificada). Trata-se de uma

---

<sup>63</sup> Conclusão lógica do tópico desenvolvido anteriormente. Apenas para que se evite equívocos futuros, essa observação não contraria a ora vivenciada expansão do direito penal. Uma vez que, como será abordado posteriormente, a avaliação de uma conduta sob a luz de um conceito de risco permitido irá admitir uma aplicação tanto excessiva quanto deficitária.

condescendência do grupo social em relação às ofensas que não afetam a finalidade das normas.

Esse fato, que é tratado por Jakobs na qualidade de filtro aplicável à tipicidade<sup>64</sup>; por Welzel é tratado sob a denominação de teoria da adequação social.<sup>65</sup>

Por outro lado, quando determinada conduta encontra-se vedada pelo ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, gera um risco normalmente não admitido pelo grupo social, surge a necessidade de punição como medida de reafirmar a vigência daquela norma perante o grupo social, no intuito de se reforçar a confiança desse no ordenamento violado<sup>66</sup>, e não mais como forma de proteção a determinado bem jurídico.

Conforme refere Muñoz Conde, percebe-se claramente que, na busca pelo fortalecimento das expectativas institucionais, *“o centro da gravidade da norma jurídico-penal passa da subjetividade do indivíduo para a subjetividade do sistema”*.<sup>67</sup>

Veja-se, portanto, como a questão social acaba sendo abarcada cada vez mais pelo direito penal, levando-nos ao seguinte raciocínio lógico: se a expectativa social acerca do comportamento dos seus cidadãos é suficientemente vinculativa para afastar a tipicidade de uma conduta, como não poderia que também o fosse para flexibilizar determinadas garantias em delitos que, apesar de tipificados, extrapolam a finalidade da norma?

---

<sup>64</sup> CALLEGARI, André Luis. **Imputação Objetiva**. Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 25.

<sup>65</sup> WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luis Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 60: A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito “normal” da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada (tacitamente) por eles. Por isso ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda que possam ser a eles subsumidas – segundo seu conteúdo literal.

<sup>66</sup> Concepção da Teoria da Prevenção Geral Positiva da Pena.

<sup>67</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 13.

A questão é respondida da mesma forma nesses dois extremos, ou seja, a partir do conceito de pessoa e cidadão.

Enquanto na primeira hipótese um indivíduo<sup>68</sup> que pratica determinada ação, *a priori* típica, não é criminoso, pois agiu conforme as expectativas sociais; na segunda hipótese o indivíduo pratica uma ação que, embora típica, vai além do próprio tipo penal, extrapolando todas as expectativas sociais.

Parece ser este o caminho perfilado por Jakobs, ao sustentar que quem pretende ser tratado como pessoa deve oferecer garantias de que agirá como tal.<sup>69</sup>

Isso, pois, para Jakobs, como visto, a pena é entendida como coação. Ou seja, a pena possui o significado de que determinado ato de uma pessoa racional foi contrário ao direito, e que embora tenha ocorrido este ataque à vigência da norma, a mesma segue vigente, mantendo-se a configuração social.<sup>70</sup>

Portanto (reformulando o conceito de pessoa), para cumprir com a finalidade da norma de configuração social, Jakobs cria dois círculos de direitos, embora aplicáveis em “*um só contexto jurídico*”.<sup>71</sup> O primeiro ambiente jurídico, o direito penal do cidadão, seria aplicável aos delitos cotidianos, enquanto que o segundo, o direito penal do inimigo, seria aplicável aos casos inversos.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Leia-se, nesse caso, pessoa ou cidadão.

<sup>69</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 55.

<sup>70</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22: A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo, significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.

<sup>71</sup> *Ibidem* p. 21.

<sup>72</sup> *Ibidem* p. 21: Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas descrever dois pólos de *um só* mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um só* contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais.

Ainda que as ponderadas críticas lançadas por Cancio Meliá consistam em objeto de posterior análise, é salutar referir, de antemão – até para que se evite a sedimentação de pré-conceitos – que quando o jurista espanhol afirma que o direito penal do inimigo seria um direito penal do autor<sup>73</sup>, justamente por afastar o princípio do direito penal do fato<sup>74</sup>, não o faz por negar o caráter de funcionalidade da doutrina, mas sim em razão da antecipação das barreiras de punição, o que possibilita o cometimento de excessos por parte do Estado.<sup>75</sup>

Apenas para melhor ilustrar a questão, recordando o que Jescheck afirma sobre o direito penal do autor, a pena é vinculada diretamente à periculosidade do autor do delito.<sup>76</sup> No direito penal do autor, este é punido em razão de sua personalidade, de seu modo de vida e não propriamente pela conduta praticada.

Ocorre que a questão proposta por Jakobs é muito mais sutil em seu conteúdo, uma vez que nunca se deteve na análise da personalidade da pessoa propriamente dita, mas sim ao papel desempenhado por esta na condição de membro de uma sociedade. Ou seja, poder-se-ia dizer que determinada pessoa até poderia ser essencialmente perversa, desde que não violasse a expectativa social no que tange ao seu agir em comunidade. Em outras palavras, desde que não externalizasse tal perversidade.

Pensar o contrário iria, inclusive, contra o que Jakobs tem buscado com toda sua teoria, de modo geral, que é justamente não permitir que o direito penal esteja apoiado (e à mercê) em critérios subjetivos (imputação objetiva).

---

<sup>73</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 80-81.

<sup>74</sup> Direito penal do fato é um importante princípio que indica que não serão objeto de punição os meros pensamentos. Ou seja, o Direito Penal pune o fato, não o autor do fato por ser quem ele é, ou seus pensamentos.

<sup>75</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. op. cit. p. 81.

<sup>76</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993. p. 47.

Feito esse breve esclarecimento, é oportuno referir que Jakobs não se afasta de seus entendimentos acerca da funcionalidade do direito penal, bem como do papel das penas nesse sistema e segue desenvolvendo seu raciocínio com base nas filosofias moderna e contemporâneas de Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant e Hegel.

Jakobs parte da tão difundida concepção contratualista de Jean-Jacques Rousseau acerca das organizações sociais. Segundo este, a vontade do Estado representa a vontade geral, ou seja, a sociedade, a qual deve ser imposta sobre as vontades particulares.<sup>77</sup> Sustenta-se que o objetivo do sistema é justamente o de assegurar as liberdades individuais, e não o de aniquilá-las.<sup>78</sup>

Resta evidente que Jakobs inicia a construção de suas idéias baseado nessa premissa, desconsiderando, todavia, o fato de o contratualismo apresentar em seus fundamentos a legitimidade do poder do Estado frente aos “súditos”, e não a legitimidade do Estado frente a justiça natural.<sup>79</sup> E esse fato fica evidenciado nas seguintes palavras de Rousseau:

Lo que está bien y es conforme al orden, lo es así por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia viene de Dios, y Él solo es su fuente; pero si nosotros supiéramos recibirla de tan alto, no tendríamos necesidad ni de gobierno ni de leyes.<sup>80</sup>

É bem verdade, também, que esse fato em nada contraria, ou melhor, até se coaduna, com o entendimento do doutrinador sobre a finalidade funcionalista do direito penal e com a prevenção geral positiva das penas, conforme já abordado anteriormente.

---

<sup>77</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957. p. 155.

<sup>78</sup> Ibidem. p. 155.

<sup>79</sup> MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de Filosofia do Direito**. Decisão, argumentação e ensino. Florianópolis: fundação Boiteux, 2004. p. 258.

<sup>80</sup> ROUSSEAU apud WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957. p. 158.



A referência que o autor faz às conclusões de Fichte reforça sua concepção contratualista sobre o ordenamento jurídico. Neste ponto, fica evidenciada a distinção que se faz entre os que se vinculam ao Estado, cedendo parcela de sua liberdade em troca de direitos comuns, e aqueles que não se submetem ao contrato, ausentes de personalidade.<sup>81</sup>

Assim, nesse específico contexto, como refere o próprio Jakobs, é até coerente a afirmação de Fichte no sentido de que a execução do criminoso “*não [é uma] pena, mas só um instrumento de proteção*”.<sup>82</sup>

Sinale-se, contudo, que, apesar de admitir a coerência de Fichte, Jakobs não acompanha esses entendimentos sem lhe apresentar ressalvas.

Primeiro, porque a separação radical entre o direito penal do cidadão e o do inimigo é muito abstrata. Segundo, porque o criminoso, em regra, tem o direito de voltar a integrar-se à sociedade. E, terceiro, o delinqüente tem o dever de reparar o dano outrora causado.<sup>83</sup>

Jakobs segue, então, a fundamentação iusfilosófica do direito penal do inimigo, na esteira das idéias apresentadas por Hobbes. Este, em que pese o fato de ser igualmente um contratualista, busca, ao contrário de Rousseau, a fundamentação do direito positivo no direito natural.<sup>84</sup>

Segundo Welzel, Hobbes parte do axioma que o bem supremo do homem é sua própria existência, razão pela qual conclui que “*La obligación de obediencia respecto al Estado no dura ni un instante más que el tiempo en que*

---

<sup>81</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 26.

<sup>82</sup> FICHTE, Grudlage des Naturrechts nach den Prenziptien der Wissenschaftslebrrel, em: *Sämtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. FICHTE, Wweite Abtheulung. A. Zur Rechts – und Sittenlehre, tomo primeiro, s.f., p. 260 apud JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 26.

<sup>83</sup> Ibidem. p. 26-27.

<sup>84</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957. p. 145.

*éste tiene la fuerza necesaria para proteger a los ciudadanos*<sup>85</sup> Para Hobbes, também, a boa lei seria aquela que regulasse apenas o necessário para o bem do povo.<sup>86</sup>

Todavia, como bem adverte Welzel, Hobbes entra em contradições quando relativiza aquele que deveria ser o bem mais importante (conforme ele próprio elegeu): a vida.<sup>87</sup>

Na realidade, segue Welzel, Hobbes acaba admitindo que esse bem possa ser posto à disposição do Estado, citando os casos de guerra.<sup>88</sup>

Com efeito, chama a atenção o fato de Hobbes sustentar que, em razão do contrato originário de submissão, o poder do Estado é justo e absoluto com relação aos cidadãos, motivo pelo qual ninguém pode atuar injustamente contra ele, sob pena de anular todo o pacto (contrato).<sup>89</sup>

(...) HOBBS, em princípio, mantém o delinqüente em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: <<Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos>>.<sup>90</sup>

Jakobs se utiliza desse entendimento, igualmente admitindo que o indivíduo não pode renunciar por si mesmo à sua condição de cidadão, exceto quando, conforme a natureza do delito perpetrado (exemplifica referindo o crime

<sup>85</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957. p. 147.

<sup>86</sup> HOBBS, apud *Ibidem*, p. 151: El bien del pueblo y el bien del soberano no pueden separarse el no del outro.

<sup>87</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957. p. 153

<sup>88</sup> *Ibidem*. p. 153.

<sup>89</sup> *Ibidem*. p. 153-154.

<sup>90</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 27.

de “alta traição”), este rescinde (contrato) sua submissão ao poder do Estado, recaindo no estado de natureza.<sup>91</sup>

Com esses pressupostos, encerra-se a fundamentação iusfilosófica do direito penal do inimigo no pensamento kantiniano, que amplia a concepção de Hobbes para os infratores que permanentemente ameaçam a sociedade<sup>92</sup>, e não somente àqueles que se insurgem contra o Estado.

O pensamento de Kant, por sua vez, ampara-se no fato de que, para ele, o egoísmo, no sentido de busca da própria felicidade, é o que determina a vontade humana<sup>93</sup>, por isso a necessidade de se separar da razão pura (das leis morais) dos fundamentos empíricos e da natureza humana.<sup>94</sup>

Todo lo que es empírico, no sólo es totalmente inservible como aditamento al principio de la moralidad, sino que es altamente perjudicial a la pureza de las costumbres. [El principio del obrar moral] tiene que estar completamente libre de todo influjo de aquellos fundamentos casuales que sólo puede brindarnos la experiencia.<sup>95</sup>

Essa moralidade pura (que também pode ser entendida como a autonomia humana) referida por Kant seria o único bem ético-material de validade absoluta<sup>96</sup>, o que bem traduz sua concepção sobre o homem ser um fim em si mesmo, e não um mero meio.<sup>97</sup>

Assim, na óptica do filósofo, nos delitos contra a liberdade e propriedade estar-se-ia atentando contra a autonomia de uma determinada

---

<sup>91</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 27.

<sup>92</sup> Idem. Ibidem. p. 30.

<sup>93</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957. p. 215.

<sup>94</sup> Ibidem. p. 214.

<sup>95</sup> KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 56, Apud em WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957. p. 215-216.

<sup>96</sup> WELZEL, Hans. op. cit. p. 218.

<sup>97</sup> Ibidem. p. 218.

pessoa, uma vez que o criminoso estaria utilizando essa como meio para a satisfação de sua vontade.<sup>98</sup>

Igual seria o caso de uma falsa promessa, que acarretaria em um desprendimento da dignidade humana, já que o homem que não acredita no que fala possui “*valor aún menor que una cosa*”.<sup>99</sup>

O mesmo pensamento é aplicado pelo autor nos casos de suicídio, entendendo que ao por fim à sua própria vida, o sujeito estaria exterminando a moralidade em sua existência. Logo, estaria denegrindo a humanidade em sua pessoa.<sup>100</sup>

A grande questão que se enfrenta, lembra Welzel, é: seria lícito ao indivíduo lançar-se à morte em favor da pátria? Pois, como visto, estar-se-ia colocando o cidadão como meio e não como um fim em si mesmo.<sup>101</sup>

Nesse ponto, ainda conforme Welzel, Kant repete o equívoco que por ele antes era criticado no Direito Natural: “*poner al hombre empírico em el lugar de la persona moral, introduciendo así, de nuevo, la antropología en la ética*”.<sup>102</sup>

Welzel, por fim, chega à conclusão de que a “humanidade” (liberdade moral) de um homem não pode ser utilizada como meio, mas somente sua liberdade externa. Assim, “*Sólo la persona misma puede destruir la <<Humanidad en ella misma>>*”.<sup>103</sup>

Jakobs também chega à mesma conclusão, mas deixando claro que isso não ocorre em qualquer tipo de delito.

---

<sup>98</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957. p. 219.

<sup>99</sup> Ibidem. p. 219.

<sup>100</sup> Ibidem. p. 219.

<sup>101</sup> Ibidem. p. 220.

<sup>102</sup> Ibidem. p. 220.

<sup>103</sup> Ibidem. p. 221.

Para o jurista, nenhum Estado sucumbiria a atos que evidentemente não atentam contra sua própria estrutura ou, ainda, cujo dano não represente mais que um deslize reparável em uma comunidade ordenada.<sup>104</sup> Nesse ponto, afasta-se também o autor do contratualismo estrito de Rousseau e Fichte (conforme fundamentos anteriormente tratados), afirmando que nesses casos basta a aplicação da pena, na sua finalidade preventiva geral positiva, mantendo-se seu status de cidadão.<sup>105</sup>

Diferente seria, todavia, no caso em que – recorde-se a conclusão de Welzel sobre a “Liberdade Moral” de Kant – determinado indivíduo, em razão de seu comportamento, afasta-se de forma duradoura do ordenamento jurídico<sup>106</sup> (v.g. terrorismo, crime organizado, crimes econômicos, etc.). Nesses casos, a compensação do dano cede lugar à necessidade de “*eliminação de um perigo*”.<sup>107</sup>

Jakobs recorda que a pena, a partir da concepção da teoria da prevenção geral positiva, é infligida sempre a uma pessoa capaz de ser culpável. Ou seja, são isentos de pena as crianças, os mentalmente enfermos e o débeis, pois com relação a estes não se criam expectativas normativas (sociais). No que tange aos inimigos, o raciocínio é o mesmo.

Conforme afirmado por Hegel, lembra Jakobs, com a pena se reconhece o delinqüente como ente racional. *In verbis*:

HEGEL formuló esta idea – de manera algo patética, pero completamente acertada en el contenido nuclear – afirmando que con la pena se honra al delincuente como “ente racional” (*op. cit.* §100, anotación); precisamente, sólo se le pena porque se le entiende como igual, como ciudadano pleno. La situación es otra en el caso de efecto asegurador respecto de futuros hechos que deriva de encerrar al sujeto: no depende de la culpabilidad que concurriría en los hechos futuros ni de la que concurriera en los pasados, sino única y exclusivamente de la peligrosidad del

<sup>104</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 32.

<sup>105</sup> *Ibidem*. p. 32-33

<sup>106</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.

<sup>107</sup> *Ibidem*. p. 35.

individuo. También hay que proteger a la sociedad frente a niños peligrosos o seres humanos que padecen enfermedades mentales, al igual que frente a los animales peligrosos o a los peligros naturales, etc.<sup>108</sup>

Com fulcro nessas constatações, Jakobs encontra toda a propriedade para afirmar categoricamente que,

Denomina-se <<Direito>> o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito penal. Em consequência, poder-se-ia argumentar que qualquer pena, ou inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo.<sup>109</sup>

E o leva à conclusão de que,

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só a coação física, até chegar à guerra. (...) O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; (...).<sup>110</sup>

Jakobs delimita, assim, com riqueza de argumentos, as duas esferas de atuação do direito penal: a do cidadão e a do inimigo. A primeira, com vista a ratificar a vigência da norma perante o grupo social, mantendo-se a expectativa acerca do ordenamento jurídico, em que pese o fato de ter sido violada. E a segunda, com o objetivo de afastar o perigo, ou seja, *“dirigido à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos”*.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> JAKOBS, Günther. Como protege el derecho penal y qué es que lo protege? In: **El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs**. 1. ed. México: Flores, 2007.p. 8.

<sup>109</sup> Ibidem. p. 25

<sup>110</sup> Ibidem. p. 30.

<sup>111</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

### 3. DIREITO PENAL DO INIMIGO E SOCIEDADE

#### 3.1 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Como visto, partindo-se de uma concepção funcionalista da pena, como defende Jakobs, não cumpre ao direito penal a tarefa de reagir frente a lesões de determinados bens, mas sim frente à violação do próprio ordenamento jurídico.<sup>112</sup> Ou seja,

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa da sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas.<sup>113</sup>

Dito de outra forma, o direito penal está orientado a garantir a identidade normativa, a constituição e a sociedade.<sup>114</sup> Por esse motivo, sustenta-se que o direito penal deve realizar esforços para assumir os novos problemas

---

<sup>112</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 11.

<sup>113</sup> Ibidem. p. 11.

<sup>114</sup> Ibidem. p. 15.

sociais, ao mesmo tempo em que firma princípios indisponíveis para a sociedade.<sup>115</sup>

Adotando-se este referencial – proteção do ordenamento como forma de preservar-se as relações sociais<sup>116</sup> – e somando-se os elementos comuns das sociedades pós-industriais<sup>117</sup>, tem-se o que se denomina expansão do direito penal. Em especial, a criminalização de condutas antecedentes à lesão a um determinado bem jurídico, conforme adverte Manuel Cancio Meliá, vindo a contribuir para a aplicação de “*sanções desproporcionalmente altas*”.<sup>118</sup>

É com singular didática que Prittwitz, ao tratar dos elementos presentes na proposição de Jakobs, identifica e expõe a relação existente entre essas duas correntes. Conforme Prittwitz,

Por detrás destes conceitos e concepções [do Direito Penal do Inimigo] esconde-se na realidade esta que também pode se chamar de “realidade política”, a expansão do direito penal (e isto significa: do poder do Estado), paralelamente à redução paulatina das liberdades civis.

O problema é intensificado por duas tendências: primeiramente pelas tendências de desnacionalização (europeização, internacionalização, globalização) do direito criminal, evoluções que não são prejudiciais em si, mas que aprofundam e intensificam a tendência assumida pelo direito penal em cada situação dada. E em segundo lugar, pela importância crescente da mídia, principalmente da mídia eletrônica de massas, que exerce sobre a política criminal do Estado uma pressão à qual é difícil resistir.<sup>119</sup>

<sup>115</sup> Ibidem. p. 22-24

<sup>116</sup> JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução: Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34: Portanto, do ponto de vista do direito penal, o bem aparece exclusivamente como pretensão do proprietário de que este seja respeitado. Em outras palavras, do ponto de vista do direito penal, o bem não deve ser representado como um objeto físico ou algo do gênero, e sim, como norma, como expectativa garantida. Como o direito poderia ser representado enquanto estrutura da relação entre pessoas, ou seja, o direito como espírito normativo, em um objeto físico?

<sup>117</sup> Adiante serão explicitados os elementos definidores das sociedades de risco.

<sup>118</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 56.

<sup>119</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 32.



Antes da constatação de Prittwitz, Jakobs já alertava a sociedade, em 1985, para cenário que vinha se desenvolvendo. Naquela ocasião, o formulador da teoria em estudo, apresentou um trabalho de extrema relevância jurídica no “Congresso de Professores alemães de Direito Penal”, em Frankfurt. Em sua tese, Jakobs fazia uma reflexão sobre a tendência da criminalização em estado prévio a uma lesão de determinado bem jurídico.<sup>120</sup>

Todavia, naquele evento, ao contrário do que ora propõe<sup>121</sup>, Jakobs tecia severas críticas à realidade que se instaurava na Alemanha, denominando-a, em tom crítico, de um direito penal do inimigo.<sup>122</sup>

Em tempos mais recentes, Jakobs apresentou com certa singeleza características, tendências, ou exigências da ciência do direito penal, desencadeadas por fatores como: I – a progressiva anonimia dos indivíduos; II – o comportamento uniforme das massas; III – predomínio do sistema econômico; IV – consciência do risco; e V – o processo de internacionalização.<sup>123</sup>

Embora tais afirmações tenham sido realizadas em um contexto um pouco diferente, uma vez que nessa oportunidade Jakobs buscava abordar o tema da ciência do direito penal frente às exigências modernas de modo geral, algumas constatações são relevantes ao presente estudo.

Dentre elas está a observação de que, para Jakobs, a sociedade atual permite cada vez mais o desenvolvimento de contatos anônimos entre as pessoas, fazendo com que o dever dos participantes da sociedade seja determinado pelo seu papel enquanto membro desta. Isso, pois, não se pode

---

<sup>120</sup> APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 51, p. 9-43, nov/dez. 2004. p. 12-13.

<sup>121</sup> Registre-se que a quase totalidade dos trabalhos que se propõem a analisar o direito penal do inimigo apresentam como argumento uma certa ruptura no pensamento de Jakobs, no sentido de que este teria passado de uma postura crítica para um discurso de apologia. Não é essa a linha do presente trabalho, na medida em que verificou a coerência em todo o discurso de Jakobs.

<sup>122</sup> PRITTWITZ, op. cit. p. 42.

<sup>123</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 30-31.

adentrar nessa análise da subjetividade de cada indivíduo com o qual estabelecemos certa relação social, de modo a se prevenir de possíveis riscos.<sup>124</sup>

Exemplifica-se o pensamento com a clássica situação do tráfego viário. Se fosse possível conhecer a personalidade de cada motorista, seria possível determinado cidadão evitar (ou não dirigir) em determinadas vias ou em determinados horários, de maneira a não transitar juntamente com motoristas imprudentes, imperitos ou negligentes. Como o contato anônimo é a regra na sociedade atual, o cidadão pressupõe um risco socialmente aceitável, ou permitido, e pauta-se por um princípio de confiança.

Jakobs também chama a atenção para um objeto de pouco estudo, e que se tornará uma exigência do direito penal moderno (o que também poderá refletir em expansão do direito penal<sup>125</sup>): o comportamento uniforme em massa. Um comportamento isolado não apresenta perigo, todavia, quando adotado reiteradamente por inúmeras pessoas, pode constituir num grave perigo. É o caso dos crimes de bagatela.<sup>126</sup>

Outra exigência da atualidade é um maior controle do sistema econômico, em especial quando este, deixando-se levar pelo objetivo do lucro, acaba por afetar a distribuição e qualidade de recursos escassos, como a água, o ar, o solo, etc.<sup>127</sup>

É ainda apresentada pelo autor, como exigência da atualidade, a internacionalização da sociedade, que desencadearia três problemas: a desespecificação (ou generalização) de ordenamentos normativos; a relação entre os distintos ordenamentos; e, a ingerência em ordenamentos alheios.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 44-45.

<sup>125</sup> Nota do autor.

<sup>126</sup> JAKOBS, Günther. op. cit. p. 44-47.

<sup>127</sup> Ibidem. p. 49.

<sup>128</sup> Ibidem. p. 61.

O primeiro caso trata da falta de um entendimento normativo em questões que não podem ser reduzidas a meras manifestações culturais, como é o caso da moral sexual, questões como aborto, eutanásia, etc.

O segundo problema é a concorrência de outros ordenamentos específicos com o ordenamento a ser aplicado. É o caso da redução da pena de *“um homicídio cometido com traição quando este se constitua em mandato segundo os costumes do país de origem do autor e segundo as regras locais”*.<sup>129</sup> Por fim, há de se trabalhar a ingerência de outros países (e aqui se poderia acrescentar organismos também) no caso de violação de direitos humanos.

Todas as exigências apresentadas pelo autor são um prognóstico da expansão do direito penal. Dentre tais exigências, ainda soma-se a consciência do risco, assunto que será abordado em momento oportuno por se entender ser a melhor sistemática.

Parece oportuno, porém, registrar que para Jakobs a sociedade é cada vez mais consciente dos riscos que a circundam, e isso *“conduz a que se exija do direito que a imposição de penas seja preventiva de um modo perceptível. (...) A incompatibilidade entre a juridicidade e a efetividade ideais constitui o problema central do Direito Penal (não somente) moderno”*.<sup>130</sup> É nesse âmbito que Jakobs, passa a tratar de modo mais específico os indivíduos *não-alinhados*<sup>131</sup>, que seriam os inimigos.

A presença desses indivíduos na sociedade seria algo não desejável. Na óptica do autor, é questionável que uma sociedade consciente de riscos disponha de tolerância suficiente para voltar-se diariamente ao debate de determinadas questões, como a segurança. *“Em outras palavras, a pena determinada conforme o Estado de direito é insuficiente em alguns âmbitos”*.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 63.

<sup>130</sup> Ibidem. p. 50-51.

<sup>131</sup> O termo utilizado foi opção do tradutor da obra.

<sup>132</sup> JAKOBS, Günther. op. cit. p. 54.

Embora o autor não afirme com todas as letras, não há outra conclusão senão a de que para Jakobs, o direito penal do inimigo é uma exigência da atualidade, em especial quando propõe que a efetividade vem a ser o problema central do direito penal moderno.

Quanto a esse aspecto, importa observar que é bastante íntima a relação existente entre a concepção funcionalista e a dita expansão do direito penal.<sup>133</sup>

Assim, para que se possa compreender exatamente essa relação, se faz necessária a delimitação das principais características do fenômeno expansivo das normas penais.

Para tanto, de plano parte-se da inequívoca constatação de que as principais características das modernas políticas criminais “*podem resumir-se no conceito da <<expansão>> do direito penal*”.<sup>134</sup>

Conforme refere Silva Sánchez,

no es difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación hacia la introducción de nuevos tipos penales así com a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restrcción, o la <<reinterpretación>> de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos <<bienes jurídico-penales>>, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios políticos-criminales de

---

<sup>133</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 23: Así se trata de una sociedad de enorme *complejidad* en la que la interacción individual – por las necesidades de cooperación y de división funcional- ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos. Sin embargo, la profunda *interrelación de las esferas de organización individual* incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas; a la vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros.

<sup>134</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 55.

garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término <<expansión>>.<sup>135</sup>

O posicionamento acima transcrito evidencia que o direito penal caminha rumo a uma verdadeira expansão, no que se refere à sua aplicabilidade. Ou seja, o direito penal moderno tende a assumir cada vez mais tarefas na expectativa de se manter a ordem social. A manutenção da ordem social é, portanto, o objetivo – a finalidade – da referida expansão.

Para Díez Ripollés o conceito de expansão vem junto com o conceito de risco, sendo que aquele se refere primordialmente a novas formas de criminalidade na sociedade do risco.<sup>136</sup>

Diferente não foi a constatação de Callegari que, à luz desse fenômeno, assim descreveu a realidade brasileira:

Diante desse quadro, visualiza-se o Direito Penal como único instrumento eficaz de psicologia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, mas a conseqüência é a sua incontida expansão, submetendo-o a cargas que não pode suportar. Enquanto outros ramos do Direito vivem momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou apenas regulamentação administrativa, no âmbito do Direito Penal se verifica o contrário: há cada vez mais tipos penais intangíveis e abstratos; também se incrimina variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social; a supressão de limites mínimos e máximos na imposição das penas privativas de liberdade para aumentá-las indiscriminadamente. A relativização dos princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; a ampliação extraordinária da discricionariedade das autoridades policiais, permitindo-se, com isso, invadir esferas do Poder Judiciário; e finalmente a redução de determinadas garantias processuais por meio de substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência e a conseqüente inversão do ônus da prova,

---

<sup>135</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p.17-18.

<sup>136</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado. In: **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

passando-se a considerar culpado quem não prove sua inocência.<sup>137</sup>

Dado este contexto, a pergunta que surge é a seguinte: quais seriam os elementos sociais propulsores dessa dita expansão e quais seus verdadeiros reflexos?

Pois bem, Sánchez vincula a expansão do direito penal a uma série de elementos sociológicos, ressaltando, em um primeiro momento, o *“progreso técnico”*.<sup>138</sup>

Com efeito, o progresso tecnológico – característica das sociedades pós-industriais – é observado também no que se refere à criminalidade. Isso acarretará, invariavelmente, na adoção de novas técnicas, permitindo a produção de *“resultados especialmente lesivos”*, bem como o surgimento de *“modalidades delictivas dolosas de nuevo cuño”*.<sup>139</sup>

Moisés Naín lembra que:

Hoje, para os comerciantes ilícitos, a descentralização permitida pelas redes aprimora todos os acordos prévios devido, pelo menos, a quatro razões.

Em primeiro lugar, reflete o avanço da tecnologia. Os comerciantes ilícitos costumam estar entre os primeiros a adotar novas tecnologias e fazer bom uso da dispersão de operações que as atuais ferramentas de informação e comunicação permitem.

(...)

Ao fazer uso de todo o arsenal tecnológico do século XXI, uma rede dispersa pode usufruir as mesmas oportunidades de seus concorrentes [o mercado lícito] com resultados efetivos.<sup>140</sup>

<sup>137</sup> CALLEEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff da. **Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social**. In: Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 3.

<sup>138</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 22.

<sup>139</sup> Idem. Ibidem. p. 22.

<sup>140</sup> NAÍM, Moisés. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de direito e do tráfico à economia global**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006. p. 213-214.

Prittwitz também chama a atenção para esse fato, de modo até mais contundente, para não dizer até mesmo pessimista, ao mencionar que devido ao processo tecnológico nossa sociedade está *“à beira da autodestruição, e que [o direito penal] precisa ser reformulado para cumprir esta finalidade”*.<sup>141</sup>

Johannes Willms, relatando as disparidades sociais (muitas delas decorrentes do progresso tecnológico), apresenta à Ulrich Beck questão semelhante: *“A isso se pode reagir com pessimismo ou com otimismo, pode-se dizer: ‘fantástico, tudo vai dar certo’ ou ‘será uma catástrofe’”*.<sup>142</sup>

A essa questão, Beck refere que é sempre mais fácil ser pessimista, *“Aliás, intelectualmente, é sempre mais fácil ser pessimista. Ninguém tem problema para pintar o quadro da decadência, isso qualquer um consegue fazer rapidamente. Muito mais difícil é conceber um cenário o qual talvez se possa firmar pé”*.<sup>143</sup>

O tema será aprofundado quando se analisar o direito penal do inimigo e sua relação com as chamadas sociedades de risco.

Na seqüência das idéias de Sánchez, outro fator que vem a contribuir para a expansão do direito penal é o sentimento coletivo de insegurança, enfrentado e vivenciado pelos cidadãos dos grandes centros urbanos.<sup>144</sup>

Essa sensação de insegurança acaba provocando *“um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por*

---

<sup>141</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 38.

<sup>142</sup> BECK, Ulrich; WILLMS, Johannes. **Liberdade ou Capitalismo. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 36.

<sup>143</sup> Idem, ibidem. p. 36.

<sup>144</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 2001. p. 24: Desde esta última perspectiva, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la <<inseguridad>> (o la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad.

*segurança. A lei passa a ser a “tábua de salvação” da sociedade e, quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará”*.<sup>145</sup>

Ripollés, quanto a esse mesmo aspecto, chama a atenção para o fato de que a expansão tem inclusive deixado de ser extensiva, passando a ser intensiva.<sup>146</sup> Ou seja, os esforços político-criminais passam a ser de agravamento de condutas delitivas já existentes.

Como afirmado anteriormente, para Ripollés, a expansão do direito penal está intrinsecamente ligada à sociedade do risco, onde se pode constatar realidades sociais que o doutrinador sistematiza em três blocos: o primeiro seria a generalização dos novos riscos (conseqüências das novas tecnologias); o segundo, a dificuldade de identificar os responsáveis por tais riscos; e terceiro, a difusão de um exagerado sentimento de insegurança.<sup>147</sup>

Por esse motivo, o discurso de resposta à criminalidade geralmente acompanha o discurso de legitimação de posturas autoritárias por parte do Estado.<sup>148</sup>

Em seu estudo acerca da “cultura do medo”, Pastana refere que,

Paradoxalmente, o medo e a insegurança neste período democrático permitem ao Estado medidas simbólicas cada vez mais autoritárias, leis cada vez mais punitivas, legitimadas por demandas sociais de proteções reais e imaginárias, principalmente da elite. Além disso, justificam a criação de empresas de segurança e apoio à privatização da polícia. Criam, ainda, uma indústria de segurança – grades, seguros, alarmes – que, na maior parte das vezes, fornece mais proteção simbólica que real. Por fim, legitima

<sup>145</sup> PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 98.

<sup>146</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **De La Sociedad Del Riego a La Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado**. In: Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007. p. 97.

<sup>147</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **De La Sociedad Del Riego a La Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado**. In: Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007. p. 83-84.

<sup>148</sup> PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 95.



discursos oficiais de políticos, da imprensa, de chefes religiosos, de “personalidades” diversas, sobre o aumento da violência e da criminalidade como resultado de uma sociedade em decadência.<sup>149</sup>

Essas medidas autoritárias de um direito penal simbólico referidas pela autora, e também comentadas por Meliá<sup>150</sup>, podem ser as mesmas sugeridas pelo direito penal do inimigo, como adiante será abordado.

Sánchez também faz referência a outros elementos que contribuem para a expansão do direito penal, entre eles, a identificação da sociedade com a vítima do delito<sup>151</sup>, a descrença de outras instâncias de proteção<sup>152</sup> e o desprezo pelos aspectos formais do direito penal.<sup>153</sup>

O direito penal do inimigo, como estrutura de uma nova política criminal, coaduna-se com todos os elementos determinantes da expansão do direito penal, e, na realidade, apresenta-se como a estruturação máxima dessa tendência.

Conforme observa Prittwitz, o direito penal – e aqui se trata especificamente de um direito penal do risco – sofreu uma mutação para um direito penal expansivo.

E isso não é necessariamente assim em teoria, mas *empiricamente* comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente

<sup>149</sup> Idem. Ibidem. p. 97.

<sup>150</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 59: Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito penal simbólico, quer-se, então fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a <<impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido>>, isto é, predomina uma função latente sobre a manifesta.

<sup>151</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 36: La expansión Del sistema Del Derecho penal, asentada en los aspectos ya comentados, responde asimismo a un fenómeno general de *identificación social con la víctima*.

<sup>152</sup> Ibidem. p. 44.

<sup>153</sup> Ibidem. p. 55: La aspiración <<naïve>> de eficacia en la obtención de las ansiadas seguridad y satisfacción por parte de una colectividad que se autocomprende ante todo como víctima conduce a una animadversión frente a las formas y los procedimientos. Estos se interpretan como obstáculos, como problemas en sí mismos. Ello conduce a poner en cuestión los principios formales del Derecho penal, que durante los últimos siglos han representado precisamente su quintaesencia.

próxima e intencional obtida com o conceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir *novos candidatos no círculo dos direitos* (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a *fronteira entre comportamentos puníveis e não puníveis* – deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal – e finalmente em terceiro lugar de *reduzir as exigências de censurabilidade*, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando a lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos.<sup>154</sup>

Especificamente com relação ao direito penal do inimigo, *a priori*, esse surge na forma de uma resposta contundente à criminalidade que põe em xeque importantes setores da sociedade, ou ela própria. Nesse sentido, o próprio Jakobs aponta os casos em que se pode verificar essa problemática,

Já se tem mencionado o exemplo da custódia de segurança como medida de segurança. Há muitas outras regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinqüente como pessoa. Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de <<delitos sexuais e outras infrações penais perigosas>>, assim como, em geral, no que tange aos <<crimes>>. Pretende-se combater, em cada um desses casos, indivíduos que em seu comportamento (...) se tem afastado (...) do Direito (...).<sup>155</sup>

A partir desse posicionamento, Jakobs registra a coerência entre as propostas do direito penal do inimigo e o direcionamento que se tem dado às políticas criminais vigentes, ou seja, na visão do autor, vem a ser a estruturação de uma realidade que já há algum tempo tem sido observada na prática.

Nesse diapasão, refere também Jakobs – e aqui se recorda os apontamentos de Sánchez acerca do desprezo pelos aspectos formais do direito

<sup>154</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004, p. 38-39.

<sup>155</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34-35.

penal – que *“inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão”*.<sup>156</sup>

Nesse ponto, que – sinal-se – são as linhas introdutórias da tese de Jakobs, percebe-se uma crítica velada ao tratamento processual dispensado a determinados tipos de infratores. A questão é colocada de forma sutil, despindo o infrator de sua condição de pessoa, ao mesmo tempo em que refere o tratamento “formal” que este recebe.

Na visão de Alejandro Aponte,

El sujeto activo de la conducta, observado específicamente desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, “viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro”. El sujeto activo pierde así su esfera privada, su esfera de libertades, derechos y garantías, y es concebido tan solo como fuente de peligro. El autor se convierte así, en consecuencia, en un “enemigo del bien jurídico”.<sup>157</sup>

Surpresa seria um argumento em sentido oposto, uma vez que a doutrina em análise apregoa justamente a flexibilização de garantias, em nome da eliminação de um perigo. É o que se apreende no seguinte trecho.

Como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado.

<sup>156</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21.

<sup>157</sup> APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 51, p. 9-43, nov/dez. 2004. p. 16.

De novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas.<sup>158</sup>

Os outros dois aspectos referidos por Sánchez – a identificação da sociedade com a vítima do delito e a descrença de outras instâncias de proteção – também são encontrados no discurso em defesa de um direito penal do inimigo.

Isso porque, se a intenção das normas é a manutenção do vínculo social<sup>159</sup>, então um crime terá como vítima – direta ou indiretamente – sempre a sociedade.

Por outro lado, a descrença em outras instâncias de proteção é uma decorrência lógica das próprias razões de formulação do objeto do presente estudo.

Destarte, o direito penal do inimigo, mais que uma teoria revolucionária, representa o ápice da solidificação, no sentido de ser uma proposta estruturada, de uma tendência de expansão do direito penal que tem se desenvolvido nas sociedades modernas.

### 3.2 A SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A expansão analisada por Sánchez, seguramente, apresenta-se como um reflexo das sociedades pós-industriais. Compreender essa nova estrutura social é compreender e identificar a raiz do problema.

---

<sup>158</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 40.

<sup>159</sup> Vide nota de rodapé nº 85.

O sociólogo alemão Ulrich Beck, em sua obra *“Risikogesellschaft”*<sup>160</sup> (1986), foi quem inicialmente compôs o modelo teórico de uma sociedade do risco, que posteriormente acabou sendo incorporada também às reflexões acerca do direito, nos seus mais variados ramos.<sup>161</sup>

Conforme Beck, a sociedade atual enfrenta o que ele entende como a “modernização da modernização”. Num primeiro momento, as sociedades avançaram rumo ao pleno emprego, rápida industrialização e exploração da natureza, para após consolidar aquele cenário.<sup>162</sup> Esse período é reconhecido historicamente pela revolução industrial.

Numa segunda etapa do desenvolvimento, o atual modelo pós-industrial sente a necessidade de refletir questões fundamentais, diretamente vinculadas aos problemas apresentados no período antecedente (o industrial). Somado a isso, ainda são enfrentados os cinco problemas cruciais da política moderna: “a globalização, a individualização, o desemprego, o subemprego, a revolução dos gêneros e, last but not least, os riscos globais da crise ecológica e da turbulência dos mercados financeiros”.<sup>163</sup>

En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica.<sup>164</sup>

<sup>160</sup> Em espanhol: BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Traducción Jorge Mavarro; Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.

<sup>161</sup> BUERGO, Blanca Mendonza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 23.

<sup>162</sup> BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **Discussão filosófica entre Ulrich Beck e Danilo Zolo**, 1998. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>> Acesso em 14.10.2005.

<sup>163</sup> Ibidem.

<sup>164</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Traducción Jorge Mavarro; Daniel Jiménez; María Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998. p. 25.

Em suma, no atual modelo social, podem ser destacados os seguintes elementos definidores: a) a existência de riscos produzidos – até mesmo em âmbito global – e vinculados à decisão do próprio homem<sup>165</sup>; b) a complexidade de organização das relações de responsabilidade<sup>166</sup>; c) a sensação de insegurança, apesar de se constatar justamente o contrário, ou seja, de que a sociedade vive em um período de grande segurança.<sup>167</sup>

Cláudio do Prado Amaral, com singular poder de síntese, apresenta os elementos propostos Beck da seguinte forma:

A proposição de Beck está sustentada por argumentos científicos universais, que podem ser resumidos nas seguintes premissas: 1) Com o advento do processo de modernização, a produção de riqueza gera riscos; 2) A distribuição dos riscos não obedece proporcionalmente à distribuição de riquezas e se irradia para todos os grupos sociais; 3) O desmoronamento dos esquemas tradicionais da sociedade industrial foi impulsionado por uma forte onda de individualismo nascida no pós-guerra; 4) O individualismo mina de inseguranças o processo de modernização, através de diversos fatores decorrentes; 5) A modernização é um processo complexo, sujeito a constantes (re)avaliações e transformações, em que o desenvolvimento democrático destrona o saber científico e a ação política de seus respectivos monopólios; 6) A relativização do saber científico e da ação política formam um círculo vicioso na produção de riscos.<sup>168</sup>

Importante observar que esses elementos são, na realidade, as molas propulsoras das proposições de Jakobs em seu direito penal do inimigo, bem como das advertências de Silva Sánchez sobre a *expansión del derecho penal*.

<sup>165</sup> BUERGO, Blanca Mendonza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 26.

<sup>166</sup> Ibidem. p. 27: El fenómeno de la interacción o interrelación de distintos procesos y la complejidad de los mismos es de tal magnitud que ha llegado a hablarse a este respecto de una <<irresponsabilidad organizada>>, en el sentido de que cuanto más compleja y perfeccionada es una organización, más intercambiable resulta el individuo y menor su sensación de responsabilidad, al considerar éste que su personal contribución al conjunto es sumamente reducida.

Ibidem. p. 30.

<sup>168</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 76.

Prittwitz afirma que o problema da expansão do direito penal – o qual na visão do autor é a face mais obscura do próprio direito penal do inimigo – ocorre em razão das mesmas tendências que caracterizam o novo modelo social: a desnacionalização e a importância crescente da mídia eletrônica de massas.<sup>169</sup>

Isso, pois, o direito penal do inimigo somente surge como proposta legítima em face da existência de riscos contra a estrutura de determinada sociedade. Saliente-se: em razão de riscos. Em outras palavras, o direito penal do inimigo tende a eliminar esses riscos, agindo não apenas nos danos, mas preponderantemente sobre as ameaças.

Prittwitz, então, ao analisar o “direito penal do risco”, apresenta a proposta de que “o risco penalmente relevante” seja definido internamente nas categorias bases do próprio direito penal (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).<sup>170</sup>

Nesse aspecto, malgrado o consistente aporte teórico dos argumentos do doutrinador, não parece muito acertada a proposta de Prittwitz, que sofre relevantes objeções de Cláudio do Prado Amaral.

Conforme bem refere Amaral, Prittwitz acaba utilizando uma característica preponderante da sociedade contemporânea para realizar duas concepções distintas de direito penal, fracionando algo que na sua essência não pode ser fracionado. Além disso, a proposição de Prittwitz desconsidera que a idéia de risco não é uma novidade no direito penal. Por fim, diz Amaral, o risco não requer uma nova categoria de direito penal, basta apenas averiguar como o direito penal irá trabalhar os novos problemas que lhe são apresentados.<sup>171</sup>

---

<sup>169</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 38-39.

<sup>170</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. op. cit. p. 122-123.

<sup>171</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 123-124.

Assim, Amaral afasta os argumentos de Prittwitz.

É Marta Rodriguez de Assis Machado quem, por sua vez, vai apresentar consistentemente algumas das principais características desse chamado direito penal do risco, o que faz da seguinte forma:

Se o direito penal moderno foi concebido a partir de uma índole restritiva e minimalista, o movimento a que se submete na sociedade do risco é o de expansão – efetivamente, essa é a tônica das alternativas propostas pelo direito penal do risco, e.g., extensão da proteção a bens jurídicos supra-individuais, antecipação da tutela, ampliação das posições de garantes, aumento das regras que estabelecem deveres de cuidado, diminuição dos rigores da verificação de causa e efeito e extensão da punição a entes coletivos.<sup>172</sup>

De todo o exposto, embora não haja convergência ou identidade entre a teoria exposta e o direito penal do inimigo, não se pode negar a existência de um ponto de contato entre as conclusões de Prittwitz e de Jakobs, sendo bastante elucidativa a seguinte afirmação do primeiro autor:

O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Esse último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos.<sup>173</sup>

Amaral também não se afasta dessa conclusão. Para ele, o direito penal do risco, o direito penal do inimigo e o direito penal de terceira velocidade estão todos relacionados:

---

<sup>172</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 178.

<sup>173</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 38-32.



Direito penal “do inimigo” é um conceito que Prittwitz reconhece como conexo e dependente de sua proposta de um direito penal “do risco”; o próprio Jakobs afirma que com o direito penal “do inimigo” há “uma leve defesa frente a riscos futuros”; Silva Sánchez, da mesma forma, relaciona o direito penal “do inimigo” à sua proposta de um direito penal que denomina de terceira velocidade, manifestando-se assim, uma tendência da doutrina em admitir um direito penal diferenciado, novo por suas formas contundentes de ataque à criminalidade da sociedade contemporânea e também novo por admitir flexibilizar garantias e princípios penais e processuais penais.<sup>174</sup>

O fato é que para essas expressões do direito penal, o risco – característica da sociedade contemporânea – apresenta-se como um dos temas ou dos problemas centrais a serem resolvidos.

Somado a isso, a própria complexidade de organização das relações de responsabilidade na sociedade contemporânea aparece como justificativa para um tratamento diferenciado nessas relações que colocam em perigo a sociedade. Nesse ponto, há uma especial preocupação acerca da responsabilização de corporações, ou organizações, como nos casos da criminalidade organizada e do terrorismo.

Beck concebeu, em sua sociedade do risco, a noção de irresponsabilidade organizada, alertando para o fato de que a complexidade das grandes corporações que processam tecnologias de alto risco não permite que as decisões possam ser individualmente especificadas.<sup>175</sup>

Jakobs sinala que sem um fundamento cognitivo de validade do direito, a sociedade juridicamente constituída não funciona. Por isso, “*além da certeza de*

---

<sup>174</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 125-126.

<sup>175</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 66.

*que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar”.*<sup>176</sup>

Justamente por isso, o direito penal do inimigo (ou direito penal de oposição), segue regras distintas do direito penal do cidadão, apresentando as seguintes particularidades: “1) *ampla progressão dos limites da punibilidade (...); 2) falta de uma redução da pena proporcional à essa progressão [v.g. crimes tentados] (...); 3) passagem da legislação de Direito Penal à legislação de combate à criminalidade (...).*”<sup>177</sup>

Ainda tratando dos elementos definidores das sociedades pós-industriais, especial enfoque deve ser destinado ao que se costuma chamar de “sensação de insegurança social”, que por sua vez, leva ao já conhecido discurso pela criação de um direito penal mais rígido.

Hassemer, em 1995, já alertava para essa situação, referindo inclusive que a percepção social da violência, através dos meios de comunicação, pode inclusive fomentar as políticas criminais.<sup>178</sup>

La sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como “Carta Magna del delincuente”, lo necesita como “Carta Magna del ciudadano” como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte

<sup>176</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 55.

<sup>177</sup> Ibidem. p. 55-56.

<sup>178</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995. p. 50-51: Violencia, riesgo y amenaza constituyen hoy fenómenos centrales de la percepción social. La seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico, y alimenta una creciente industria de la seguridad. Luego del terrorismo u del tráfico internacional de estupefacientes, aparece ahora el así llamado “crimen organizado”, ya introduciendo con una abreviatura, C.O., como tercer signo ominoso, presentado por los expertos policiales como una amenaza, y acompañado por la afirmación de que el derecho penal y el derecho procesal penal deberían “adecuarse a los requerimientos de la lucha efectiva”, y que un “trabajo policial amplio y orientado de la opinión pública” podría y deberían “apoyar la lucha por la represión del C. O.

tendencialmente en enemigo, y el derecho penal, en “derecho penal del enemigo”.<sup>179</sup>

Assim, a sociedade de risco, como atual modelo da estrutura social, acaba, em função de seus elementos, fomentando a expansão do direito penal na tentativa de resolver problemas decorrentes de uma falha estrutural das próprias sociedades pós-industriais. E, na verdade, tais problemas permanecem sem solução, justamente por terem “*sido transferidos de forma excessiva para a esfera do direito penal*”.<sup>180</sup>

Beck é ainda mais didático ao referir as características e a transição da primeira para a segunda modernidade,

(...) temos todas as características da Primeira Modernidade reunidas: sociedades do Estado nacional, sociedades dos grandes grupos e do coletivo, a diferença sociedade/natureza e sociedades produtivas capitalistas com aspiração ao pleno emprego. Porém, há duas ou três décadas, estamos às voltas com uma dinâmica oposta a essas premissas, em seus problemas corolários, por causa da radicalização dos processos de modernização. Esses problemas não são criados intencionalmente, surgem como efeitos colaterais que paulatinamente vão se tornando visíveis. A transição da Primeira para a Segunda Modernidade não ocorre – e isso é central – como explosão, como revolução; pelo contrário, ela se realiza de forma apolítica, alheia ao Parlamento, ao governo e ao público, como um dos efeitos colaterais da derrocada que, uma vez impelida, só aos poucos vai se tornando visível no conflito das opiniões e das interpretações.<sup>181</sup>

Frente a esses problemas, ainda sem solução, cresce o sentimento de insegurança da sociedade com relação ao seu futuro. A sociedade reclama das autoridades públicas e políticas soluções mais eficazes – e normalmente mais enérgicas – às questões que (pelo menos no plano teórico) lhe apresentam risco.

<sup>179</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995. p. 50-51.

<sup>180</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 41.

<sup>181</sup> BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 22-23.

Conseqüentemente, coloca-se o elemento risco no “centro das reflexões dogmáticas sobre imputabilidade penal”.<sup>182</sup>

Para Cláudio do Prado Amaral,

O direito penal não escapa dessa tentativa de gerenciamento do risco. Assim, no plano legislativo, o direito penal procura editar normas que antecipam o momento considerado eticamente reprovável. No plano dogmático, o direito penal tenta dar resposta à questão que se coloca sobre a legitimidade da sanção imposta pela violação de tais normas baseadas unicamente no perigo de condutas, tendo em vista os princípios que orientam o Estado Democrático de Direito.<sup>183</sup>

As instâncias tratadas à luz do direito penal, então, acabam sendo as mais diversas, indo desde a seara ambiental, passando pelo cenário econômico, até chegar ao terrorismo.

O poder público, por sua vez, não sabendo ainda como tratar na origem as questões que determinam esse cenário, e principalmente motivado pelo clamor social, lança mão de seu instrumento mais contundente, mais enérgico, mas nem por isso mais eficiente, o direito penal.<sup>184</sup>

Em não vendo a resolução efetiva do problema – fundamentando as autoridades seus discursos na deficiência das leis penais, em especial sua brandura – a população clama por um direito penal mais célere, mais eficaz e mais contundente.

---

<sup>182</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 37-38.

<sup>183</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 115-116.

<sup>184</sup> PRITTWITZ, Cornelius. op. cit. p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 41: Às vezes há até que se temer *efeitos colaterais contraproducentes* pela aplicação do direito penal. Ajustes posteriores distorcem continuamente o perfil do direito penal característico do Estado de Direito, devido ao fato de não se ver as causas estruturais dos problemas – ou talvez seja mais exato denomina-las sistêmicas – que tendem a levar ao fracasso do solucionador de problemas que é o direito penal.

A sociedade requer e passa a lutar, como referiu Hassemer<sup>185</sup>, por um direito penal do inimigo, como a verdadeira cura para as mazelas sociais.

Talvez se refira que a sociedade do risco e, em especial, o direito penal do inimigo não se coadunam com a realidade brasileira, tratando-se de uma discussão com aplicação restrita às sociedades que adotam e utilizam como referencial o conceito de risco permitido em seus ordenamentos.<sup>186</sup>

A linha argumentativa ganha mais força em razão da Carta Constitucional vigente que, como se sabe, deu especial enfoque às garantias individuais dos cidadãos.

Tal conclusão, contudo, não seria a mais acertada. Muito embora não seja possível afirmar a presença do direito penal do inimigo, nos contornos propostos por Jakobs, a verdade é que o direito penal do inimigo não se mostra de todo inovador, uma proposta destinada a orientar sistemas criminais futuros. É sim a estruturação de uma tendência presente nas sociedades pós-industriais.

Por isso a afirmação de Jakobs no sentido de que um direito penal do inimigo *“implica, pelo menos, um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva”*.<sup>187</sup>

Ou seja, Jakobs percebe, assim como também referiu Silva Sánchez, uma tendência a expansão progressiva dos modernos sistemas criminais. Porém, ao contrário de Sánchez, que aponta o problema e a impossibilidade de retornar-se ao antigo direito penal liberal<sup>188</sup>, Jakobs aponta a solução para a criminalidade

---

<sup>185</sup> Vide nota de rodapé n.º 127.

<sup>186</sup> Ordenamentos pautados por uma Imputação Objetiva.

<sup>187</sup> JAKOBS, Günther; MELIÀ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22.

<sup>188</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 116-117: Frente a los fenómenos que se han ido constatando y que redundan en una progresiva expansión del Derecho penal, hay quien aboga por una vuelta al Derecho penal liberal, un Derecho ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de

que, a seu ver, põe em xeque a sociedade. E essa solução recebeu o nome de direito penal do inimigo.

Voltando-se novamente à realidade brasileira, em que pese não ser essa a orientação que se pretende dar ao presente tópico, mas que por outro lado se faz necessário até para fins de verificação quanto ao alerta de expansão do direito penal como característica das sociedades de risco, é relevante chamar a atenção para uma constatação.

Embora se pretenda ter no direito penal a última instância de controle social, observando-se o absoluto respeito à legalidade e aos direitos humanos<sup>189</sup>, sendo inclusive excepcional a prisão sem condenação, no dia-a-dia forense o que se percebe é muito diferente, e um dos fatores que mais contribuem para essa discrepância é o chamado (e já abordado) "clamor social", decorrente de um temor –artificial – generalizado.

Diversos são os julgados que confrontam as diretrizes da política criminal nacional, podendo ser destacados, a título de exemplificação, diversos julgados provenientes dos Tribunais de Justiça estaduais.<sup>190</sup>

---

garantía. La intención que guía tal propuesta es, si duda, la de recuperar su configuración como un Derecho estricto de garantía de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Sin embargo, como se ha dicho por otros, en esa pretensión se dan elementos no solo anacrónicos, sino precisamente acrónicos. En efecto, el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad existió como tal. Por un lado, porque éstos olvidan la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así con de ciertos principios de a organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imposibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días.

<sup>189</sup> BRASIL. Resolução n.º 16, de 17 de dezembro de 2003 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Publicada no Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n.º 248, 22/12/2003, seção 1 pág. 34-35: Art. 2º. Os princípios norteadores das Diretrizes do CNPCP, além daqueles adotados pela Constituição Federal e pelos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, são: I – respeito à vida e à dignidade da pessoa humana; II – concepção do Direito Penal como última instância de controle social; III – valorização da criatividade na busca de alternativas à prisão; IV – articulação e harmonização dos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal; V – absoluto respeito à legalidade e aos direitos humanos na atuação do aparato repressivo do Estado; VI – humanização do sistema de justiça criminal; VII – comprometimento com a qualidade na prestação do serviço, para incremento da eficiência e da racionalidade do sistema de justiça criminal.

<sup>190</sup> HABEAS CORPUS- CLAMOR SOCIAL. DECRETO FUNDAMENTADO. EXPLICITADA A NECESSIDADE DA PRISÃO. **O CLAMOR SOCIAL** QUANDO RETRATAR JUSTA INDIGNAÇÃO DA COMUNIDADE POR AGRESSIVIDADE DE QUEM NÃO SABE CONVIVER COM ANIMOSIDADES E DIFERENÇAS, APELANDO PARA A VIOLÊNCIA DESNECESSÁRIA,

Uma pequena análise das decisões dos Tribunais brasileiros demonstra a inclusão do clamor social como elemento a ensejar a flexibilização de determinadas garantias processuais.

---

**JUSTIFICA A PRISÃO.** NÃO É A MERA GRAVIDADE A DETERMINANTE DA SEGREGAÇÃO. DENEGADA. (sem grifos no original). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70007763493, Relator: Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, Terceira Câmara Criminal. Acórdão de 18 de dezembro de 2003.

HABEAS CORPUS. PRISAO PREVENTIVA E SENTENCA DE PRONUNCIA. GARANTIA DA ORDEM PUBLICA. HOMICIDIO PRATICADO DE FORMA GRAVE TENDO **GERADO GRANDE CLAMOR SOCIAL.** MANUTENCAO DA SEGREGACAO. ORDEM DENEGADA. (sem grifos no original) RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n.º 699303335, Relator: Des. Marcel Esquivel Hoppe, Primeira Câmara Criminal. Acórdão de 09 de junho de 1999.

HABEAS CORPUS - FLAGRANTE PREPARADO - CLAMOR PÚBLICO - FIANÇA - RELAXAMENTO DE PRISÃO FALTA DE PRESSUPOSTOS PARA DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA - SE NEM O LESADO OU POLICIAIS, PROVOCARAM OU INDUZIRAM O AGENTE À PRÁTICA DE FATO DELITUOSO, INEXISTE A FIGURA DO FLAGRANTE PREPARADO. IN CASU, O AGENTE AGIU POR SUA LIVRE VONTADE, INCLUSIVE RECOMENDANDO AO LESADO ONDE DEVERIA ENTREGAR O DINHEIRO. INEXISTIU PROVOCÇÃO OU INDUZIMENTO DO RÉU, QUE FOI PRESO QUANDO DA PRÁTICA DO DELITO. SE O CLAMOR PÚBLICO É A INDIGNAÇÃO SOCIAL, A COMOÇÃO QUE TOMA A COLETIVIDADE COM A PRÁTICA DE CRIMES EM CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS CAUSADORAS DESSA REPERCUSSÃO, É DE SE RECONHECER, IN CASU, QUE O DELITO PRATICADO PELO AGENTE, TEVE AS CONSEQÜÊNCIAS REFERIDAS. **INADMISSÍVEL A PRESTAÇÃO DE FIANÇA CAUSOU CLAMOR PÚBLICO, SENDO, TAMBÉM, IMPOSSÍVEL, POR ESTE MESMO FATO, O RELAXAMENTO DA PRISÃO.** SE HÁ NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DO AGENTE PARA POSSIBILITAR A LISURA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, INEGAVELMENTE EXISTEM PRESSUPOSTOS PARA A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. DENEGADA A ORDEM. (sem grifos no original) RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n.º 001.059.01619, Relator: Des. Joaquim Mouzinho, Terceira Câmara Criminal. Acórdão de 24 de julho de 2001.

CRIME CONTRA O PATRIMONIO. ROUBO, TRIPLAMENTE QUALIFICADO, CONSUMADO. ABSOLVICAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DAS PENAS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. MODIFICAÇÃO. HIPÓTESE. PROVADO QUE OS AGENTES EFETIVAMENTE COMETERAM A INFRAÇÃO PENAL QUE LHEIS FOI IMPUTADA NA PEÇA ACUSATORIA, CORRETA AFIGURA-SE A SOLUÇÃO CONDENATORIA, QUE NÃO ESTÁ A MERECEER REPARO. SENDO FAVORÁVEIS AOS AGENTES AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DA LEI PENAL, IMPOE-SE A REDUÇÃO DAS PENAS-BASE AOS MÍNIMOS LEGAIS. **A FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA CORPORAL É MEDIDA EXIGIDA PELO CLAMOR PÚBLICO** E PELA PAZ SOCIAL, EIS QUE O DELITO DE ROUBO FOI COMETIDO POR ELEVADO NÚMERO DE AGENTES, EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PRIVAÇÃO DESNECESSÁRIA DA LIBERDADE DA VÍTIMA. (sem grifos no original). RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n.º 1999.050.03801, Relator: Des. Moacir Pessoa de Araújo, Sétima Câmara Criminal. Acórdão de 29 de janeiro de 2000.

EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO E PORTE DE ARMA - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - NECESSIDADE DE ACAUTELAR O MEIO SOCIAL E DESESTIMULAR A PRÁTICA DE ILÍCITOS - POSSIBILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - ORDEM DENEGADA **"A PREOCUPAÇÃO DA AUTORIDADE JUDICIAL COM A REPERCUSSÃO DO CRIME NO MEIO SOCIAL É CIRCUNSTÂNCIA QUE RECOMENDA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA,** EM BENEFÍCIO DA CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA E DA GARANTIA DE SEU PRESTÍGIO". (sem grifos no original). SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus n.º 2003.007502-0, Relator: Des. Gaspar Rubik. Acórdão de 13 de maio de 2003.

É o caso, por exemplo, da segregação preventiva de um acusado. No Brasil, em teoria, somente é justificada tal medida diante das razões dispostas no artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro<sup>191</sup>, e entre essas razões, nenhuma faz referência ao clamor público. No entanto, sobram decisões nesse sentido.

Até se poderia tentar sustentar que a garantia da ordem pública abrange a necessidade da segregação em face do clamor social, porém tal entendimento não parece ser razoável.<sup>192</sup>

Isso, pois, tal clamor obviamente decorre da sensação de uma insegurança generalizada que acarreta, inclusive, movimentos sociais com características antidemocráticas, conforme constatou Pastana em seu estudo acerca da "cultura do medo":

As pessoas vivem isoladas, sem uma rede social que as envolva, resultado da crescente desigualdade social e do não exercício pleno da cidadania. A conseqüência de tudo isso é um acentuado declínio da qualidade de vida e uma mudança nos comportamentos quotidianos. O medo vem acompanhado de uma exigência maior de proteção, o que leva o indivíduo a se isolar atrás de muros, cachorros, câmeras, detetores, celulares, armas, carros blindados, seguranças particulares e outros tantos mecanismos de defesa privada. (...) Nesse ambiente hostil, a generalização do medo amplia a incerteza presente nas interações sociais reduzindo a estabilidade das expectativas e incrementando as chances de que violências sejam efetivamente perpetradas.

Também nesse ambiente surgem movimentos sociais marcados por características antidemocráticas em que a cidadania é confundida com o ato de denunciar criminosos e proteger vítimas. Há nestes

---

<sup>191</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal brasileiro. DOFC, Brasília, 13 de outubro de 1941, p. 19699: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>192</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 68: O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada *a priori*.

Essa incompatibilidade se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito com forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária.



movimentos pouco ou nenhum caráter reflexivo ou conciliador, o que afasta, em seu interior, o exercício da cidadania como uma das formas de interação social.<sup>193</sup>

Já se afirmou que essa postura encontra-se dissociada da política criminal vigente, da mesma forma que não apresenta qualquer respaldo jurídico, ao contrário, viola importantes garantias processuais e constitucionais de caráter fundamental.<sup>194</sup>

O problema parece agravar-se com relação à criminalidade objeto de abordagem do direito penal do inimigo, justificando a afirmação de que tais assuntos são tratados com uma “*conduta espontânea e impulsiva*”<sup>195</sup> pelas autoridades governamentais.

Nesse sentido, observe-se a dissociação existente entre a política criminal brasileira e os recentes acordos internacionais, dos quais o Brasil toma parte.

Se por um lado promove-se a concepção de direitos “*como elemento necessário e indispensável para a formulação, execução e avaliação de políticas públicas*”<sup>196</sup>, por outra via – contrariando a vigente política criminal<sup>197</sup> – sugere-se a alienação antecipada de bens<sup>198</sup> (nas suspeitas de lavagem de dinheiro), a

<sup>193</sup> PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 131.

<sup>194</sup> Nesse sentido, conferir o artigo 312, do Código de Processo Penal, e os artigos 5º, LIV, LXI e 93, IX, da Constituição Federal brasileira de 1988.

<sup>195</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22.

<sup>196</sup> BRASIL. Decreto n.º 4.229, de 13 de maio de 2002. Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 14 de maio de 2002, p. 6.

<sup>197</sup> BRASIL. Resolução n.º 16, de 17 de dezembro de 2003 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.º 248, 22 de dezembro de 2003, seção 1 pág. 34-35: Art. 2º, V.

<sup>198</sup> BRASIL. Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro – ENCLA 2005. Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro. Ministério da Justiça: Meta 15: Elaborar anteprojeto de lei de alteração do Código de Processo Penal e do Código Penal que dinamize os procedimentos de apreensão, arresto, seqüestro, destinação e alienação de bens, direitos e valores; institua a alienação antecipada para preservação do valor dos bens

antecipação da barreira de punição ao nível do planejamento nas condutas terroristas<sup>199</sup> ou crime organizado transnacional<sup>200</sup>, bem como a tentativa de se voltar a opinião pública a favor de medidas cada vez mais repressivas.<sup>201</sup>

Adiante se adentrará mais profundamente na complexidade da legislação brasileira e suas relações com o direito penal do inimigo.

No entanto, ainda nesse contexto, é oportuno chamar a atenção para o alerta que Pablo Rodrigo Aflen da Silva faz acerca do uso indiscriminado das chamadas leis penais em branco, e portanto da flexibilização de importantes princípios penais (em especial da taxatividade e legalidade) mediante a criação de tipos penais vagos e imprecisos, de modo a tentar abarcar uma realidade de certo modo imprevisível.

Segundo Pablo Aflen, na esteira das idéias de Silva Sanchez, o direito penal ruma para uma unificação, tornando-se cada vez menos garantista, no qual serão flexibilizadas as regras de imputação e as garantias político criminais:

---

indisponibilizados, sempre que necessária; destine aos Estados e Distrito Federal os bens, direitos e valores cuja perda tenha sido decretada no âmbito dos processos de sua competência.

<sup>199</sup> BRASIL. Decreto n.º 3.976, de 18 de outubro de 2001. Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de outubro de 2001, p. 4: 2. Decide também que todos os Estados devem: (...) e. Assegurar que qualquer pessoa que participe do financiamento, planejamento, preparo ou perpetração de atos terroristas ou atue em apoio destes seja levado a julgamento; assegurar que, além de quaisquer outras medidas contra o terrorismo, esses atos terroristas sejam considerados graves delitos criminais pelas legislações e códigos nacionais e que a punição seja adequada à gravidade desses atos;

<sup>200</sup> BRASIL. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de março de 2004, p. 1: 1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente: a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa: i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

<sup>201</sup> BRASIL. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de março de 2004, p. 1: Artigo 31. 5. Os Estados Partes procurarão sensibilizar melhor o público para a existência, as causas e a gravidade da criminalidade organizada transnacional e para a ameaça que representa. Poderão fazê-lo, quando for o caso, por intermédio dos meios de comunicação social e adotando medidas destinadas a promover a participação do público nas ações de prevenção e combate à criminalidade.

Isso se deve ao fato de que a maior parte das garantias clássicas orientam-se por um paradigma de Direito Penal de vertente liberal, que toma por base a idéia de indivíduo, de bens jurídicos individuais, isto é, pelo paradigma do Direito Penal clássico enquanto o paradigma atual orienta-se pela macrocriminalidade.

Seguindo esta diretriz, preconiza-se a supressão de princípios que dificultam ou impedem a tipificação de certos bens jurídicos complexos, de forma que se considera mais relevante, por exemplo, “o manifesto abandono do mandato de determinação nos tipos que, com toda a probabilidade, passarão a configurar o Direito Penal da criminalidade transnacional”. E, da mesma forma, como “o legislador penal formula estes bens jurídicos universais de modo muito vago e trivial”, não há dúvida de que isso o leva a fazer um uso cada vez maior da técnica de remissão, com a formulação de tipos penais em branco.<sup>202</sup>

No entanto, para fins de conclusão no presente capítulo, importa salientar que a realidade das sociedades do risco não é alheia ao Brasil, que participa, sofre influência e influencia o meio sob análise. Em sendo assim, colhe os frutos, mas também participa dos reflexos negativos desse contexto, muito embora tenha que conviver também com os problemas oriundos de uma modernidade tardia.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> AFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p.104

<sup>203</sup> Sobre o assunto, cf. STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

## 4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E CRÍTICA À FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

### 4.1 AS FINALIDADES DAS MEDIDAS COERCITIVAS NO DIREITO PENAL DO INIMIGO E NO DIREITO PENAL DO CIDADÃO

Tendo sido identificado o atual contexto social, bem como as origens, evolução e fundamentos do direito penal do inimigo, é importante identificar, também, qual a finalidade da proposição feita por Jakobs.

Consoante aspectos já analisados, Jakobs sustenta que o Estado poderia agir de dois modos completamente distintos com relação aos delinqüentes. Poderia tratá-los ou como cidadãos que incorreram em um erro, passíveis de emenda, ou então como *“indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”*.<sup>204</sup>

A partir dessa constatação já se deduz, então, qual seria a finalidade principal do direito penal do inimigo.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o direito penal do inimigo, desconsiderando-se as contrariedades internas da teoria – as quais serão devidamente abordadas no tópico seguinte – é uma proposta voltada a impedir a

---

<sup>204</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 42.

“destruição” do ordenamento jurídico (concepção funcionalista) e, conseqüentemente, da sociedade.<sup>205</sup> É uma teoria concebida como resposta à criminalidade que, em razão do seu teor ofensivo, põe em risco as estruturas sociais.

Nas palavras de Prittwitz,

“Direito penal do inimigo” é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos. Em que isso se faz visível? Primeiramente, tomando-se a lei concretamente – o código penal e a legislação processual penal, o que se vê é que, onde se trata da punição de inimigos, se pune antes e de forma mais rígida; o ponto de vista do direito material, a liberdade do cidadão de agir e (principalmente) de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo.<sup>206</sup>

Justamente por isso, Jakobs afirma que a “*função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a contradição*”<sup>207</sup> – conforme teoria da prevenção geral positiva, defendida pelo doutrinador – enquanto que a função do direito penal do inimigo é “*a eliminação de um perigo*”.<sup>208</sup>

De maneira mais elucidativa, Jakobs apresenta a seguinte constatação, novamente calcado na concepção de vertente funcionalista:

<sup>205</sup> PEÑARENDA RAMOS, Enrique; et al. **Um Novo Sistema do Direito Penal**. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 01: Na concepção de *Jakobs*, o Direito Penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contato social.

<sup>206</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 41-42.

<sup>207</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 49.

<sup>208</sup> *Ibidem*. p. 49.

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.<sup>209</sup>

Abstraindo-se o evidente caráter de inocuidade, Jakobs também atribui à sua teoria a finalidade de sistematizar uma tendência de expansão do direito penal, comum às sociedades pós-industriais.<sup>210</sup>

Jakobs demonstra muito bem essa realidade, citando os casos de terrorismo,

Nesse contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (§§ 31 e ss. EGGVG).<sup>211</sup>

É também com profunda coerência que o autor observa que no próprio direito penal é possível constatar,

uma clara coação, sobretudo na prisão preventiva (§§ 112, 112 a StPO); do mesmo modo que a custódia de segurança, a prisão preventiva também nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física. (...) Esta coação não se dirige contra a pessoa em Direito – esta nem se oculta provas nem foge – mas contra o indivíduo, quem com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo.<sup>212</sup>

<sup>209</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 55.

<sup>210</sup> Ibidem. p. 22: “um Direito penal do inimigo implica, pelo menos, um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva”.

<sup>211</sup> *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Lei de introdução à Lei de Organização dos Órgãos Judiciais. JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. p. 40.

<sup>212</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 40.

Jakobs busca demonstrar com seus exemplos que sua teoria trata de uma sistematização da realidade, de uma tendência, aplicada inclusive já há muitos anos. Por essa razão, após o desenvolvimento de todo o raciocínio, conclui o doutrinador que *“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”*.<sup>213</sup>

Essa sistematização, ou “delimitação” – para usar a expressão do jurista – viria sob a forma de um adiantamento das barreiras de punibilidade, aumento das penas cominadas e relativização ou até mesmo supressão de determinadas garantias.<sup>214</sup> Tais elementos cumpririam com o objetivo de um direito penal mais célere e “eficaz” em suas medidas.

Importante ressaltar que partindo do pressuposto da aplicabilidade de tais medidas – e esse fato chama especial atenção – Jakobs procura relacionar seu direito penal do inimigo com o estado de guerra.<sup>215</sup> E, com efeito, diante dos fatores sociais já analisados, bem como dos elementos que compõem a doutrina em foco, *“torna-se cada vez mais difícil e cada vez menos distinguível [o direito penal do inimigo] da guerra civil e da guerra em si”*.<sup>216</sup>

Não obstante isso, a proposta de Jakobs não é de todo inédita, uma vez que os sistemas criminais do passado, *mutatis mutandi*, partiam de pressupostos semelhantes ao abordado pelo doutrinador.

---

<sup>213</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 49-50.

<sup>214</sup> Ibidem. p. 67.

<sup>215</sup> Ibidem. p. 30: “O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”.

<sup>216</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004. p. 33.

Nessa linha, referiu o Dr. Luiz Luisi que:

No mundo romano, o delito de *perduellio*, ou seja, o delito de traição à pátria em suas variadas hipóteses, era, tanto na repressão ordinária como na repressão extraordinária, sancionado com a pena de morte, mediante fustigação e decaptação com o machado. O *perduellis* era, no universo jurídico penal romano, o inimigo da pátria. Não se lhe reconhecia a condição de pessoa.<sup>217</sup>

Na lógica de Jakobs, e também no exemplo histórico apresentado acima, o ponto de convergência ainda parece ser a efetividade do direito penal, muito embora se tratem de momentos sociais e políticos completamente diferentes.<sup>218</sup>

Por essa razão, questiona-se a legitimidade da proposta de Jakobs, frente aos objetivos que norteiam o direito como um meio de controle social, em especial no contexto do Estado Democrático de Direito.

Com grande acerto, Luiz Luisi traz ao foco do debate à própria eficiência de um direito penal do inimigo, ante a comprovação de que o *“inimigo continua cada vez mais atuante”*.<sup>219</sup> Embora sucinto em suas conclusões, o autor apresenta argumento de grande força, na medida em que remete Jakobs à própria razão de ser de sua teoria e de seus estudos pretéritos, ou seja, a funcionalidade.

Em outras palavras, se o direito penal do inimigo carece de resultados práticos e os inimigos continuam se proliferando e atuando cada vez mais, então o próprio direito penal do inimigo carece de fundamento lógico – para utilizar a mesma linha argumentativa de Jakobs.

---

<sup>217</sup> LUISI, Luiz. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético. In: **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 113-114

<sup>218</sup> Ibidem. p. 114: “A contemporânea versão do direito penal do inimigo surge dentro dos Estados Democráticos de Direito, daí porque válida a observação de Manuel Cancio Meliá ser necessário considerar, “as diferenças estruturais entre os sistemas políticos daqueles momentos históricos e o atual”

<sup>219</sup> Ibidem. p. 130.



É bem verdade, contudo, que se poderia sustentar que Jakobs propõe no direito penal do inimigo a eliminação de um perigo (inimigo) e que, no surgimento de outro perigo, este também deve ser eliminado. Assim, se a eliminação de perigos não estaria vinculada a uma finalidade de prevenção geral positiva, se estaria trabalhando com uma idéia de inocuização, de modo que um mesmo perigo (inimigo) não viesse a representar riscos futuros.

Parece, contudo, que uma explicação nesse sentido não seria razoável para afastar a crítica proposta por Luisi, uma vez que mesmo diante da necessidade de proteção contra fatos futuros, estes não podem estar em um grau de verificação tão distante. É dizer, não seria possível a utilização de um argumento calcado em probabilidades não revestidas que um caráter minimamente mais concreto, o que se mostra indispensável até mesmo em razão da própria natureza coercitiva do direito penal.

A questão que ora se apresenta é, pois, uma discussão acerca da finalidade do direito penal do inimigo e a finalidade do próprio direito penal, em especial no contexto dos Estados Democráticos de Direito e seu compromisso pela concretização dos direitos fundamentais. Nessa linha, parece evidente que o direito penal tem uma finalidade genérica de proteção<sup>220</sup>, não se adentrando aqui na polêmica discussão se esta finalidade seria de proteção a determinados bens jurídicos, ou então do ordenamento em si, assunto este que já foi objeto de abordagem.

Embora o assunto não tenha sido trabalhado pela doutrina de modo geral, acredita-se que esse é um elemento chave para a discussão da teoria de Jakobs, uma vez que devemos partir da premissa de que o doutrinador não faz uma cisão no direito penal, dividindo-o em do cidadão e do inimigo.

---

<sup>220</sup> GUIRAO, Rafael Alcácer. **Los fines del derecho penal**. Una aproximación desde la filosofía política. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 19.

Ao contrário, Jakobs, afirma que o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão atuam em “*um só contexto jurídico-penal*”.<sup>221</sup> Assim, há uma unidade, e, em sendo assim, seria possível afirmar que o direito penal seria o gênero, enquanto que as duas possibilidades de aplicação (direito penal do inimigo e direito penal do cidadão), as espécies.

Diante dessa constatação, a co-existência do direito penal do inimigo e do direito penal do cidadão em um só contexto jurídico penal somente encontraria lógica na medida em que não haja conflito entre a finalidade daqueles com este.

Pois bem, o direito penal, de modo geral, como ciência que trabalha para satisfazer as necessidades da administração da justiça<sup>222</sup>, funciona, nas palavras de Muñoz Conde, protegendo as condições mínimas para a convivência. Conforme leciona o doutrinador, o direito penal trabalha:

protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales. La norma penal tiene, por tanto, una doble función: protectora y motivadora. *Protección y motivación*, o mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. La protección supone la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia.<sup>223</sup>

No caso do direito penal do inimigo, é importante registrar que, apesar do fato de a teoria em estudo ter sido concebida a partir do funcionalismo, e de Jakobs defender a função *preventiva geral positiva* das penas – conforme se demonstrou –, esta se volta, ao final, para a concepção de prevenção especial negativa da pena.

<sup>221</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21.

<sup>222</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 1999. p. 6.

<sup>223</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; ARAN, Mercedes Garcia. **Derecho Penal**. Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 58.

Isso, pois, no que tange às teorias das finalidades das penas, a função de prevenção especial negativa caracteriza-se por propor a inocuização do indivíduo, seja pela morte, seja pelo enclausuramento.

A convergência entre a teoria da prevenção especial negativa com a finalidade do próprio direito penal do inimigo é bastante evidente, ainda mais se considerado que para a teoria da prevenção especial negativa o criminoso é visto como uma verdadeira ameaça à ordem social, é o inimigo da sociedade. Entende-se que o fato por ele praticado não comportaria sequer uma retribuição do mal causado.<sup>224</sup>

A semelhança é tão clara que o seguinte trecho, de Bustos Ramírez, acerca das teorias da prevenção especial, poderia muito bem integrar qualquer texto de análise sobre o direito penal do inimigo:

Para la prevención especial la retribución resulta inadecuada, pues parte de un ser libre e igual por naturaleza, y eso es falso, pues los hombres no son libres y el delincuente tampoco es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un anormal, es un peligroso social (ya decía Ferri que <<desde el punto de vista natural [o social] sólo pueden ser delincuentes los que son anormales>> [p. 194]). El criminal aparece determinado al delito, luego intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica o social. La sociedad tiene entonces que defenderse contra él (Defensa Social o bien Nueva Defensa Social), para lo cual es necesario corregirlo o separarlo completamente de la sociedad. Se trata entonces de llevar a cabo una defensa social contra os enemigos de la sociedad.<sup>225</sup>

Disso se conclui, então, que o direito penal do inimigo, em que pese o fato de ter sido arquitetado a partir da concepção funcionalista e, portanto, de prevenção geral positiva, no sentido de confirmação da vigência das normas como forma de se manter a coesão social, sua finalidade será a de prevenção especial, na modalidade negativa.

---

<sup>224</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal Español – Parte general**. Barcelona: Ariel Editorial, 1984. p. 32.

<sup>225</sup> Ibidem. p. 32.

A indagação trazida à baila é se a finalidade do direito penal do inimigo é coerente com a finalidade do próprio direito penal, haja vista ser expressa a afirmação de Jakobs no sentido de que sua teoria e o direito penal do cidadão são aplicáveis em um mesmo contexto jurídico-penal, contexto esse que, por óbvio, deve ser entendido como o Estado Democrático de Direito.

Parece claro que o que está em discussão é a legitimidade da proposta quando considerada sob a perspectiva de sua finalidade e a finalidade de um sistema jurídico penal de um Estado Democrático de Direito. Isso, pois, registre-se, Jakobs parte do pressuposto da existência e aplicação diária de sua teoria. Logo, o que se busca é a legitimação desta, ou a conclusão de que se trata de um desvirtuamento do direito penal a ser combatido.

A visão de Jakobs resta esclarecida por tudo o que a presente investigação, de um modo mais preciso, buscou abordar. Todavia, não é demais ressaltar que este o problema não pode ser resumido a uma mera questão de conceituação ou nomenclatura. É necessário que a ciência se apóie sobre as bases sociais (na medida do possível), compreendendo a nova realidade. Não basta apoiar-se apenas sobre as bases internas do direito penal.

Em última análise, o que preocupa Jakobs – e nisso possui razão – é que não se pode negar que o direito penal clássico é insuficiente para dar conta da complexidade da criminalidade contemporânea, por todos os aspectos já referidos. Como refere o autor, *“é certo que nem todas as novas reivindicações penais dirigidas ao legislador são legítimas, mas tampouco os conceitos penais reducionistaistas, que à margem da ciência ninguém mais compreende, constituem modelos sociais legítimos (quando não utopias)”*.<sup>226</sup>

---

<sup>226</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 30.

A essa questão, porém, Luiz Luisi apresenta consistente conclusão, de que como base de toda sua estrutura o Estado Democrático de Direito tem como pilar fundamental a dignidade do ser humano. Nas palavras de Luisi:

o Estado Democrático de Direito tem como seu pilar fundamental a afirmação da essencial dignidade do ser humano. E negar a qualquer ser humano esta essencialidade, por ser um inimigo que em suas constantes e brutais práticas delituosas atenta gravemente contra o Estado Democrático de Direito, implica invalidar o próprio Estado, pois nega valia a seu fundamento, ou seja, a dignidade ôntica de todos os seres humanos.<sup>227</sup>

E, com base nesses fundamentos, complementa Luisi: *“Não é possível admitir como legítimo o Direito Penal do Inimigo nas legislações dos Estados Democráticos de Direito”*.<sup>228</sup>

Zaffaroni, discorrendo mais profundamente sobre a matéria, mas chegando a mesma conclusão, afirma com propriedade que não há, inclusive, uma compatibilidade entre o direito penal e o próprio conceito de inimigo. Aliás, diz o autor, para que fosse possível tal conceituação, seria imprescindível uma reestruturação do direito penal, o qual deve aqui ser entendido como ciência, doutrina ou saber jurídico.<sup>229</sup>

Assim, embora sustente o contrário, é forçoso reconhecer que Jakobs parece não conseguir demonstrar e, portanto, legitimar sua teoria a partir das finalidades desta, nem mesmo quando propõe que o direito penal do inimigo faria parte do mesmo contexto jurídico-penal do direito penal do cidadão.

---

<sup>227</sup> LUISI, Luiz. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético. In: **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 130.

<sup>228</sup> Ibidem. p. 131.

<sup>229</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.27.

#### **4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS POSSIBILIDADES DE IMPLEMENTAÇÃO: UMA CRÍTICA À FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.**

Em que pese o fato de ser possível vislumbrar uma singular coerência iusfilosófica na proposta de Jakobs, na esteira das conclusões de Luisi, esta não se coaduna com as garantias fundamentais inerentes aos cidadãos de um Estado que tem por princípio ser “democrático de direito”.

Essa constatação se dá de tal forma, que o confronto entre a teoria de Jakobs e as garantias fundamentais sofre o risco de ser tachado como uma “visão restrita”. Isso porque, na verdade, a essa altura já se percebeu que a pesquisa comportaria uma análise sob o ponto de vista de prerrogativas ainda mais amplas, como, por exemplo, os direitos universais dos homens.

Todavia, em face da necessidade de restringir o objeto da presente investigação, mostra-se de bom alvitre não ampliar demasiadamente o campo de análise, razão pela qual se mantém a linha de pesquisa focada apenas nas garantias fundamentais, malgrado registrar-se a possibilidade de ampliação da análise.

De toda sorte, é preciso chamar a atenção para o fato de que é impossível, dado o atual estágio de estruturação da teoria de Jakobs, discorrer, na forma de “*numerus clausus*”, todos os aspectos conflitantes entre o direito penal do inimigo e as garantias fundamentais dos indivíduos.

Muito embora se discorde do autor quanto a assertiva utilizada, o que será fundamentado no tópico seguinte, importa registrar que para Meliá a análise de todos os aspectos conflitante necessitaria da análise individualizada de cada tipo penal, nas mais diversas áreas.<sup>230</sup>

A dificuldade acima registrada por Meliá, e também confrontada na presente investigação, advém do fato de que a natureza da discussão – em última análise – exige quando da implementação prática uma ponderação de princípios, o que não pode ser realizado “em abstrato”. É dizer, a flexibilização proposta pelo direito penal do inimigo somente pode ser realizada no caso concreto, sob pena de não se encontrar elementos fáticos que permitam a flexibilização ou não de determinadas garantias (se fosse possível admitir a tese).

De modo mais elucidativo, basta recordar que o problema central do direito penal do inimigo é a efetividade do direito penal, no sentido de proteção social e, claro, proteção à vida (ou vidas, v. g., atentado terrorista). A proposta do direito penal vem a tentar proteger (efetivamente) esse direito fundamental à vida (e à segurança), partindo da flexibilização de outros direitos, como ampla defesa e contraditório, e até mesmo, a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, então, que essencialmente a flexibilização ou supressão de direitos proposta por Jakobs é, na verdade, uma discussão sobre ponderação de princípios e, como é consabido, tal ponderação pressupõe a análise de um caso concreto.<sup>231</sup> Também por isso, afirmar que alguém é um inimigo pressupõe a análise de uma situação em concreto. Não se pode, portanto, pressupor que um muçulmano (por sua crença) é um inimigo, que um traficante (pelo “simples” ato de traficar) é um inimigo, que um assassino é um inimigo, etc.

Malgrado isso, é possível a análise sobre o confronto entre a flexibilização das garantias fundamentais e o direito penal do inimigo, no que se

---

<sup>230</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70.

<sup>231</sup> Vale lembrar que os princípios sempre são aplicáveis e permeiam todo o sistema jurídico. Nessa concepção, somente a ponderação satisfaz a lógica do sistema, caso contrário seria admitir que um princípio “revogou” outro.

refere tão-somente aos fundamentos da teoria. Ou seja, continuar-se-á confrontando apenas os aspectos filosóficos da teoria.

Feitas essas breves considerações, é importante referir que a deficiência da proposta de um direito penal do inimigo pode ser constatada já no primeiro argumento do autor.

Conforme refere Jakobs, o Estado estaria legitimado a flexibilizar certas garantias fundamentais, em especial as de matéria procedimental, ao restar demonstrado que as condutas de determinado infrator poderiam – ressalte-se o emprego deste verbo que reflete a tendência de um direito penal do risco – colocar em perigo a sociedade. Em assim sendo, não poderia este “*participar dos benefícios do conceito de pessoa*”<sup>232</sup>, podendo até mesmo ser tratado como “*uma peça da gado*”, como referiu Fichte.<sup>233</sup>

Porém, diferentemente do que se apregoa na proposta, a qualidade de pessoa não é uma atribuição conferida pelo Estado, mas sim uma situação que corresponde à própria condição humana, não podendo ser por ele afastada, sem que se afaste com isso, igualmente, a dignidade da pessoa humana.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

<sup>233</sup> FICHTE, **Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre**, em: *Sämtliche Werke*, ed. A cargo de J. H. FICHTE, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts – und Sittenlehre, tomo primeiro, s.f., p. 260. Apud JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 26.

<sup>234</sup> BARRETTO, Paulo Vicente (coordenador). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 218: “Inicialmente, cumpre salientar – retomando a idéia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano com algo que lhe é inerente”.



Essa foi a conclusão de Luiz Luisi, e da qual não se afasta Zaffaroni, ao sustentar que o Estado até pode privar uma pessoa de sua cidadania, mas não da própria condição de pessoa, simplesmente pelo fato de sê-lo.<sup>235</sup>

Zaffaroni ainda lembra que a negação da condição de pessoa ao inimigo decorre do tratamento penal diferenciado que lhe é conferido, porém não é sua essência. Assim, ser inimigo “*é uma conseqüência da individualização de um ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si*”.<sup>236</sup>

Nessa perspectiva a teoria de Jakobs se vê atacada em um de seus dois pilares de sustentação: a possibilidade de relativizar o conceito de pessoa no direito.

Ainda quanto a esse aspecto fundamental da teoria de Jakobs, derradeiro é o argumento de Meliá, ao lembrar que a “*qualidade de pessoa é uma atribuição*”<sup>237</sup>, ou seja, é um atributo, uma característica, uma qualidade própria dos seres humanos, não podendo, em razão disso, ser excluída.

Não obstante isso, há de ser registrado, até para que se faça justiça ao autor, que Jakobs reconhece o que chama de uma “personalidade potencial” aos inimigos, o que implicaria no reconhecimento de que não é por serem inimigos que toda e qualquer ação estaria respaldada. Conforme sustenta o autor, ao referir que o direito penal do inimigo é uma reação contra um adversário:

Isso não significa que *tudo* está permitido, que se sucederão ações desmedidas; antes, é possível que aos adversários se reconhece uma personalidade *potencial*, de modo que na disputa contra eles não se pode ultrapassar a medida do necessário. Sem dúvida isso permite, entretanto, muito mais do que na legítima defesa, na qual a defesa necessária só pode ser reação perante a uma agressão

---

<sup>235</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.19.

<sup>236</sup> Ibidem. p.21.

<sup>237</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 79.

atual, enquanto no Direito Penal de oposição, como se verá na seqüência, trata-se da defesa também a agressões futuras<sup>238</sup>.

Porém, o argumento de Jakobs sucumbe completamente ao argumento de Zaffaroni, quando este lembra que sempre que se reconhece a necessidade de impor-se uma exceção, não se conhece limites, pois estes são estabelecidos por quem exerce o poder.<sup>239</sup>

Assim, *“como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós – nem sequer nós mesmos – fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considerá-lo como tal”*.<sup>240</sup>

Além dessa relevante constatação, que, por si só, já desestabiliza toda a teoria de Jakobs, pois fulmina o cerne de sua construção teórica, tem-se que a resposta idônea a este tipo de criminalidade (terrorismo, criminalidade organizada, etc.), deve ser a *“manifestação da normalidade”*<sup>241</sup>, ou seja, deve o Estado reagir de acordo com os critérios comuns de proporcionalidade e imputação, demonstrando que o sistema não restou afetado com as condutas lesivas.

Ainda conforme Meliá,

Precisamente, a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação da normalidade, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal <<normal>>. Assim, se nega ao infrator a capacidade de

<sup>238</sup> JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 55.

<sup>239</sup> O que esta resposta desconhece é que, para os teóricos – e sobretudo para os práticos – da exceção, sempre se invoca uma *necessidade que não conhece lei nem limites*. A *estrita medida da necessidade* é a *estrita medida de algo que não tem limites*, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.25.

<sup>240</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.25.

<sup>241</sup> *Ibidem*. p. 79.

questionar, precisamente, esses elementos essenciais ameaçados.<sup>242</sup>

O argumento acima contraria e põe em cheque o outro pilar de sustentação da teoria de Jakobs, que é justamente o fato de se encontrar no direito penal do inimigo a única forma de combater uma criminalidade não passível de ser combatida pelo direito penal do cidadão.

Nesse aspecto, e adentrando-se um pouco mais profundamente na discussão, é de se observar que o direito penal do inimigo não é dotado de uma finalidade intimidatória aos inimigos, ou seja, não possui uma função de prevenção geral – eis que por óbvio não se pode intimidar aqueles que estão dispostos a morrer por determinada causa.

Além disso, conforme bem concluiu Luisi, o direito penal do inimigo não tem se demonstrado um instrumento eficaz na eliminação dos riscos, já que cada vez mais se verifica a presença de “inimigos”.

O direito penal do inimigo sequer servira, então, para uma manifestação simbólica do direito penal, uma vez que não serviria nem para intimidar os inimigos, nem para gerar a falsa percepção de que problema está controlado. Nesse contexto, com razão Meliá ao sustentar que a manifestação da normalidade por parte do Estado (negando o caráter excepcional dessa criminalidade) possui um caráter simbólico muito mais eficaz que a própria teoria de Jakobs.

Assim, por não cumprir seu compromisso/promessa de efetividade e eficiência, a teoria de Jakobs não se sustenta.

Somado a esses fatores, outro ponto de crucial relevância é a constatação de que o direito penal do inimigo apenas denomina determinados

---

<sup>242</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 78.

grupos de infratores, não atendendo aos princípios de um direito penal do fato. Ao contrário, em muitos casos de aplicação um direito penal do inimigo apenas criminalizaria condutas que sequer foram cometidas, punindo-se o pensamento antecedente à lesão.<sup>243</sup>

Nesse sentido, não seria demasiado afirmar que um direito penal do inimigo, na medida em que propõe uma excessiva antecipação das barreiras punitivas – conforme já analisado em tópico referente ao fenômeno da expansão do direito penal – acabaria restringindo a liberdade de pensamento dos indivíduos<sup>244</sup>, que por sua vez, em última análise, também agrediria a dignidade da pessoa humana.

Não menos importante é a crítica que se faz em relação à possibilidade de flexibilização das garantias processuais penais.

Na realidade, conforme discorre Hassemer, a possibilidade de se afastar as mínimas garantias processuais existentes torna disponível toda a estrutura do processo penal, o que, por sua vez, destituiria os intervenientes e, em especial, o imputado de qualquer proteção frente ao poder absoluto do Estado. *In Verbis*:

Las formalidades del procedimiento penal no son meras formalidades, en su núcleo son *formas protectoras* en interés de la totalidad de los intervinientes en el proceso y, ante todo, del imputado. Si se autoriza en el caso concreto a dejar de lado estas formalidades, de este modo, se tornan dispositivos todos los pilares del derecho procesal penal.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 80: Como é sabido, o Direito penal do inimigo jurídico-positivo vulnera, assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos, o princípio do direito penal do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado na <<atitude interna>> do autor.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>245</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de hoy**. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995. p. 89.

Desta forma, uma política criminal humanitária, que possua como “*limite irrenunciável o respeito pela dignidade da pessoa humana*”<sup>246</sup>, encontra no direito penal e no direito processual penal o seu instrumento de efetivação.<sup>247</sup>

Com a perspicácia que lhe é característica, Zaffaroni conclui que

Dado que los *extraños* no son individualizables por rasgos físicos, la cuestión no se limita a reducir las garantías y libertades de los terroristas y otros patibularios, sino que la cuestión a dilucidar es si se pueden limitar las libertades y garantías de los ciudadanos para individualizar más eficazmente a los enemigos, incluso asumiendo el riesgo de considerar enemigo a algún ciudadano.<sup>248</sup>

É com igual acuidade que Hassemer destaca o formalismo do direito penal como forma de garantir a eficiência do sistema e, estes dois últimos (formalismo e sistema), como sendo elementos indispensáveis à manutenção de um Estado de Direito.

Así como la justicia se encuentra respecto de la seguridad jurídica en una contraposición de principio, lo mismo ocurre con la formalidad de la justicia y la eficiencia del derecho penal y del procedimiento penal. Un instrumental enérgico es una típica amenaza de los derechos del imputado en el proceso penal. Si se reúnen en una sola idea la conformidad al estado de derecho y la energía, entonces se vota en favor de la eficiencia (quizá sin percibirlo). El estado de derecho vive de la contraposición entre formalidad de la justicia y eficiencia, y la conformidad al estado de

<sup>246</sup> SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, fascículo 52, p. 250-275, jan/fev. 2005. p. 268.

<sup>247</sup> Idem, *ibidem*. p. 269: Ao nível da ação penal, também, por exemplo, há uma inequívoca crescente opção por um regime processual diferenciado, com soluções diferenciadas, céleres, consensuais, por um lado, formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos criminais diferenciados. Essa diferenciação não se faz à custa da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, nomeadamente do acusado. Quer nas respostas “flexíveis”, quer nas “conflituais”, está presente a preocupação de garantia dos seus direitos no processo, procurando salvaguardar-se de cada um o seu “máximo conteúdo possível”, em equilíbrio com as restantes finalidades processuais.

<sup>248</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. [Artigo Zaffaroni] Mensagem recebida por: vinicius\_moraes\_rs@hotmail.com em: 26 set. 2005.

derecho debe controlar y frenar al Estado fuerte, idealmente, debe poder quebrarlo en caso de conflicto.<sup>249</sup>

Ainda sobre o enfoque das finalidades do direito penal do inimigo, deve ser novamente referido que este não se mostrou uma alternativa viável para o tratamento das questões às quais se volta, ainda mais considerando que não contribui para a prevenção fática desses delitos, até porque, como já se analisou, não seria esse o objetivo da teoria.

Traz-se à baila novamente essa questão, porém sob outra perspectiva de análise, pois é necessário destacar que se os instrumentos coercitivos da teoria não previnem as condutas indesejáveis, então carecem de uma finalidade social. É bem verdade que até se poderia dizer que a eliminação dos perigos – leia-se indivíduos indesejáveis ao corpo social – teria um fundo social (não competindo aqui um juízo de valor). Todavia, sinala-se, a conclusão não parece adequada, pois a eliminação de perigos não cumpre com a finalidade do direito penal, haja vista não transmitir garantias de que tais afrontas não voltarão a ocorrer.

Essa constatação revela, também nessa óptica, uma grande contrariedade na teoria de Jakobs e, por que não dizer, na própria estruturação dos argumentos do doutrinador. Como visto, o autor parte de uma concepção funcionalista do direito penal e, já no início de seus escritos sobre a teoria em análise, deixa claro que esta não se trata de uma esfera isolada, mas sim de um “pólo” dentro do direito penal (*“não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”*<sup>250</sup>).

Ou seja, se o autor considera que o direito penal, como gênero, tem nas penas uma função de prevenção geral positiva, então, logicamente, o direito penal

---

<sup>249</sup> HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995. p. 80.

<sup>250</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21.

do inimigo, sendo espécie desse gênero – ou “pólo”, como refere Jakobs – deve orientar-se conforme essa finalidade. No entanto, demonstrou-se que não é isto que se verifica, em que pese a afirmação em sentido contrário.

Logo, existem graves contrariedades na doutrina, que não podem ser superadas apenas pelo argumento de que o direito penal do inimigo se trata de apenas um dos “pólos” do direito penal. Na verdade, trata-se de um “outro” direito penal, um direito paralelo, com finalidades e instrumentos próprios, o que torna inviável sua aplicação.

Por fim, é necessário expor que o direito penal do inimigo de Jakobs volta-se para uma estrutura social que já não mais existe, e esse fato fica evidente ao se observar os teóricos que o doutrinador utiliza para fundamentar sócio-filosoficamente sua teoria.<sup>251</sup> Cabe, mais uma vez, citar Luisi, para quem o direito penal do inimigo “*só tem condições de vicejar nos Estado totalitários*”.<sup>252</sup>

Jakobs concebe sua teoria com base em uma estrutura delimitada territorialmente pelo Estado<sup>253</sup>, quando já se tem conhecimento que a criminalidade moderna – em especial a criminalidade econômica e organizada, que também são alvos de sua proposta – não mais se enquadram nesse modelo.<sup>254</sup>

---

<sup>251</sup> O assunto foi explorado no primeiro capítulo deste estudo, onde se fez referência a Rousseau, Kant, Hegel e Fichte.

<sup>252</sup> LUISI, Luiz. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético. In: **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 130.

<sup>253</sup> BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 9: Pensa-se o espaço social ordenado e delimitado pelo Estado como espaço no qual se refletem ou se encontram todos os processos e condições essenciais e relevantes para o diagnóstico sociológico da sociedade. De modo que os sociólogos sempre analisaram *sua* sociedade, na melhor das hipóteses comparando-a com outras, para depois simplesmente tirar conclusões para a sociedade.

<sup>254</sup> BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 29: Com efeito, as redes de interação social e fluxos materiais e imateriais de toda índole (tais como crime organizado, volume e volatilidade sem precedentes do movimento de capitais, redes terroristas, fluxos permanentes e descentralizados de informação, constituição de inúmeras comunidades virtuais, degradação do ecossistema, epidemias, fluxos migratórios etc.) tornam as fronteiras dos Estados mais “porosas e incontroláveis” e suas prerrogativas de potência pública mais contestáveis.

Embora sustente estar tratando da criminalidade sob a óptica da conjuntura social contemporânea, Jakobs utiliza toda fundamentação de base de sua teoria em uma visão voltada a um passado há muito inaplicável.<sup>255</sup>

Os argumentos de Jakobs, embora *a priori* pareçam estar contextualizados com a chamada segunda modernidade, na realidade não estão. Jakobs parte das conseqüências, dos problemas, verificados na sociedade contemporânea, mas as respostas que por ele são propostas são encontradas em teóricos e em modelos de sociedades medievais.

Sinale-se que após o fenômeno da globalização não se tem mais a figura do Estado-nacional, mas sim grandes blocos integrando diversas nações caracterizadas cada vez mais pela pluralidade de etnias. É este o fenômeno que deve ser compreendido.

Beck trata a questão da seguinte forma,

Se tornarem a perguntar por que esses desafios são denominados *Segunda Modernidade* – também seria possível identificá-los, todos e cada um deles, como fenômenos da mudança estrutural –, minha resposta provisória será: por meio dessa dinâmica, a genética cultural, ou seja, os princípios que asseguraram a reprodução da Primeira Modernidade, é contestada em cada fenômeno isolado, como a territorialidade da sociedade e sua atrelagem ao Estado nacional. E, com isso, os membros da sociedade, assim como suas instituições, que até aqui viveram na ilusão de ter resposta para todas as perguntas, enfrentarão desafios para os quais não têm nenhuma resposta pronta. A novidade tantas vezes colocada em dúvida não se mede pelas crises, rupturas ou contradições. Estas sempre existiram. Mede-se pelo esmaecimento das *idéias e das*

<sup>255</sup> NAÍM, Moises. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de direito e do tráfico à economia global**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006. p. 221: “Em 11 de setembro de 2001, a complacência e a falta generalizada de informação sobre a nova dimensão das redes criminosas desnacionalizadas desmoronaram em meio aos entulhos das Torres Gêmeas do World Trade Center, em Nova York. Os atentados em Bali, em outubro de 2002, na estação madrilenha de Atocha, em março de 2004, e em Londres, em julho de 2005, reforçaram a mensagem. A nova ameaça global operava por meio de redes. Os terroristas desdobravam-se em organizações flexíveis e descentralizadas. Usavam igualmente, redes marginais para suas comunicações e se apoiavam em redes de transações financeiras internacionais, nem sempre legais; além disso, suas células geralmente usavam o comércio ilícito – de falsificações, por exemplo – para sobreviver. À medida que tomou conta da política internacional, dias aos o 11 de Setembro, a preocupação com as “finanças terroristas” trouxe consigo uma percepção crescente de que o comércio ilícito era parte do problema”.



*coordenadas condutoras* ao longo das quais até agora as contradições iminentes da Modernidade tiveram resposta *post hoc* e, desse modo, foram encobertas, deslocadas e renovadas. Isso vale para cada dinâmica isolada, porém vale ainda mais para a soma delas.<sup>256</sup>

Em suma, carece de coerência uma proposta estruturada em fundamentos típicos de sociedades totalitárias, buscando apresentar respostas a uma realidade social completamente distinta e ainda pouco conhecida sequer pelos teóricos modernos, eis que sem precedentes na história da humanidade.

De tudo isso, é possível constatar que o direito penal do inimigo, nos moldes em que foi proposto, não apenas deixa de cumprir a finalidade do próprio direito penal, como também é suscetível de desencadear graves injustiças, precisamente em razão de sua principal proposta, qual seja, o afastamento das mínimas garantias processuais (e fundamentais) dos acusados em face do poder irrestrito do Estado.

O direito penal do inimigo é, pois, além de totalmente incompatível com a idéia de Estado Democrático de Direito, e de todas as suas garantias, não cumpre com a sua própria razão de ser: conferir efetividade ao sistema penal, resolvendo os problemas da criminalidade moderna presente nas sociedades contemporâneas.

---

<sup>256</sup> BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 24-25.

### 4.3 A PRESENÇA DA TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Jakobs partiu do pressuposto, já em seus primeiros estudos sobre o direito penal do inimigo (1985) de uma contaminação das legislações, sendo esse o motivo do alerta. Posteriormente Jakobs deu forma a teoria, de maneira a evitar o uso desse direito penal parcial juntamente com o direito penal do cidadão.

O estudo do direito penal do inimigo (desde sua concepção) possui raízes na análise das leis que compõem o sistema criminal de um determinado país, ou então das leis que ditam sua política criminal. Daí de ser possível concluir que a tendência ao desenvolvimento de um direito penal do inimigo é verificável concretamente, em particular na legislação penal.

A conseqüência lógica e natural, portanto, de uma pesquisa dessa envergadura acerca do direito penal do inimigo, e que tenha por objetivo resultar em uma aplicação prática, seria, de fato, um estudo pormenorizado dos principais diplomas legais penais, na expectativa de se averiguar a presença da teoria de Günther Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>257</sup>

Por razões igualmente óbvias, não se mostraria adequado, talvez até impossível, a análise de todas as normas penais já produzidas e em vigor, classificando-as *em normas do (ou para o) cidadão e normas do (ou para o) inimigo*, haja vista o sem número de normas e alterações legislativas, o que tornaria o estudo defasado já entre a escrita e a impressão.

---

<sup>257</sup> Tal objetivo, no decorrer da pesquisa mostrou-se inócuo, conforme será abordado adiante.

Por outro lado, não se pode afastar da constatação anteriormente abordada, acerca da impossibilidade de ponderar-se princípios “em abstrato”. É bem verdade, porém, que algumas questões legais não se encontram afeitas ao procedimento de ponderação, o que torna mais viável a abordagem da legislação de maior relevo (ou impacto) e a mais doutrinária e teoricamente controvertida, o que de fato se tencionou fazer.

Nessa perspectiva, o Brasil se apresentou como sendo um campo fértil para tal análise, uma vez que a cada dia torna-se mais evidente a consagração no direito penal nacional de uma tendência ao recrudescimento dos sistemas de controle em detrimento das garantias consagradas constitucionalmente, apontando para a influência (ou desenvolvimento) de um direito penal do inimigo.

Sinale-se que se na prática legislativa já era possível vislumbrar a utilização simbólica do direito penal<sup>258</sup>, nos meios de comunicação observou-se uma crescente tendência de sensacionalismo e difusão do medo, naquilo que a imprensa instituiu como sendo a “Guerra do Tráfico”, termo inclusive adotado na doutrina jurídica.

Merece destaque que com a admissão da nomenclatura “guerra”, não demorou muito para que diversos setores da sociedade passassem a admitir, também, medidas extremas, como a própria pena de morte, sem uma prévia reflexão acerca das conseqüências à lógica interna do direito penal nacional.

Quanto a esse último aspecto, não se trata de mera frase de efeito a afirmação de existir no país a hipótese de pena de morte, haja vista que o Decreto n.º 5.144 de 16 de julho de 2004, em seu art. 4º, estabelece que as aeronaves suspeitas de tráfico de drogas estão sujeitas à destruição em pleno vôo.

---

<sup>258</sup> Direito penal simbólico que vai se caracterizar: “em primeiro lugar, pela tendência de demonstrar a rapidez dos reflexos de atuação do legislador face ao surgimento de problemas novos, em segundo lugar pela tendência do legislador de se identificar com determinadas preocupações dos cidadãos, de modo que procura suscitar na sociedade a confiança de que está fazendo algo em relação aos problemas que àquela pareciam irresolúveis, produzindo o efeito de acalmar as reações emocionais que produzem entre os cidadãos”: AFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 122-123.

Não é desprovido de razão afirmar que a norma indicada contemplou, num estado de normalidade – em certa medida – a pena de morte, o que até então no Brasil (por força constitucional) era excepcionalidade presente apenas nos casos de guerra declarada.

Nesse peculiar exemplo percebe-se a intenção do legislador e das instituições públicas em trabalhar com a premissa fundamental de que o Estado pode agir de dois modos completamente distintos com relação aos “delinqüentes”: tratá-los ou como cidadãos que incorreram em um erro, passíveis de emenda, ou então tratá-los como *“indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico [a sociedade], mediante coação”*.<sup>259</sup>

No caso do decreto acima referido, o legislador coloca em par de igualdade as aeronaves *“hostis”* e as aeronaves *“suspeitas”* de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Saliente-se que, de maneira bastante sutil, a legislação trata de aeronaves, desconsiderando a existência de pessoas a bordo. Tecnicamente, estar-se-ia abatendo apenas o avião, mas não as pessoas.<sup>260</sup>

Ressalvado o aspecto acima, na (in)coerência do legislador, se o suspeito de tráfico estiver em pleno vôo, pode ser decretada sua pena de morte. Se capturado em terra, ainda que seja pego em tentativa de fuga, ou com resistência à prisão, responderá a processo criminal, com o que cumprirá pena máxima de 30 (trinta) anos (soma das penas).

De qualquer sorte, no que se refere à realidade brasileira corriqueira (uma vez que, de fato, o abate de aeronaves é situação rara), confirma-se o alerta

---

<sup>259</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 42.

<sup>260</sup> A situação parece assemelhar-se a uma expressão do direito penal do inimigo, embora a legislação trate do abate de aeronaves, não considerando as pessoas em si (o inimigo). Porém, sinala-se que o abate é o extremo da abordagem, eis que no atendimento das instruções prévias a esse estágio, preserva-se o veículo (e as pessoas). Assim, se tomadas as precauções, uma aeronave que não atendesse às orientações, de fato demonstra ser hostil vindo, podendo ser declarada como ameaça à segurança nacional.

acerca da expansão do direito penal, em especial como característica das sociedades de risco.

Esse verdadeiro frenesi legislante brasileiro, que já encontrava respaldo nos discursos sociais e políticos no sentido de ser este o único caminho para a contenção da violência dita generalizada, acabou encontrando ainda maior amparo após os eventos de maio de 2006, no Estado de São Paulo.<sup>261</sup>

É de extremo relevo chamar a atenção para esse fato, pois embora a política criminal vigente – pelo menos no plano teórico – apregoe o uso do direito penal como última instância de controle social, observando-se o absoluto respeito à legalidade e aos direitos humanos na atuação do aparato repressivo do Estado<sup>262</sup>, inclusive tratando como excepcionalidade a prisão sem condenação, na prática, o que se constata é muito diferente.

Basta observar como a idéia do "clamor social" (decorrente de um temor –artificial – generalizado) tem servido de argumento para justificar situações não amparadas inclusive na legislação. Diversos são os julgados que deixam transparecer essa realidade, a qual contaria todas as diretrizes da política criminal nacional<sup>263</sup>, flexibilizando indevidamente as garantias constitucionais vigentes.

É o caso observado no HC n.º 78.632 do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu por adequada a fundamentação emanada pelo juízo monocrático, que assim se manifestou pela custódia cautelar de uma pessoa acusada de integrar quadrilha que se dedicava à prática de extorsão mediante ligação telefônica:

---

<sup>261</sup> Em maio de 2006, o Estado de São Paulo, principalmente, sofreu uma série de atentados contra entidades governamentais e civis. As ações foram coordenadas por uma facção criminosa denominada PCC – Primeiro Comando da Capital. Embora o ápice do incidente tenha ocorrido no mês de maio, os ataques continuaram sendo perpetrados. O alvo dos criminosos tem sido o sistema de transporte coletivo urbano, policiais, delegacias, agentes penitenciários e órgãos do poder legislativo e executivo.

<sup>262</sup> Vide nota de rodapé 146.

<sup>263</sup> Vide notas de rodapé 147 a 151.

“Dos vinte e um denunciados, nove integram o efetivo carcerário do Estado, o que parece que não foi suficiente para proteger a sociedade da sanha criminosa dos mesmos. Continuam a delinquir, contando com o valioso concurso de familiares e pessoas que estão em liberdade, para extorquir inúmeras vítimas - em sua grande maioria, indefesas -, em expediente ilícito que, como bem assinalado na d. promoção ministerial, vem causando intenso clamor social, não só nesta mas também outras unidades federadas - já sendo, inclusive, objeto de ampla divulgação pelos veículos de comunicação -, a comprometer seriamente a ordem pública e exigir pronta e enérgica resposta estatal. Não é preciso muito esforço para compreender que se trata de indivíduos da mais alta periculosidade - e não só os que já estão presos. Urge, pois, trazer de volta a sensação de segurança à população ordeira, restabelecendo a credibilidade das instituições”.

Pelas peculiaridades que envolveram o caso, de fato parece estar presente a hipótese da segregação cautelar utilizando-se estritamente os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Todavia, o que salta aos olhos é a necessidade que se encontrou em fundamentar a decisão mais quanto ao “clamor social” do que efetivamente quanto aos requisitos legais.

A mesma influência, sob o aspecto político-criminal, é percebida no caso do seqüestro da mãe de um jogador de futebol com o objetivo de extorsão. Nesse caso, embora reformada a decisão no Superior Tribunal de Justiça, o decreto prisional assim foi fundamentado no tribunal de origem:

“No que se refere ao pedido de prisão preventiva, assiste razão ao parquet.

Extrai-se da inicial e do caderno investigatório que os réus, em tese, praticaram crime extremamente grave, qual seja, extorsão mediante seqüestro, crime elencado entre aqueles considerados hediondos, além de outros também considerados graves.

Depreende-se outrossim, das narrativas constantes nos autos, a personalidade audaciosa, covarde e perigosa dos increpados porquanto seqüestraram a vítima em meio a um churrasco, em frente a outras pessoas, acreditando, quiçá, na impunidade.

Ademais, como bem salientou a douta representante do Ministério Público, faz-se necessária a custódia cautelar dos acusados para garantia da ordem pública não somente pela comoção nacional, já que a vítima é mãe de jogador de futebol, mas também para mostrar o braço firme do Estado, visto que após o cometimento

deste delito muitos outros com a mesma espécie de vítima, por inspiração, foram cometidos”.<sup>264</sup>

Além da confusão entre os pressupostos da custódia cautelar, em especial no que se refere à “garantia da ordem pública”, transparece na referida decisão termos que remetem à construção teórica de um direito penal do inimigo, tais como: comoção nacional (nacionalismo – diferenciação entre inimigos e cidadãos), braço firme do Estado (autoritarismo), personalidade audaciosa e covarde (direito penal do autor).

Tais posturas encontram-se dissociadas da política criminal vigente, da mesma forma que não apresentam qualquer respaldo na legislação penal, ao contrário, violam importantes garantias processuais e constitucionais de caráter fundamental.<sup>265</sup>

Não se está, por óbvio, afirmando que tais atos não devem ser responsabilizados. Todavia, há de se manter hígida a ordem jurídica (constitucional e infra), sob pena de cair-se em decisionismos judiciais. Ademais, não cumpre ao julgador a tarefa de ponderar sobre o direito conforme suas convicções morais, como remetem os termos “covarde”, “personalidade audaciosa”, utilizados pelo julgador no voto acima transcrito.

O decisionismo aqui referido já há muito é alertado por Lenio Streck, o qual desvela com precisão o alto poder de discricionariedade presente no positivismo, resultante de um desprendimento do direito à realidade prática, refratário ao novo constitucionalismo.<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 63742. Impetrante: Beatriz Dias Rizzo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 14 de novembro de 2006.

<sup>265</sup> Nesse sentido, conferir o artigo 312, do Código de Processo Penal, e os artigos 5º, LIV, LXI e 93, IX, da Constituição Federal brasileira de 1988.

<sup>266</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. p. 05.

Parte desse problema, ainda na esteira da abordagem proposta por Streck, deve-se à (equivocada) utilização das Teorias do Discurso, as quais possibilitam múltiplas respostas, ao sabor do intérprete, quando, na verdade, “o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja”, não é o que “o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes dizem que é”<sup>267</sup>, motivo pelo qual, além de incorreto, é temerário permitir decisões embasadas nos critérios morais do julgador.

O problema parece agravar-se com relação à criminalidade mais gravemente considerada, objeto de estudo pelo direito penal do inimigo, justificando a afirmação de que tais assuntos são tratados com uma “*conduta espontânea e impulsiva*”<sup>268</sup> pelas autoridades governamentais. Nesse sentido, também é importante sinalar a dissociação existente entre a política criminal brasileira e os recentes acordos internacionais dos quais o Brasil toma parte.

Se por um lado promove-se a concepção de direitos “*como elemento necessário e indispensável para a formulação, execução e avaliação de políticas públicas*”<sup>269</sup>, por outra via – contrariando a vigente política criminal<sup>270</sup> – sugere-se a alienação antecipada de bens<sup>271</sup> (nas suspeitas de lavagem de dinheiro), a antecipação da barreira de punição ao nível do planejamento nas condutas

---

<sup>267</sup> STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p. 239.

<sup>268</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 22.

<sup>269</sup> BRASIL. Decreto n.º 4.229, de 13 de maio de 2002. Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 14 de maio de 2002, p. 6.

<sup>270</sup> BRASIL. Resolução n.º 16, de 17 de dezembro de 2003 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.º 248, 22 de dezembro de 2003, seção 1 pág. 34-35: Art. 2º, V.

<sup>271</sup> BRASIL. Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro – ENCLA 2005. Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro. Ministério da Justiça: Meta 15: Elaborar anteprojeto de lei de alteração do Código de Processo Penal e do Código Penal que dinamize os procedimentos de apreensão, arresto, seqüestro, destinação e alienação de bens, direitos e valores; institua a alienação antecipada para preservação do valor dos bens indisponibilizados, sempre que necessária; destine aos Estados e Distrito Federal os bens, direitos e valores cuja perda tenha sido decretada no âmbito dos processos de sua competência.



terroristas<sup>272</sup> ou crime organizado transnacional<sup>273</sup>, bem como a tentativa de se voltar a opinião pública a favor de medidas cada vez mais repressivas.

Quanto a esse último aspecto, vale transcrever o artigo 31 do Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional:

Artigo 31. 5. Os Estados Partes procurarão sensibilizar melhor o público para a existência, as causas e a gravidade da criminalidade organizada transnacional e para a ameaça que representa. Poderão fazê-lo, quando for o caso, por intermédio dos meios de comunicação social e adotando medidas destinadas a promover a participação do público nas ações de prevenção e combate à criminalidade<sup>274</sup>.

Além da presença desses elementos, percebe-se na própria legislação infraconstitucional brasileira de aplicação mais freqüentemente, as mesmas discrepâncias.

Sobre essa realidade, talvez no topo da lista entre as normas que mais sucitaram esse tipo de análise esteja a Lei Ordinária n.º 8.072 de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes considerados hediondos. Inúmeras e

---

<sup>272</sup> BRASIL. Decreto n.º 3.976, de 18 de outubro de 2001. Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de outubro de 2001, p. 4: 2. Decide também que todos os Estados devem: (...) e. Assegurar que qualquer pessoa que participe do financiamento, planejamento, preparo ou perpetração de atos terroristas ou atue em apoio destes seja levado a julgamento; assegurar que, além de quaisquer outras medidas contra o terrorismo, esses atos terroristas sejam considerados graves delitos criminais pelas legislações e códigos nacionais e que a punição seja adequada à gravidade desses atos;

<sup>273</sup> BRASIL. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de março de 2004, p. 1: 1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente: a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa: i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

<sup>274</sup> BRASIL. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de março de 2004, p. 1.

conhecidas são as objeções à referida lei, que não instituiu novos crimes no ordenamento jurídico, mas apenas um tratamento diferenciado a uma determinada classe de delitos, o que foi objeto de acirrados debates, em especial no que tange à possibilidade de progressão de regime e livramento condicional.

A questão hoje se encontra pacificada após recente alteração legislativa que permitiu a progressão do regime prisional, embora com a observância de requisitos objetivos diferenciados da outra classe de delitos.<sup>275</sup>

De qualquer sorte, a referida Lei dos Crimes Hediondos ainda se apresenta como importante fonte de análise, especialmente no que se refere aos motivos sociais que ensejaram a abertura constitucional para a possibilidade do tratamento diferenciado aos chamados crimes hediondos. Acerca dessa realidade, Alberto Silva Franco assim discorreu:

"Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico: o dano econômico cresceu sobremaneira, atingindo seguimentos (sic) sociais que até então estavam livres de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu gigantismo incomum; a tortura passou a ser encarada como uma postura correta dos órgãos formais de controle social. A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando uma idéia de que seria mister, para desenvolvê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda das tradicionais garantias do próprio Direito Penal e do Direito Processual Penal".<sup>276</sup>

O relato de Alberto Silva Franco coincide com a realidade também referida por Jakobs ao estruturar o direito penal do inimigo.

---

<sup>275</sup> Lei Ordinária nº 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

<sup>276</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 75.

Ainda no campo da chamada execução penal, ressalta-se a Lei ordinária n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que instituiu na Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) o chamado Regime Disciplinar Diferenciado.

O regime em questão é aplicado ao preso (provisório ou condenado) quando este pratica um crime doloso (que constitui falta grave) e quando tal fato venha a promover a subversão da ordem ou disciplina internas, conforme definição legal presente no art. 52 da Lei de Execuções Penais.

Quanto a esse aspecto até não seria incongruente o tratamento conferido pelo legislador, haja vista que, de fato, determinados presos necessitam de precauções diferenciadas. Porém, o que salta aos olhos é o teor dos parágrafos primeiro e segundo do art. 52 da Lei de Execução Penal, que assim dispõem:

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.<sup>277</sup>

É de fácil percepção que a norma penal acima transcrita é extremamente vaga em suas disposições, não sendo incorreto classificá-la como verdadeiro tipo penal aberto, o que viola frontalmente o princípio constitucional da taxatividade. Da mesma forma, sabe-se que normalmente as segregações cautelares são determinadas justamente quando há um mínimo de prova no processo, o que tornaria inviável a defesa de um acusado que estivesse em tal situação. Na mesma situação, inviável seria até mesmo socorrer-se do remédio

---

<sup>277</sup> Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984

heróico, *habeas corpus*, já que tal medida não admite longos arrazoados ou dilação probatória.

Assim, dadas essas condições, o “alto risco” e as “fundadas suspeitas” serão elementos que ficarão totalmente ao critério da autoridade coatora. Ou seja, qualquer fundamentação, mesmo que superficial, pode ser suficiente para justificar (pelo menos formalmente) a medida.

Argumento crítico semelhante pode ser utilizado quando da análise do art. 4º, parágrafo único, da Lei n.º 7.492 de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e institui o crime de “Gestão Temerária”.

Sobre o tema, Callegari chama a atenção para o seguinte fato:

Ocorre que estas cláusulas abertas, como o tipo penal que prevê a gestão temerária (art. 4º), supõem uma desmedida amplitude e incorreção do preceito que contém. Assim, a redação de tipos penais abertos como o de gestão temerária choca frontalmente com os princípios básicos do Direito Penal e que também se encontram reconhecidos na Constituição Federal, como é o caso da legalidade. O termo utilizado pelo legislador também entra em contradição com os princípios de segurança e de taxatividade jurídicas, já que, deste modo, supõe que o julgador tenha que penalizar qualquer comportamento que tenha como finalidade gerir temerariamente uma instituição, sem, ao menos, deixar claro o que seja tal temeridade, aliás problemática afeita aos tipos penais abertos.<sup>278</sup>

Somado a essas relevantes constatações, está o fato de que a expressão temeridade já traduz, por si só, a idéia de risco. Perceba-se que o legislador não trata do dano em si, mas apenas do risco de dano (temeridade). Logo, há a antecipação das barreiras punitivas, no intuito de controlar os riscos

---

<sup>278</sup> CALLEGARI, André Luis. Gestão Temerária e Risco Permitido no Direito Penal.; Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, 2005, ano 6, v. 11, p. 48.

das operações praticadas pelas instituições financeiras, por mais contraditório que isso possa parecer.<sup>279</sup>

Poder-se-ia citar, ainda, uma série de normativos aos quais poderiam ser atribuídas características ou elementos de direito penal do inimigo, tal como a Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006<sup>280</sup>, a Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003<sup>281</sup>, a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006<sup>282</sup>, a Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998<sup>283</sup>, a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995<sup>284</sup>, e outras.

Todas essas espécies normativas, decretos, leis, acórdãos, tem a intenção de demonstrar a incoerência entre a política criminal que se diz adotar e a atividade legislativa brasileiras. Tais fatores direcionam a pesquisa à principal indagação que esta propõe responder: o ordenamento jurídico penal do Brasil vem recebendo influências do direito penal do inimigo? Colocada de outra forma:

---

<sup>279</sup> A contradição reside justamente no fato de que, no que se refere ao sistema financeiro, quanto maior o risco, maior o lucro. Assim, a idéia de risco é intrínseca às relações financeiras. Por outro lado, incoerência maior ainda é deixar ao poder do judiciário a definição do limite de risco tolerável. Em outras palavras, a avaliação de risco por um agente financeiro (especialista na área), seguramente é mais confiável (ou pelo menos mais coerente com o sistema) do que a “opinião” de juízes.

<sup>280</sup> “Lei Maria da Penha”, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A referida lei, assim como a lei dos crimes hediondos, não cria novos tipos penais, apenas cria tratamento diferenciado para os crimes considerados como violência doméstica e familiar. Tem-se aqui a expressão legislativa do direito penal do autor e do direito penal simbólico.

<sup>281</sup> A lei dispõe sobre o Estatuto do Idoso, criando alguns tipos penais específicos (derivativos de outras figuras já conhecidas, como estelionatos e outras fraudes), bem como agrava alguns outros que já estava presentes no ordenamento, quando cometidos contra vítima maior de 60 (sessenta) anos. Sinal-se que a norma em questão cria uma barreira meramente cronológica que pode vir a trazer dificuldades de ordem técnica. Na verdade, o que se fez em muitos trechos da lei foi criar uma presunção de hipossuficiência, *mutatis mutandi*, semelhante à presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal

<sup>282</sup> Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. O art. 44. da lei dispõe que os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 “são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. Na prática, existem situações limítrofes, em que meros usuários (sem antecedentes criminais) acabam respondendo ao processo em prisão provisória tão-somente pela tipificação dada ao delito no momento do oferecimento da denúncia.

<sup>283</sup> Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. A boa lógica indica que para se ter o crime de lavagem de dinheiro, mostra-se necessário a constatação do crime antecedente. No entanto, o art. 2º, inciso II, da lei prevê que o processo e julgamento dos crimes de que trata a lei, independem do processo e julgamento dos chamados crimes antecedentes. Da mesma forma que ocorre com os crimes de tráfico de entorpecentes, os crimes aqui definidos são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória (art. 3º).

<sup>284</sup> Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Sinal-se não haver na referida lei, assim como em nenhuma outra do âmbito nacional, a definição do que seria uma “organização criminosa”.

é possível observar traços (mesmo que sutis) do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro?

Considerando a realidade já exposta, uma análise *a priori* do tema induz a uma resposta afirmativa. Todavia, quando confrontamos a questão com as bases da teoria de Jakobs, a resposta já não se mostra tão simples.

Na realidade, não se desconhece que o direito penal do inimigo surge justamente quando da análise de Jakobs acerca da legislação penal da Alemanha, onde se percebe os contornos de um direito penal parcial, conforme já abordado. No entanto, quando, num segundo momento, Jakobs apresenta a teoria do direito penal do inimigo de modo estruturado na separação entre duas categorias de sujeitos (os cidadãos e os inimigos) e direcionada à finalidade de efetividade do direito penal, a teoria não comporta mais a mesma abordagem.

Embora ainda se persista nas afirmações de que o direito penal do inimigo reside e pode ser identificado a partir da leitura dos textos legais, de todo o exposto, a conclusão aponta para o sentido inverso. E para se chegar a tal conclusão, deve-se novamente partir de um dos pilares da construção teórica de Jakobs, a de que aos cidadãos são conferidos os direitos inerentes à sua “condição”, já os inimigos são despidos de todos esses direitos (são ameaça, não pessoas), devendo ser eliminados.

Essa é uma questão chave na teoria de Jakobs e que deixa expressa que não há possibilidade de comunicação jurídica entre inimigo e Estado, mas apenas um dever de inocularização. Conseqüentemente, e somando-se a isso o fato de que o direito penal do inimigo vem a ser uma teoria de política criminal, não seria de todo correto buscar sua expressão prática justamente nos textos normativos, como se fosse ali o nascedouro da teoria.

Colocando a questão sob outra perspectiva, e analisando-a mais a fundo: ora, se ao inimigo não são concedidos direitos, seria, de certo modo, ilógico tentar encontrar justamente na legislação os traços dessa teoria, ainda que

se tratassem de normas buscando a “flexibilização” de garantias fundamentais (mesmo ao arrepio da constituição). Sinale-se, pois, que ao inimigo não se flexibilizam direitos, antes estes são suprimidos.

Na realidade, as normas investigadas, conforme acima discorrido, apresentaram traços de outros movimentos do direito penal, como o direito penal simbólico, a expansão do direito penal e o direito penal do risco. É notável a relação entre esses movimentos e o direito penal do inimigo. Contudo, isso não autoriza dizer que essas seriam também expressões da teoria de Jakobs. Ou seja, as características destes movimentos, não podem ser atribuídas (ou relacionadas) diretamente à teoria de Jakobs, seja sendo essa uma consequência daquelas, seja sendo aquelas elementos integrantes dessa.

Para clarear ainda mais a questão, mostra-se oportuno registrar que quanto ao primeiro movimento (direito penal simbólico), este é indevidamente vinculado à teoria de Jakobs. Isso, pois, conforme bem refere Santoro Filho, o direito penal simbólico é:

“uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alarmeiam, da criminalidade”.<sup>285</sup>

Pois bem, ao contrário do que se apregoa na teoria da imputação objetiva (que se filia à concepção da prevenção geral positiva das penas), Jakobs busca no direito penal do inimigo a prevenção especial negativa. Ou seja, Jakobs não atribui ao direito penal do inimigo nenhuma outra função senão a própria inocuidade do indivíduo (ameaça).

---

<sup>285</sup> SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: LED, 2002

Portanto, referir que a teoria de Jakobs seria a utilização simbólica do direito penal não se coaduna com os fundamentos da teoria. Ademais, Jakobs parte da clara concepção de que os inimigos assim o são por terem se afastado definitivamente da condição de cidadãos proporcionada pelo Estado (seja por afronta ao Estado, seja pela reiteração de atos criminosos). Logo, por receberem tal consideração, o aumento de penas ou a antecipação de barreiras punitivas, etc., jamais teriam uma função simbólica a estes.

É dizer, se o inimigo já se encontra afastado da sociedade (não cidadão) então é porque já rompeu com o pacto (contrato), sendo-lhe indiferentes as criações normativas que advenham do Estado. O inimigo é inimigo por convicção, não por oportunidade.

Assim, a legislação não teria qualquer função simbólica para o inimigo em si (mensagem dissuasória).

Já no que se refere ao cidadão, a conclusão é a mesma. Ora, sabe o cidadão que o inimigo afastou-se permanentemente do convívio, revoltando-se contra o Estado e sociedade. Assim, também sabe o cidadão que o inimigo não será atingido pela coação psicológica da lei e que não deixará de perpetrar seus atos em face de alguma norma mais repressora que venha a ser instituída. Logo, normas penais mais contundentes não resultarão em efeito psicológico tranquilizador ao cidadão.

A exceção talvez sejam as normas tendentes a antecipar as barreiras punitivas, ou seja, conseguir responsabilizar o infrator no estágio prévio à lesão. Todavia, os efeitos negativos decorrentes dos atos arbitrários perpetrados contra cidadãos inocentes fariam ruir a crença popular na ação dos agentes públicos.<sup>286</sup> Bastaria um ato policial mal sucedido para fazer ruir a mensagem simbólica de dezenas de intervenções legítimas.

---

<sup>286</sup> Cite-se as barreiras realizadas pela polícia na entrada das favelas em que não raro dispensam à cidadãos trabalhadores tratamento dado a animais de abate. Cumpre sinalar, também, a comoção internacional ocorrida na morte do brasileiro Jean Charles de Menezes, em metrô em Londres, abatido como suspeito de ser um terrorista.



Diante disso, não há espaço para se falar em direito penal simbólico e direito penal do inimigo no mesmo âmbito de discussão. Em suma, o direito penal simbólico não se presta ao seu fim para atemorizar os inimigos, tampouco para confortar os cidadãos.

Quanto à expressão do direito penal do risco, sob o aspecto da criação de novos tipos penais que incluíam a noção de risco, na visão de Prittwitz, igualmente não se poderia encontrar uma identidade com o direito penal do inimigo. O risco, em sua concepção central, está relacionada com a previsibilidade entre a obtenção de um resultado esperado e a não obtenção deste mesmo resultado, ou então um resultado não apenas inesperado, mas indesejado.

Sobre o risco, Abbagnano, citando ele próprio, em seu Dicionário de Filosofia apresenta a seguinte definição ao verbete *Risco*:

“A pretensão implícita na decisão baseia-se numa indeterminação efetiva, ou seja, na possibilidade de que as coisas se passem de maneira diferente daquilo que eu decido; mas também se baseia no fato de eu, que decido, assumir esse R., bem como na consideração de todas as possíveis garantias que eu possa obter (ABBAGNANO, *Introduzione all'esistenzialismo*, 4ª ed., 1957, I, 3).<sup>287</sup>”

O risco, portanto, assim considerado, é intrínseco às escolhas sociais. Para gerir o risco é necessário, pois, previsibilidade. Essa previsibilidade é cobrada do legislador, que passa a analisar a sociedade como um todo, transformando condutas que até então eram tidas como normais, em delitos. Isso, pois, consideradas conjuntamente, vem a apresentar um risco social que deve ser evitado.

---

<sup>287</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 858-859.

Díez Ripollés distingue os aspectos essenciais dessa política criminal, nos seguintes termos:

“1. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; (...). 2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal de bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo (...). 3. Anticipación del momento en que procede la intervención penal (...). 4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y el conjunto de garantías penales y procesales”.<sup>288</sup>

Assim, resta claro que o objeto de atenção do chamado direito penal do risco não coincide com o objeto da teoria de Günther Jakobs, o que não significa dizer que inexistem pontos comuns entre as duas teorias.

De especial importância registrar que muito embora grande parte da doutrina, e até mesmo Jakobs, ainda se detenha à análise das normas penais, a investigação dos fundamentos da teoria do direito penal do inimigo demonstra que este é, quando muito, mero reflexo da teoria. Isso, pois, é na relativização do conceito de pessoa que reside o perigo do direito penal do inimigo, eis que, quando seriamente considerado, pode resultar na modificação de todo o sistema criminal, sem que sequer seja necessária uma alteração legislativa propriamente dita.

Isso, pois, se ao inimigo é negada a condição de pessoa e cidadão, então lhe é negada a condição de sujeito de direito. A revisão do conceito de pessoa tornaria inaplicável a determinado indivíduo todo e qualquer direito, inclusive garantias, podendo ser-lhe dispensado (como diz Jakobs) tratamento como se fosse uma “coisa”.

---

<sup>288</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado**. In: Política Criminal, Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 85-86.

Nessa releitura do conceito de cidadão, as normas penais passariam a ter um caráter meramente procedimental. Ou seja, as normas vinculariam os agentes públicos enquanto dever funcional, não podendo ser apresentadas como garantias ao réu/inimigo. Em suma, as normas penais, para os inimigos não teriam um viés garantista. O reflexo disso é que, em passando a ser normas de caráter procedimental, os agentes públicos deveriam responder – em caso de eventual falta – perante suas próprias corporações, eis que eventual excesso não poderia ser considerado praticado contra um cidadão ou pessoa. Na verdade, o excesso seria com relação à função em si, e não com relação ao “objeto” afetado, uma vez que tal não seria sujeito de direitos.

A partir dessas constatações, volta-se novamente à questão posta (é possível observar traços do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro?), em respeito à coerência e aos limites da teoria de Jakobs, a resposta é não. Não se tem essencialmente no Brasil, pelo menos não ainda, espaço para a discussão de dois círculos de direito penal em um mesmo contexto jurídico-penal. Sustentar o contrário exigiria a defesa de que não se tem, pelo menos formalmente, constituído no Brasil um Estado Democrático de Direito, o que já seria um erro.

Além disso, sustentar a existência de elementos (traços) do direito penal do inimigo na legislação penal brasileira requer o reconhecimento de que, em determinadas circunstâncias, haveria espaço para o afastamento ou relativização dos conceitos de pessoa e cidadão dos indivíduos em solo nacional – o que por óbvio não é possível.

Assim, embora seja possível perceber certa influência (presença) de outros movimentos penais, como os acima analisados (direito penal do risco, direito penal simbólico, expansão do direito penal), não parece ser possível apontar traços do direito penal do inimigo na legislação brasileira, sem que para isso se pressuponha a desestruturação do projeto constitucional de 1988, o que não é possível.

Malgrado isso, a impossibilidade de se aceitar a presença normativa do direito penal do inimigo não significa dizer que este não é aplicado no Brasil, ou que este não seria possível de aplicação. Ao contrário, o direito penal do inimigo tem se feito bastante presente, mas não através da legislação, uma vez que o decorrer da investigação constatou-se que a proposta de Jakobs é anterior à própria legislação, pois parte da relativização do conceito de pessoa e seu sentido jurídico.

Dados tais contornos, o mero olhar dogmático não dá conta de perceber a real implicação da teoria do direito penal do inimigo e peca por deter-se à análise das conseqüências e não de seus fundamentos. Por conseguinte, qualquer tentativa classificatória de normas tendentes ao direito penal do inimigo e de normas tendentes ao direito penal do cidadão é inadequada, não apenas no Brasil, como em qualquer outro país. Isso, pois, o direito penal do inimigo não reside na aplicação de determinada legislação, mas especialmente na ausência de aplicação de determinada legislação.

Em outras palavras, se o inimigo não é um ser passível de direitos (pretensão), então não há o que se falar em aplicação de legislação a este. Quando se fala em direito penal do inimigo, se fala, antes, no conceito de cidadão. Assim, caberia apenas identificar quem é cidadão e quem é inimigo. Ao cidadão aplicar-se-ia a legislação, ao inimigo a inocuidade total.

Assim, podemos perceber a teoria de Jakobs sendo aplicada em todas as relações Estado x Indivíduo, quando esse suprime os direitos fundamentais deste, tomando-o como inimigo, perigoso e não socializável. É, em última análise, na ponderação de princípios de reconhecimento do indivíduo como pessoa (dignidade, ampla defesa, integridade físico, etc.).

Nessa linha de reflexão, não é necessário que o legislador disponha quais leis seriam aplicadas ao inimigo; a bem da verdade, como afirmado anteriormente, não seria necessária sequer uma só alteração legislativa. Bastaria apenas a relativização do conceito de cidadão e pessoa humana. No caso do

Brasil, bastaria chegar-se a um consenso acerca da abrangência do art. 1º, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988.

Justamente nesse aspecto é que reside o maior perigo da teoria de Jakobs, pois ao possibilitar uma justificação (*pseudo-*)racional do conceito de pessoa, o direito penal do inimigo poderia ser efetivado sem qualquer alteração legislativa.

Tal fato poderia se dar das mais diversas formas, mas principalmente na motivação das decisões jurídicas (recorda-se a motivação da prisão cautelar com fundamento em circunstâncias não previstas), nos atos e procedimentos investigatórios e de abordagem policial, etc.

Voltando à realidade brasileira, não é preciso muito esforço para se chegar à conclusão de que a melhor expressão do direito penal do inimigo reside não na legislação cada vez mais repressiva (características de outros fenômenos sociais e jurídicos), mas sim no olhar que o Estado lança sobre o indivíduo, sobre o cidadão. Isso, pois, para o direito penal do inimigo, a pessoa é vista não como ser em seu aspecto substancial, mas sim quanto ao papel que este (supostamente) desempenha na sociedade.<sup>289</sup>

Em síntese, não se mostraria necessária a criação de uma gama de leis com elementos notadamente discriminatórios e contundentes, até mesmo porque o inimigo não estaria sujeito às leis do Estado. Bastaria a fundamentação (ou arremedo de fundamentação) de prisões e outras medidas cautelares (hoje banalizadas) tendo por base elementos não jurídicos, a ação policial com intuito de extermínio (embora não declaradamente), ou a submissão de um preso a condições subumanas e com caráter meramente inocuidador (procedimentos esses há muito tempo praticados no Brasil).

---

<sup>289</sup> Abbagnano recorda que a palavra pessoa deriva de *persona*, que no latim possui o significado de máscara, no sentido de personagem. Assim, pessoa trazia relação com o conjunto de relações que ligavam o homem a uma determinada situação. Com o tempo o termo agregou a noção de substancialidade da pessoa, ao qual se somou a doutrina cristã. ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 761-762

Todas essas medidas, seguramente (embora não declaradamente) pressupõem uma flexibilização do conceito de cidadão e de pessoa humana e, portanto, mostram-se como verdadeira expressão de um direito penal do inimigo.

Assim, se a liberdade exige a constante vigilância (como advertia Aldous Huxley e Thomas Jefferson), esta vigilância hoje deve ser dirigida muito mais à prática do Poder Executivo e às decisões judiciais, do que às criações legislativas. Isso, pois, é notório que o alcance das últimas é determinado através da leitura realizada pelos tribunais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um aprofundado estudo sobre os elementos que definem o chamado direito penal do inimigo, chega-se a conclusão de que este, na forma em que atualmente é proposto, não condiz com um Estado Democrático de Direito, especialmente com aqueles que possuem como diretriz a construção de uma sociedade fraterna e justa, como é o caso do Brasil.

Signale-se que o presente trabalho não comporta apenas uma conclusão, em face da pluralidade de conceitos trabalhados na teoria. Assim, não obstante a premissa acima, várias podem ser as conclusões extraídas de cada um dos aspectos discutidos. Senão vejamos.

No primeiro capítulo da pesquisa, constatou-se que o direito penal do inimigo surge como uma política criminal e, portanto, em tese, sua aplicação seria possível dentro de qualquer sistema criminal.

Averiguou-se, também, a relação existente entre o direito penal do inimigo e a trajetória acadêmica de Jakobs, no intuito de se demonstrar a origem e a coerência presente nos argumentos do doutrinador.

Especificamente nesse ponto, demonstrou-se que Jakobs inicia sua trajetória à luz dos ensinamentos de Welzel, o qual afirmava que o ordenamento jurídico possibilita a criação de uma ordem social, na medida em que prevê as condutas que a agridem. A partir desse momento, volta-se a atenção para as relações existentes entre normas e sociedades.

Adentrando ainda mais nas questões desenvolvidas por Jakobs, verificou-se uma vinculação entre suas idéias e caráter social do ordenamento jurídico, demonstrando que, para o autor, o caráter punitivo do direito penal tem como função manter a previsibilidade das relações sociais. Isso ocorreu de forma tal que a lei positivada não mais compreende a finalidade social da norma, mas sim um elemento denominado risco social.

Ao final do primeiro capítulo, foram identificados os fundamentos iusfilosóficos do direito penal do inimigo.

Viu-se que Jakobs propõe a criação de dois círculos de direitos aplicáveis em um só contexto jurídico: o primeiro, o direito penal do cidadão, restrito aos delitos cotidianos; o segundo, o direito penal do inimigo, aplicável aos casos inversos.

Jakobs partiu da tão difundida concepção contratualista de Jean-Jacques Rousseau acerca das organizações sociais, em que a vontade do Estado representa a vontade geral, assegurando as liberdades individuais.

Jakobs também refere Fichte, reforçando sua concepção contratualista sobre o ordenamento jurídico e evidenciando a distinção que se faz entre os se vinculam ao Estado aqueles que não se submetem ao contrato, ausentes de personalidade. Em sendo muito radical a concepção de Fichte, Jakobs ampara-se nas idéias apresentadas por Hobbes, para quem o bem supremo do homem é sua própria existência, e a boa lei seria aquela que regulasse apenas o necessário para o bem do povo, admitindo, contudo, que este bem possa ser posto à disposição do Estado.

Em Kant, Jakobs amplia a concepção de Hobbes para os infratores que permanentemente ameaçam a sociedade, e não somente àqueles que se insurgem contra o Estado.



No segundo capítulo, os esforços foram no sentido de estabelecer uma relação entre a teoria em análise, o fenômeno da expansão do direito penal, bem como as sociedades pós-industriais.

Nesse ponto, constatou-se que as modernas políticas criminais tendem a expandir a esfera de atuação do direito penal, no intuito de manter-se a ordem social.

Foram trazidos e analisados os principais elementos motivadores da referida expansão, bem como as principais características das sociedades pós-industriais: progresso técnico, sentimento coletivo de insegurança, a identificação da sociedade com a vítima do delito, a descrença de outras instâncias de proteção, o desprezo pelos aspectos formais do direito penal, a desnacionalização e a importância crescente da mídia eletrônica de massas.

Concluiu-se, ao final do segundo capítulo, que o problema da expansão do direito penal parece ser, na sua face mais obscura, o próprio direito penal do inimigo, que, por sua vez, agrega as mesmas tendências que caracterizam o novo modelo social.

Embora se tenha chegado à conclusão de que o direito penal do inimigo não se confunde com outros fenômenos ou doutrinas criminais, o fato é que o direito penal do inimigo surge, também, como resposta a muitos dos desafios que são expostos também por esses fenômenos. Assim, mesmo o direito penal do inimigo se tratando de doutrina delimitada, convive no mesmo cenário social que as demais, nutrindo-se, portanto, do mesmo contexto de problemas por essas enfocados.

No terceiro e último capítulo se procurou focar a questão central do estudo, ou seja, estando delimitado todos os aspectos da teoria e tendo sido realizada sua contextualização no cenário mundial fático e doutrinário, buscou-se uma reflexão acerca da presença da teoria do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Para resolver o problema posto, verificou-se que Jakobs buscou com o direito penal do inimigo a sistematização de uma tendência, aplicada já há muitos anos. Não conseguindo, todavia, satisfazer as necessidades da administração da justiça.

Constatou-se que o direito penal do inimigo, apesar de possuir raízes numa concepção funcionalista e, portanto, de prevenção geral positiva, sua finalidade será a de prevenção especial, na modalidade negativa, pois busca a eliminação de perigos. Conseqüentemente, se os instrumentos coercitivos não previnem as condutas indesejáveis, então carecem de uma finalidade social e, logo, são ilegítimos.

Especificamente com relação à flexibilização dos direitos fundamentais, esta em hipótese alguma mostrou ser viável. E isso pôde ser percebido na idéia central da teoria, haja vista que (diferentemente do que se apregoou) a qualidade de pessoa não é conferida pelo Estado, mas corresponde à própria condição humana, não podendo ser por este ser afastada. A teoria é, pois, inaplicável em um Estado Democrático de Direito, cujos princípios e compromisso foram alçados como verdadeiro pressuposto da pesquisa.

Além disso, a resposta idônea a este tipo de criminalidade se dá com a manifestação da normalidade, reagindo-se de acordo com os critérios comuns de proporcionalidade e imputação. A possibilidade de se afastar as mínimas garantias existentes torna disponível toda a estrutura do processo penal. Nesse aspecto, o direito penal do inimigo se mostra ineficiente para cumprir com a sua própria finalidade, o que faz ruir o seu segundo grande pilar de sustentação teórica.

Ponderou-se, ainda, que o direito penal do inimigo de Jakobs volta-se para uma estrutura social que já não mais existe, o que restou evidenciado ao se estudar os teóricos que o doutrinador utiliza para fundamentar sócio-filosoficamente sua teoria.

Registrou-se uma série de incoerências legislativas que poderiam levar a crer serem estas expressões positivadas de um direito penal do inimigo. Todavia, ao contrário do que a hipótese inicialmente sugeria, não seria lógico constatar a presença do direito penal do inimigo justamente na legislação positivada.

Como já foi dito, a contemplação meramente dogmática da matéria não tem o alcance necessário para analisar a profundidade da teoria de Jakobs. Dito de outro modo, não se mostra coerente com a teoria, tampouco útil, tentar identificar criações legislativas que possam favorecer a implementação de um direito penal do inimigo. Isso, pois, na medida em que Jakobs propõe um novo conceito de cidadão (e até de pessoa), todos os casos poderiam ser resumidos nessa análise, sem que fossem necessárias quaisquer alterações ou criações legais. Bastaria a relativização do conceito de pessoa, sem a necessidade de sequer uma alteração legislativa, para a implementação do direito penal do inimigo.

Em suma, o direito penal do inimigo não reside na aplicação de determinada legislação, mas justamente na ausência de aplicação.

Soma-se a essas constatações o fato de que a discussão ou identificação do inimigo é, em última análise, uma discussão acerca de ponderação de princípios (dignidade, ampla defesa, vida, etc.), o que é inviável de ser feito de maneira abstrata. Ou seja, a proposta de Jakobs pressupõe a discussão de um determinado caso em concreto.

De especial importância chamar-se a atenção para o fato de que o direito penal do inimigo não deve (e não merece) ser confundido com outros fenômenos, tais como a expansão do direito penal, o direito penal do risco, etc. Por óbvio que o direito penal vem a nutrir-se desse mesmo contexto, todavia, com ele não se confunde.

Chama-se a atenção para esse fato, eis que muito embora a teoria de Jakobs mereça muitas das críticas que a ela são dirigidas, não merece outras tantas, em especial a pretensa influência que estaria exercendo nos ordenamentos jurídicos do mundo inteiro.

A bem da verdade, Jakobs parece ter sido muito infeliz, não na criação da teoria em si (eis que muito bem estruturada e parte da boa intenção de sistematizar uma tendência), mas especialmente na escolha do nome de sua teoria (ou na não insurgência contra tal denominação). Tivesse Jakobs tido alguma preocupação maior com o “*marketing*” (na ausência de expressão melhor) de sua teoria, teria ele adotado um nome mais ameno, tal como “direito penal da seguridade”, ou “direito penal dos cidadãos”, ou “direito penal da segurança social”.

Seguramente um nome mais ameno, se não tivesse ao menos conquistado mais adeptos à sua teoria, evitaria o uso indiscriminado como verdadeiro “cavalo de batalha” para criticar todo e qualquer movimento penal mais repressivo.

A presente pesquisa demonstrou, pois, que a presença ou não de elementos mais repressores no ordenamento jurídico brasileiro não deve ser entendida como uma expressão do direito penal do inimigo, uma vez que este reside sim na ausência da aplicação da legislação, em especial dos direitos fundamentais do indivíduo.

Nesse aspecto, chegou-se à conclusão que a melhor expressão do direito penal não reside na legislação mais repressiva, mas no olhar que o Estado lança sobre o cidadão. Poder-se-ia dizer, sem medo de errar, que o direito penal do inimigo propõe um novo olhar sobre o conceito de indivíduo, ou de pessoa, enquanto sujeito de direitos em uma determinada sociedade.

Por derradeiro, os alertas sobre as possibilidades de implementação de um direito penal do inimigo não podem estar restritas à análise de legislações

repressivas, mas especialmente às decisões judiciais, que não podem nunca afastar-se dos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Diferente não é o que se deve exigir das ações policiais, sejam investigatórias, de abordagem, ou até mesmo na fase de execução penal, devendo ser este, portanto, o principal foco de estudos, para que se afaste a implementação de um direito penal parcial nos contornos daquele concebido por Jakobs.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988, p. 1 (anexo).

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal brasileiro. DOFC, Brasília, 13 de outubro de 1941, p. 19699.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 3.976, de 18 de outubro de 2001. Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de outubro de 2001, p. 4.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 4.229, de 13 de maio de 2002. Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 14 de maio de 2002, p. 6.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de março de 2004, p. 1.

\_\_\_\_\_. Resolução n.º 05, de 19 de julho de 1999 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Dispõe das Diretrizes Básicas da Política Criminal e Penitenciária. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de julho de 1999 – seção 1.

\_\_\_\_\_. Resolução n.º 16, de 17 de dezembro de 2003 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e

execução das penas e das medidas de segurança. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF, n.º 248, 22 de dezembro de 2003, seção 1 pág. 34-35.

\_\_\_\_\_. Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro – ENCLA 2005. Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro. Ministério da Justiça.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

AFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, ano 12, fascículo 51, p. 9-43, nov/dez. 2004.

BARRETTO, Paulo Vicente (coordenador). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

\_\_\_\_\_, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Traducción Jorge Mavarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.

\_\_\_\_\_, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

\_\_\_\_\_, Ulrich; ZOLO, Danilo. **Discussão filosófica entre Ulrich Beck e Danilo Zolo**, 1998. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>> Acesso em 14.10.2005.

BUERGO, Blanca Mendonza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal Español – Parte general**. Barcelona: Ariel Editorial, 1984.

CALLEGARI, André Luis. **Imputação Objetiva**. Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_, André Luis (org.); **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado. In: **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



GUIRAO, Rafael Alcácer. **Los fines del derecho penal**. Una aproximación desde la filosofía política. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de hoy**. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luis Callegari e Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Barueri, SP: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução: Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_, Günther. **Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996.

\_\_\_\_\_, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_, Günther. Como protege el derecho penal y qué es que lo protege? In: **El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs**. 1. ed. México: Flores, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993.

LEBRUN, Gérard. O que é Poder? São Paulo: Brasiliense, 1999.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 1999.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; et. al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução: André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARQUEIRO, Paulo. “O policial foi um covarde”. **Zero Hora**, Porto Alegre, 25 de julho de 2005, p. 23.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho Penal. Introducción**. Madrid: Serviço de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de Filosofia do Direito**. Decisão, argumentação e ensino. Florianópolis: fundação Boiteux, 2004.

MORAES, Vinicius Borges de. As Teorias da Finalidade da Pena e o Respeito às Garantias Fundamentais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, ano 6, número 11, p. 97-125, jan/jun. 2005.

Morte de brasileiro não altera rigor britânico. **Zero Hora**, Porto Alegre, 25 de julho de 2005, p. 23.

Mulher é presa por vazar documentos sobre brasileiro morto. **Zero Hora**, Porto Alegre, 26 de setembro de 2005, p. 23.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

\_\_\_\_\_, Francisco; ARAN, Mercedes Garcia. **Derecho Penal. Parte General.** 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

NAÍM, Moises. **Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de direito e do tráfico à economia global.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo.** Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 31-45, mar/abr. 2004.

RAMOS, Enrique Peñaranda. et. al. **Um novo sistema do Direito Penal.** Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal n.º 1999.050.03801, Relator: Des. Moacir Pessoa de Araújo, Sétima Câmara Criminal. Acórdão de 29 de janeiro de 2000.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n.º 001.059.01619, Relator: Des. Joaquim Mouzinho, Terceira Câmara Criminal. Acórdão de 24 de julho de 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n.º 699303335, Relator: Des. Marcel Esquivel Hoppe, Primeira Câmara Criminal. Acórdão de 09 de junho de 1999.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n.º 70007763493, Relator: Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, Terceira Câmara Criminal. Acórdão de 18 de dezembro de 2003.

RODRIGUES, Leo Peixoto; MENDONÇA, Daniel (orgs.). **Ernesto Laclau e Nicklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus n.º 2003.007502-0, Relator: Des. Gaspar Rubik. Acórdão de 13 de maio de 2003.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, fascículo 52, p. 250-275, jan/fev. 2005.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: LED, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.

STRECK, Lenio Luiz, org. **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_, Lenio Luis. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

WELZEL, Hans. **Derecho Natural y Justicia Material**. Madrid: Aguilar, 1957.

\_\_\_\_\_, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Tradução: Luis Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. Artigo em mídia digital. [Artigo Zaffaroni] Mensagem eletrônica recebida por: vinicius\_moraes\_rs@hotmail.com em: 26 set. 2005.

\_\_\_\_\_, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.19.

## **ANEXO A - Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro**

---

### **Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro ENCLA 2005**

---

Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro

## Órgãos participantes do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro

Advocacia-Geral da União  
Agência Brasileira de Inteligência  
Banco Central do Brasil  
Casa Civil da Presidência da República  
Conselho da Justiça Federal  
Conselho de Controle de Atividades Financeiras  
Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União  
Controladoria-Geral da União  
Departamento de Polícia Federal  
Departamento de Polícia Rodoviária Federal  
Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional  
Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República  
Instituto Nacional de Seguridade Social  
Ministério da Fazenda  
Ministério da Justiça  
Ministério da Previdência Social  
Ministério das Relações Exteriores  
Ministério Público Federal  
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional  
Secretaria da Receita Federal  
Secretaria de Assuntos Legislativos  
Secretaria de Direito Econômico  
Secretaria de Previdência Complementar  
Secretaria Nacional Antidrogas  
Secretaria Nacional de Justiça  
Secretaria Nacional de Segurança Pública  
Secretaria do Tesouro Nacional  
Superior Tribunal de Justiça  
Tribunal de Contas da União

### Convidados especiais:

Associação dos Juízes Federais  
Associação dos Magistrados Brasileiros  
Associação Nacional de Procuradores da República  
Banco do Brasil  
Caixa Econômica Federal  
Colégio de Diretores de Escolas dos Ministérios Públicos do Brasil  
Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes  
Federação Brasileira de Bancos  
Fundação Getúlio Vargas  
Grupo Nacional de Combate à Organizações Criminosas  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Ministério Público do Estado de São Paulo  
Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo  
Comissão de Valores Mobiliários  
Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

**Relatório de objetivos estratégicos e metas**

**ENCLA 2005**

**Objetivo 1: Acesso a dados**

- Meta 1:** Criar o Comitê Gestor (CG-SISBRA) do "Ambiente Eletrônico do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos (GGI-LD)", o qual ficará responsável por sua especificação, desenvolvimento, coordenação e manutenção geral.  
**Responsável: GGI-LD** **Prazo: 01/03/2005**
- Meta 2:** Implementar o "Cadastro Nacional de Correntistas (CCS)".  
**Responsável: BACEN** **Prazo: 30/06/2005**
- Meta 3:** Reabrir o inventário dos sistemas de informações e das bases de dados úteis à recuperação de ativos e ao combate à lavagem de dinheiro para que os órgãos possam atualizar as informações.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/03/2005**
- Meta 4:** Implementar o acesso às informações disponíveis, passíveis de compartilhamento entre os membros do GGI, no "Ambiente Eletrônico do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos (GGI-LD)".  
**Responsável:CG-SISBRA** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 5:** Aperfeiçoar o cadastro de entrada e saída de brasileiros e estrangeiros em território nacional.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 6:** Informatizar as declarações de porte de valores (Resolução CMN 2.524/98).  
**Responsável:SRF** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 7:** Criar, em meio eletrônico, o rol de culpados da Justiça Federal, de 1º e 2º graus.  
**Responsável:CJF** **Prazo: 31/08/2005**
- Meta 8:** Interligar as bases de dados de acompanhamento processual da Justiça Federal de 1º e 2º graus.  
**Responsável:CJF** **Prazo: 31/08/2005**
- Meta 9:** Estimular a criação de mecanismos eletrônicos para solicitar, receber e fornecer informações e documentos entre os órgãos envolvidos no combate à lavagem de dinheiro e na recuperação de ativos.  
**Responsável:CG-SISBRA** **Prazo: 31/12/2005**



---

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

---

- Meta 10:** Fazer gestões junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para obter acesso ao cadastro eleitoral e às prestações de contas de campanhas eleitorais para os órgãos que atuam no combate à lavagem de dinheiro e na recuperação de ativos.  
**Responsável:GGI -LD** **Prazo: 31/05/2005**
- Meta 11:** Implementar o Sistema Nacional de Pesquisa de Registro de Imóveis (SINAPRI), proposto com base na Meta 11 da ENCLA 2004.  
**Responsável:GGI - LD** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 12:** Elaborar instrumento normativo dispondo sobre a fiscalização das empresas de transporte de valores nacionais e internacionais e a obrigação de prestação de informações sobre guarda e transporte de valores e sua propriedade.  
**Responsável:GGI - LD** **Prazo: 30/06/2005**
- Meta 13:** Acompanhar a elaboração, em conjunto com a Secretaria da Receita Federal, de estudo de medidas necessárias para combater a lavagem de dinheiro por empresas "off-shore", especialmente sobre ampliação dos meios de identificação dos controladores das empresas sediadas no exterior que participem do quadro societário empresas nacionais, bem como a comprovação da origem dos respectivos investimentos.  
**Responsável:GGI - LD** **Prazo: 31/12/2005**

**Objetivo 2:** Recuperação de Ativos.

- Meta 14:** Elaborar anteprojeto de lei instituindo ação civil de perdimento de bens de origem ilícita.  
**Responsável: GGI-LD** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 15:** Elaborar anteprojeto de lei de alteração do Código de Processo Penal e do Código Penal que dinamize os procedimentos de apreensão, arresto, seqüestro, destinação e alienação de bens, direitos e valores; institua a alienação antecipada para preservação do valor dos bens indisponibilizados, sempre que necessária; destine aos Estados e Distrito Federal os bens, direitos e valores cuja perda tenha sido decretada no âmbito dos processos de sua competência.  
**Responsável: GGI-LD** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 16:** Avaliar e elaborar proposta normativa para disciplinar a administração e destinação de bens, direitos e valores indisponibilizados ou expropriados no curso do processo penal,

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

bem como após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A proposta deverá prever o afastamento dos ônus existentes sobre os bens alienados ou destinados e o repasse de recursos para atividades de prevenção e repressão ao crime.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 31/10/2005**

**Meta 17:** Desenvolver sistema de cadastramento e alienação de bens, direitos e valores apreendidos, seqüestrados e arrestados em procedimentos criminais e processos judiciais, disponibilizando-o às instituições integrantes do GGI-LD

**Responsável: CG - SISBRA**

**Prazo: 31/07/2005**

**Meta 18:** Iniciar o cadastramento de bens, direitos e valores apreendidos, seqüestrados e arrestados em procedimentos criminais e processos judiciais.

**Responsável: Varas Federais Especializadas** **Prazo: 31/10/2005**

**Meta 19:** Sugerir aos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário o melhor aproveitamento dos bens apreendidos, seqüestrados, arrestados dentro das possibilidades legais já existentes, inclusive a alienação antecipada, se necessário.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 01/03/2005**

**Objetivo 3: Articulação Institucional**

**Meta 20:** Elaborar anteprojeto de regulamentação infralegal de forças-tarefas

**Responsável: DRCI**

**Prazo: 30/04/2005**

**Meta 21:** Elaborar manual de boas práticas para o combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos, com a participação dos órgãos interessados.

**Responsável: DRCI**

**Prazo: 31/10/2005**

**Meta 22:** Instalar o Comitê Executivo do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (GGI-LD), encarregado de acompanhar e dar maior efetividade às deliberações do Gabinete, secretariado pelo DRCI/MJ e integrado pelos seguintes órgãos: Ministério da Justiça, Ministério da Fazenda, Casa Civil da Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Advocacia Geral da União, Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Departamento de Polícia Federal, Banco Central, Conselho da Justiça Federal, Ministério Público Federal, Conselho Nacional dos Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e Secretaria da Receita Federal.

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

**Responsável: GGI - LD** **Prazo: 01/03/2005**

**Meta 23:** Criar, no âmbito do Departamento de Polícia Federal, unidades de repressão de crimes financeiros nos locais onde foram instaladas Varas Federais especializadas no processo e julgamento dos crimes contra o Sistema Financeiro e lavagem de dinheiro.

**Responsável: DPF** **Prazo: 31/10/2005**

**Meta 24:** Apresentar, ao GGI-LD, estratégia de integração dos Ministérios Públicos Estaduais e da União em atividades relacionadas aos crimes financeiros.

**Responsável: MP - SP** **Prazo: 31/12/2005**

**Meta 25:** Sugerir que os Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos façam inserir o tema do combate ao crime de lavagem de dinheiro nos seus planos de atuação estratégica.

**Responsável: CNPG** **Prazo: 01/03/2005**

**Objetivo 4: Capacitação e Treinamento**

**Meta 26:** Definir, no âmbito do PNLD, diretrizes de conteúdo para o desenvolvimento das ações de capacitação de agentes públicos. Tais diretrizes deverão contemplar, entre outras: a) descrição das atividades exercidas pelos membros do GGI-LD no sistema de combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos (de onde e como recebem as informações, como são processadas internamente, e a quem devem ser encaminhadas); b) compilação de casos típicos e atípicos para exercício de tipologia; e c) troca permanente de informações entre os integrantes do GGI-LD sobre as iniciativas de capacitação, objetivando otimizar recursos.

**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/07/2005**

**Meta 27:** Construir modelo de capacitação a ser disponibilizado para as Secretarias Estaduais de Fazenda, a partir de projeto piloto desenvolvido na SEFAZ/SP, visando à especialização de grupos e a formação de multiplicadores no combate à lavagem de dinheiro.

**Responsável: CDEMP** **Prazo: 31/07/2005**

**Meta 28:** Sugerir a inserção do tema lavagem de dinheiro nos concursos públicos afins aos temas de lavagem de dinheiro e recuperação de ativos.

**Responsável: GGI - LD** **Prazo: 01/03/2005**

**Meta 29:** Sugerir ao MPOG que condicione a autorização de novos

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

concursos públicos, afins aos temas de lavagem de dinheiro e recuperação de ativos, à inserção do tema lavagem de dinheiro nos programas.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 01/03/2005**

**Meta 30:** Encaminhar sugestão do GGI-LD às instituições de ensino superior para a inclusão nos currículos acadêmicos de graduação e pós-graduação do estudo da criminalidade transnacional e, especialmente, do combate à lavagem de dinheiro e da cooperação jurídica internacional, por documento formulado diretamente pelo GGI-LD.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 01/03/2005**

**Meta 31:** Elaborar e implementar plano de divulgação nacional da ENCLA.

**Responsável: DRCI e CJF**

**Prazo: 10/12/2005**

**Meta 32:** Disseminar, por meio eletrônico, Curso UNODC de noções fundamentais para o combate à lavagem de dinheiro.

**Responsável: DRCI**

**Prazo: 30/07/2005**

**Meta 33:** Criar boletim informativo sobre lavagem de dinheiro e recuperação de ativos com periodicidade trimestral.

**Responsável: DRCI**

**Prazo: 30/03/2005**

**Objetivo 5: Atuação e cooperação internacional .**

**Meta 34:** Fazer gestões no sentido de acelerar o processo de aprovação e ratificação dos tratados internacionais assinados pelo Brasil os quais tenham reflexos no combate à lavagem de dinheiro, bem como de seus protocolos.

**Responsável: DRCI**

**Prazo: 31/12/2005**

**Meta 35:** Desenvolver sistema eletrônico de geração e encaminhamento automático de informações sobre o andamento de solicitações de cooperação jurídica internacional às autoridades interessadas.

**Responsável: DRCI**

**Prazo: 31/12/2005**

**Meta 36:** Apresentar projeto de alteração das normas de contratação, pelo Estado brasileiro, de escritórios de advocacia no exterior.

**Responsável: AGU**

**Prazo: 31/07/2005**

**Meta 37:** Estabelecer cronograma de negociação de acordos de cooperação jurídica internacional para os anos de 2005 e 2006.

**Responsável: DRCI**

**Prazo: 31/03/2005**

---

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

---

- Meta 38:** Realizar seminário para debater a nova competência do STJ na cooperação jurídica internacional.  
**Responsável:CJF** **Prazo: 31/07/2005**
- Meta 39:** Elaborar publicação sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal que contenha: a) comentários aos tratados a que o Brasil tenha se vinculado; b) melhores práticas; c) dúvidas e questões freqüentes; e d) modelos de solicitação de assistência.  
**Responsável: DRCI e CJF** **Prazo: 31/07/2005**
- Meta 40:** Difundir informações sobre a necessidade de se observar os limites para a utilização de documentos obtidos por meio de cooperação jurídica internacional.  
**Responsável:DRCI** **Prazo: 31/07/2005**
- Meta 41:** Apresentar estudo sobre o aprimoramento de mecanismos de cooperação jurídica internacional nas fronteiras.  
**Responsável:GGI - LD** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 42:** Promover a adesão às iniciativas referentes à implementação de sistemas de comunicação direta (Iber-Rede e Sistema da OEA), à divulgação desses instrumentos e à troca de experiências entre os órgãos envolvidos no combate à criminalidade organizada transnacional.  
**Responsável:DRCI** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 43:** Realizar gestões junto ao Congresso Nacional no sentido de aprovar em caráter de urgência a Convenção da ONU contra a Corrupção.  
**Responsável:Casa Civil** **Prazo: 28/02/2005**

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

**Relatório de metas por órgãos responsáveis**

**ENCLA 2005**

**Responsável:** Advocacia-Geral da União.

**Meta 36:** Apresentar projeto de alteração das normas de contratação, pelo Estado brasileiro, de escritórios de advocacia no exterior.

**Responsável:** AGU

**Prazo:** 31/07/2005

**Responsável:** Banco Central do Brasil.

**Meta 2:** Implementar o "Cadastro Nacional de Correntistas (CCS)".

**Responsável:** BACEN

**Prazo:** 30/06/2005

**Responsável:** Casa Civil da Presidência da República.

**Meta 43:** Realizar gestões junto ao Congresso Nacional no sentido de aprovar em caráter de urgência a Convenção da ONU contra a Corrupção.

**Responsável:** Casa Civil

**Prazo:** 28/02/2005

**Responsável:** Colégio de Diretores de escolas dos Ministérios Públicos do Brasil.

**Meta 27:** Construir modelo de capacitação a ser disponibilizado para as Secretarias Estaduais de Fazenda, a partir de projeto piloto desenvolvido na SEFAZ/SP, visando à especialização de grupos e a formação de multiplicadores no combate à lavagem de dinheiro.

**Responsável:** CDEMP

**Prazo:** 31/07/2005

**Responsável:** Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

**Meta 25:** Sugerir que os Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos façam inserir o tema do combate ao crime de lavagem de dinheiro nos seus planos de atuação estratégica.

**Responsável:** CNPG

**Prazo:** 01/03/2005

**Responsável:** Comitê Gestor do Sistema Brasileiro de Recuperação de Ativos

**Meta 4:** Implementar o acesso às informações disponíveis, passíveis de compartilhamento entre os membros do GGI, no "Ambiente Eletrônico do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos (GGI-LD)".

**Responsável:** CG-SISBRA

**Prazo:** 31/10/2005

**Meta 9:** Estimular a criação de mecanismos eletrônicos para solicitar, receber e

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

fornecer informações e documentos entre os órgãos envolvidos no combate à lavagem de dinheiro e na recuperação de ativos.

**Responsável: CG-SISBRA** **Prazo: 31/12/2005**

**Meta 17:** Desenvolver sistema de cadastramento e alienação de bens, direitos e valores apreendidos, seqüestrados e arrestados em procedimentos criminais e processos judiciais, disponibilizando-o às instituições integrantes do GGI-LD

**Responsável: CG - SISBRA** **Prazo: 31/07/2005**

**Responsável: Conselho da Justiça Federal.**

**Meta 7:** Criar, em meio eletrônico, o rol de culpados da Justiça Federal, de 1º e 2º graus.

**Responsável: CJF** **Prazo: 31/08/2005**

**Meta 8:** Interligar as bases de dados de acompanhamento processual da Justiça Federal de 1º e 2º graus.

**Responsável: CJF** **Prazo: 31/08/2005**

**Meta 38:** Realizar seminário para debater a nova competência do STJ na cooperação jurídica internacional.

**Responsável: CJF** **Prazo: 31/07/2005**

**Meta 39:** Elaborar publicação sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal que contenha: a) comentários aos tratados a que o Brasil tenha se vinculado; b) melhores práticas; c) dúvidas e questões frequentes; e d) modelos de solicitação de assistência.

**Responsável: DRCI e CJF** **Prazo: 31/07/2005**

**Responsável: Departamento de Polícia Federal.**

**Meta 23:** Criar, no âmbito do Departamento de Polícia Federal, unidades de repressão de crimes financeiros nos locais onde foram instaladas Varas Federais especializadas no processo e julgamento dos crimes contra o Sistema Financeiro e lavagem de dinheiro.

**Responsável: DPF** **Prazo: 31/10/2005**

**Responsável: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional.**

**Meta 3:** Reabrir o inventário dos sistemas de informações e das bases de dados úteis à recuperação de ativos e ao combate à lavagem de dinheiro para que os órgãos possam atualizar as informações.

**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/03/2005**

**Meta 5:** Aperfeiçoar o cadastro de entrada e saída de brasileiros e estrangeiros em

---

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

---

- território nacional.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 20:** Elaborar anteprojeto de regulamentação infralegal de forças-tarefas  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 30/04/2005**
- Meta 21:** Elaborar manual de boas práticas para o combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos, com a participação dos órgãos interessados.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/10/2005**
- Meta 26:** Definir, no âmbito do PNLD, diretrizes de conteúdo para o desenvolvimento das ações de capacitação de agentes públicos. Tais diretrizes deverão contemplar, entre outras: a) descrição das atividades exercidas pelos membros do GGI-LD no sistema de combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos (de onde e como recebem as informações, como são processadas internamente, e a quem devem ser encaminhadas); b) compilação de casos típicos e atípicos para exercício de tipologia; e c) troca permanente de informações entre os integrantes do GGI-LD sobre as iniciativas de capacitação, objetivando otimizar recursos.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/07/2005**
- Meta 31:** Elaborar e implementar plano de divulgação nacional da ENCLA.  
**Responsável: DRCI e CJF** **Prazo: 10/12/2005**
- Meta 32:** Disseminar, por meio eletrônico, Curso UNODC de noções fundamentais para o combate à lavagem de dinheiro.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 30/07/2005**
- Meta 33:** Criar boletim informativo sobre lavagem de dinheiro e recuperação de ativos com periodicidade trimestral.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 30/03/2005**
- Meta 34:** Fazer gestões no sentido de acelerar o processo de aprovação e ratificação dos tratados internacionais assinados pelo Brasil os quais tenham reflexos no combate à lavagem de dinheiro, bem como de seus protocolos.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/12/2005**
- Meta 35:** Desenvolver sistema eletrônico de geração e encaminhamento automático de informações sobre o andamento de solicitações de cooperação jurídica internacional às autoridades interessadas.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/12/2005**
- Meta 37:** Estabelecer cronograma de negociação de acordos de cooperação jurídica internacional para os anos de 2005 e 2006.  
**Responsável: DRCI** **Prazo: 31/03/2005**
- Meta 39:** Elaborar publicação sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal que contenha: a) comentários aos tratados a que o Brasil tenha se



---

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

---

vinculado; b) melhores práticas; c) dúvidas e questões freqüentes; e d) modelos de solicitação de assistência.

**Responsável: DRCI e CJF**

**Prazo: 31/07/2005**

**Meta 40:** Difundir informações sobre a necessidade de se observar os limites para a utilização de documentos obtidos por meio de cooperação jurídica internacional.

**Responsável: DRCI**

**Prazo: 31/07/2005**

**Meta 42:** Promover a adesão às iniciativas referentes à implementação de sistemas de comunicação direta (Iber-Rede e Sistema da OEA), à divulgação desses instrumentos e à troca de experiências entre os órgãos envolvidos no combate à criminalidade organizada transnacional.

**Responsável: DRCI**

**Prazo: 31/10/2005**

**Responsável: Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro.**

**Meta 1:** Criar o Comitê Gestor (CG-SISBRA) do "Ambiente Eletrônico do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos (GGI-LD)", o qual ficará responsável por sua especificação, desenvolvimento, coordenação e manutenção geral.

**Responsável: GGI-LD**

**Prazo: 01/03/2005**

**Meta 10:** Fazer gestões junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para obter acesso ao cadastro eleitoral e às prestações de contas de campanhas eleitorais para os órgãos que atuam no combate à lavagem de dinheiro e na recuperação de ativos.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 31/05/2005**

**Meta 11:** Implementar o Sistema Nacional de Pesquisa de Registro de Imóveis (SINAPRI), proposto com base na Meta 11 da ENCLA 2004.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 31/10/2005**

**Meta 12:** Elaborar instrumento normativo dispondendo sobre a fiscalização das empresas de transporte de valores nacionais e internacionais e a obrigação de prestação de informações sobre guarda e transporte de valores e sua propriedade.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 30/06/2005**

**Meta 13:** Acompanhar a elaboração, em conjunto com a Secretaria da Receita Federal, de estudo de medidas necessárias para combater a lavagem de dinheiro por empresas "off-shore", especialmente sobre ampliação dos meios de identificação dos controladores das empresas sediadas no exterior que participem do quadro societário empresas nacionais, bem como a comprovação da origem dos respectivos investimentos.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 31/12/2005**

**Meta 14:** Elaborar anteprojeto de lei instituindo ação civil de perdimento de bens de

---

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

---

origem ilícita.

**Responsável: GGI-LD**

**Prazo: 31/10/2005**

**Meta 15:** Elaborar anteprojeto de lei de alteração do Código de Processo Penal e do Código Penal que dinamize os procedimentos de apreensão, arresto, seqüestro, destinação e alienação de bens, direitos e valores; institua a alienação antecipada para preservação do valor dos bens indisponibilizados, sempre que necessária; destine aos Estados e Distrito Federal os bens, direitos e valores cuja perda tenha sido decretada no âmbito dos processos de sua competência.

**Responsável: GGI-LD**

**Prazo: 31/10/2005**

**Meta 16:** Avaliar e elaborar proposta normativa para disciplinar a administração e destinação de bens, direitos e valores indisponibilizados ou expropriados no curso do processo penal, bem como após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A proposta deverá prever o afastamento dos ônus existentes sobre os bens alienados ou destinados e o repasse de recursos para atividades de prevenção e repressão ao crime.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 31/10/2005**

**Meta 19:** Sugerir aos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário o melhor aproveitamento dos bens apreendidos, seqüestrados, arrestados dentro das possibilidades legais já existentes, inclusive a alienação antecipada, se necessário.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 01/03/2005**

**Meta 22:** Instalar o Comitê Executivo do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (GGI-LD), encarregado de acompanhar e dar maior efetividade às deliberações do Gabinete, secretariado pelo DRCI/MJ e integrado pelos seguintes órgãos: Ministério da Justiça, Ministério da Fazenda, Casa Civil da Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Advocacia Geral da União, Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Departamento de Polícia Federal, Banco Central, Conselho da Justiça Federal, Ministério Público Federal, Conselho Nacional dos Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e Secretaria da Receita Federal.

**Responsável:GGI - LD**

**Prazo: 01/03/2005**

**Meta 28:** Sugerir a inserção do tema lavagem de dinheiro nos concursos públicos afins aos temas de lavagem de dinheiro e recuperação de ativos.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 01/03/2005**

**Meta 29:** Sugerir ao MPOG que condicione a autorização de novos concursos públicos, afins aos temas de lavagem de dinheiro e recuperação de ativos, à inserção do tema lavagem de dinheiro nos programas.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 01/03/2005**

**Meta 30:** Encaminhar sugestão do GGI-LD às instituições de ensino superior para a inclusão nos currículos acadêmicos de graduação e pós-graduação do

---

Estratégia Nacional  
de Combate à Lavagem de Dinheiro  
ENCLA 2005

---

estudo da criminalidade transnacional e, especialmente, do combate à lavagem de dinheiro e da cooperação jurídica internacional, por documento formulado diretamente pelo GGI-LD.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 01/03/2005**

**Meta 41:** Apresentar estudo sobre o aprimoramento de mecanismos de cooperação jurídica internacional nas fronteiras.

**Responsável: GGI - LD**

**Prazo: 31/10/2005**

**Responsável: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Meta 24:** Apresentar, ao GGI-LD, estratégia de integração dos Ministérios Públicos Estaduais e da União em atividades relacionadas aos crimes financeiros.

**Responsável: MP - SP**

**Prazo: 31/12/2005**

**Responsável: Secretaria de Receita Federal**

**Meta 6:** Informatizar as declarações de porte de valores (Resolução CMN 2.524/98).

**Responsável: SRF**

**Prazo: 31/10/2005**

**Responsável: Varas Federais Especializadas**

**Meta 18:** Iniciar o cadastramento de bens, direitos e valores apreendidos, seqüestrados e arrestados em procedimentos criminais e processos judiciais.

**Responsável: Varas Federais Especializadas Prazo: 31/10/2005**

## ANEXO B - Decreto Nº 3.976, de 18 de outubro de 2001

### Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos

#### DECRETO Nº 3.976, DE 18 DE OUTUBRO DE 2001.

Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

O **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição e de acordo com o art. 25 da Carta das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945,

#### DECRETA:

Art. 1º Ficam as autoridades brasileiras obrigadas, no âmbito de suas respectivas atribuições, ao cumprimento do disposto na Resolução 1373 (2001), adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas em 28 de setembro de 2001, anexa ao presente Decreto.

Art. 2º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.  
Brasília, 18 de outubro de 2001 180 da Independência e 113 da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
*Celso Lafer*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. 19.10.2001

Resolução 1373 (2001) adotada pelo Conselho de Segurança em 28 de setembro de 2001

"O Conselho de Segurança,

Reafirmando as resoluções 1269 (1999) de 19 de outubro e 1368 (2001) de 12 de setembro de 2001,

Reafirmando também a condenação inequívoca dos ataques terroristas ocorridos em Nova York, Washington, D.C. e Pensilvânia em 11 de setembro de 2001, e expressando a determinação de prevenir esses atos,

Reafirmando ademais que tais atos, como quaisquer outros atos de terrorismo internacional, constituem uma ameaça à paz e à segurança internacional,

Reafirmando o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva tal como reconhecido pela Carta das Nações Unidas e reiterado na resolução 1368 (2001),

Reafirmando a necessidade de combater por todos os meios, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, ameaças à paz e à segurança internacional causadas por atos terroristas,

Profundamente preocupado com o aumento, em várias regiões do mundo, de atos de terrorismo motivados pela intolerância ou o extremismo,

Instando os Estados a trabalhar urgentemente em conjunto para prevenir e reprimir atos terroristas, inclusive por meio de maior cooperação e da implementação integral das convenções internacionais específicas sobre o terrorismo,

Reconhecendo a necessidade de os Estados complementarem a cooperação internacional pela adoção de medidas adicionais para prevenir e reprimir, em seus territórios, por meios legais, o financiamento e a

preparação de quaisquer atos de terrorismo,

Reafirmando o princípio estabelecido pela Assembléia Geral na declaração de outubro de 1970 (resolução 2625 (XXV)) e reiterado pelo Conselho de Segurança na resolução 1189 (1998) de 13 de agosto de 1998, qual seja o de que todo Estado tem a obrigação de abster-se de organizar, instigar, auxiliar ou participar de atos terroristas em outro Estado ou permitir, em seu território, atividades organizadas com o intuito de promover o cometimento desses atos,

Atuando ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas,

1. Decide que todos os Estados devem:

a) Prevenir e reprimir o financiamento de atos terroristas;

b) Criminalizar o fornecimento ou captação deliberados de fundos por seus nacionais ou em seus territórios, por quaisquer meios, diretos ou indiretos, com a intenção de serem usados ou com o conhecimento de que serão usados para praticar atos terroristas;

c) Congelar, sem demora, fundos e outros ativos financeiros ou recursos econômicos de pessoas que perpetraram, ou intentam perpetrar, atos terroristas, ou participam em ou facilitam o cometimento desses atos. Devem também ser congelados os ativos de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por essas pessoas, bem como os ativos de pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando, inclusive fundos advindos ou gerados por bens pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente, por tais pessoas e por seus sócios e entidades;

d) Proibir seus nacionais ou quaisquer pessoas e entidades em seus territórios de disponibilizar quaisquer fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos ou financeiros ou outros serviços financeiros correlatos, direta ou indiretamente, em benefício de pessoas que perpetraram, ou intentam perpetrar, facilitam ou participam da execução desses atos; em benefício de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por tais pessoas; em benefício de pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando.

2. Decide também que todos os Estados devem:

a) Abster-se de prover qualquer forma de apoio, ativo ou passivo, a entidades ou pessoas envolvidas em atos terroristas, inclusive suprimindo o recrutamento de membros de grupos terroristas e eliminando o fornecimento de armas aos terroristas;

b) Tomar as medidas necessárias para prevenir o cometimento de atos terroristas, inclusive advertindo tempestivamente outros Estados mediante intercâmbio de informações;

c) Recusar-se a homiziar aqueles que financiam, planejam, apóiam ou perpetraram atos terroristas, bem como aqueles que dão homizio a essas pessoas;

d) Impedir a utilização de seus respectivos territórios por aqueles que financiam, planejam, facilitam ou perpetraram atos terroristas contra outros Estados ou seus cidadãos;

e) Assegurar que qualquer pessoa que participe do financiamento, planejamento, preparo ou perpetração de atos terroristas ou atue em apoio destes seja levado a julgamento; assegurar que, além de quaisquer outras medidas contra o terrorismo, esses atos terroristas sejam considerados graves delitos criminais pelas legislações e códigos nacionais e que a punição seja adequada à gravidade desses atos;

f) Auxiliar-se mutuamente, da melhor forma possível, em matéria de investigação criminal ou processos criminais relativos ao financiamento ou apoio a atos terroristas, inclusive na cooperação para o fornecimento de provas que detenha necessárias ao processo;

g) Impedir a movimentação de terroristas ou grupos terroristas, mediante o efetivo controle de fronteiras e o controle da emissão de documentos de identidade e de viagem, bem como por medidas para evitar a adulteração, a fraude ou o uso fraudulento de documentos de identidade e de viagem;

3. Exorta todos os Estados a:

a) Encontrar meios de intensificar e acelerar o intercâmbio de informações operacionais, especialmente com relação às ações ou movimentações de terroristas e de suas redes; com relação à fraude ou falsificação de documentos de viagem; com relação ao tráfico de armas, explosivos ou materiais sensíveis; com relação ao uso de tecnologias de comunicação por grupos terroristas; e com relação à ameaça causada pela posse de armas de destruição em massa por grupos terroristas;

b) Intercambiar informações em conformidade com as leis nacionais e o direito internacional e cooperar em assuntos administrativos e judiciários para evitar o cometimento de atos terroristas;

c) Cooperar, particularmente por intermédio de arranjos e acordos bilaterais e multilaterais, para prevenir e reprimir o cometimento de ataques terroristas, bem como adotar medidas contra os perpetradores desses atos;

d) Tornar-se parte, tão logo quanto possível, das convenções e protocolos internacionais específicos sobre terrorismo, inclusive a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo de 9 de dezembro de 1999;

e) Incrementar a cooperação e implementar integralmente as convenções e protocolos internacionais específicos sobre terrorismo, bem como as resoluções 1269 (1999) e 1368 (2001) do Conselho de Segurança;

f) Tomar as medidas apropriadas em conformidade com as disposições das legislações nacionais e do direito internacional, inclusive de acordo com padrões internacionais de direitos humanos, antes de conceder o status de refugiado, de modo a assegurar que o mesmo não seja concedido a solicitante que tenha planejado, facilitado ou participado da execução de atos terroristas;

g) Assegurar, em conformidade com o direito internacional, que o instituto do refúgio não seja indevidamente utilizado por perpetradores, organizadores ou cúmplices de atos terroristas, e que a alegação de motivação política do crime não seja reconhecida como fundamento para denegar a extradição de acusados de terrorismo;

4. Ressalta com preocupação a estreita ligação entre o terrorismo internacional e o crime organizado transnacional, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, o contrabando de materiais nucleares, químicos, biológicos e outros materiais potencialmente mortíferos, e, nesse sentido, enfatiza a necessidade de incrementar a coordenação de esforços nos níveis nacional, sub-regional, regional e internacional de modo a fortalecer uma reação global a essa séria ameaça e desafio à segurança internacional;

5. Declara que atos, métodos e práticas de terrorismo são contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas, e que o financiamento, planejamento e incitamento deliberado de atos terroristas são igualmente contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas;

6. Decide estabelecer, nos termos da regra 28 das Regras Provisórias de Procedimento, um Comitê do Conselho de Segurança, constituído por todos os membros do Conselho, com o propósito de monitorar, com a assistência de peritos, a implementação desta resolução; e exorta todos os Estados a informar aquele Comitê sobre as medidas adotadas para implementar esta resolução no prazo de 90 dias, a contar da data de sua aprovação, e subseqüentemente de acordo com cronograma a ser proposto por aquele Comitê;

7. Instrui o Comitê a definir suas tarefas, submeter um programa de trabalho dentro de 30 dias, a contar da adoção desta resolução, e decidir sobre o auxílio necessário ao desempenho de suas atribuições, em consulta com o Secretário-Geral.

8. Expressa sua determinação de tomar todas as medidas necessárias a fim de assegurar a implementação integral desta resolução, de acordo com as responsabilidades que lhe confere a Carta.

9. Decide manter essa questão sob a sua consideração."

## ANEXO C - Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004

### DECRETO Nº 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004.

Promulga a Convenção das Nações Unidas  
contra o Crime Organizado Transnacional.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU, em 29 de janeiro de 2004;

Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional, em 29 de setembro de 2003, e entrou em vigor para o Brasil, em 28 de fevereiro de 2004;

#### **DECRETA:**

Art. 1º A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do [art. 49, inciso I, da Constituição](#).

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 12 de março de 2004; 183 da Independência e 116 da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
*Samuel Pinheiro Guimarães Neto*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 15.3.2004

### CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

#### CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Artigo 1

Objetivo

O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

Artigo 2

Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
- b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
- c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;
- d) "Bens" - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos;
- e) "Produto do crime" - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime;
- f) "Bloqueio" ou "apreensão" - a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente;
- g) "Confisco" - a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente;
- h) "Infração principal" - qualquer infração de que derive um produto que possa passar a constituir objeto de uma infração definida no Artigo 6 da presente Convenção;
- i) "Entrega vigiada" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;
- j) "Organização regional de integração econômica" - uma organização constituída por Estados soberanos de uma região determinada, para a qual estes Estados tenham transferido competências nas questões reguladas pela presente Convenção e que tenha sido devidamente mandatada, em conformidade com os seus procedimentos internos, para assinar, ratificar, aceitar ou aprovar a Convenção ou a ela aderir; as referências aos "Estados Partes" constantes da presente Convenção são aplicáveis a estas organizações, nos limites das suas competências.

### Artigo 3

#### Âmbito de aplicação

1. Salvo disposição em contrário, a presente Convenção é aplicável à prevenção, investigação, instrução e julgamento de:

- a) Infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção; e
- b) Infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção;



sempre que tais infrações sejam de caráter transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado;

2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutra Estado.

#### Artigo 4

##### Proteção da soberania

1. Os Estados Partes cumprirão as suas obrigações decorrentes da presente Convenção no respeito pelos princípios da igualdade soberana e da integridade territorial dos Estados, bem como da não-ingerência nos assuntos internos de outros Estados.

2. O disposto na presente Convenção não autoriza qualquer Estado Parte a exercer, em território de outro Estado, jurisdição ou funções que o direito interno desse Estado reserve exclusivamente às suas autoridades.

#### Artigo 5

##### Criminalização da participação em um grupo criminoso organizado

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente:

- a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:
  - i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;
  - ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em:
    - a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado;
    - b. Outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida;

b) O ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado.

2. O conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo a que se refere o parágrafo 1 do presente Artigo poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas.

3. Os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações referidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo ao envolvimento de um grupo criminoso organizado diligenciarão no sentido de que o seu direito interno abranja todas as infrações graves que envolvam a participação de grupos criminosos organizados. Estes Estados Partes, assim como os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações definidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo à prática de um ato concertado, informarão deste fato o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção.

## Artigo 6

### Criminalização da lavagem do produto do crime

1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às conseqüências jurídicas dos seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;

b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;

ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

2. Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo:

a) Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais;

b) Cada Estado Parte considerará como infrações principais todas as infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção, e as infrações enunciadas nos seus Artigos 5, 8 e 23. Os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados;

- c) Para efeitos da alínea b), as infrações principais incluirão as infrações cometidas tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte interessado. No entanto, as infrações cometidas fora da jurisdição de um Estado Parte só constituirão infração principal quando o ato correspondente constitua infração penal à luz do direito interno do Estado em que tenha sido praticado e constitua infração penal à luz do direito interno do Estado Parte que aplique o presente Artigo se o crime aí tivesse sido cometido;
- d) Cada Estado Parte fornecerá ao Secretário Geral das Nações Unidas uma cópia ou descrição das suas leis destinadas a dar aplicação ao presente Artigo e de qualquer alteração posterior;
- e) Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1 do presente Artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal;
- f) O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fatuais objetivas.

## Artigo 7

### Medidas para combater a lavagem de dinheiro

#### 1. Cada Estado Parte:

- a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas;
- b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro.

2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis, no respeito pelas garantias relativas à legítima utilização da informação e sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. Estas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantias elevadas em numerário e títulos negociáveis.

3. Ao instituírem, nos termos do presente Artigo, um regime interno de regulamentação e controle, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro artigo da presente Convenção, todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro.

4. Os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, os organismos de

detecção e repressão e as autoridades de regulamentação financeira, a fim de combater a lavagem de dinheiro.

## Artigo 8

### Criminalização da corrupção

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que sejam necessárias para caracterizar como infrações penais os seguintes atos, quando intencionalmente cometidos:

a) Prometer, oferecer ou conceder a um agente público, direta ou indiretamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais;

b) Por um agente público, pedir ou aceitar, direta ou indiretamente, um benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um ato no desempenho das suas funções oficiais.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para conferir o carácter de infração penal aos atos enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo que envolvam um agente público estrangeiro ou um funcionário internacional. Do mesmo modo, cada Estado Parte considerará a possibilidade de conferir o carácter de infração penal a outras formas de corrupção.

3. Cada Estado Parte adotará igualmente as medidas necessárias para conferir o carácter de infração penal à cumplicidade na prática de uma infração enunciada no presente Artigo.

4. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo e do Artigo 9, a expressão "agente público" designa, além do funcionário público, qualquer pessoa que preste um serviço público, tal como a expressão é definida no direito interno e aplicada no direito penal do Estado Parte onde a pessoa em questão exerce as suas funções.

## Artigo 9

### Medidas contra a corrupção

1. Para além das medidas enunciadas no Artigo 8 da presente Convenção, cada Estado Parte, na medida em que seja procedente e conforme ao seu ordenamento jurídico, adotará medidas eficazes de ordem legislativa, administrativa ou outra para promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos agentes públicos.

2. Cada Estado Parte tomará medidas no sentido de se assegurar de que as suas autoridades atuam eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, inclusivamente conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação.

## Artigo 10

### Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, em conformidade com o seu ordenamento jurídico, para responsabilizar pessoas jurídicas que participem em infrações graves envolvendo um

grupo criminoso organizado e que cometam as infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção.

2. No respeito pelo ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser penal, civil ou administrativa.

3. A responsabilidade das pessoas jurídicas não obstará à responsabilidade penal das pessoas físicas que tenham cometido as infrações.

4. Cada Estado Parte diligenciará, em especial, no sentido de que as pessoas jurídicas consideradas responsáveis em conformidade com o presente Artigo sejam objeto de sanções eficazes, proporcionais e acautelatórias, de natureza penal e não penal, incluindo sanções pecuniárias.

## Artigo 11

### Processos judiciais, julgamento e sanções

1. Cada Estado Parte tornará a prática de qualquer infração enunciada nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção passível de sanções que tenham em conta a gravidade dessa infração.

2. Cada Estado Parte diligenciará para que qualquer poder judicial discricionário conferido pelo seu direito interno e relativo a processos judiciais contra indivíduos por infrações previstas na presente Convenção seja exercido de forma a otimizar a eficácia das medidas de detecção e de repressão destas infrações, tendo na devida conta a necessidade de exercer um efeito cautelar da sua prática.

3. No caso de infrações como as enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção, cada Estado Parte tomará as medidas apropriadas, em conformidade com o seu direito interno, e tendo na devida conta os direitos da defesa, para que as condições a que estão sujeitas as decisões de aguardar julgamento em liberdade ou relativas ao processo de recurso tenham em consideração a necessidade de assegurar a presença do arguido em todo o processo penal ulterior.

4. Cada Estado Parte providenciará para que os seus tribunais ou outras autoridades competentes tenham presente a gravidade das infrações previstas na presente Convenção quando considerarem a possibilidade de uma libertação antecipada ou condicional de pessoas reconhecidas como culpadas dessas infrações.

5. Sempre que as circunstâncias o justifiquem, cada Estado Parte determinará, no âmbito do seu direito interno, um prazo de prescrição prolongado, durante o qual poderá ter início o processo relativo a uma das infrações previstas na presente Convenção, devendo esse período ser mais longo quando o presumível autor da infração se tenha subtraído à justiça.

6. Nenhuma das disposições da presente Convenção prejudica o princípio segundo o qual a definição das infrações nela enunciadas e dos meios jurídicos de defesa aplicáveis, bem como outros princípios jurídicos que rejam a legalidade das incriminações, são do foro exclusivo do direito interno desse Estado Parte, e segundo o qual as referidas infrações são objeto de procedimento judicial e punidas de acordo com o direito desse Estado Parte.

## Artigo 12

### Confisco e apreensão

1. Os Estados Partes adotarão, na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, as medidas necessárias para permitir o confisco:

a) Do produto das infrações previstas na presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao desse produto;

b) Dos bens, equipamentos e outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática das infrações previstas na presente Convenção.

2. Os Estados Partes tomarão as medidas necessárias para permitir a identificação, a localização, o embargo ou a apreensão dos bens referidos no parágrafo 1 do presente Artigo, para efeitos de eventual confisco.

3. Se o produto do crime tiver sido convertido, total ou parcialmente, noutros bens, estes últimos podem ser objeto das medidas previstas no presente Artigo, em substituição do referido produto.

4. Se o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados.

5. As receitas ou outros benefícios obtidos com o produto do crime, os bens nos quais o produto tenha sido transformado ou convertido ou os bens com que tenha sido misturado podem também ser objeto das medidas previstas no presente Artigo, da mesma forma e na mesma medida que o produto do crime.

6. Para efeitos do presente Artigo e do Artigo 13, cada Estado Parte habilitará os seus tribunais ou outras autoridades competentes para ordenarem a apresentação ou a apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais. Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para se recusarem a aplicar as disposições do presente número.

7. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

8. As disposições do presente Artigo não deverão, em circunstância alguma, ser interpretadas de modo a afetar os direitos de terceiros de boa fé.

9. Nenhuma das disposições do presente Artigo prejudica o princípio segundo o qual as medidas nele previstas são definidas e aplicadas em conformidade com o direito interno de cada Estado Parte e segundo as disposições deste direito.

### Artigo 13

#### Cooperação internacional para efeitos de confisco

1. Na medida em que o seu ordenamento jurídico interno o permita, um Estado Parte que tenha recebido de outro Estado Parte, competente para conhecer de uma infração prevista na presente Convenção, um pedido de confisco do produto do crime, bens, equipamentos ou outros instrumentos referidos no parágrafo 1 do Artigo 12 da presente Convenção que se encontrem no seu território, deverá:

a) Submeter o pedido às suas autoridades competentes, a fim de obter uma ordem de confisco e, se essa ordem for emitida, executá-la; ou

b) Submeter às suas autoridades competentes, para que seja executada conforme o solicitado, a decisão de confisco emitida por um tribunal situado no território do Estado Parte requerente, em conformidade com o parágrafo 1 do Artigo 12 da presente Convenção, em relação ao produto do crime, bens, equipamentos ou outros instrumentos referidos no parágrafo 1 do Artigo 12 que se encontrem no território do Estado Parte requerido.

2. Quando um pedido for feito por outro Estado Parte competente para conhecer de uma infração prevista na presente Convenção, o Estado Parte requerido tomará medidas para identificar, localizar, embargar ou apreender o produto do crime, os bens, os equipamentos ou os outros instrumentos referidos no parágrafo 1 do Artigo 12 da presente Convenção, com vista a um eventual confisco que venha a ser ordenado, seja pelo Estado Parte requerente, seja, na seqüência de um pedido formulado ao abrigo do parágrafo 1 do presente Artigo, pelo Estado Parte requerido.

3. As disposições do Artigo 18 da presente Convenção aplicam-se *mutatis mutandis* ao presente Artigo. Para além das informações referidas no parágrafo 15 do Artigo 18, os pedidos feitos em conformidade com o presente Artigo deverão conter:

a) Quando o pedido for feito ao abrigo da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo, uma descrição dos bens a confiscar e uma exposição dos fatos em que o Estado Parte requerente se baseia, que permita ao Estado Parte requerido obter uma decisão de confisco em conformidade com o seu direito interno;

b) Quando o pedido for feito ao abrigo da alínea b) do parágrafo 1 do presente Artigo, uma cópia legalmente admissível da decisão de confisco emitida pelo Estado Parte requerente em que se baseia o pedido, uma exposição dos fatos e informações sobre os limites em que é pedida a execução da decisão;

c) Quando o pedido for feito ao abrigo do parágrafo 2 do presente Artigo, uma exposição dos fatos em que se baseia o Estado Parte requerente e uma descrição das medidas pedidas.

4. As decisões ou medidas previstas nos parágrafo 1 e parágrafo 2 do presente Artigo são tomadas pelo Estado Parte requerido em conformidade com o seu direito interno e segundo as disposições do mesmo direito, e em conformidade com as suas regras processuais ou com qualquer tratado, acordo ou protocolo bilateral ou multilateral que o ligue ao Estado Parte requerente.

5. Cada Estado Parte enviará ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas uma cópia das suas leis e regulamentos destinados a dar aplicação ao presente Artigo, bem como uma cópia de qualquer alteração ulteriormente introduzida a estas leis e regulamentos ou uma descrição destas leis, regulamentos e alterações ulteriores.

6. Se um Estado Parte decidir condicionar a adoção das medidas previstas nos parágrafos 1 e 2 do presente Artigo à existência de um tratado na matéria, deverá considerar a presente Convenção como uma base jurídica necessária e suficiente para o efeito.

7. Um Estado Parte poderá recusar a cooperação que lhe é solicitada ao abrigo do presente Artigo, caso a infração a que se refere o pedido não seja abrangida pela presente Convenção.

8. As disposições do presente Artigo não deverão, em circunstância alguma, ser interpretadas de modo a afetar os direitos de terceiros de boa fé.

9. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar tratados, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais com o objetivo de reforçar a eficácia da cooperação internacional desenvolvida para efeitos do presente Artigo.

#### Artigo 14

##### Disposição do produto do crime ou dos bens confiscados

1. Um Estado Parte que confisque o produto do crime ou bens, em aplicação do Artigo 12 ou do parágrafo 1 do Artigo 13 da presente Convenção, disporá deles de acordo com o seu direito interno e os seus procedimentos administrativos.

2. Quando os Estados Partes agirem a pedido de outro Estado Parte em aplicação do Artigo 13 da presente Convenção, deverão, na medida em que o permita o seu direito interno e se tal lhes for solicitado, considerar prioritariamente a restituição do produto do crime ou dos bens confiscados ao Estado Parte requerente, para que este último possa indenizar as vítimas da infração ou restituir este produto do crime ou estes bens aos seus legítimos proprietários.

3. Quando um Estado Parte atuar a pedido de um outro Estado Parte em aplicação dos Artigos 12 e 13 da presente Convenção, poderá considerar especialmente a celebração de acordos ou protocolos que prevejam:

a) Destinar o valor deste produto ou destes bens, ou os fundos provenientes da sua venda, ou uma parte destes fundos, à conta criada em aplicação da alínea c) do parágrafo 2 do Artigo 30 da presente Convenção e a organismos intergovernamentais especializados na luta contra a criminalidade organizada;

b) Repartir com outros Estados Partes, sistemática ou casuisticamente, este produto ou estes bens, ou os fundos provenientes da respectiva venda, em conformidade com o seu direito interno ou os seus procedimentos administrativos.

#### Artigo 15

##### Jurisdição

1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias para estabelecer a sua competência jurisdicional em relação às infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção, nos seguintes casos:

a) Quando a infração for cometida no seu território; ou

b) Quando a infração for cometida a bordo de um navio que arvore a sua bandeira ou a bordo de uma aeronave matriculada em conformidade com o seu direito interno no momento em que a referida infração for cometida.

2. Sem prejuízo do disposto no Artigo 4 da presente Convenção, um Estado Parte poderá igualmente estabelecer a sua competência jurisdicional em relação a qualquer destas infrações, nos seguintes casos:

a) Quando a infração for cometida contra um dos seus cidadãos;

b) Quando a infração for cometida por um dos seus cidadãos ou por uma pessoa apátrida residente habitualmente no seu território; ou



c) Quando a infração for:

i) Uma das previstas no parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção e praticada fora do seu território, com a intenção de cometer uma infração grave no seu território;

ii) Uma das previstas no inciso ii) da alínea b) do parágrafo 1 do Artigo 6 da presente Convenção e praticada fora do seu território com a intenção de cometer, no seu território, uma das infrações enunciadas nos incisos i) ou ii) da alínea a) ou i) da alínea b) do parágrafo 1 do Artigo 6 da presente Convenção.

3. Para efeitos do parágrafo 10 do Artigo 16 da presente Convenção, cada Estado Parte adotará as medidas necessárias para estabelecer a sua competência jurisdicional em relação às infrações abrangidas pela presente Convenção quando o presumível autor se encontre no seu território e o Estado Parte não o extraditar pela única razão de se tratar de um seu cidadão.

4. Cada Estado Parte poderá igualmente adotar as medidas necessárias para estabelecer a sua competência jurisdicional em relação às infrações abrangidas pela presente Convenção quando o presumível autor se encontre no seu território e o Estado Parte não o extraditar.

5. Se um Estado Parte que exerça a sua competência jurisdicional por força dos parágrafos 1 e 2 do presente Artigo tiver sido notificado, ou por qualquer outra forma tiver tomado conhecimento, de que um ou vários Estados Partes estão a efetuar uma investigação ou iniciaram diligências ou um processo judicial tendo por objeto o mesmo ato, as autoridades competentes destes Estados Partes deverão consultar-se, da forma que for mais conveniente, para coordenar as suas ações.

6. Sem prejuízo das normas do direito internacional geral, a presente Convenção não excluirá o exercício de qualquer competência jurisdicional penal estabelecida por um Estado Parte em conformidade com o seu direito interno.

## Artigo 16

### Extradição

1. O presente Artigo aplica-se às infrações abrangidas pela presente Convenção ou nos casos em que um grupo criminoso organizado esteja implicado numa infração prevista nas alíneas a) ou b) do parágrafo 1 do Artigo 3 e em que a pessoa que é objeto do pedido de extradição se encontre no Estado Parte requerido, desde que a infração pela qual é pedida a extradição seja punível pelo direito interno do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido.

2. Se o pedido de extradição for motivado por várias infrações graves distintas, algumas das quais não se encontrem previstas no presente Artigo, o Estado Parte requerido pode igualmente aplicar o presente Artigo às referidas infrações.

3. Cada uma das infrações às quais se aplica o presente Artigo será considerada incluída, de pleno direito, entre as infrações que dão lugar a extradição em qualquer tratado de extradição em vigor entre os Estados Partes. Os Estados Partes comprometem-se a incluir estas infrações entre aquelas cujo autor pode ser extraditado em qualquer tratado de extradição que celebrem entre si.

4. Se um Estado Parte que condicione a extradição à existência de um tratado receber um pedido de extradição de um Estado Parte com o qual não celebrou tal tratado, poderá considerar a presente Convenção como fundamento jurídico da extradição quanto às infrações a que se aplique o presente Artigo.

5. Os Estados Partes que condicionem a extradição à existência de um tratado:

a) No momento do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção, indicarão ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas se consideram a presente Convenção como fundamento jurídico para a cooperação com outros Estados Partes em matéria de extradição; e

b) Se não considerarem a presente Convenção como fundamento jurídico para cooperar em matéria de extradição, diligenciarão, se necessário, pela celebração de tratados de extradição com outros Estados Partes, a fim de darem aplicação ao presente Artigo.

6. Os Estados Partes que não condicionem a extradição à existência de um tratado reconhecerão entre si, às infrações às quais se aplica o presente Artigo, o caráter de infração cujo autor pode ser extraditado.

7. A extradição estará sujeita às condições previstas no direito interno do Estado Parte requerido ou em tratados de extradição aplicáveis, incluindo, nomeadamente, condições relativas à pena mínima requerida para uma extradição e aos motivos pelos quais o Estado Parte requerido pode recusar a extradição.

8. Os Estados Partes procurarão, sem prejuízo do seu direito interno, acelerar os processos de extradição e simplificar os requisitos em matéria de prova com eles relacionados, no que se refere às infrações a que se aplica o presente Artigo.

9. Sem prejuízo do disposto no seu direito interno e nos tratados de extradição que tenha celebrado, o Estado Parte requerido poderá, a pedido do Estado Parte requerente, se considerar que as circunstâncias o justificam e que existe urgência, colocar em detenção uma pessoa, presente no seu território, cuja extradição é pedida, ou adotar a seu respeito quaisquer outras medidas apropriadas para assegurar a sua presença no processo de extradição.

10. Um Estado Parte em cujo território se encontre o presumível autor da infração, se não extraditar esta pessoa a título de uma infração à qual se aplica o presente Artigo pelo único motivo de se tratar de um seu cidadão, deverá, a pedido do Estado Parte requerente da extradição, submeter o caso, sem demora excessiva, às suas autoridades competentes para efeitos de procedimento judicial. Estas autoridades tomarão a sua decisão e seguirão os trâmites do processo da mesma forma que em relação a qualquer outra infração grave, à luz do direito interno deste Estado Parte. Os Estados Partes interessados cooperarão entre si, nomeadamente em matéria processual e probatória, para assegurar a eficácia dos referidos atos judiciais.

11. Quando um Estado Parte, por força do seu direito interno, só estiver autorizado a extraditar ou, por qualquer outra forma, entregar um dos seus cidadãos na condição de que essa pessoa retorne seguidamente ao mesmo Estado Parte para cumprir a pena a que tenha sido condenada na seqüência do processo ou do procedimento que originou o pedido de extradição ou de entrega, e quando este Estado Parte e o Estado Parte requerente concordarem em relação a essa opção e a outras condições que considerem apropriadas, a extradição ou entrega condicional será suficiente para dar cumprimento à obrigação enunciada no parágrafo 10 do presente Artigo.

12. Se a extradição, pedida para efeitos de execução de uma pena, for recusada porque a pessoa que é objeto deste pedido é um cidadão do Estado Parte requerido, este, se o seu direito interno o permitir, em conformidade com as prescrições deste direito e a pedido do Estado Parte requerente, considerará a possibilidade de dar execução à pena que foi aplicada em conformidade com o direito do Estado Parte requerente ou ao que dessa pena faltar cumprir.

13. Qualquer pessoa que seja objeto de um processo devido a qualquer das infrações às quais se aplica o presente Artigo terá garantido um tratamento equitativo em todas as fases do processo, incluindo o gozo de todos os direitos e garantias previstos no direito interno do Estado Parte em cujo território se encontra.

14. Nenhuma disposição da presente Convenção deverá ser interpretada no sentido de que impõe uma obrigação de extraditar a um Estado Parte requerido, se existirem sérias razões para supor que o pedido foi apresentado com a finalidade de perseguir ou punir uma pessoa em razão do seu sexo, raça, religião, nacionalidade, origem étnica ou opiniões políticas, ou que a satisfação daquele pedido provocaria um prejuízo a essa pessoa por alguma destas razões.

15. Os Estados Partes não poderão recusar um pedido de extradição unicamente por considerarem que a infração envolve também questões fiscais.

16. Antes de recusar a extradição, o Estado Parte requerido consultará, se for caso disso, o Estado Parte requerente, a fim de lhe dar a mais ampla possibilidade de apresentar as suas razões e de fornecer informações em apoio das suas alegações.

17. Os Estados Partes procurarão celebrar acordos ou protocolos bilaterais e multilaterais com o objetivo de permitir a extradição ou de aumentar a sua eficácia.

#### Artigo 17

##### Transferência de pessoas condenadas

Os Estados Partes poderão considerar a celebração de acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais relativos à transferência para o seu território de pessoas condenadas a penas de prisão ou outras penas de privação de liberdade devido a infrações previstas na presente Convenção, para que aí possam cumprir o resto da pena.

#### Artigo 18

##### Assistência judiciária recíproca

1. Os Estados Partes prestarão reciprocamente toda a assistência judiciária possível nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações previstas pela presente Convenção, nos termos do Artigo 3, e prestarão reciprocamente uma assistência similar quando o Estado Parte requerente tiver motivos razoáveis para suspeitar de que a infração a que se referem as alíneas a) ou b) do parágrafo 1 do Artigo 3 é de caráter transnacional, inclusive quando as vítimas, as testemunhas, o produto, os instrumentos ou os elementos de prova destas infrações se encontrem no Estado Parte requerido e nelas esteja implicado um grupo criminoso organizado.

2. Será prestada toda a cooperação judiciária possível, tanto quanto o permitam as leis, tratados, acordos e protocolos pertinentes do Estado Parte requerido, no âmbito de investigações, processos e outros atos judiciais relativos a infrações pelas quais possa ser considerada responsável uma pessoa coletiva no Estado Parte requerente, em conformidade com o Artigo 10 da presente Convenção.

3. A cooperação judiciária prestada em aplicação do presente Artigo pode ser solicitada para os seguintes efeitos:

a) Recolher testemunhos ou depoimentos;

- b) Notificar atos judiciais;
- c) Efetuar buscas, apreensões e embargos;
- d) Examinar objetos e locais;
- e) Fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos;
- f) Fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas;
- g) Identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios;
- h) Facilitar o comparecimento voluntário de pessoas no Estado Parte requerente;
- i) Prestar qualquer outro tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado Parte requerido.

4. Sem prejuízo do seu direito interno, as autoridades competentes de um Estado Parte poderão, sem pedido prévio, comunicar informações relativas a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado Parte, se considerarem que estas informações poderão ajudar a empreender ou concluir com êxito investigações e processos penais ou conduzir este último Estado Parte a formular um pedido ao abrigo da presente Convenção.

5. A comunicação de informações em conformidade com o parágrafo 4 do presente Artigo será efetuada sem prejuízo das investigações e dos processos penais no Estado cujas autoridade competentes fornecem as informações. As autoridades competentes que recebam estas informações deverão satisfazer qualquer pedido no sentido de manter confidenciais as referidas informações, mesmo se apenas temporariamente, ou de restringir a sua utilização. Todavia, tal não impedirá o Estado Parte que receba as informações de revelar, no decurso do processo judicial, informações que inocentem um argüido. Neste último caso, o Estado Parte que recebeu as informações avisará o Estado Parte que as comunicou antes de as revelar e, se lhe for pedido, consultará este último. Se, num caso excepcional, não for possível uma comunicação prévia, o Estado Parte que recebeu as informações dará conhecimento da revelação, prontamente, ao Estado Parte que as tenha comunicado.

6. As disposições do presente Artigo em nada prejudicam as obrigações decorrentes de qualquer outro tratado bilateral ou multilateral que regule, ou deva regular, inteiramente ou em parte, a cooperação judiciária.

7. Os parágrafos 9 a 29 do presente Artigo serão aplicáveis aos pedidos feitos em conformidade com o presente Artigo, no caso de os Estados Partes em questão não estarem ligados por um tratado de cooperação judiciária. Se os referidos Estados Partes estiverem ligados por tal tratado, serão aplicáveis as disposições correspondentes desse tratado, a menos que os Estados Partes concordem em aplicar, em seu lugar, as disposições dos parágrafos 9 a 29 do presente Artigo. Os Estados Partes são fortemente instados a aplicar estes números, se tal facilitar a cooperação.

8. Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para recusar a cooperação judiciária prevista no presente Artigo.

9. Os Estados Partes poderão invocar a ausência de dupla criminalização para recusar prestar a assistência judiciária prevista no presente Artigo. O Estado Parte requerido poderá, não obstante,

quando o considerar apropriado, prestar esta assistência, na medida em que o decida por si próprio, independentemente de o ato estar ou não tipificado como uma infração no direito interno do Estado Parte requerido.

10. Qualquer pessoa detida ou a cumprir pena no território de um Estado Parte, cuja presença seja requerida num outro Estado Parte para efeitos de identificação, para testemunhar ou para contribuir por qualquer outra forma para a obtenção de provas no âmbito de investigações, processos ou outros atos judiciais relativos às infrações visadas na presente Convenção, pode ser objeto de uma transferência, se estiverem reunidas as seguintes condições:

- a) Se referida pessoa, devidamente informada, der o seu livre consentimento;
- b) Se as autoridades competentes dos dois Estados Partes em questão derem o seu consentimento, sob reserva das condições que estes Estados Partes possam considerar convenientes.

11. Para efeitos do parágrafo 10 do presente Artigo:

- a) O Estado Parte para o qual a transferência da pessoa em questão for efetuada terá o poder e a obrigação de a manter detida, salvo pedido ou autorização em contrário do Estado Parte do qual a pessoa foi transferida;
- b) O Estado Parte para o qual a transferência for efetuada cumprirá prontamente a obrigação de entregar a pessoa à guarda do Estado Parte do qual foi transferida, em conformidade com o que tenha sido previamente acordado ou com o que as autoridades competentes dos dois Estados Partes tenham decidido;
- c) O Estado Parte para o qual for efetuada a transferência não poderá exigir do Estado Parte do qual a transferência foi efetuada que abra um processo de extradição para que a pessoa lhe seja entregue;
- d) O período que a pessoa em questão passe detida no Estado Parte para o qual for transferida é contado para o cumprimento da pena que lhe tenha sido aplicada no Estado Parte do qual for transferida;

12. A menos que o Estado Parte do qual a pessoa for transferida, ao abrigo dos parágrafos 10 e 11 do presente Artigo, esteja de acordo, a pessoa em questão, seja qual for a sua nacionalidade, não será objecto de processo judicial, detida, punida ou sujeita a outras restrições à sua liberdade de movimentos no território do Estado Parte para o qual seja transferida, devido a atos, omissões ou condenações anteriores à sua partida do território do Estado Parte do qual foi transferida.

13. Cada Estado Parte designará uma autoridade central que terá a responsabilidade e o poder de receber pedidos de cooperação judiciária e, quer de os executar, quer de os transmitir às autoridades competentes para execução. Se um Estado Parte possuir uma região ou um território especial dotado de um sistema de cooperação judiciária diferente, poderá designar uma autoridade central distinta, que terá a mesma função para a referida região ou território. As autoridades centrais deverão assegurar a execução ou a transmissão rápida e em boa e devida forma dos pedidos recebidos. Quando a autoridade central transmitir o pedido a uma autoridade competente para execução, instará pela execução rápida e em boa e devida forma do pedido por parte da autoridade competente. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas será notificado da autoridade central designada para este efeito no momento em que cada Estado Parte depositar os seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção. Os pedidos de cooperação judiciária e qualquer comunicação com eles relacionada serão transmitidos às autoridades centrais designadas pelos Estados Partes. A presente disposição não afetará o

direito de qualquer Estado Parte a exigir que estes pedidos e comunicações lhe sejam remetidos por via diplomática e, em caso de urgência, e se os Estados Partes nisso acordarem, por intermédio da Organização Internacional de Polícia Criminal, se tal for possível.

14. Os pedidos serão formulados por escrito ou, se possível, por qualquer outro meio capaz de produzir registro escrito, numa língua que seja aceita pelo Estado Parte requerido, em condições que permitam a este Estado Parte verificar a sua autenticidade. O Secretário Geral das Nações Unidas será notificado a respeito da língua ou línguas aceitas por cada Estado Parte no momento em que o Estado Parte em questão depositar os seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção. Em caso de urgência, e se os Estados Partes nisso acordarem, os pedidos poderão ser feitos oralmente, mais deverão ser imediatamente confirmados por escrito.

15. Um pedido de assistência judiciária deverá conter as seguintes informações:

- a) A designação da autoridade que emite o pedido;
- b) O objeto e a natureza da investigação, dos processos ou dos outros atos judiciais a que se refere o pedido, bem como o nome e as funções da autoridade que os tenha a cargo;
- c) Um resumo dos fatos relevantes, salvo no caso dos pedidos efetuados para efeitos de notificação de atos judiciais;
- d) Uma descrição da assistência pretendida e pormenores de qualquer procedimento específico que o Estado Parte requerente deseje ver aplicado;
- e) Caso seja possível, a identidade, endereço e nacionalidade de qualquer pessoa visada; e
- f) O fim para o qual são pedidos os elementos, informações ou medidas.

16. O Estado Parte requerido poderá solicitar informações adicionais, quando tal se afigure necessário à execução do pedido em conformidade com o seu direito interno, ou quando tal possa facilitar a execução do pedido.

17. Qualquer pedido será executado em conformidade com o direito interno do Estado Parte requerido e, na medida em que tal não contrarie este direito e seja possível, em conformidade com os procedimentos especificados no pedido.

18. Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do Estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido.

19. O Estado Parte requerente não comunicará nem utilizará as informações ou os elementos de prova fornecidos pelo Estado Parte requerido para efeitos de investigações, processos ou outros atos judiciais diferentes dos mencionados no pedido sem o consentimento prévio do Estado Parte requerido. O disposto neste número não impedirá o Estado Parte requerente de revelar, durante o processo, informações ou elementos de prova ilibatórios de um argüido. Neste último caso, o Estado Parte requerente avisará, antes da revelação, o Estado Parte requerido e, se tal lhe for

pedido, consultará neste último. Se, num caso excepcional, não for possível uma comunicação prévia, o Estado Parte requerente informará da revelação, prontamente, o Estado Parte requerido.

20. O Estado Parte requerente poderá exigir que o Estado Parte requerido guarde sigilo sobre o pedido e o seu conteúdo, salvo na medida do que seja necessário para o executar. Se o Estado Parte requerido não puder satisfazer esta exigência, informará prontamente o Estado Parte requerente.

21. A cooperação judiciária poderá ser recusada:

a) Se o pedido não for feito em conformidade com o disposto no presente Artigo;

b) Se o Estado Parte requerido considerar que a execução do pedido pode afetar sua soberania, sua segurança, sua ordem pública ou outros interesses essenciais;

c) Se o direito interno do Estado Parte requerido proibir suas autoridades de executar as providências solicitadas com relação a uma infração análoga que tenha sido objeto de investigação ou de procedimento judicial no âmbito da sua própria competência;

d) Se a aceitação do pedido contrariar o sistema jurídico do Estado Parte requerido no que se refere à cooperação judiciária.

22. Os Estados Partes não poderão recusar um pedido de cooperação judiciária unicamente por considerarem que a infração envolve também questões fiscais.

23. Qualquer recusa de cooperação judiciária deverá ser fundamentada.

24. O Estado Parte requerido executará o pedido de cooperação judiciária tão prontamente quanto possível e terá em conta, na medida do possível, todos os prazos sugeridos pelo Estado Parte requerente para os quais sejam dadas justificações, de preferência no pedido. O Estado Parte requerido responderá aos pedidos razoáveis do Estado Parte requerente quanto ao andamento das diligências solicitadas. Quando a assistência pedida deixar de ser necessária, o Estado Parte requerente informará prontamente desse fato o Estado Parte requerido.

25. A cooperação judiciária poderá ser diferida pelo Estado Parte requerido por interferir com uma investigação, processos ou outros atos judiciais em curso.

26. Antes de recusar um pedido feito ao abrigo do parágrafo 21 do presente Artigo ou de diferir a sua execução ao abrigo do parágrafo 25, o Estado Parte requerido estudará com o Estado Parte requerente a possibilidade de prestar a assistência sob reserva das condições que considere necessárias. Se o Estado Parte requerente aceitar a assistência sob reserva destas condições, deverá respeitá-las.

27. Sem prejuízo da aplicação do parágrafo 12 do presente Artigo, uma testemunha, um perito ou outra pessoa que, a pedido do Estado Parte requerente, aceite depor num processo ou colaborar numa investigação, em processos ou outros atos judiciais no território do Estado Parte requerente, não será objeto de processo, detida, punida ou sujeita a outras restrições à sua liberdade pessoal neste território, devido a atos, omissões ou condenações anteriores à sua partida do território do Estado Parte requerido. Esta imunidade cessa quando a testemunha, o perito ou a referida pessoa, tendo tido, durante um período de quinze dias consecutivos ou qualquer outro período acordado pelos Estados Partes, a contar da data em que recebeu a comunicação oficial de que a sua presença já não era exigida pelas autoridades judiciais, a possibilidade de deixar o território do

Estado Parte requerente, nele tenha voluntariamente permanecido ou, tendo-o deixado, a ele tenha regressado de livre vontade.

28. As despesas correntes com a execução de um pedido serão suportadas pelo Estado Parte requerido, salvo acordo noutro sentido dos Estados Partes interessados. Quando venham a revelar-se necessárias despesas significativas ou extraordinárias para executar o pedido, os Estados Partes consultar-se-ão para fixar as condições segundo as quais o pedido deverá ser executado, bem como o modo como as despesas serão assumidas.

29. O Estado Parte requerido:

a) Fornecerá ao Estado Parte requerente cópias dos processos, documentos ou informações administrativas que estejam em seu poder e que, por força do seu direito interno, estejam acessíveis ao público;

b) Poderá, se assim o entender, fornecer ao Estado Parte requerente, na íntegra ou nas condições que considere apropriadas, cópias de todos os processos, documentos ou informações que estejam na sua posse e que, por força do seu direito interno, não sejam acessíveis ao público.

30. Os Estados Partes considerarão, se necessário, a possibilidade de celebrarem acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais que sirvam os objetivos e as disposições do presente Artigo, reforçando-as ou dando-lhes maior eficácia.

## Artigo 19

### Investigações conjuntas

Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, com respeito a matérias que sejam objeto de investigação, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na ausência de tais acordos ou protocolos, poderá ser decidida casuisticamente a realização de investigações conjuntas. Os Estados Partes envolvidos agirão de modo a que a soberania do Estado Parte em cujo território decorra a investigação seja plenamente respeitada.

## Artigo 20

### Técnicas especiais de investigação

1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

2. Para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.



3. Na ausência dos acordos ou protocolos referidos no parágrafo 2 do presente Artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos ou protocolos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados.

4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

#### Artigo 21

##### Transferência de processos penais

Os Estados Partes considerarão a possibilidade de transferirem mutuamente os processos relativos a uma infração prevista na presente Convenção, nos casos em que esta transferência seja considerada necessária no interesse da boa administração da justiça e, em especial, quando estejam envolvidas várias jurisdições, a fim de centralizar a instrução dos processos.

#### Artigo 22

##### Estabelecimento de antecedentes penais

Cada Estado Parte poderá adotar as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para ter em consideração, nas condições e para os efeitos que entender apropriados, qualquer condenação de que o presumível autor de uma infração tenha sido objeto noutro Estado, a fim de utilizar esta informação no âmbito de um processo penal relativo a uma infração prevista na presente Convenção.

#### Artigo 23

##### Criminalização da obstrução à justiça

Cada Estado Parte adotará medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o carácter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidos intencionalmente:

- a) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção;
- b) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer os deveres inerentes à sua função relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção. O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos.

#### Artigo 24

##### Proteção das testemunhas

1. Cada Estado Parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, no âmbito de processos penais, deponham sobre infrações previstas na

presente Convenção e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas.

2. Sem prejuízo dos direitos do argüido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão incluir, entre outras:

a) Desenvolver, para a proteção física destas pessoas, procedimentos que visem, consoante as necessidades e na medida do possível, nomeadamente, fornecer-lhes um novo domicílio e impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro;

b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.

3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos com outros Estados para facultar um novo domicílio às pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo.

4. As disposições do presente Artigo aplicam-se igualmente às vítimas, quando forem testemunhas.

#### Artigo 25

##### Assistência e proteção às vítimas

1. Cada Estado Parte adotará, segundo as suas possibilidades, medidas apropriadas para prestar assistência e assegurar a proteção às vítimas de infrações previstas na presente Convenção, especialmente em caso de ameaça de represálias ou de intimidação.

2. Cada Estado Parte estabelecerá procedimentos adequados para que as vítimas de infrações previstas na presente Convenção possam obter reparação.

3. Cada Estado Parte, sem prejuízo do seu direito interno, assegurará que as opiniões e preocupações das vítimas sejam apresentadas e tomadas em consideração nas fases adequadas do processo penal aberto contra os autores de infrações, por forma que não prejudique os direitos da defesa.

#### Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

#### Artigo 27

##### Cooperação entre as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Os Estados Partes cooperarão estreitamente, em conformidade com os seus respectivos ordenamentos jurídicos e administrativos, a fim de reforçar a eficácia das medidas de controle do cumprimento da lei destinadas a combater as infrações previstas na presente Convenção. Especificamente, cada Estado Parte adotará medidas eficazes para:

a) Reforçar ou, se necessário, criar canais de comunicação entre as suas autoridades, organismos e serviços competentes, para facilitar a rápida e segura troca de informações relativas a todos os aspectos das infrações previstas na presente Convenção, incluindo, se os Estados Partes envolvidos o considerarem apropriado, ligações com outras atividades criminosas;

b) Cooperar com outros Estados Partes, quando se trate de infrações previstas na presente Convenção, na condução de investigações relativas aos seguintes aspectos:

i) Identidade, localização e atividades de pessoas suspeitas de implicação nas referidas infrações, bem como localização de outras pessoas envolvidas;

ii) Movimentação do produto do crime ou dos bens provenientes da prática destas infrações;

iii) Movimentação de bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a ser utilizados na prática destas infrações;

c) Fornecer, quando for caso disso, os elementos ou as quantidades de substâncias necessárias para fins de análise ou de investigação;

d) Facilitar uma coordenação eficaz entre as autoridades, organismos e serviços competentes e promover o intercâmbio de pessoal e de peritos, incluindo, sob reserva da existência de acordos ou protocolos bilaterais entre os Estados Partes envolvidos, a designação de agentes de ligação;

e) Trocar informações com outros Estados Partes sobre os meios e métodos específicos utilizados pelos grupos criminosos organizados, incluindo, se for caso disso, sobre os itinerários e os meios de transporte, bem como o uso de identidades falsas, de documentos alterados ou falsificados ou outros meios de dissimulação das suas atividades;

f) Trocar informações e coordenar as medidas administrativas e outras tendo em vista detectar o mais rapidamente possível as infrações previstas na presente Convenção.

2. Para dar aplicação à presente Convenção, os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais que prevejam uma cooperação direta entre as suas autoridades competentes para a aplicação da lei e, quando tais acordos ou protocolos já existam, considerarão a possibilidade de os alterar. Na ausência de tais acordos entre os Estados Partes envolvidos, estes últimos poderão basear-se na presente Convenção para instituir uma cooperação em matéria de detecção e repressão das infrações previstas na presente Convenção. Sempre que tal se justifique, os Estados Partes utilizarão plenamente os acordos ou protocolos, incluindo as organizações internacionais ou regionais, para intensificar a cooperação entre as suas autoridades competentes para a aplicação da lei.

3. Os Estados Partes procurarão cooperar, na medida das suas possibilidades, para enfrentar o crime organizado transnacional praticado com recurso a meios tecnológicos modernos.

#### Artigo 28

##### Coleta, intercâmbio e análise de informações sobre a natureza do crime organizado

1. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de analisar, em consulta com os meios científicos e universitários, as tendências da criminalidade organizada no seu território, as circunstâncias em que opera e os grupos profissionais e tecnologias envolvidos.

2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de desenvolver as suas capacidades de análise das atividades criminosas organizadas e de as partilhar diretamente entre si e por intermédio de organizações internacionais e regionais. Para este efeito, deverão ser elaboradas e aplicadas, quando for caso disso, definições, normas e metodologias comuns.

3. Cada Estado Parte considerará o estabelecimento de meios de acompanhamento das suas políticas e das medidas tomadas para combater o crime organizado, avaliando a sua aplicação e eficácia.

#### Artigo 29

##### Formação e assistência técnica

1. Cada Estado Parte estabelecerá, desenvolverá ou melhorará, na medida das necessidades, programas de formação específicos destinados ao pessoal das autoridades competentes para a aplicação da lei, incluindo promotores públicos, juizes de instrução e funcionários aduaneiros, bem como outro pessoal que tenha por função prevenir, detectar e reprimir as infrações previstas na presente Convenção. Estes programas, que poderão prever cessões e intercâmbio de pessoal, incidirão especificamente, na medida em que o direito interno o permita, nos seguintes aspectos:

a) Métodos utilizados para prevenir, detectar e combater as infrações previstas na presente Convenção;

- b) Rotas e técnicas utilizadas pelas pessoas suspeitas de implicação em infrações previstas na presente Convenção, incluindo nos Estados de trânsito, e medidas adequadas de combate;
- c) Vigilância das movimentações dos produtos de contrabando;
- d) Detecção e vigilância das movimentações do produto do crime, de bens, equipamentos ou outros instrumentos, de métodos de transferência, dissimulação ou disfarce destes produtos, bens, equipamentos ou outros instrumentos, bem como métodos de luta contra a lavagem de dinheiro e outras infrações financeiras;
- e) Coleta de provas;
- f) Técnicas de controle nas zonas francas e nos portos francos;
- g) Equipamentos e técnicas modernas de detecção e de repressão, incluindo a vigilância eletrônica, as entregas vigiadas e as operações de infiltração;
- h) Métodos utilizados para combater o crime organizado transnacional cometido por meio de computadores, de redes de telecomunicações ou outras tecnologias modernas; e
- i) Métodos utilizados para a proteção das vítimas e das testemunhas.

2. Os Estados Partes deverão cooperar entre si no planejamento e execução de programas de investigação e de formação concebidos para o intercâmbio de conhecimentos especializados nos domínios referidos no parágrafo 1 do presente Artigo e, para este efeito, recorrerão também, quando for caso disso, a conferências e seminários regionais e internacionais para promover a cooperação e estimular as trocas de pontos de vista sobre problemas comuns, incluindo os problemas e necessidades específicos dos Estados de trânsito.

3. Os Estados Partes incentivarão as atividades de formação e de assistência técnica suscetíveis de facilitar a extradição e a cooperação judiciária. Estas atividades de cooperação e de assistência técnica poderão incluir ensino de idiomas, cessões e intercâmbio do pessoal das autoridades centrais ou de organismos que tenham responsabilidades nos domínios em questão.

4. Sempre que se encontrem em vigor acordos bilaterais ou multilaterais, os Estados Partes reforçarão, tanto quanto for necessário, as medidas tomadas no sentido de otimizar as atividades operacionais e de formação no âmbito de organizações internacionais e regionais e no âmbito de outros acordos ou protocolos bilaterais e multilaterais na matéria.

#### Artigo 30

Outras medidas: aplicação da Convenção através do desenvolvimento econômico e da assistência técnica

1. Os Estados Partes tomarão as medidas adequadas para assegurar a melhor aplicação possível da presente Convenção através da cooperação internacional, tendo em conta os efeitos negativos da criminalidade organizada na sociedade em geral e no desenvolvimento sustentável em particular.

2. Os Estados Partes farão esforços concretos, na medida do possível, em coordenação entre si e com as organizações regionais e internacionais:

a) Para desenvolver a sua cooperação a vários níveis com os países em desenvolvimento, a fim de reforçar a capacidade destes para prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional;

b) Para aumentar a assistência financeira e material aos países em desenvolvimento, a fim de apoiar os seus esforços para combater eficazmente a criminalidade organizada transnacional e ajudá-los a aplicar com êxito a presente Convenção;

c) Para fornecer uma assistência técnica aos países em desenvolvimento e aos países com uma economia de transição, a fim de ajudá-los a obter meios para a aplicação da presente Convenção. Para este efeito, os Estados Partes procurarão destinar voluntariamente contribuições adequadas e regulares a uma conta constituída especificamente para este fim no âmbito de um mecanismo de financiamento das Nações Unidas. Os Estados Partes poderão também considerar, especificamente, em conformidade com o seu direito interno e as disposições da presente Convenção, a possibilidade de destinarem à conta acima referida uma percentagem dos fundos ou do valor correspondente do produto do crime ou dos bens confiscados em aplicação das disposições da presente Convenção;

d) Para incentivar e persuadir outros Estados e instituições financeiras, quando tal se justifique, a associarem-se aos esforços desenvolvidos em conformidade com o presente Artigo, nomeadamente fornecendo aos países em desenvolvimento mais programas de formação e material moderno, a fim de os ajudar a alcançar os objetivos da presente Convenção.

e) Tanto quanto possível, estas medidas serão tomadas sem prejuízo dos compromissos existentes em matéria de assistência externa ou de outros acordos de cooperação financeira a nível bilateral, regional ou internacional.

4. Os Estados Partes poderão celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais relativos a assistência técnica e logística, tendo em conta os acordos financeiros necessários para assegurar a eficácia dos meios de cooperação internacional previstos na presente Convenção, e para prevenir, detectar e combater a criminalidade organizada transnacional.

#### Artigo 31

#### Prevenção

1. Os Estados Partes procurarão elaborar e avaliar projetos nacionais, bem como estabelecer e promover as melhores práticas e políticas para prevenir a criminalidade organizada transnacional.

2. Em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, os Estados Partes procurarão reduzir, através de medidas legislativas, administrativas ou outras que sejam adequadas, as possibilidades atuais ou futuras de participação de grupos criminosos organizados em negócios lícitos utilizando o produto do crime. Estas medidas deverão incidir:

a) No fortalecimento da cooperação entre autoridades competentes para a aplicação da lei ou promotores e entidades privadas envolvidas, incluindo empresas;

b) Na promoção da elaboração de normas e procedimentos destinados a preservar a integridade das entidades públicas e privadas envolvidas, bem como de códigos de conduta para determinados profissionais, em particular advogados, tabeliães, consultores tributários e contadores;

c) Na prevenção da utilização indevida, por grupos criminosos organizados, de concursos públicos, bem como de subvenções e licenças concedidas por autoridades públicas para a realização de atividades comerciais;

d) Na prevenção da utilização indevida de pessoas jurídicas por grupos criminosos organizados; estas medidas poderão incluir:

i) O estabelecimento de registros públicos de pessoas jurídicas e físicas envolvidas na criação, gestão e financiamento de pessoas jurídicas;

ii) A possibilidade de privar, por decisão judicial ou por qualquer outro meio adequado, as pessoas condenadas por infrações previstas na presente Convenção, por um período adequado, do direito de exercerem funções de direção de pessoas jurídicas estabelecidas no seu território;

iii) O estabelecimento de registros nacionais de pessoas que tenham sido privadas do direito de exercerem funções de direção de pessoas jurídicas; e

iv) O intercâmbio de informações contidas nos registros referidos nas incisos i) e iii) da presente alínea com as autoridades competentes dos outros Estados Partes.

3. Os Estados Partes procurarão promover a reinserção na sociedade das pessoas condenadas por infrações previstas na presente Convenção.

4. Os Estados Partes procurarão avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as práticas administrativas aplicáveis, a fim de determinar se contêm lacunas que permitam aos grupos criminosos organizados fazerem deles utilização indevida.

5. Os Estados Partes procurarão sensibilizar melhor o público para a existência, as causas e a gravidade da criminalidade organizada transnacional e para a ameaça que representa. Poderão fazê-lo, quando for o caso, por intermédio dos meios de comunicação social e adotando medidas destinadas a promover a participação do público nas ações de prevenção e combate à criminalidade.

6. Cada Estado Parte comunicará ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas o nome e o endereço da(s) autoridade(s) que poderão assistir os outros Estados Partes na aplicação das medidas de prevenção do crime organizado transnacional.

7. Quando tal se justifique, os Estados Partes colaborarão, entre si e com as organizações regionais e internacionais competentes, a fim de promover e aplicar as medidas referidas no presente Artigo. A este título, participarão em projetos internacionais que visem prevenir a criminalidade organizada transnacional, atuando, por exemplo, sobre os fatores que tornam os grupos socialmente marginalizados vulneráveis à sua ação.

## Artigo 32

### Conferência das Partes na Convenção

1. Será instituída uma Conferência das Partes na Convenção, para melhorar a capacidade dos Estados Partes no combate à criminalidade organizada transnacional e para promover e analisar a aplicação da presente Convenção.

2. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas convocará a Conferência das Partes, o mais tardar, um ano após a entrada em vigor da presente Convenção. A Conferência das Partes

adotará um regulamento interno e regras relativas às atividades enunciadas nos parágrafos 3 e 4 do presente Artigo (incluindo regras relativas ao financiamento das despesas decorrentes dessas atividades).

3. A Conferência das Partes acordará em mecanismos destinados a atingir os objetivos referidos no parágrafo 1 do presente Artigo, nomeadamente:

a) Facilitando as ações desenvolvidas pelos Estados Partes em aplicação dos Artigos 29, 30 e 31 da presente Convenção, inclusive incentivando a mobilização de contribuições voluntárias;

b) Facilitando o intercâmbio de informações entre Estados Partes sobre as características e tendências da criminalidade organizada transnacional e as práticas eficazes para a combater;

c) Cooperando com as organizações regionais e internacionais e as organizações não-governamentais competentes;

d) Avaliando, a intervalos regulares, a aplicação da presente Convenção;

e) Formulando recomendações a fim de melhorar a presente Convenção e a sua aplicação;

4. Para efeitos das alíneas d) e e) do parágrafo 3 do presente Artigo, a Conferência das Partes inteirar-se-á das medidas adotadas e das dificuldades encontradas pelos Estados Partes na aplicação da presente Convenção, utilizando as informações que estes lhe comuniquem e os mecanismos complementares de análise que venha a criar.

5. Cada Estado Parte comunicará à Conferência das Partes, a solicitação desta, informações sobre os seus programas, planos e práticas, bem como sobre as suas medidas legislativas e administrativas destinadas a aplicar a presente Convenção.

### Artigo 33

#### Secretariado

1. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas fornecerá os serviços de secretariado necessários à Conferência das Partes na Convenção.

2. O secretariado:

a) Apoiará a Conferência das Partes na realização das atividades enunciadas no Artigo 32 da presente Convenção, tomará as disposições e prestará os serviços necessários para as sessões da Conferência das Partes;

b) Assistirá os Estados Partes, a pedido destes, no fornecimento à Conferência das Partes das informações previstas no parágrafo 5 do Artigo 32 da presente Convenção; e

c) Assegurará a coordenação necessária com os secretariados das organizações regionais e internacionais.

### Artigo 34

#### Aplicação da Convenção



1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, incluindo legislativas e administrativas, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, para assegurar o cumprimento das suas obrigações decorrentes da presente Convenção.

2. As infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção serão incorporadas no direito interno de cada Estado Parte, independentemente da sua natureza transnacional ou da implicação de um grupo criminoso organizado nos termos do parágrafo 1 do Artigo 3 da presente Convenção, salvo na medida em que o Artigo 5 da presente Convenção exija o envolvimento de um grupo criminoso organizado.

3. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou mais severas do que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional.

### Artigo 35

#### Solução de Controvérsias

1. Os Estados Partes procurarão solucionar controvérsias relativas à interpretação ou aplicação da presente Convenção por negociação direta.

2. Qualquer controvérsia entre dois ou mais Estados Partes relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção que não possa ser resolvida por via negocial num prazo razoável será, a pedido de um destes Estados Partes, submetida a arbitragem. Se, no prazo de seis meses a contar da data do pedido de arbitragem, os Estados Partes não chegarem a acordo sobre a organização da arbitragem, qualquer deles poderá submeter a controvérsia ao Tribunal Internacional de Justiça, mediante requerimento em conformidade com o Estatuto do Tribunal.

3. Qualquer Estado Parte poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação ou da aprovação da presente Convenção, ou da adesão a esta, declarar que não se considera vinculado pelo parágrafo 2 do presente Artigo. Os outros Estados Partes não estarão vinculados pelo parágrafo 2 do presente Artigo em relação a qualquer Estado Parte que tenha formulado esta reserva.

4. Um Estado Parte que tenha formulado uma reserva ao abrigo do parágrafo 3 do presente Artigo poderá retirá-la a qualquer momento, mediante notificação do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

### Artigo 36

#### Assinatura, ratificação, aceitação, aprovação e adesão

1. A presente Convenção será aberta à assinatura de todos os Estados entre 12 e 15 de Dezembro de 2000, em Palermo (Itália) e, seguidamente, na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, até 12 de Dezembro de 2002.

2. A presente Convenção estará igualmente aberta à assinatura de organizações regionais de integração económica, desde que pelos menos um Estado-Membro dessa organização tenha assinado a presente Convenção, em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo.

3. A presente Convenção será submetida a ratificação, aceitação ou aprovação. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas. Uma organização regional de integração económica poderá depositar os seus instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação se pelo menos um dos seus

Estados-Membros o tiver feito. Neste instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, a organização declarará o âmbito da sua competência em relação às questões que são objeto da presente Convenção. Informará igualmente o depositário de qualquer alteração relevante do âmbito da sua competência.

4. A presente Convenção estará aberta à adesão de qualquer Estado ou de qualquer organização regional de integração econômica de que, pelo menos, um Estado membro seja parte na presente Convenção. Os instrumentos de adesão serão depositados junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas. No momento da sua adesão, uma organização regional de integração econômica declarará o âmbito da sua competência em relação às questões que são objeto da presente Convenção. Informará igualmente o depositário de qualquer alteração relevante do âmbito dessa competência.

#### Artigo 37

##### Relação com os protocolos

1. A presente Convenção poderá ser completada por um ou mais protocolos.
2. Para se tornar Parte num protocolo, um Estado ou uma organização regional de integração econômica deverá igualmente ser Parte na presente Convenção.
3. Um Estado Parte na presente Convenção não estará vinculado por um protocolo, a menos que se torne Parte do mesmo protocolo, em conformidade com as disposições deste.
4. Qualquer protocolo à presente Convenção será interpretado conjuntamente com a presente Convenção, tendo em conta a finalidade do mesmo protocolo.

#### Artigo 38

##### Entrada em vigor

1. A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia seguinte à data de depósito do quadragésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. Para efeitos do presente número, nenhum dos instrumentos depositados por uma organização regional de integração econômica será somado aos instrumentos já depositados pelos Estados membros dessa organização.
2. Para cada Estado ou organização regional de integração econômica que ratifique, aceite ou aprove a presente Convenção ou a ela adira após o depósito do quadragésimo instrumento pertinente, a presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia seguinte à data de depósito do instrumento pertinente do referido Estado ou organização.

#### Artigo 39

##### Emendas

1. Quando tiverem decorrido cinco anos a contar da entrada em vigor da presente Convenção, um Estado Parte poderá propor uma emenda e depositar o respectivo texto junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, que em seguida comunicará a proposta de emenda aos Estados Partes e à Conferência das Partes na Convenção, para exame da proposta e adoção de uma decisão. A Conferência das Partes esforçar-se-á por chegar a um consenso sobre qualquer emenda. Se todos os esforços nesse sentido se tiverem esgotado sem que se tenha chegado a

acordo, será necessário, como último recurso para que a emenda seja aprovada, uma votação por maioria de dois terços dos votos expressos dos Estados Partes presentes na Conferência das Partes.

2. Para exercerem, ao abrigo do presente Artigo, o seu direito de voto nos domínios em que sejam competentes, as organizações regionais de integração econômica disporão de um número de votos igual ao número dos seus Estados-Membros que sejam Partes na presente Convenção. Não exercerão o seu direito de voto quando os seus Estados-Membros exercerem os seus, e inversamente.

3. Uma emenda aprovada em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo estará sujeita à ratificação, aceitação ou aprovação dos Estados Partes.

4. Uma emenda aprovada em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo entrará em vigor para um Estado Parte noventa dias após a data de depósito pelo mesmo Estado Parte junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas de um instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação da referida emenda.

5. Uma emenda que tenha entrado em vigor será vinculativa para os Estados Partes que tenham declarado o seu consentimento em serem por ela vinculados. Os outros Estados Partes permanecerão vinculados pelas disposições da presente Convenção e por todas as emendas anteriores que tenham ratificado, aceite ou aprovado.

#### Artigo 40

##### Denúncia

1. Um Estado Parte poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação escrita dirigida ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas. A denúncia tornar-se-á efetiva um ano após a data da recepção da notificação pelo Secretário Geral.

2. Uma organização regional de integração econômica cessará de ser Parte na presente Convenção quando todos os seus Estados-Membros a tenham denunciado.

3. A denúncia da presente Convenção, em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo, implica a denúncia de qualquer protocolo a ela associado.

#### Artigo 41

##### Depositário e línguas

1. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas será o depositário da presente Convenção.

2. O original da presente Convenção, cujos textos em inglês, árabe, chinês, espanhol, francês e russo fazem igualmente fé, será depositado junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente mandatados para o efeito pelos respectivos Governos, assinaram a presente Convenção.

## **ANEXO D - Resolução N.º 16, de 17 de dezembro de 2003**

### **RESOLUÇÃO N.º 16, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2003**

Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança.

O Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no uso de suas atribuições legais e em conformidade com a decisão, adotada à unanimidade, do plenário do CNPCP, reunido em 01 e 02/12/2003,

CONSIDERANDO que, conforme o disposto no artigo 64, I, da Lei de Execução Penal, é atribuição deste Conselho a propositura de diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

CONSIDERANDO a necessidade de atualizar os termos da Resolução do CNPCP nº 5, de 19 de julho de 1999, em face das novas demandas da sociedade, sobretudo no âmbito da segurança;

CONSIDERANDO que tais demandas, embora exijam uma ampla abordagem, recebem, por vezes, respostas simplistas que reduzem a complexidade da questão ao mero endurecimento das sanções penais;

CONSIDERANDO que as estratégias de prevenção e de combate à criminalidade englobam políticas públicas de caráter social bem como a atuação do sistema de justiça criminal e que seus princípios basilares devem estar explicitados para que possam guardar profunda coerência;

CONSIDERANDO que essa coerência advém da vinculação de tais princípios aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nomeadamente a dignidade da pessoa humana vista na sua individualidade e na sua dinâmica inserção social;

CONSIDERANDO a superação científica do paradigma positivista que tratava a questão da criminalidade apenas na esfera do comportamento individual e o seu enquadramento contemporâneo como problema social de raízes multicausais, a ser enfrentado pelo conjunto da sociedade;

### **RESOLVE,**

Art. 1º. As Diretrizes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária constituem o conjunto de orientações deste Colegiado destinadas aos responsáveis pela concepção e execução de ações relacionadas à prevenção da violência e da criminalidade, à administração da justiça criminal e à execução das penas e das medidas de segurança.

Parágrafo único: A observância das Diretrizes poderá ser especialmente considerada quando da avaliação de proposições e destinação de recursos do Ministério da Justiça.

Art. 2º. Os princípios norteadores das Diretrizes do CNPCP, além daqueles adotados pela Constituição Federal e pelos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, são:

- I - respeito à vida e à dignidade da pessoa humana;
- II - concepção do Direito Penal como última instância de controle social;
- III - valorização da criatividade na busca de alternativas à prisão;
- IV - articulação e harmonização dos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal;
- V - absoluto respeito à legalidade e aos direitos humanos na atuação do aparato repressivo do Estado;
- VI - humanização do sistema de justiça criminal;
- VII - comprometimento com a qualidade na prestação do serviço, para incremento da eficiência e da racionalidade do sistema de justiça criminal.

Art. 3º. São diretrizes referentes à elaboração legislativa:

- I - descriminalização e despenalização de condutas à luz da concepção de intervenção mínima do Direito Penal;
- II - defesa do instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação de liberdade, que deve ser imposta excepcionalmente, qual *ultima ratio*;
- III - manutenção do regime progressivo de cumprimento de penas, independentemente da natureza do crime praticado;
- IV - oposição ao alargamento das hipóteses de incidência da prisão sem condenação, medida sempre excepcional;
- V - adoção de medidas que objetivem o desarmamento;
- VI - proteção e amparo às vítimas e testemunhas de crimes.

Art. 4º. São diretrizes referentes à administração da justiça:

- I - agilização da prestação jurisdicional, com respeito aos institutos do devido processo legal e da ampla defesa;
- II - estabelecimento de mecanismos que contribuam para a aproximação entre o Poder Judiciário e a população carente, tais como a Justiça Itinerante e os Centros Integrados de Cidadania;
- III - fortalecimento da prestação de assistência jurídica integral à população carente com criação e valorização das Defensorias Públicas em todos os Estados;
- IV - criação de varas especializadas para execução de penas e medidas alternativas e transformação das centrais de execução em Juízos igualmente especializados.

Art. 5º. São diretrizes referentes à atuação dos órgãos policiais:

- I - independência e autonomia da polícia técnico-científica;
- II - destinação do profissional de polícia preferencialmente às atividades operacionais;
- III - uso de metodologias uniformizadas para coleta de dados estatísticos;

- IV - fortalecimento das Corregedorias e dos órgãos de controle externo da polícia;
- V - desenvolvimento de estratégias de gestão que prevejam a elaboração de diagnósticos, fixação de metas e avaliação constante de resultados;
- VI - integração das forças policiais por meio da compatibilização das áreas de atuação e do intercâmbio de informações;
- VII - promoção de ações permanentes com vistas à redução da violência e da letalidade;
- VIII - aprimoramento das técnicas científicas de investigação.

Art. 6º. São diretrizes referentes à administração penitenciária:

- I - construção preferencial de unidades, com no máximo 500 vagas, buscando-se evitar a permanência de presos condenados e provisórios em delegacias de polícia;
- II - cumprimento de pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais próximos à residência da família do condenado;
- III - promoção permanente de assistência jurídica aos presos provisórios, internados e egressos, prioritariamente pelas Defensorias Públicas, e, secundariamente, pelos Cursos e pelas Faculdades de Direito, pelos Serviços de Assistência Judiciária da OAB e por instituições congêneres;
- IV - realização de Programas e Projetos Especiais de Prevenção e Tratamento de DST/AIDS, Tuberculose e Dependência Química nas unidades penais e hospitalares;
- V - desenvolvimento de ações médico-psico-odontológicas e sociais em todos os ambulatórios das unidades penais;
- VI - classificação inicial dos condenados para orientar a execução da pena e sua submissão a exame admissional de saúde.

Art. 7º. São diretrizes referentes à formação dos operadores do sistema de justiça criminal:

- I - inclusão nos currículos das Faculdades de Direito, de preferência como obrigatórias, das disciplinas Criminologia e Direito da Execução Penal;
- II - incentivo a visitas, assim como estágios em estabelecimentos penitenciários e órgãos de execução penal;
- III - integração curricular dos cursos de formação das diversas carreiras policiais;
- IV - promoção do intercâmbio entre os corpos docente e discente das Escolas de Advocacia, da Magistratura, do Ministério Público, das Academias de Polícia e das Academias Penitenciárias;
- V - desenvolvimento de módulos específicos de gestão e liderança para os ocupantes de cargos de chefia e direção;
- VI - ênfase na natureza de prestação de serviço público da atividade dos profissionais do sistema de justiça criminal;
- VII - elaboração de convênios com Universidades e Centros de Pesquisa para a realização dos Cursos Superiores de Polícia (CSP).

Art. 8º. São diretrizes referentes às políticas públicas de prevenção:

I - integração entre as áreas de governo e a comunidade na prestação de serviços de natureza social, com atenção à família do preso e ao egresso;

II - realização e diagnósticos locais com ampla participação das lideranças e organizações comunitárias para identificação dos projetos de maior pertinência e necessidade;

III - valorização do papel dos municípios no desenvolvimento das políticas públicas locais;

IV - estímulo aos órgãos e mecanismos que viabilizam a participação da comunidade no sistema de justiça criminal.

Art. 9º. Esta Resolução entra em vigor a data de sua publicação e revoga especialmente a Resolução nº 5 de 19 de julho de 1999.

**ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA**

Presidente

**Publicada no DOU n.º 248, 22/12/2003, seção 1 pág. 34/35**

## ANEXO E - Decreto Nº 3.976, de 18 de outubro de 2001

### DECRETO Nº 3.976, DE 18 DE OUTUBRO DE 2001

Dispõe sobre a execução, no território nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art.84, inciso IV, da Constituição e de acordo com o art. 25 da Carta das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945,

DECRETA:

Artigo 1º - Ficam as autoridades brasileiras obrigadas, no âmbito de suas respectivas atribuições, ao cumprimento do disposto na Resolução 1373 (2001), adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas em 28 de setembro de 2001, anexa ao presente Decreto.

Artigo 2º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 18 de outubro de 2001, 180º da Independência e 113º da República

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
*Celso Lafer*

### Resolução 1373 (2001) adotada pelo Conselho de Segurança em 28 de setembro de 2001

*O Conselho de Segurança,*

*Reafirmando* as resoluções 1269 (1999) de 19 de outubro e 1368 (2001) de 12 de setembro de 2001,

*Reafirmando* também a condenação inequívoca dos ataques terroristas ocorridos em Nova York, Washington, D.C. e Pensilvânia em 11 de setembro de 2001, e expressando a determinação de prevenir esses atos,

*Reafirmando* ademais que tais atos, como quaisquer outros atos de terrorismo internacional, constituem uma ameaça à paz e à segurança internacional,

*Reafirmando* o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva tal como reconhecido pela Carta das Nações Unidas e reiterado na resolução 1368 (2001),

*Reafirmando* a necessidade de combater por todos os meios, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, ameaças à paz e à segurança internacional causadas por atos terroristas,

*Profundamente* preocupado com o aumento, em várias regiões do mundo, de atos de terrorismo motivados pela intolerância ou o extremismo,

*Instando* os Estados a trabalhar urgentemente em conjunto para prevenir e reprimir atos terroristas, inclusive por meio de maior cooperação e da implementação integral das convenções internacionais específicas sobre o terrorismo,



*Reconhecendo* a necessidade de os Estados complementarem a cooperação internacional pela adoção de medidas adicionais para prevenir e reprimir, em seus territórios, por meios legais, o financiamento e a preparação de quaisquer atos de terrorismo,

*Reafirmando* o princípio estabelecido pela Assembléia Geral na declaração de outubro de 1970 ( resolução 2625 (XXV)) e reiterado pelo Conselho de Segurança na resolução 1189 (1998) de 13 de agosto de 1998, qual seja o de que todo Estado tem a obrigação de abster-se de organizar, instigar, auxiliar ou participar de atos terroristas em outro Estado ou permitir, em seu território, atividades organizadas com o intuito de promover o cometimento desses atos,

*Atuando* ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas,

1. *Decide* que todos os Estados devem:

- a) Prevenir e reprimir o financiamento de atos terroristas;
- b) Criminalizar o fornecimento ou captação deliberados de fundos por seus nacionais ou em seus territórios, por quaisquer meios, diretos ou indiretos, com a intenção de serem usados ou com o conhecimento de que serão usados para praticar atos terroristas;
- c) Congelar, sem demora, fundos e outros ativos financeiros ou recursos econômicos de pessoas que perpetram, ou intentam perpetrar, atos terroristas, ou participam em ou facilitam o cometimento desses atos. Devem também ser congelados os ativos de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por essas pessoas, bem como os ativos de pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando, inclusive fundos advindos ou gerados por bens pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente, por tais pessoas e por seus sócios e entidades;
- d) Proibir seus nacionais ou quaisquer pessoas e entidades em seus territórios de disponibilizar quaisquer fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos ou financeiros ou outros serviços financeiros correlatos, direta ou indiretamente, em benefício de pessoas que perpetram, ou intentam perpetrar, facilitam ou participam da execução desses atos; em benefício de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por tais pessoas; em benefício de pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando.

2. *Decide também* que todos os Estados devem:

- a. Abster-se de prover qualquer forma de apoio, ativo ou passivo, a entidades ou pessoas envolvidas em atos terroristas, inclusive suprimindo o recrutamento de membros de grupos terroristas e eliminando o fornecimento de armas aos terroristas;
- b. Tomar as medidas necessárias para prevenir o cometimento de atos terroristas, inclusive advertindo tempestivamente outros Estados mediante intercâmbio de informações;
- c. Recusar-se a homiziar aqueles que financiam, planejam, apóiam ou perpetram atos terroristas, bem como aqueles que dão homizio a essas pessoas;
- d. Impedir a utilização de seus respectivos territórios por aqueles que financiam, planejam, facilitam ou perpetram atos terroristas contra outros Estados ou seus cidadãos;
- e. Assegurar que qualquer pessoa que participe do financiamento, planejamento, preparo ou perpetração de atos terroristas ou atue em apoio destes seja levado a julgamento; assegurar que, além de quaisquer outras medidas contra o terrorismo, esses atos terroristas sejam considerados graves delitos criminais pelas legislações e códigos nacionais e que a punição seja adequada à gravidade desses atos;

- f. Auxiliar-se mutuamente, da melhor forma possível, em matéria de investigação criminal ou processos criminais relativos ao financiamento ou apoio a atos terroristas, inclusive na cooperação para o fornecimento de provas que detenha necessárias ao processo;
- g. Impedir a movimentação de terroristas ou grupos terroristas, mediante o efetivo controle de fronteiras e o controle da emissão de documentos de identidade e de viagem, bem como por medidas para evitar a adulteração, a fraude ou o uso fraudulento de documentos de identidade e de viagem;

3. *Exorta* todos os Estados a:

- a. Encontrar meios de intensificar e acelerar o intercâmbio de informações operacionais, especialmente com relação às ações ou movimentações de terroristas e de suas redes; com relação à fraude ou falsificação de documentos de viagem; com relação ao tráfico de armas, explosivos ou materiais sensíveis; com relação ao uso de tecnologias de comunicação por grupos terroristas; e com relação à ameaça causada pela posse de armas de destruição em massa por grupos terroristas;
- b. Intercambiar informações em conformidade com as leis nacionais e o direito internacional e cooperar em assuntos administrativos e judiciários para evitar o cometimento de atos terroristas;
- c. Cooperar, particularmente por intermédio de arranjos e acordos bilaterais e multilaterais, para prevenir e reprimir o cometimento de ataques terroristas, bem como adotar medidas contra os perpetradores desses atos;
- d. Tornar-se parte, tão logo quanto possível, das convenções e protocolos internacionais específicos sobre terrorismo, inclusive a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo de 9 de dezembro de 1999;
- e. Incrementar a cooperação e implementar integralmente as convenções e protocolos internacionais específicos sobre terrorismo, bem como as resoluções 1269 (1999) e 1368 (2001) do Conselho de Segurança;
- f. Tomar as medidas apropriadas em conformidade com as disposições das legislações nacionais e do direito internacional, inclusive de acordo com padrões internacionais de direitos humanos, antes de conceder o status de refugiado, de modo a assegurar que o mesmo não seja concedido a solicitante que tenha planejado, facilitado ou participado da execução de atos terroristas;
- g. Assegurar, em conformidade com o direito internacional, que o instituto do refúgio não seja indevidamente utilizado por perpetradores, organizadores ou cúmplices de atos terroristas, e que a alegação de motivação política do crime não seja reconhecida como fundamento para denegar a extradição de acusados de terrorismo;

4. *Ressalta* com preocupação a estreita ligação entre o terrorismo internacional e o crime organizado transnacional, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, o contrabando de materiais nucleares, químicos, biológicos e outros materiais potencialmente mortíferos, e, nesse sentido, enfatiza a necessidade de incrementar a coordenação de esforços nos níveis nacional, sub-regional, regional e internacional de modo a fortalecer uma reação global a essa séria ameaça e desafio à segurança internacional;

5. *Declara* que atos, métodos e práticas de terrorismo são contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas, e que o financiamento, planejamento e incitamento deliberado de atos terroristas são igualmente contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas;

6. *Decide* estabelecer, nos termos da regra 28 das Regras Provisórias de Procedimento, um Comitê do Conselho de Segurança, constituído por todos os membros do Conselho, com o objetivo de monitorar, com a assistência de peritos, a implementação desta resolução; e *exorta* todos os Estados a informar aquele Comitê as medidas adotadas para implementar esta resolução no prazo

de 90 dias, a contar da data de sua aprovação, e subseqüentemente de acordo com cronograma a ser proposto por aquele Comitê;

7. *Instrui* o Comitê a definir suas tarefas, submeter um programa de trabalho dentro de 30 dias, a contar da adoção desta resolução, e decidir sobre o auxílio necessário ao desempenho de suas atribuições, em consulta com o Secretário-Geral;

8. *Expressa* sua determinação de tomar todas as medidas necessárias a fim de assegurar a implementação integral desta resolução, de acordo com as responsabilidades que lhe confere a Carta;

9. *Decide* manter essa questão sob sua consideração."

**ANEXO F - Decreto Nº 4.229, de 13 de maio de 2002****Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos****DECRETO Nº 4.229, DE 13 DE MAIO DE 2002.**

Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, instituído pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição,

**DECRETA:**

Art. 1º O Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, instituído pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, contém propostas de ações governamentais para a defesa e promoção dos direitos humanos, na forma do Anexo I deste Decreto.

Art. 2º O PNDH tem como objetivos:

I - a promoção da concepção de direitos humanos como um conjunto de direitos universais, indivisíveis e interdependentes, que compreendem direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos;

II - a identificação dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos no País e a proposição de ações governamentais e não-governamentais voltadas para a promoção e defesa desses direitos;

III - a difusão do conceito de direitos humanos como elemento necessário e indispensável para a formulação, execução e avaliação de políticas públicas;

IV - a implementação de atos, declarações e tratados internacionais dos quais o Brasil é parte;

V - a redução de condutas e atos de violência, intolerância e discriminação, com reflexos na diminuição das desigualdades sociais; e

VI - a observância dos direitos e deveres previstos na Constituição, especialmente os inscritos em seu art. 5º.

Art. 3º A execução das ações constantes do PNDH será detalhada em Planos de Ação anuais, na forma do Plano de Ação 2002, que consta do Anexo II deste Decreto.

Art. 4º O acompanhamento da implementação do PNDH será de responsabilidade da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, com a participação e o apoio dos órgãos da Administração Pública Federal.

Parágrafo único. Cada órgão envolvido na implementação do PNDH designará um interlocutor responsável pelas ações e informações relativas à implementação e avaliação dos Planos de Ação anuais.

Art. 5º O Secretário de Estado dos Direitos Humanos expedirá os atos necessários à execução do PNDH.

Art. 6º As despesas decorrentes do cumprimento do PNDH correrão à conta de dotações orçamentárias dos respectivos órgãos participantes.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Fica [revogado o Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996](#).

Brasília, 13 de maio de 2002; 181 da Independência e 114 da República. º

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Miguel Reale Júnior*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 14.5.2002