



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Relações Internacionais

**DIMENSÃO CRÍTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: OS USOS
SIMBÓLICOS E AS DISTORÇÕES TEÓRICAS NO CONTEXTO DOUTRINÁRIO
BRASILEIRO.**

**BRASÍLIA
2024**

Joana Souza Alves

**DIMENSÃO CRÍTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: OS USOS
SIMBÓLICOS E AS DISTORÇÕES TEÓRICAS NO CONTEXTO DOUTRINÁRIO
BRASILEIRO.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): José Carlos Veloso
Filho

**BRASÍLIA
2024**

JOANA SOUZA ALVES

**DIMENSÃO CRÍTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: OS USOS
SIMBÓLICOS E AS DISTORÇÕES TEÓRICAS NO CONTEXTO DOUTRINÁRIO
BRASILEIRO.**

Monografia apresentada como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Relações Internacionais pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador(a): José Carlos Veloso
Filho

BRASÍLIA, 26/04/2024

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Dedico aos meus ancestrais, minha família e Maia.

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."

(Bandeira de Mello)

RESUMO

Este estudo foi produzido a partir de pesquisa doutrinária e bibliográfica e tem como objetivo desconstruir o entendimento da teoria de Günther Jakobs apresentado no livro “Direito Penal do Inimigo” que ao passar do tempo adquiriu interpretações equivocadas e deformadas que perpetuam em diversas áreas, inclusive no âmbito acadêmico e propõe a análise mais detalhada do contexto histórico e reais aplicações da polêmica teoria que consiste na possível divisão entre um Direito Penal Comum e um Direito pensado para os “inimigos” do Estado, originalmente pensado no contexto de atentados terroristas, sendo o caso de repressão ou extermínio de direitos, como forma de controle de riscos para além do Direito Penal já conhecido. Muitos agentes do Direito se utilizam de maneira arbitrária e forçam a teoria dentro do ordenamento jurídico brasileiro e esse é o objeto da controvérsia do estudo, pois não é cabível para o contexto brasileiro e consiste em um erro, conforme demonstrou a revisão de literatura. Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Inconstitucionalidade do Direito Penal do Inimigo. Incompatibilidade do Direito Penal do inimigo com o Ordenamento Jurídico Brasileiro

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Inconstitucionalidade do Direito Penal do Inimigo. Incompatibilidade do Direito Penal do inimigo com o Ordenamento Jurídico Brasileiro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
DESENVOLVIMENTO TEXTUAL	
1. ANÁLISE DO LIVRO “DIREITO PENAL DO INIMIGO, NOÇÕES E CRÍTICAS” DE GÜNTHER JAKOBS E MANUEL CANCIO MELIÁ.....	11
1.1 Direito Penal do Inimigo por Günther Jakobs.....	11
1.2 Direito Penal do Inimigo por Manuel Cancio Meliá.....	19
2. AS DIVERGÊNCIAS ENTRE DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	26
2.1 A incompatibilidade com o Direito Penal do Inimigo com o princípio da intervenção mínima do Estado.....	26
2.2 Direito Penal do inimigo veiculado por sites jurídicos.....	28
3. MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36

INTRODUÇÃO

O “Direito Penal do Inimigo” é uma obra publicada em 1990 por Günther Jakobs e argumenta sobre uma teoria desenvolvida em seus estudos que separa o Direito Penal do cidadão (Direito Penal comum) do Direito Penal do Inimigo. Se trata de uma proposta do autor para a criação de um direito punitivo exclusivo para determinados tipos de indivíduos, que em suas condutas criminosas, conseguem ultrapassar o crime e estabelecer uma posição de “inimigos” da sociedade e, portanto, o Estado, em sua visão, deveria adotar um sistema diferente dos “cidadãos”, reprimindo a até exterminando direitos dispostos em lei.

Os “inimigos” propostos por Jakobs são agentes ameaçadores à sociedade, que se opõem às regras e apresentam grande periculosidade contra bens jurídicos importantes, o exemplo citado por Jakobs é o terrorista, que seria o indivíduo que renuncia seu lugar na dinâmica um estado, comunitário e legal e sua capacidade civil por negar se adequar, deve ser expulso do Sistema do Direito Penal Comum e por optar pela sua autoexclusão da sociedade, não deve ser tratado mais como pessoa e sim como inimigo. De fato, é uma teoria bastante severa pra este grupo de pessoas e por isso Jakobs reitera sempre que se trata de medidas em situações de guerra (ação conjunta violenta) e terrorismo.

Consiste em uma teoria que está muito mais próxima de um direito penal do autor do que o direito penal do fato, o ponto principal está no agente delitivo e como controlá-lo e não no direito penal do fato, aceito pela jurisdição brasileira. Porém o discurso chegou no Brasil com o viés completamente desviado da teoria de origem, tentando uma associação com o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo com a ampla inconstitucionalidade de sua aplicação no Brasil. A pesquisa apresenta essa problemática, fazendo uma comparação com a interpretação do renomado doutor em Direito Cancio Meliá, que traz importantes contrapontos à teoria de Jakobs. No trabalho há a investigação de alguns trabalhos e artigos veiculados na mídia sobre o Direito Penal do Inimigo, que evidenciam especificamente essa interpretação errônea até os dias de hoje de uma teoria que não pode ter aplicação no Brasil por diversas razões expostas.

É muito relevante que se faça essa correção diante da teoria do Direito Penal

do Inimigo para evitar a continuidade de narrativas equivocadas, voltadas pra um direito penal do autor e preconceituoso, pois o “inimigo” na grande maioria das vezes é usado contra indivíduos específicos e marginalizados da sociedade e até reitera discursos políticos de ódio contra uma parte da sociedade. A pesquisa também perpassa pela influência do Direito Penal do inimigo em medidas como o Regime Disciplinar Diferenciado e o seu rigor maior em supressão de alguns direitos e o contato do preso com o mundo exterior, sempre analisando sob comparação com a teoria original de Jakobs e as interpretações erradas a partir dela.

Por fim, é possível entender melhor as Manifestações do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento jurídico, indiretamente e diretamente, mas fato é, que tudo demonstra a incompatibilidade da teoria de Jakobs com o contexto brasileiro, mesmo que pessoas e juristas ainda insistam em usá-la para confirmar narrativas e convicções pessoais a favor de um cerceamento de pessoas preconceituoso e inútil por ser impossível a criação de um Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito, constituído pela Constituição Federal de 88.

1. ANÁLISE DO LIVRO “DIREITO PENAL DO INIMIGO, NOÇÕES E CRÍTICAS” DE GÜNTHER JAKOBS E MANUEL CANCIO MELIÁ

1.1 Direito Penal do Inimigo por Günther Jakobs

Para que se entenda a Teoria do Direito Penal do Inimigo em sua essência é importante buscar o conhecimento direto da fonte, do próprio conhecimento e estruturação do autor Günther Jakobs. Portanto, Jakobs preza pelo detalhamento entre o cenário real e possibilidades de medidas repressivas diante da realidade criminosa. Sendo assim, o primeiro aspecto analisado pelo autor é a *pena* e todas as suas ramificações no campo concreto e jurídico.

A pena é a resposta ao fato por meio da coação, portanto a coação é acima de tudo portadora de um significado contra o fato do autor. Pois a manifestação contrária do autor em relação à norma vigente, necessita uma resposta igualmente efetiva em prol da reafirmação da legitimação daquela mesma norma por meio do Estado. Esta é a subjetivação da pena, em significado amplo e teórico, em seu sentido além da produção física de um ônus contra o autor (JAKOBS, 2020, p.22).

A pena como ônus físico contra o autor também tem grande significado para a manutenção de uma sociedade em termos práticos, o encarceramento do autor efetivamente impede o cometimento de novos crimes, promove a prevenção por um período. A concepção da pena, entretanto, tem função de medida de segurança como forma de efetivar a aplicação da sanção em relação ao fato passado, mas principalmente tem efeitos futuros em relação a prevenir atos delitivos semelhantes em termos de organização da sociedade (JAKOBS, 2020, p.23).

Jakobs qualifica o Direito como relação jurídica o “vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres” e assim traz o contraponto com o Direito Penal do Inimigo, que representa a relação do Estado com o “inimigo”, que não se determina pelo Direito, mas sim pela coação. Porém, Jakobs, assume que a coação mais intensa se origina do Direito Penal, pois é a entidade que emprega a autorização em empregar a coação permitida pela legislação brasileira (JAKOBS, 2020, p.24).

Essa autorização que o Estado “recebe” pela sociedade já foi amplamente analisada por grandes pensadores como, Rosseau, Fichte, Hobbes, Kant, entre outros. Rosseau teorizou que “qualquer malfeitor que ataque o direito social, deixa de

ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor”. Já Fichte, quando aborda essa morte civil, escreve que “Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja por modo involuntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência total de direitos.” (JAKOBS, 2020, p.25).

Quando se trata de Hobbes, no primeiro momento, diz “o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status”, mas alega que existe diferença em situação de rebelião e alta traição, “aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos”. Portanto, percebe-se que ainda sim existe diferenciação quando o autor de um delito se torna inimigo do Estado. Em Kant, a construção desse pensamento retorna a ideia de que existe a renúncia da capacidade civil em sociedade, diz que “Quem não participa na vida em um estado- comunitário- legal, deve-se retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado como inimigo” (JAKOBS, 2020, p.26).

Esses pensadores abordam essa dinâmica entre o Direito Penal e a teoria do Direito Penal do Inimigo de formas diferentes, porém com muitas similaridades em termos de fundamentos. Jakobs, portanto, traz uma visão aprofundada no que tange ao equivalente a uma criminalidade organizada contra o Estado e contra a sociedade, que é analisada sob a dinâmica em torno do inimigo como a figura do fenômeno do terrorismo e as situações de “guerra” que envolvem esse tipo de ação conjunta violenta (JAKOBS, 2020, p.34).

Jakobs começa a estruturar toda a sua teoria sobre o Direito Penal do Inimigo em torno da associação terrorista, que diferencia o “delinquente-cidadão” do “indivíduo perigoso”, indivíduo este que diferente do delinquente comum, atenta contra a própria sociedade, não reconhecendo a validade e legitimação do chamado contrato social que fundamenta os direitos, deveres e toda a dinâmica da sociedade. Portanto, muito se diferencia entre o delinquente comum e o indivíduo perigoso, segundo Jakobs, essa distinção que coloca o Direito Penal do Inimigo como uma alternativa para ser aplicada em situações que fogem dos atos delituosos comuns e transbordam para uma situação de “guerra” contra a sociedade sob a tutela do Estado (JAKOBS, 2020, p.35).

Mais uma vez mantendo seu foco sob o exemplo do terrorismo, Jakobs relata que “as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas”. Depois dos atos terroristas de 11 de setembro de 2001, houve uma ambígua posição relativa aos prisioneiros, seriam eles delinquentes ou prisioneiros de guerra? No caso, Jakobs considera delitos mediante guerra, portanto, prisioneiros de guerra, pois houve um procedimento diferente do processo judicial comum, foi instaurado um procedimento de guerra, uma vez que o ato de foi “destruir as fontes terroristas e dominá-los, ou, melhor, matá-los diretamente, assumindo, com isso, também homicídio de seres humanos inocentes, chamado dano colateral.” (JAKOBS, 2020, p.38/39).

Günther Jakobs afirma que o Direito Penal do Inimigo é a forma de resolver o problema em relação a indivíduos perigosos, que não reconhecem uma constituição cidadã e atentam contra a sociedade. É considerada uma proteção da sociedade frente aos inimigos, “Seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do Inimigo.”. Existem os delinquentes comuns e os indivíduos perigosos que se posicionam contra a sociedade e contra tudo que uma dinâmica de organização social representa, sendo estes considerados adversários do ordenamento jurídico (JAKOBS, 2020, p.40).

Porém nem todo indivíduo que fere o ordenamento jurídico, representa um perigo para a sociedade e sua constituição, assim como o próprio ordenamento jurídico. As linhas do Direito Penal abordam atos delitivos que são contra as normas e nem por isso devem adotar os métodos apresentados em procedimentos de guerra, sendo isso totalmente reprovável pela proposta de Jakobs, “Linhas e fragmentos de Direito Penal do inimigo no Direito Penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito” (JAKOBS, 2020, p.41).

O autor traz como referência para o Direito Penal do inimigo as dimensões do perigo e não o dano à vigência da norma como o Direito Penal tradicional. É necessário que exista diferenciação entre uma conduta delituosa já prevista no Código Penal e outras condutas como o terrorismo, que se trata um cenário de guerra e por isso tem necessidade de algo pensado propriamente para procedimentos de guerra e de grande perigo, sendo o Código Penal insuficiente para a periculosidade que situações como esta representam. Esse cenário é importante para o autor apresentar

a ideia do Direito Penal do inimigo como necessidade para o Estado de Direito (JAKOB, 2020, p.42).

É fato que existe uma ordem em comum dos Estados em estabelecer direitos fundamentais e serem garantidores em relação a população sob a sua tutela. Jakobs fundamenta que em “todo o mundo existe uma ordem mínima juridicamente vinculante no sentido de que não devem tolerar-se as vulnerações dos direitos humanos elementares”. Portanto, além de não infringir os direitos humanos elementares, é necessário que o estado repreenda atos como estes, reagindo diante de tais vulnerações, não só mediante uma intervenção, mas também com uma pena proporcional à violação (JAKOBS, 2020, p.43).

A análise da jurisdição nacional e internacional demonstra ser muito importante para a construção da ideia de pena para o autor, segundo Jakobs a pena passa de um meio para a manutenção da vigência da norma para se tornar meio de criação de vigência da norma. Não sendo isto um erro ou um problema para o direito, contanto que se possa identificá-lo e processá-lo por meio da teoria. É fato que em muitos lugares do mundo os direitos mínimos são totalmente negligenciados e desrespeitados ou muitas vezes até inexistentes, ou seja, não existe uma dinâmica de ordem no sentido de efetividade do direito e da garantia de uma população.

Este panorama representa um grande problema que é resultado de uma série de falhas do Estado em relação àquela região. Jakobs atribui estas vulnerações às violações de direitos humanos que por anos não estavam sendo estabelecidos, no sentido de não estarem sendo respeitados e legitimados em linhas gerais. A pena se apresenta como fator muito importante, pois tanto no caso relatado acima, de vulnerações de direitos em qualquer lugar do mundo, quanto em uma hipótese comum de um delito dentro do Estado, nas palavras de Jakobs, “o autor se dirige contra a norma proibitiva e que a vigência da norma, afetada por ele, é confirmada em sua intangibilidade pela pena” (JAKOBS, Direito Penal do Inimigo, 2020, p.44).

Portanto, pode-se entender que tão importante quanto um Estado de Direito, é garantir que os direitos humanos sejam cumpridos, pois a real vigência das normas depende da sua efetiva realização no plano real, a pretensão jurídico-civil não garante sua instauração. Segundo Jakobs, “não se trata da manutenção de um estado-comunitário-legal, mas previamente, de seu estabelecimento.” (JAKOBS, 2020, p.45).

Entende-se assim que os direitos humanos com efetiva vigência, são a base para considerar uma sociedade um Estado de direito real, é necessário que garantias fundamentais sejam respeitadas, pois sua mera existência não garante seu estabelecimento. Por isso, qualquer ato que atente contra o estabelecimento e vigência das normas de caráter garantidor dos direitos humanos e que represente um perigo contra a legitimidade dos direitos mínimos de uma sociedade, deve ser punido considerando a periculosidade desses indivíduos, portanto não como pessoas culpáveis, mas como inimigos perigosos e a ferramenta usada contra esses ameaçadores do Estado é o Direito Penal do Inimigo.

A proposta de Jakobs consiste em um Direito Penal do inimigo bem delimitado e regulamentado, opção mais benéfica do que a atual contaminação do Direito Penal do inimigo nas vertentes do Direito Penal comum quando se trata de situações jurídicas que requer uma ação firme contra inimigos do Estado e da sociedade. Sob a perspectiva do Estado de Direito, existiria sim um Direito Penal, mas com partes de regulações específicas próprias e pensadas pelo Direito Penal do inimigo. Isso porque essas regulações próprias vêm de uma necessidade da eliminação de um perigo, diferente do Direito Penal comum que tem função manifesta da pena consistindo na contradição (JAKOBS, 2020, p.47).

O questionamento que o autor levanta em seu livro é “Pode-se conduzir uma guerra contra o terror com os instrumentos do Direito Penal de um Estado de Direito?” Seriam as normas vigentes suficientes para defender a sociedade de verdadeiros inimigos dos Direitos Humanos e do Estado de Direito? No que cerne ao fator principal analisado, que é o terrorismo e a luta contra a ameaça terrorista, percebe-se que mesmo as leis já promulgadas em combate ao terrorismo, como a “Lei para a luta contra o terrorismo” de 1986 na Alemanha, a “34ª Lei de Modificação do Direito Penal” que chamada de modo neutro faz parte das Leis de combate dirigidas contra o terrorismo e a “Lei de luta contra o terrorismo de 2003” presente na decisão-quadro do Conselho da União Europeia, são exemplos de Leis penais, que já discutidas aqui, não se aplicam ao terrorismo pois pena é manutenção da vigência e não uma efetiva ferramenta contra situações que procedimentos de guerras requerem. Afinal a mera punição dos terroristas não é meta principal do legislador (JAKOBS, 2020, p.51).

Assim, aproximando-se de uma solução praticável na realidade, Jakobs traz o ponto de vista novo, de asseguramento efetivo contraterrorista por meio do Direito

Penal do inimigo. Trata-se de uma custódia de segurança, regulamentada, como uma pena privativa de liberdade que seja correspondentemente extensa. Essas penas são fundamentadas com base no perigo existente em relação a associações terroristas, mesmo que não tenham resultado em dano efetivo, ameaçam a segurança pública pela mera existência de pretensão terrorista, mesmo sem de fato ter gerado lesão.

Todos esses pontos levantam questionamentos em relação à legitimidade do Direito Penal do inimigo, porém Jakobs afirma que o Estado não estaria punindo por “meros indícios ou suspeitas” ou “esquartejamento público para intimidação”. Porém o autor deixa claro que o Direito Penal do inimigo deve ser limitado ao necessário, o que o Direito Penal comum não consegue ser suficiente e apresenta falhas. O necessário na teoria de Jakobs é necessário justamente privar a liberdade de conduta do terrorista de forma prolongada, manter a custódia de segurança e de certa forma interromper o ato terrorista, porém em uma associação criminosa como o terrorismo, interromper o autor não interrompe o ato, pois sempre existem outros membros agindo em conjunto (JAKOBS, 2020, p.63).

Sendo assim, esta limitação e custódia de liberdade atinge somente o sujeito terrorista e não o ato terrorista, por isso Jakobs entende que por mais delicado que seja a matéria, o direito de polícia, nos termos dos limites estabelecidos em interrogatório também é uma problemática a ser analisada por ser inerente ao Direito Penal do inimigo, pois a insegurança da sociedade em iminente perigo nas situações de guerra que o terrorismo exerce, justifica uma diferente forma de entendimento em relação aos limites de um interrogatório, que pode ser a chave para impedir um atentado terrorista e o grande dano que isso representa para a sociedade e o Estado de Direito (JAKOBS, 2020, p.65).

O exemplo usado por Jakobs para ilustrar uma situação equivalente é um exemplo de guerra, se utilizando do § 14, parágrafo 3º da Lei de Segurança Aérea, que segundo o dispositivo, permite que em circunstâncias extremas possa abater aeronave “que pretenda ser usada para se atentar contra vidas humanas”. Essa norma de segurança tem grande importância para entender a teoria do Direito Penal do inimigo, por se assumir a licitude dos danos colaterais, ou seja, é lícito sacrificar passageiros inocentes dentro das aeronaves em favor de vidas de outras pessoas, uma medida extrema, usada em momentos extremos, representando bem o que seria

o Direito Penal do inimigo em perspectivas perigosas e extremas de um Estado de Direito contra a guerra do terrorismo (JAKOBS, 2020, p.65).

Existe a despersonalização da vida de civis, pois suas vidas são sucumbidas em favor de outros, esta é uma lógica que só cabe na perspectiva de guerra e por isso se torna um exemplo do um direito comum utilizando uma hipótese do Direito Penal do Inimigo. A todo custo evita-se uma situação extrema como esta, mas é interessante pensar que de certa forma representa um compromisso que o cidadão, dentro de uma sociedade, tem em razão de sua responsabilidade com o todo, Jakobs escreve “o sacrifício da vida como uma contribuição pessoal, o cumprimento de um dever de cidadão, na zona mais extremada de tais deveres” (JAKOBS, 2020, p.65).

Essa percepção abre portas no que cerne ao entendimento adotado no Direito Penal do inimigo em relação ao tratamento de terrorista, pois um Estado que é capaz, em extrema necessidade, se opor inclusive frente a vida de seus cidadãos em prol do bem comum, deveria também se utilizar da mesma lógica frente indivíduos de grande periculosidade como os terroristas, usando-se de menos tabus para garantir a proteção de seus cidadãos. Seria isso chamado por Jakobs de “força sistemática explosiva do preceito”, que dentro da ideia do Direito Penal do inimigo, seria instrumento de aplicação lícito, racionalmente indicado e pensado para situações de guerra, desfazendo os limites da persecução penal e defesa frente a riscos dessa magnitude (JAKOBS, 2020, p.66).

Nota-se que o entendimento de Jakobs em relação ao tratamento de terroristas está totalmente ligado com a ideia de proteção do Estado contra os inimigos que colocam a sociedade em risco, essa sociedade sendo composta por indivíduos que se comportam em favor da dinâmica do Estado de Direito. Desta forma, a não aceitação do Estado de Direito pelos terroristas, entende-se que na verdade a exclusão dos terroristas se trata, sem maiores dúvidas, de uma autoexclusão.

Este fato permite que este terrorista seja heteroadministrado, não por sua periculosidade, mas como ferramenta de prevenção em relação ao coletivo de inimigos que representam perigo e ainda não se encontram sob a tutela do Estado e sua régua punitiva. Existe a possibilidade que essa heteroadministração seja minimizada por colaboração do terrorista em princípio, mas sua pena será usada como forma de prevenção geral, como diz Jakobs em “quando o terrorista é penalizado com extrema dureza pela sua participação em uma associação terrorista

unicamente com o objetivo de intimidar outros partícipes, sendo assim, portanto, heteroadministrado não por sua periculosidade, mas sim pela tendência delitiva de outras pessoas”, o terrorista não será tratado como pessoa em potencial, mas como pertencente ao grupo de inimigos, sendo usado como exemplo punitivo também (JAKOBS, 2020, p.68).

Mesmo sem sua regulamentação, o direito de exceção necessário para a ameaça terrorista irá sempre surgir e demonstrará a falha que existe no Direito Comum, a lacuna que evita ser preenchida por não existir um Direito Penal do inimigo. Um Estado de Direito perfeito limita-se ao que funciona no âmago de uma sociedade, o Direito Penal do Inimigo contamina o Direito Penal do cidadão e por isso o melhor e mais sensato, na visão de Jakobs, seria a separação dessas esferas, para que o direito de exceção pudesse performar em seu papel de prevenção e efetiva luta contra a ameaça terrorista (JAKOBS, 2020, p.68).

Jakobs em uma visão interessante, dispõe que “Até dez anos de pena de privação de liberdade simplesmente por pertencer a uma organização terrorista, a serviços secretos, implantar escutas indiscriminadas, ou a prisão preventiva por risco de reiteração delituosa, e outros fatos, não são per se ataques ao Estado de Direito, mas sim, somente serão assim considerados se vierem disfarçados de um Direito Penal do cidadão e da culpabilidade, ou de processo penal ordinário”. Portanto, o estabelecimento de um Direito Penal do inimigo é necessário para que não haja a contaminação deste nas vertentes do Direito Penal do cidadão, se tornando assim um fenômeno desenfreado e imprevisível. O Estado de Direito se apresenta como solução universal e perfeita para todas as situações, mas negligencia a necessidade de um direito de exceção, que assuma o controle quando faltar ferramentas do direito penal comum (JAKOBS, 2020, p.68).

Nas palavras de Jakobs, “O Estado de Direito imperfeito se representa como perfeito através de um léxico ideológico. Esta subestimação da complexidade da realidade estatal é perigosa, visto que obstrui a visão de quando o Direito Penal está sob solo seguro do Direito Penal do inimigo, e quando está sobre o terreno movediço do Direito Penal do inimigo”. Por fim então, entende-se que o Estado de Direito não é capaz de lidar com inimigos sem uma regulamentação específica que permita ampliar e aplicar o direito de exceção, de forma a manter a vigência de suas normas e que consiga proteger a sociedade sob sua tutela de reais inimigos, inimigos estes que

representam uma ameaça para toda a dinâmica do próprio Estado de Direito. O Estado não pode tratar seus inimigos como pessoas, pois são fontes de perigo e na prática entende-se que as coisas são diferentes que na teoria e seguir um Estado de Direito ótimo, a rigor, significa estar exposto a ataques de seus inimigos. Portanto, para conduzir uma guerra ao terror e contra ameaças terroristas, a melhor opção é assumir a necessidade da criação de um Direito Penal do inimigo (JAKOBS, 2020, p.70).

1.2 Direito Penal do Inimigo por Manuel Cancio Meliá

Manuel Cancio Meliá, apresenta um cenário parecido com a teoria do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs, mas com uma visão mais voltada para a realidade atual do Estado de Direito e suas evoluções pelo tempo. Uma visão mais voltada para a contemporaneidade é excelente para contrapor o viés mais rígido que Jakobs propõe com incisividade. As análises de Cancio Meliá das políticas criminais e do fenômeno da expansão do Direito Penal são o complemento para a obra de Jakobs, aprimorando o significado e o alcance do Direito Penal do inimigo, entendendo o espaço que essa proposta efetivamente ocupa em termos de efetividade no Estado de Direito.

O ponto de partida para Meliá é o entendimento do fenômeno da expansão do ordenamento penal, como a atividade legislativa se apresenta e se modifica com o tempo. A matéria penal está em constante pesquisa e exame e por isso tem seus fundamentos e entendimentos muitas vezes modificados e trazidos para equilibrar com o cenário atual da sociedade e do Direito. As duas últimas décadas, segundo o autor, têm sido significativamente importantes para inserir conjuntos de tipos penais que ao comparar com o Direito Penal comum e seus bens jurídicos clássicos, constituem hipótese de criminalização do estado prévio, lesando esses bens jurídicos e resultando em sanções penais extremamente altas e desproporcionais (JAKOBS, 2020, p.76).

Esse Direito Penal da colocação de risco e de características exaustivamente rígidas e antiliberais, afetam de forma marcante a situação política criminal que encontramos na atualidade. Assim como outros fenômenos de expansão que Meliá se utiliza para analisar todo o quadro geral do Direito Penal e da possibilidade de introdução do Direito Penal do inimigo. Existem dois fenômenos a

serem estudados, que é o chamado “Direito Penal simbólico” e o que pode ser chamado de “ressurgir do punitivismo”, ambos fazem parte da linhagem do Direito Penal do inimigo e são importantes para agregar à Meliá as ferramentas necessárias para contrapor a teoria tradicional de Jakobs.

O Direito Penal simbólico é uma crítica que faz referência à dinâmica política, em que o Direito Penal é primordialmente demonstrado de maneira mais simbólica do que prática, sempre com o “objetivo de dar impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”. Os agentes políticos são os maiores responsáveis por promover essa função simbólica do Direito Penal, para transmitir a sensação de que estão incentivando políticas criminais efetivas e de grande benefício social. Segundo Meliá, “quem relaciona o Direito Penal com elementos simbólicos pode criar a suspeita de que não considera a dureza muito real e nada simbólica das vivências de quem se vê submetido à persecução penal, detido, processado, acusado, condenado, encarcerado.”, portanto traz a imagem que a pena é meramente meio de obter um efeito simbólico por meio de um dano concreto ao autor do crime (JAKOBS, 2020, p.79).

Porém, fato é que o Direito Penal simbólico não é distante e nem estranho ao Direito Penal, a teoria da prevenção penal positiva, por exemplo, representa bem o costume de transmitir posicionamentos a respeito da norma por meio da pena. Não sendo somente ferramenta para interesse de agentes políticos, mas meio de comunicação da norma com a sociedade. Muitos crimes precisam desse caráter comunicativo, como crimes de ódio, racismo ou qualquer outro que promova um sentimento de aceitação contrário ao esperado por parte da sociedade, como crimes de discriminação. Extrapola a norma e representa um pronunciamento de repúdio a determinadas ideologias criminosas, isto também é Direito Penal simbólico (JAKOBS, 2020, p.79).

O segundo fenômeno de expansão considerado importante por Meliá é o ressurgir do punitivismo, que é o retorno de processos de criminalização à “moda antiga”, ou seja, surgimento de novas normas penais com intuito de promover a aplicação repressiva a toda decisão, encaminhando as novas normas como opção principal para satisfação da pena ou para o endurecimento das penas para normas pré-existentes. Portanto, percebe-se constantes reformas com o intuito de estabelecer

um clima punitivista, um acréscimo qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização e na dureza das penas (JAKOBS, 2020, p.81).

Grande parte das críticas que ambos os fenômenos recebem são da demanda da esquerda política. A qual considera essa formulação e aplicação das penas, um mecanismo repressor para a manutenção do sistema político-econômico de dominação da parte privilegiada da sociedade. Da mesma forma que a esquerda mantém um posicionamento bem delimitado, apoiando demandas de descriminalização, a direita política continua por meio de um discurso extremamente conservador a apoiar e se posicionar a favor da maior criminalização. Meliá se utiliza do exemplo da Espanha, quando a direita política se utiliza de um simbólico discurso “progressista” por se tratar de uma estratégia política mais rentável e isto demonstra o quanto a política conservadora se aproveita de certos tipos de discursos de maneira estratégica para mascarar suas intenções (JAKOBS, 2020, p.82).

A partir do ano de 1977, na Espanha, o direito penal iniciou uma fase muito letárgica que perdurou por muito tempo e se fez necessário uma reforma e apresentação de um novo Código Penal, sendo apresentado assim diversos projetos e novas sugestões para o novo código, carregado de estudos e análises da doutrina. Em 1995, se instaurou o chamado “código penal da democracia”, mesmo com muitas discussões científicas com base no teor do novo código, algo foi entendido por todos os juristas, segundo Gimbernat Ordeig, “estava influenciado pelo renascimento da ideologia ‘lei e ordem’, por um incremento descontrolado de novas figuras delitivas e por um insuportável rigor punitivo. Enquanto Rodriguez Mourullo disse que “não seguia nenhuma linha político-criminal coerente”, era certo que o novo código chegara para estabelecer muito mais rigidez e dureza nas normas do que o esperado.(JAKOBS, 2020, p.83/84)

De 1996 até 2004 muito se foi discutido sobre reformas no novo código e assim ocasionou muitas mudanças em diversos setores, criando tipos delitivos na legislação penal espanhola de acordo com o novo clima político, principalmente no que tange a ameaça terrorista. Portanto, é conhecida a tendência do legislador ao se deparar com a criminalidade, de reagir com firmeza e efetivo punitivismo. Na Espanha, foi necessário esse rigor de maneira especial em relação ao tráfico de drogas ou entorpecentes e substâncias psicotrópicas, de modo que a pena foi duplicada na reforma. Meliá traz o exemplo da venda de uma dose de cocaína, que no código

anterior, ensejaria em uma pena de aproximadamente 1 a 4 anos, enquanto no novo código reformado espanhol, essa pena subiu para 3 a 9 anos de pena de privação de liberdade, um aumento significativo, que demonstra muito bem a mudança em rigor entre os códigos e entre os crimes, já que crimes de homicídio culposo grave detinham pena de 1 a 4 de privação de liberdade (JAKOBS, 2020, p.85/86).

Analisando todos esses exemplos e diferentes do Direito Penal e sua aplicação, percebe-se o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação próxima e fraternal de controle, são fenômenos que andam juntos e não conseguem ser separados. Portanto, a partir do momento que se estabelece uma nova política juspunitivista em caso de drogas, como se encontra na legislação espanhola, tem como consequência deixar de ser uma norma meramente simbólica e ter imediata incidência nas estatísticas da persecução criminal. Sendo assim, normas que poderiam ser consideradas em sua essência meramente simbólicas, conseguem realmente ensejar em processo penal de fato (JAKOBS, p.87/88).

O Direito Penal simbólico é ferramenta importante para entender uma sociedade e como o Direito Penal pune seus criminosos, por isso é responsável não só por punir um determinado tipo de fato, mas também de identificar e punir determinado tipo de autor, autor este que não é definido como igual, mas como outro, ou mais especificamente, a exclusão desse outro. Assim como igualmente presente é o punitivismo, com seu posicionamento firme, especialmente quando a conduta já está apenada. Direito Penal simbólico e o punitivismo têm relação estreita e inseparável e o resultado dessa união é o Direito Penal do inimigo (JAKOBS, 2020, p.88).

Para Cancio Meliá, o Direito Penal do inimigo “só pode ser concebido como instrumento para identificar, precisamente, o não Direito Penal presente nas legislações positivas”. De maneira equivalente na Espanha, o jurista Silva Sánchez tem analisado o Direito Penal do inimigo em sua concepção político-criminal, entendendo o momento jurídico vivido e o Direito Penal do inimigo na coexistência da imposição de penas privativas de liberdade, flexibilização dos princípios político-criminais e as regras de imputação (JAKOBS, 2020, p.89).

O Direito Penal do inimigo, portanto, no que cerne ao ordenamento espanhol, está voltado principalmente a delitos relacionados com drogas, o fenômeno da imigração que apresenta insegurança política, a criminalidade organizada e o mais importante ao Direito antiterrorista. Tópicos estes que se mantiveram desde o

estabelecimento do novo código, quanto as reformas posteriores que ocorreram. Portanto, dado o cenário apresentado, Meliá entende que a essência do conceito de Direito Penal do inimigo está na reação de combate, contra indivíduos especialmente perigosos, porém não entende essa medida plausível em termos de determinar inimigos.

Segundo Cancio Meliá, “com o Direito Penal do inimigo, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.”. Portanto, entende-se que nos crimes que apresentam grande ameaça e sustentam a ideia de um possível Direito Penal do inimigo, como no caso da Espanha, os cartéis de droga, a criminalidade frente a imigração, criminalidade organizada e o próprio terrorismo, são casos em que se busca uma “cruzada contra malfeitores cruéis”, não se trata de uma operação de combate com a prudência e a frieza de cunho inclusive militar. Assim o significado de “inimigos” toma forma quase que de um sistema de crenças, se tornando muito facilmente uma qualificação do outro, a identificação do agente delituoso em inimigo. Ou seja, em outras palavras, se trata de assumir o próprio agente como perverso, não o identificar como fonte de perigo, mas atribuir a ele o próprio significado de perigo (JAKOBS, 2020, p.96).

Esse novo papel que o agente delituoso ocupa, abre espaço para uma segunda problemática, que é a fuga em relação a tipificação por meio do “fato”, permitindo que outros fatores possam qualificar esse agente como inimigo, podendo extrapolar o Direito Penal do fato para o Direito Penal do autor. Além disso, para Meliá, existem três grandes motivos para afirmar que o Direito Penal do inimigo não é aplicável, são esses, primeiramente a inconstitucionalidade e erroneidade política que representa, em segundo lugar, por não contribuir à prevenção policial-fática delitos já que são normas promovidas por agentes políticos e em terceiro lugar pelo Direito Penal do inimigo não integrar conceitualmente o Direito Penal (JAKOBS, 2020, p.100).

Existem duas diferenças estruturais entre o Direito Penal do inimigo e o Direito penal, a primeira é que o Direito Penal do inimigo não estrutura uma prevenção geral positiva, mas sim demoniza uma determinada parte de infratores e em segundo lugar e em consequência disso, o Direito Penal do inimigo não é um direito do fato, mas sim um direito do autor, sendo, portanto, uma reação disfuncional de divergências na função da pena. Quando se assume a necessidade de um direito de exceção para aqueles cujo a condição de “pessoa” não existe mais por meio da autoexclusão, se

coloca em jogo a percepção dos riscos ligados a isto, afinal a construção da ideia de ameaça é um tanto que sociológica quando se trata das construções sociais estabelecidas ao longo do tempo e não preza puramente pelas dimensões reais e práticas na sociedade.

Por isso é correto afirmar que o Direito Penal do inimigo não é de fato defensivista, que ao analisar o caso da Espanha, por exemplo, não se encontra esse viés defensivista presente nos casos de criminalidade organizada, as máfias das drogas ou ao grupo terrorista ETA, que não apresentam essa “periculosidade terminal” para a sociedade, como se apresenta essa suposta ameaça irremediável às sociedades ocidentais. Para Meliá, é de conhecimento comum que “toda infração criminal supõe, como resultado especificamente penal, a quebra da norma, entendida esta como a colocação em dúvida da vigência dessa norma: a pena reage frente a esse questionamento por meio de delito reafirmando a validade da norma: prevenção penal positiva. Pois bem, estes casos de condutas de inimigos se caracterizam por produzir esse rompimento da norma a respeito de configurações sociais estimadas essenciais, mas que são especialmente vulneráveis, mais além das lesões de bens jurídicos de titularidade especial.” (JAKOBS, 2020, p.102/104).

Pode-se aferir que o punitivismo já existente em razão de crimes considerados extremamente agressivos contra a sociedade, que fazem de seus autores taxados de inimigos, na verdade advém de toda uma falha político-criminal da própria sociedade, no caso da Espanha colocando em xeque uma organização constitucional em razão, no que se refere o terrorismo, a uma organização territorial delicada e frágil. Desta forma, se é possível encontrar o problema na vulnerabilidade de identidade social, não seria correto supor que a troca de paradigma por meio de um Direito Penal do inimigo, seria a solução efetiva. No plano simbólico, deve haver uma “manifestação da normalidade”, que consiste em reagir de acordo com a proporcionalidade e imputação da pena, respeitando o sistema jurídico-penal normal, retirando do autor a narrativa de se questionar esses elementos essenciais ameaçados por sua conduta (JAKOBS, 2020, p.104).

Para Meliá, “É o Estado que decide, mediante seu ordenamento jurídico, quem é cidadão e qual é o status que tal condição comporta: não é possível admitir apostasias do status de cidadão. A maior desautorização que pode corresponder a essa defecção tentada pelo inimigo é a reafirmação do sujeito em questão pertencer

à cidadania geral, isto é, a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor.”. Portanto, é correto afirmar que o Direito Penal do inimigo é disfuncional, por reconhecer a excepcionalidade à infração do inimigo e legitimar a capacidade de questionar a norma do infrator, sendo assim, Direito Penal do inimigo e Direito penal são coisas absolutamente distintas (JAKOBS, Direito Penal do Inimigo, 2020, p.105).

O Direito Penal do inimigo então seria capaz de ressoar os próprios atos que têm por origem tentar extinguir, se tornando inútil em sua própria função, enquanto é usado como ferramenta de seletividade social, tratando alguns como pessoas e outros como inimigos, portanto pode-se entender que a demonização de um agente delituoso, tem lugar mediante a exclusão. O problema sociopolítico já existente, de desigualdades, preconceito e exclusão de grupos sociais, combinado com um Direito Penal do inimigo com suas bases na exclusão de certos grupos de pessoas como inimigos é totalmente incompatível com a prevenção geral positiva. Além do mais, o Direito Penal do inimigo se difere por completo do princípio de direito penal do fato, que é base para todo o atual Direito Penal, assim como representa toda a teoria de jurisprudência e doutrina (JAKOBS, 2020, p.106).

Com base nos exemplos espanhóis utilizados por Meliá, “No Direito Penal espanhol relativo ao terrorismo, depois das últimas modificações legislativas havidas, a ampla eliminação juspositivista das diferenças entre preparação e tentativa, entre participação e autoria, inclusive entre fins políticos e colaboração com uma organização terrorista, dificilmente pode parecer exagerado falar de um Direito Penal do autor.”

Sendo assim, um mecanismo criado com a intenção de separar determinados sujeitos como inimigos, sempre terá função direcionadora voltada para identificar e rotular potenciais inimigos, se concentrando no autor e não na definição de um fato. O Direito Penal do inimigo, é essencialmente, a forma de se definir categorias de sujeitos, reforçando o Direito Penal do autor, enquanto como sociedade sob a égide de um Estado de Direito, os ditos “inimigos”, só se trata de criminosos imputáveis e que devem receber as mesmas consequências dos considerados “cidadãos”, no plano fático não existe diferença, o Direito Penal de um é o Direito Penal de todos (JAKOBS, 2020, p.108/109).

2. AS DIVERGÊNCIAS ENTRE DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITO PENAL DO INIMIGO.

2.1 A incompatibilidade com o Direito Penal do Inimigo com o princípio da intervenção mínima do Estado.

O Direito Penal mínimo surge a partir do Princípio da intervenção mínima, que regula e impõe limites à arbitrariedade judicial, assim como orienta e limita o poder incriminador do Estado, no que diz respeito ao conteúdo e a criação de normas penais incriminadoras. O princípio da intervenção mínima que permite um Estado sob a égide do Direito Penal mínimo, que não permita a criação de tipos penais iníquos, culminando em sanções cruéis e degradantes (BITENCOURT, 2017, pg 55).

A ideia é que se outros tipos de sanções ou meios de controle social se mostrarem suficientes e efetivos para a tutela de um bem e conseqüentemente a diminuição de um comportamento reprovável, essas formas alternativas devem ser adotadas no lugar de uma norma penal, como por exemplo, medidas civis e administrativas. Portanto a criminalização de determinada conduta só pode ser legitimada se constituir meio necessário para interromper violações a bens jurídicos importantes e essenciais na dinâmica social, sendo a criminalização por meio de norma penal a medida mais drástica dentro das punições disponíveis pelo Estado, esse conceito também é chamado de “ultima ratio” do sistema normativo (BITENCOURT, 2017, pág 56).

Esses controles extrapenais são importantes para que não haja a criminalização e penalização excessiva presente no cenário atual, que acaba por descredibilizar não só o Direito Penal como a própria sanção penal, que perde força e sua função intimidativa a partir do momento em que ocorre essa “inflação legislativa”. No que se refere à proteção subsidiária de bens jurídicos, Bitencourt expõe que “O caráter subsidiário da proteção indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para esse fim.” (BITENCOURT, 2017, pg 57).

Dessa forma, é importante entender o que faz um bem jurídico ser considerado importante e acionar a intervenção estatal no sentido de criminalizar as

violações a ele. Afinal deve haver uma motivação que justifique a “ultima ratio” do sistema normativo, a medida extrema da norma penal. O entendimento é que se um ato reprovável pode ser evitado fora da esfera penal, este deve permanecer administrado por outras esferas, deve ser aplicado de forma subsidiária e racional. Segundo o jurista Heleno Cláudio Fragoso “Desde logo deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral, A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa” (FRAGOSO, 2003).

Esse posicionamento procura demonstrar a abrangência do princípio da intervenção mínima, que estabelece limites para o Estado e preserva os bens jurídicos de maior relevância e interesse para a sociedade e para o próprio Estado. Para Francisco de Assis Toledo “bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de “valor”, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, valem” e para a sociedade é muito importante estabelecer quais são os bens que representam maior valor para elas, é uma forma jurídica de comunicar a identidade desse grupo de pessoas, assim como comportamentos penalmente criminalizados também carregam o peso social de reprimenda e censura, demonstrando a dinâmica dessa sociedade com suas normas, de forma igualmente notável (TOLEDO, pág. 15, 2007).

Sendo assim, é possível reparar que existe uma grande diferença em motivos e razões que o Estado de direito mínimo é incompatível com a ideia de Direito penal do inimigo, afinal este se trata uma ferramenta de eliminação de um perigo, mesmo que isso signifique a admissão de danos colaterais, assumindo uma posição ativa e invasiva em situações que julgar necessário sob a licença do Estado de direito. Essa proposta de Jakobs permite e coloca sob a responsabilidade do Estado decidir quais indivíduos devem ser tratados como cidadãos e quais devem ser tratados como inimigos. Esse modelo de Estado é incompatível com o princípio da intervenção mínima, que como já foi visto, impede a criação de novas normas para criminalização

e penalização excessiva, zelando somente pelos bens mais importantes (JAKOBS, 2020, p.47).

A “guerra contra o terror”, proposta pelo modelo de Jakobs, que admite a criação de um Direito voltado para situações de guerra, por ser muito específico para um grupo específico de pessoas, requer que o Estado produza, de certa forma, um juízo de valor que divide seus tutelados em “cidadãos” e “inimigos”. Essa forma de separação e o juízo de valor proposto requer que o Estado ultrapasse o que é esperado de um Estado mínimo, contrariando totalmente o princípio da intervenção mínima. A proposta trazida pelo Direito Penal do Inimigo portanto existe em um mundo jurídico que o Estado mínimo não pode existir, um depende da inexistência do outro.

2.2 Direito Penal do inimigo veiculado por sites jurídicos

A obra “Direito Penal do inimigo”, por Günther Jakobs e sua teoria de um Direito Penal diferenciado e específico para “inimigos do Estado” se tornou um grande clássico e trouxe muitas discussões sobre a aplicabilidade prática dessa teoria, com isso também surgiram grandes erros de interpretação e finalidade de um recurso tão extremo como o defendido no Direito Penal do inimigo. O primeiro aspecto a salientar sobre esse trabalho de Jakobs é que se trata de uma teoria totalmente direcionada para um grupo restrito de pessoas que representam um grande e iminente nível de periculosidade para a sociedade e Estado. Seria uma hipotética separação entre o Direito Penal já conhecido e o Direito Penal do inimigo, que só poderia ser criado em uma realidade que não houvesse uma Constituição Federal, já que esta distinção é inconstitucional por ferir os princípios e direitos fundamentais tutelados em seu artigo 5º.

A falta de aprofundamento na teoria do “Direito Penal do inimigo” e a crescente disseminação de notícias e artigos jurídicos equivocados construíram uma narrativa ilusória em torno da teoria de Jakobs, forçando a teoria em cenários irreais e totalmente incompatíveis com a realidade fática e jurídica que o Brasil se estabelece com o vigor da Constituição Federal de 88. Nesta fase vamos analisar as notícias, em sites jurídicos que reverberam os erros atinentes ao entendimento e interpretação desses veículos de notícias.

A aplicação do Direito Penal do inimigo como solução para o crime organizado é muitas vezes até incentivado, como por exemplo no seguinte trecho do

artigo: *“Ora, é certo que a aplicação da teoria sem requisitos pré estabelecidos, certamente acarretaria afronta a cláusulas pétreas trazidas pela nossa Constituição Federal, todavia, o que se pretende introduzir no direito brasileiro, é aplicação do direito penal do inimigo amparado pelo princípio da proporcionalidade, como forma de combate ao crime organizado.*

Ademais, não é possível que um país que preza pela ordem constitucional e jurídica insista em ver a figura de criminosos como vítimas, já que outro entendimento demonstraria a total fraqueza das instituições públicas, bem como a compactuação com o desprezo demonstrado por certos indivíduos para com os direitos fundamentais das vítimas” (CALIXTO, Giovanna. 2023).

A associação do Direito Penal do inimigo como discurso político não é novidade, já que as críticas aos direitos humanos quando se trata de criminalidade estão cada vez mais presentes. O termo “inimigo” hoje no senso comum se tornou muito mais abrangente, erroneamente, que o sugerido na obra de Jakobs. O mais curioso talvez seria a argumentação do trecho, que se clama pelo Direito Penal do inimigo em função da ordem constitucional, mas ignorando o fato que a própria Constituição é que impede sua instauração e este é um exemplo de como a obra “Direito Penal do inimigo” é submetido a falsas possibilidades e interpretações.

A internet hoje é uma das principais ferramentas de pesquisa disponível e, portanto, muitos artigos acadêmicos são usados como fonte de estudo, por essa extensa vinculação da teoria Jakobs com outros conceitos e realidades paralelas das que a obra foi escrita, a propagação de erros de interpretação se instala nas mais diversas situações, como pode-se perceber nos trechos acadêmicos retirado de um artigo da revista chilena da Universidade de Talca:

“O corrupto é um inimigo no Direito Penal brasileiro? A resposta é positiva. Em razão da política criminal (partindo do pressuposto de que o Brasil possui uma política criminal) adotada pelo Brasil, nas últimas décadas, o Direito Penal foi sendo ajustado para punir de forma cada vez mais severa a corrupção.”

“A partir do exposto, conclui-se que, sob a óptica do Direito Penal e da Política Criminal adotada no cenário brasileiro, o corrupto pode ser sim considerado um inimigo.” (DO MONTE SILVA, L. 2016).

Os trechos acima, retirados de um artigo que valida as medidas sugeridas na obra “Direito Penal do inimigo”, pretendem trazer essas teorias não somente dentro

do ordenamento jurídico, mas especificamente para o crime de corrupção, colocando políticos corruptos na posição de inimigos da sociedade, que justificaria o afastamento de um Direito Penal “comum” e acionaria o “Direito Penal do inimigo”. Por mais tentador que pareça a ideia de responsabilizar políticos corruptos pelo dano corrosivo que seus atos perpetuam na sociedade, pensar em fugir da responsabilização pela via do Direito Penal é no mínimo ingênuo, já que a Constituição Federal que é a “Lei Maior” do Brasil, é a base da própria existência e organização de uma sociedade e não admite outra forma do exercício do poder punitivo do Estado, na esfera penal, que não seja o Direito Penal.

Porém, é muito claro que esses preceitos e métodos presentes na Obra “Direito Penal do Inimigo” de Günther Jakobs, muito popularizado no mundo do Direito como forma de incentivar o enrijecimento penal, não pode viger em um mundo regido pela Constituição Federal, mas encontra formas sim de influenciar diretamente o endurecimento das leis penais, um exemplo disso é o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) , que surgiu como forma de aplicar a lei em sua maior rigidez de forma diferenciada para criminosos considerados de grande periculosidade, optando por um regime com medidas mais severas. Portanto, não se trata de um regime de cumprimento de pena, mas sim de uma sanção disciplinar e restringe temporariamente a liberdade de locomoção do preso de forma mais dura, assim como outros direitos. O RDD foi introduzido pela Lei 10.792/2003 que alterou a Lei de Execuções Penais (LEP) e o Código de Processo Penal (CPP) em seu art. 52.

Conforme entendimento exposto pelo autor e jurista Júlio Fabbrini Mirabete (MIRABETE, p. 116. 2004), *"O regime disciplinar diferenciado (...) não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei"*.

O regime disciplinar diferenciado surgiu diante de um cenário caótico no Sistema Prisional Brasileiro em 2001 que ocasionou uma megarrebelião em diversas penitenciárias sob o comando das facções criminosas: Primeiro Comando da Capital (PCC) e Comando Vermelho (CV). O objetivo maior do RDD foi de reprimir e dificultar

as ações organizadas de facções dentro dos presídios que cresciam e se agravavam, pedindo uma ação governamental em resposta, portanto o RDD surgiu como forma de modificar os termos do cárcere a depender de um certo padrão específico de criminoso, restringindo uma parte dos seus direitos, tratando-o de forma mais rígida, surgindo discussões no início da implementação sobre a constitucionalidade do regime, que podia se afastar de um direito penal do fato e se aproximar de um direito penal do autor.

Porém, muitos autores e juristas são categóricos em desprezar o entendimento de inconstitucionalidade e explicam a legalidade do regime: *“Não é correto o entendimento de que a previsão do regime disciplinar diferenciado seria inconstitucional por implicar violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade das penas e da proporcionalidade e à proibição da submissão do preso a tratamento desumano e degradante (arts. 1º, III, e 5º, III e XLVII, da CF). A disciplina legal do regime diferenciado não prevê qualquer medida que ofenda os mencionados princípios constitucionais. Consistem essas medidas tão somente em restrições temporárias a alguns direitos do preso, expressamente discriminados, que não implicam a sua sujeição a tratamento cruel, desumano ou vexatório, respeitando-se a sua integridade física e psíquica e os demais direitos previstos em lei. A proporcionalidade está suficientemente atendida pela cominação da sanção mais severa às faltas mais graves, pelos limites impostos à sua aplicação e pela necessidade de se resguardar a ordem e a disciplina contra ações que coloquem em risco o sistema prisional.”* (MIRABETE, 2023.).

Portanto, é importante entender que por mais que o Direito Penal do Inimigo não seja constitucional e não possa ser usado no ordenamento jurídico brasileiro de maneira nenhuma, suas influências diretas e indiretas ainda são capazes de perpetuar frutos, induzindo a aplicação de sanções estritas e privativas de direito, aumentando crescentemente o rigor do Estado com os considerados “inimigos”. A banalização do termo “inimigos” em veículos acadêmicos também facilita para que a ideia do Direito Penal do Inimigo seja “testada” em diferentes circunstâncias e tome proporções muito além para que foi teorizado por Jakobs, sendo popularizado e disseminado no Brasil como uma possível solução para o crime organizado e tráfico de drogas, ignorando o contexto do terrorismo que é razão e pilar de toda a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Este erro de interpretação parece muito grosseiro para quem lê e se certifica de não expandir os limites do entendimento da teoria do Direito Penal do Inimigo para outras hipóteses e cenários, mas é extremamente comum encontrar esses conceitos fragmentados e deformados como esteio para diversas outras teorias e pontos de vista, hoje carrega uma conotação um tanto que comercial, vendendo uma ideia que o “inimigo” pode ser visto como qualquer pessoa, dependendo do quanto argumentar e atribuir a um grupo de indivíduos a narrativa de opositores e ameaçadores do Estado de Direito.

À primeira vista pode parecer uma guerra de conceitos, algo não tão importante na prática, mas o Direito Penal do inimigo se tornou uma forma impactante de categorizar e justificar discursos de ódio contra grupos marginalizados da sociedade, que naturalmente trazem em sua estrutura o resultado das negligências do Estado e hoje são focos preocupantes de crescimento da criminalidade, fato que deve ser sim solucionado, porém fazendo uso de políticas públicas que agem na real causa de todo o problema e sempre dentro dos limites do Direito Penal.

“Poucos temas provocam tomadas de posição tão decididas e apaixonadas quanto a ideia do “direito penal do inimigo”. Mas, curiosamente, a introdução do conceito por Jakobs duas décadas atrás ou mal foi notada, ou foi aplaudida como uma “impressionante defesa da liberdade dos cidadãos.” Já a retomada do conceito por seu criador em algumas publicações mais recentes caiu como uma bomba sobre a ciência do direito penal, cujo estrondo só está sendo superado pelas veementes reações que a ideia está gerando.” (GRECO, LUÍS. 2015).

Este trecho do renomado professor Luís Greco define bem a proporção exagerada que o termo recebeu com o tempo e hoje é exemplo de conceito que é, se não o mais utilizado, um dos mais, que são mal interpretados e perpetuados de forma genérica e leviana dentro do mundo jurídico.

O fato do Direito Penal do inimigo, ganhar força e modismo depois dos atentados terroristas de 2001 foi a causa a ascensão e retomada da discussão sobre os “inimigos” do Estado segundo a obra de Jakobs. Nos EUA é relativamente normal atentados terroristas e por isso a teoria de Jakobs, aplicável ou não, ainda é um lugar que permite a associação da teoria com o mundo real do país, mas no Brasil, atentados terroristas são raríssimos e fogem do padrão criminológico, sendo muito mais comum questões atinentes aos crimes que se relacionam com o tráfico de drogas

e por isso é muito comum encontrar leigos e juristas tentando forçar a narrativa do Direito Penal do Inimigo para o crime organizado e tráfico de drogas no Brasil, mas fazer isto é errado, tanto em termos constitucionais, quanto à mera associação da teoria de Jakobs, que não é cabível no contexto brasileiro e muito menos em seu ordenamento jurídico.

Os erros em relação ao Direito Penal do inimigo também se estendem ao relacionar medidas legislativas presentes e regulamentadas dentro do Código Penal a teoria de Jakobs, erros como estes são comuns depois de tantos anos com o termo “inimigo” sendo usado levemente, no seguinte trecho até a medida restritiva da prisão preventiva, que tem fundamento legal nos artigos 311 ao 316 do CPP, é vista como resultado do Direito Penal do Inimigo: *“Podemos encontrar, também, a teoria Direito Penal do Inimigo no Código de Processo Penal, o código trás o instituto da prisão preventiva, esta medida prevista no Art. 312 e 313 do CPP somente se aplica a determinados criminosos quando preenchidos alguns requisitos, Portanto, fica claro que apesar de no sistema jurídico brasileiro não adota expressamente a teoria ora abordada é nítido que ela existe e é aplicada na legislação brasileira, percebendo-se que a referida teoria está ganhando, cada vez mais espaço no meio jurídico nacional fazendo com que o criminoso considerado inimigo do Estado passe a temer a rigidez da norma penal.”* (OLIVEIRA, Ronaldo. 2019).

Existem requisitos para que a medida protetiva seja aplicada e nada disso tem relação com a teoria do alemão Jakobs que afronta diretamente indivíduos “não cidadãos” ou “inimigos”, que praticam crimes contra o Estado de Direito e a organização social. O Direito Penal está para intervir minimamente, somente quando necessário, mas ainda sim exerce o poder punitivo do Estado e contanto que se matenha dentro dos limites da legislação brasileira, não pode em hipótese nenhuma ser considerado Direito Penal do inimigo e não relaciona com a teoria de Jakobs. É dever do estado exercer seu poder punitivo dentro dos princípios constitucionais.

“O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito” (CONDE. 2001).

3. MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste trabalho foram demonstradas algumas tentativas e narrativas muito usadas para colocar o Brasil como forte candidato para a aplicação do Direito Penal do Inimigo, por ter grandes problemas relacionados ao tráfico de drogas. Segundo Jakobs, na percepção de Meliá (JAKOBS, p. 90. 2020) os efeitos do Direito Penal do Inimigo são aplicados por três elementos, primeiro o amplo adiantamento da punibilidade, perspectiva no qual o ordenamento jurídico-penal tem ponto de referência em fato futuro, em segundo lugar a aplicação de penas exageradamente altas e por fim, garantias processuais são relativizadas ou até mesmo suprimidas. Este cenário foi pensado exclusivamente para lidar com atentados terroristas, em seu contexto que incitava teorias e discussões sobre possibilidades fora do Direito Penal, é desproporcional e até inútil expandir algo tão específico para o contexto brasileiro, pois o próprio Direito Penal historicamente surgiu e foi perpetuado pelo tempo de forma repressiva e isto não impediu que questões como por exemplo os crimes de tráfico de drogas e organizações criminosas fossem evitados.

No trecho a seguir, Cezar Roberto Bittencourt, muito bem colocado, explica esse contexto: “A história do Direito Penal consiste na análise do direito repressivo de outros períodos da civilização, comparando-o com o Direito Penal vigente. É inquestionável a importância dos estudos da história do Direito Penal, permitindo facilitando um melhor conhecimento do direito vigente.” (BITENCOURT, pág 11. 2010). Portanto, querer solucionar problemas de um Direito Penal historicamente repressivo, com mais repressão, retirando direitos de um indivíduo até sua completa exclusão e de maneira arbitrária como pode-se perceber no decorrer deste trabalho, é a receita para um caos não somente de ordem criminal, mas ainda pior, da estrutura de todo o Sistema Constitucional, princípios e leis, descredibilizando o que conhecemos por Direito Penal.

O cerceamento dos direitos fundamentais de certos tipos de comunidades já faz parte da história do Direito Penal durante toda a sua evolução e aceitar que seja considerado oficialmente um Direito Penal do Inimigo e que este “inimigo” seja escolhido conforme interesses políticos e preconceitos existentes e características culturais aleatórias de cada lugar, é autorizar que todos os outros direitos já conquistados se tornem frágeis às vontades, opiniões e má interpretações por parte

de quem o faz e é exatamente isto que ocorre quando a sociedade e mundo jurídico abre uma brecha para um Sistema Penal que flerta com a possibilidade de um retrógado direito penal do autor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que a obra “Direito Penal do Inimigo” de Jakobs iniciou um grande debate e diversas interpretações diferentes de uma mesma teoria, mas fato é que o livro é muito claro ao delimitar uma proposta de “inimigo” como uma medida em estado de guerra, em ataques terroristas e indivíduos no qual sua altíssima periculosidade permitiria a criação de um Direito Penal próprio e exclusivo para os chamados “inimigos do Estado, se está proposta é válida ou se esse Direito Penal deveria ser criado, mesmo com a inconstitucionalidade inevitável, o ferimento de direitos fundamentais e a ofensa direta ao direito garantista, não vem ao caso para este estudo em especial.

No que se refere ao que é prioridade, é necessário primeiro entender a teoria e em que termos ela foi pensada, uma vez entendido esses pontos, conseqüentemente ela perde sua força e perde o sentido no contexto brasileiro. Infelizmente a interpretação e o próprio uso do termo “inimigo” já se tornou genérico e é usado amplamente para legitimação de discursos de ódio, tanto socialmente quanto politicamente e isso já se tornou tão comum que pela repetição já adquiriu um significado tão contaminado que consegue adentrar também o ambiente acadêmico e agentes do Direito que reproduzem o erro e fortalecem a corrente de falta de informação que existe hoje no que se refere a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Existe uma importância muito grande em incentivar acadêmicos do Direito a fazer uma revisão de literatura da própria obra “Direito Penal do Inimigo” e este trabalho é uma iniciativa para somar a tantos outros que procuram ressignificar a interpretação incorreta, trazendo os argumentos e provas cabíveis para demonstrar a incompatibilidade do Direito Penal do inimigo no contexto brasileiro, interrompendo a disseminação de informações erradas e melhorando a formação dos agentes do Direito, para que possam fundamentar seu trabalho diante de argumentos, alegações, declarações e exposições com base em doutrinas de autores que respeitam os princípios constitucionais, reconhecendo as diferentes teorias, mas sendo irreduzível com qualquer possibilidade de transformar direitos fundamentais em um grande laboratório de testes de viés pessoal, preconceituoso e exterminador de garantias.

O objetivo é que em uma projeção futura, esses erros sejam reconhecidos e retificados, caindo em desuso para o bem do Estado Democrático de Direito que

assim se livrará dos malefícios da ideia ilusória de “inimigos” dentro do Direito Penal Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte Geral. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALIXTO, Giovanna. Crime organizado e a aplicação do Direito Penal do Inimigo, 2023. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigos/63160/crimeorganizado-e-a-aplicacao-da-teoria-do-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 25 fev. 2024.

CONDE, Francisco Muñoz. Introducción al derecho penal. 2001.

DO MONTE SILVA, L. O Direito Penal Do Inimigo e a Corrupção no Brasil, 2016. Disponível em: <www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100008#n46>. Acesso em: 25 fev. 2024.

FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. 2015.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do inimigo: noções e críticas. Organizado e traduzido por Manuel Cancio Melia; org. e trad. Andre Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed., 4. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. Execução penal. 16. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2023. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 24 abr. 2024.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. Execução Penal. 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Ronaldo. Direito Penal do Inimigo à luz da legislação brasileira, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-penal-do-inimigo/735559394>. Acesso em 16 abr. 2024.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato Social. In: Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita, 1973.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2007.