



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DIREITO PENAL DO INIMIGO: NECESSÁRIA APLICAÇÃO DIANTE DA REALIDADE
HUMANA EM SOCIEDADE

Renata Maria de Oliveira Garrido Pereira

Rio de Janeiro
2022

RENATA MARIA DE OLIVEIRA GARRIDO PEREIRA

DIREITO PENAL DO INIMIGO: NECESSÁRIA APLICAÇÃO DIANTE DA REALIDADE
HUMANA EM SOCIEDADE

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof. Elisa Ramos Pittaro Neves

Coorientadora:

Prof^a Monica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2022

RENATA MARIA DE OLIVEIRA GARRIDO PEREIRA

DIREITO PENAL DO INIMIGO: NECESSÁRIA APLICAÇÃO DIANTE DA REALIDADE
HUMANA EM SOCIEDADE

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Des. Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro - EMERJ.

Convidado: Prof.º José Maria de Castro Panoeiro - Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

Orientadora: Prof.ª Elisa Ramos Pittaro Neves - Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ_ NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

Ao meu pai e à minha terapeuta por todo carinho e empenho dispendido nesse projeto.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, por seu corpo docente excepcional, que me oportunizaram um crescimento intelectual sem precedentes, mas, porque, cima de tudo promoveu uma reflexão sobre uma sociedade mais justa baseada persistentemente na ética e na transparência.

Em especial à minha orientadora e ídola, Prof^a. Elisa Ramos Pittaro Neves, não apenas pela orientação e dedicação no pouco tempo que possuía, mas acima de tudo por existir, fazendo-nos acreditar que a ‘guerra’ por um mundo melhor vale a pena.

O mesmo dispense ao professor convidado, José Maria de Castro Panoeiro, por quem tenho uma enorme admiração e que com sua sabedoria ensinou-me a ter uma postura mais crítica e reflexiva sobre minha forma de escrever o mundo.

Ao meu pai e minha mãe por terem me apoiado nessa jornada e por tudo de bom que tenho e sou.

À minha irmã Daniela, por sua preocupação, carinho e incentivo.

À Prof.^a Mônica, por toda paciência, compreensão e apoio constante.

E por fim, mas não menos importante, à Tarcila Venusia da Costa e Claudia Carreiro Freitas Franca, mais que integrantes do departamento de monografia da EMERJ, verdadeiras anjos da guarda.

“Quando a dor de não estar vivendo for maior que o medo da mudança, a pessoa muda.”

Sigmund Freud

SÍNTESE

Esta monografia tem como objetivo fazer uma análise detalhada da Teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada por Günther Jakobs, o qual entende que, de forma resumida, é possível a supressão de certos direitos e garantias do criminoso dependendo das circunstâncias do delito e da personalidade dele, com a finalidade de eliminar riscos futuros. Para isso, percorrer-se-á pelo estudo das principais escolas penais e das teorias da pena para chegar na gênese da teoria do direito penal do inimigo de Jakobs, a teoria do funcionalismo sistêmico, na qual Jakobs entende que o Direito Penal tem como principal função a proteção da norma, aplicando para isto penas rígidas como forma de combate aos ditos “inimigos” do Estado, em nome da busca pela pacificação social. Além disso, também tem como objetivo analisar as principais críticas à teoria. E, por fim, demonstrar a possibilidade de sua aplicação em uma sociedade democrática de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo; Jakobs; Críticas; Constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. FUNÇÃO DO DIREITO PENAL	12
1.1. Finalidades da pena.....	12
1.2. Evolução histórico-conceitual da função do Direito Penal.....	16
1.2.1. Os ideais do iluminismo	17
1.2.2. As considerações de Feuerbah e Birnbaum	18
1.2.3. As considerações para Karls Binding e Franz von Liszt	19
1.2.4. A concepção neokantiana	20
1.2.5. Teorias contemporâneas	20
2. ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	25
2.1. Pena para o inimigo	26
2.2. Direito Penal do Inimigo: fundamento nas teorias contratualistas	27
2.3. O cidadão e o inimigo como tipos de autor do Direito Penal	30
2.4. Teoria do Direito Penal do Inimigo abrange o Direito Processual Penal	34
2.5. Fundamento e legitimidade da teoria do Direito Penal do Inimigo.....	35
2.6. O porquê da guerra contra os inimigos.....	37
2.7. O porquê da punição do inimigo como um direito de exceção expresse	39
3. ANÁLISE AS CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO	41
3.1. Compatibilidade com o estado Democrático de Direito	41
3.2. Autorização na Constituição para aplicação do Direito Penal do Inimigo.....	45
3.3. Suposta violação ao princípio da isonomia	47
3.4. Aplicação do direito do autor no Código Penal brasileiro	53
3.4.1. Culpabilidade	54
3.4.2. Conduta social e personalidade	55
3.4.4. Reincidência	57
3.5. Desigualdade no tratamento dispensado aos imputáveis como parâmetro para Direito Penal do Inimigo.....	59
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS	68

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

Ex-Min. – Ex-Ministro

HC – Habeas Corpus

Min. – Ministro

Red. – Redator

Rel. - Relator

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia tem o objetivo analisar uma das teses mais controversas no Direito Penal contemporâneo, que é a Tese do Direito Penal do Inimigo idealizada pelo Professor Dr. Günther Jakobs.

A terminologia e a concepção do “Direito Penal do Inimigo” surgiram no início de 1985, em uma jornada de professores de Direito Penal que aconteceu na cidade de Frankfurt. Jakobs identificou essa nova concepção em uma série de normas que atingiam a criminalização em estados prévios à lesão ao bem jurídico, se afastando da barreira tradicional do Direito Penal Clássico.

Outra principal observação feita pelo autor era a excepcionalidade dessa nova concepção, uma espécie de Direito Penal de emergência, que também não se confundia com o Direito Penal Clássico.

Tudo isso o levou, em 1990, a revisar e modificar sua ideia original, o que acabou por consolidar a distinção entre o cidadão e o inimigo e legitimar a coexistência desses dois modelos de Direito Penal, o Clássico para os cidadãos, e o do Inimigo para o inimigo.

Contudo, em virtude de toda a complexidade do Direito Penal do Inimigo e para conseguir compreender toda a sua estrutura, faz-se necessária uma explanação prévia sobre as finalidades da pena e da evolução dogmática do Direito Penal ao longo da história. Realizada no primeiro capítulo, essa exposição possibilita entender as bases conceituais que Jakobs se utilizou para fundamentar sua teoria, tornando-a ainda mais clara.

No segundo capítulo, é realizada uma análise detalhada da teoria proposta por Jacobs, explicando principalmente o conceito de inimigo proposto por ele, demonstrando a forma proporcional que sua teoria trata os crimes excepcionais praticados pelos ‘inimigos’ e a necessidade premente de aplicação de sua tese nos dias atuais.

No terceiro capítulo, serão debatidas as diversas críticas ao ‘Direito Penal do Inimigo’, que, em poucas palavras, pode-se dizer que trata da clássica sistemática penal entre o garantismo distorcido *versus* um Direito Penal Inquisidor.

Sustentam seus críticos, que a Teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’ é uma afronta constitucional, sendo, até mesmo por muitos doutrinadores, considerada desumana. Eles descrevem-na como algo tão terrível, com uma “potência diabólica” tão grande, como se fosse capaz de aniquilar com todas as conquistas do Estado de Direito desde o iluminismo.

Então, no último capítulo, irá se demonstrar o quanto tais críticas são preconcebidas, sem maiores reflexões e demonstram uma negação sobre a existência real de inimigos na sociedade.

A problemática no presente trabalho é expor como sua tese é deturpada e apresentar os contra-argumentos às críticas à Teoria do Direito Penal do Inimigo de tal forma que ao final fique demonstrada sua constitucionalidade.

Demonstrar-se-á que o Direito Penal do Inimigo é mais do que uma sistematização de uma tendência. É uma evolução dogmática do Direito Penal, apresentando-se como uma solução para a manutenção da ordem na sociedade contemporânea e, principalmente, para o futuro combate a seres que comprometem a paz social em grau elevado.

Ao final chegar-se-á à conclusão de que uma regulamentação ponderada da ideia, criando critérios objetivos e impessoais, utilizando-se, inclusive, de outros ramos da ciência, poderia implementar condições reais de garantir o desenvolvimento e concretização de forma isonômica de todos os direitos fundamentais para todos os indivíduos.

Vale lembrar que a metodologia utilizada é o critério dedutivo, sistemático e qualitativo, por meio do qual se analisam os postulados e características da teoria de Günther Jakobs, buscando a máxima exatidão possível da gênese da formulação e da função do conceito de inimigo.

1. FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Compreender, sem juízos precipitados, a teoria defendida por Jakobs pressupõe analisar brevemente a função do Direito Penal e da pena, já que sua teoria está intimamente ligada à finalidade da pena: a teoria da prevenção geral positiva.

Para isso, faz-se necessário previamente analisar a evolução histórica do próprio Direito Penal.

Como observou corretamente Mezger¹, “não é possível compreender ramo algum do Direito em sua situação atual sem conhecer o seu desenvolvimento histórico”.

Perceber-se-á que as escolas que marcaram os períodos posteriores à superação do período da vingança existente no século XVIII: a Humanitária (“o homem deve conhecer a Justiça”) e Científica ou Criminológica (“o direito deve conhecer o homem”) trouxeram profundas transformações e influências à dogmática penal, seja no que tocante à teoria do delito, seja nas concepções acerca das finalidades da pena, culminando na atual crise que enfrenta o bem jurídico-penal.

1.1. Finalidades da pena

Antes de se analisar as funções do Direito Penal, é essencial examinar previamente o seu principal instrumento de coação, qual seja, a pena.

Há muito se discute a respeito do propósito da punição. As duas principais teorias que retratam a pena são: absoluta (punição) e relativa (preventiva ou utilitária).

A teoria absoluta da pena (também conhecida como teoria retributiva) acredita que a pena tem uma finalidade em si mesma. O simples fato de um indivíduo cometer um crime traz a necessidade de impor uma punição como uma reparação pelo mal causado. Como se fosse uma reação inerente da própria prática do crime.

A teoria absoluta acredita que a pena é essencialmente justa e um remédio para o mal praticado. Vale lembrar que todas as teorias que têm o direito penal e a pena como objetivo final são consideradas absolutas, e seu fundamento não perquire se tem caráter utilitário ou preventivo.

¹MEZGER apud BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Tomo I. 5. ed. rev. e atual. Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53.

Entre os principais teóricos da teoria absoluta, ganha destaque o pensamento filosófico de Kant², para quem a pena é um imperativo categórico:

[...] “quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra”. Este imperativo categórico, segundo Kant, implica dizer que mesmo havendo apenas um criminoso e a sociedade estando em vias de desaparecimento, ainda assim o criminoso deve ser punido. Enfim, exigem-na a razão e a justiça: é simples consequência do delito, explicando-se plenamente pela retribuição jurídica. Ao mal do crime, o mal da pena, imperando entre eles a igualdade “Só o que é igual é justo. Alega-se, destarte, que, sob certo aspecto, o talião seria a expressão mais fiel dessa corrente”.

Kant entende a pena como um meio para a reconstrução da própria ordem jurídica afetada pelo cometimento de atos ilícitos, o que é semelhante à concepção de Jacobs de sua teoria da prevenção geral positiva (isto é, a gênese do “Direito Penal do Inimigo”).

A pena serviria como compensação pelo crime cometido. O mal causado pelo criminoso desapareceria ao fazer com que ele sofra a mesma dor que causou. É como um retorno do sofrimento causado.

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos³, “a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessária para realizar justiça ou restabelecer o Direito”.

Para essa teoria, não é importante que a pena cumpra função de ressocialização ou educativa do criminoso. A pena por si só é suficiente para se obter justiça.

Vale ressaltar, que no direito penal brasileiro, no art. 59 do Código Penal Brasileiro⁴ há evidências da existência dessa teoria ao dispor que o juiz deve aplicar a pena conforme o necessário e suficiente para reprovação do crime.

Em contrapartida a essa teoria, tem-se a teoria relativa, que entende que a pena teria como objetivo manter a viabilidade da vida em sociedade, controlando o fenômeno criminal.

A pena, na teoria relativa, teria finalidade preventiva, isto é, de evitar que pessoas cometam crimes bem como evitar que voltem a delinquir.

²KANT apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do inimigo*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 117-118.

³SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC/Lúmen Júris, 2006, p. 453.

⁴Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

Essa prevenção é vislumbrada em quatro formas: i) prevenção geral positiva; ii) prevenção geral negativa; iii) prevenção especial positiva; e iv) prevenção especial negativa.

A prevenção geral, seja a positiva ou a negativa, objetiva como um todo surtir efeitos sobre o todo corpo social e funciona nos três momentos penais: cominação, aplicação e execução da pena.

A primeira, a prevenção geral positiva, tem seu efeito preventivo relacionado ao sentimento de tranquilidade que as pessoas experimentam quando reconhecem que em um caso concreto houve a imposição do direito pelo Estado, gerando a crença de que ocorreu a real manutenção da vigência da norma violada e, conseqüentemente, a manutenção da paz social.

Por outro lado, a prevenção geral negativa entende que as sanções penais devem ter um certo grau de intimidação (prevenção geral negativa). A pena deve funcionar como uma coação psicológica, exercendo sobre a sociedade um medo de se impor uma punição. Essa punição deve ser de tal forma intimidadora que leve os indivíduos a controlar seus impulsos criminosos. O objetivo é impedir o comportamento criminoso por meio da ameaça de aplicação de uma punição muito custosa.

Já a prevenção especial, ao contrário da geral, diz respeito a pessoa do criminoso e não da sociedade como um todo. Tem como finalidade que o criminoso não mais volte mais a delinquir.

Vale recapitular que essa teoria se subdivide em duas vertentes: a prevenção especial negativa, que nada mais é do que impedir o cometimento de novos crimes pela simples razão de se encontrar preso. O fato de estar o criminoso totalmente contido pelo Estado, eliminaria o perigo que esse criminoso representa.

E a prevenção especial positiva, que objetiva a transformação do criminoso por meio da eliminação de sua periculosidade. Pretende que, após o cumprimento da pena, seja o condenado reintegrado à sociedade. Acreditam que na ressocialização do criminoso, na sua reeducação para se adequar às condições e leis da sociedade.

Dessa forma, seria papel da sociedade, do Estado, assistir o condenado, dando-lhe condições mínimas que o ajude retomar sua vida sem voltar a praticar crimes.

Nota-se que Jakobs teve influências da teoria da prevenção especial negativa para conceber sua Teoria do 'Direito Penal do Inimigo'. Isso fica claro quando afirma em sua obra que "a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo. Assim, por exemplo, o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade".

Além do mais, é necessário registrar que Jakobs também desenvolveu sua teoria com uma feição assemelhada ao positivismo, uma vez que a pena é uma manifestação estatal que reafirma a validade da norma violada pela conduta do autor, e do próprio ‘Direito Penal do autor’, já que se utiliza na sua materialização da antecipação da punição em um momento em que não há violação a qualquer bem jurídico.

Para seus críticos - dentre os mais notáveis se destacam Cancio Meliá⁵ e Zaffaroni⁶, essa teoria representa a retomada de elementos do Direito Penal do autor e da adoção de critérios da prevenção especial negativa para justificar um tratamento diferenciado para aquele que se porta como ‘inimigo da sociedade’.

Contudo, a teoria não pode ser reduzida ao mero punitivismo radical, pois Jakobs parte do funcionalismo sistêmico, uma reconstrução da teoria do delito intimamente ligada à teoria da pena por ele defendida: a prevenção geral positiva.

O autor parte da premissa que:

[...] inexistência ou incapacidade absoluta das instituições responsáveis pelo cumprimento da pena evidencia uma crise de legitimação da pena tradicionalmente fundada na retribuição e prevenção, conceitos construídos a partir da ideologia oficial e determinados pelo centro do poder econômico.⁷

Vale ressaltar que para legitimar a pena, além de basear na função especial negativa, Jakobs se apoia sobretudo na função da pena calcada na prevenção geral positiva. Porém, com feições um pouco diferente, pois assevera necessidade da pena para manter as expectativas comportamentais normativas funcionando dentro da sociedade.

Entende que, diante da complexidade social, é essencial delimitar instrumentos eficientes capazes de manter a estrutura social estável, promovendo a segurança por meio de orientação nas possibilidades do agir humano. E a pena seria essa orientação. E aqueles que não se orientam em conformidade com as normas - e que não demonstram que irão - , não devem ser identificados como indivíduo. Não deve ser considerado ‘pessoa’.

Segundo o próprio autor, a pena - como confirmação da estrutura social - está intimamente ligada a tarefa preventiva da pena em manter as normas no sentido de um esquema de orientação simbólica.

⁵JAKOBS; MELIÁ. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Gacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamrão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 25.

⁷DIETER, Maurício Stegemann. Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs: aportes a partir da obra de Juarez Cirino dos Santos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 43, p. 1-12, 2005, p. 3.

E assim a pena tem a função de ‘prevenção geral positiva’, não intimidatória, apenas confirmatória, ou seja, é uma confirmação do sistema frente a todos.⁸

[...] para que uma norma determine a forma de uma sociedade, o comportamento conforme a norma deve ser efetivamente esperável em essência, o que significa que os cálculos das pessoas deveriam partir do princípio de que os outros hão de se comportar em respeito à norma, ou seja, não a infringindo. Ao menos nos casos de normas de certa importância, essa previsibilidade da fidelidade normativa das outras pessoas necessita um certo alicerce cognitivo para realmente existir.⁹

Como se vê, Jakobs entende que a ação humana deve ser fidedigna ao direito, devendo as normas penais responder com a imposição de sanção em caso de sua defraudação, isto é, para que os homens atuem de modo fiel às expectativas sociais, devem guiar seus comportamentos de acordo com preceitos normativos, que uma vez descumpridos, importam em resposta punitiva.

Na verdade, confirma-se a vigência da lei e conseqüentemente a manutenção da ordem social. Violar a norma penal ocasiona disfunções no sistema e por isso deve ser corrigido.

Assim, para Jakobs a pena tem dupla finalidade: prevenção geral porque visa dirigir um efeito sobre todos os cidadãos; e positiva, porque esse efeito não pretende ser um medo da pena, mas uma reafirmação no sentido de que a norma, que foi afetada pelo fato, voltou a ser reforçada pela pena. A finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contrato social.

1.2. Evolução histórico-conceitual da função do Direito Penal

Devido ao seu enorme potencial lesivo e custo à liberdade individual, o Direito Penal precisa de constante justificação. Afinal, não se pode esquecer que “o Estado deve proteger o indivíduo não apenas mediante o Direito Penal, mas também do Direito Penal”.¹⁰

Por essa razão, a doutrina empenha-se incessantemente em responder questões como: quais condutas são passíveis de punição ou como essa escolha deve ser feita e se há limites ou não nessa escolha.

Assim, entender primeiramente a evolução histórica da função do Direito Penal até os dias atuais, não pode ser considerado mera digressão doutrinária ou preciosismo conceitual, vez que possibilitará uma percepção dos pressupostos teóricos que justificam o sistema punitivo

⁸VELÁSQUEZ, Fernando. El Funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, n. 15, p. 197-219, 2005, p. 197-220.

⁹JAKOBS; MELIÁ, op. cit., 2018, p. 10.

¹⁰BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo. Quartier Latin, 2012, p. 47.

como um todo. E além de tudo, culminará numa compreensão correta da teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’ de Jakobs.

Ao final desse capítulo, restará apresentada a principal teoria contrária ao Direito Penal do Inimigo, que é a teoria de Claus Roxin, expondo-se seus fundamentos e distinções, que sintetizam as principais críticas à teoria do Direito Penal do Inimigo.

1.2.1. Os ideais do iluminismo

Antes do século XVII, o crime e o pecado estavam intimamente ligados, como se fossem uma só coisa, e eram considerados ofensas aos deuses quando violados. O direito como um todo tinha um caráter sagrado, inclusive na esfera penal.

Com propagação e conscientização dos ideais do Iluminismo, surge uma nova ordem, onde a religião foi substituída pela razão, tornando o homem a verdadeira razão de ser da existência do mundo. Ele passou a ser reconhecido como detentor de direitos inatos e a partir de então, a liberdade individual passou a ser um imperativo categórico.

Foi César de Bonesana¹¹, o Marques de Beccaria, por meio de sua famosa obra “Dos delitos e das penas”, de 1764, o primeiro a esbravejar contra as arbitrariedades do Estado, rebelando-se contra os meios utilizados, até então, pela justiça.

Ele realizou uma verdadeira revolução no Direito Penal. Afinal,

em um tempo de absolutismo, de soberania de origem divina, de confusão das normas penais com religião, moral, superstições, ele defendeu ousadamente um Direito Penal sobre bases humanas, que traçasse limites à autoridade do príncipe e restringiu a pena à necessidade da segurança social.¹²

Ele se insurgiu contra a prática da tortura como meio de obtenção de provas e contra o sistema penitenciário das masmorras. Baseou-se na teoria do contrato social, defendendo que embora a pessoa tenha concedido parte de sua liberdade em benefício do bem comum, ela não podia ser privada de todos os seus direitos e a ninguém fora outorgado o poder de matar.

¹¹BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Pablo M. de Oliveira. 2. ed. Cambuci: Edipro, 2017.

¹²AGUIAR, Leonardo. *Evolução histórica do Direito Penal*. Jus Brasil, 2016. Disponível em: <https://leonardoaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal#:~:text=Em%20um%20tempo%20de%20absolutismo,%C3%A0%20necessidade%20da%20seguran%C3%A7a%20social>. Acesso em: 10 mai. 2020.

1.2.2. As considerações de Feuerbah e Birnbaum

Com Beccaria, o Direito Penal se desenvolveu e passou a ter a missão de proteger direitos subjetivos, passando o crime passa a ser visto como uma lesão a esses direitos.

Conforme preleciona Kist¹³:

[...] com efeito, o crime passa a ser visto como uma lesão a um direito subjetivo, decorrendo que a conduta criminosa não se dirige, necessariamente, contra algo do mundo real, podendo atingir uma faculdade jurídica decorrente do direito. Consoante esta concepção, o delito ataca ou põe em risco um direito subjetivo, ou seja, o crime incide sobre um direito subjetivo natural da pessoa, um dos bens fundamentais para cuja tutela o Estado fora estruturado, como a liberdade, a saúde, os membros do corpo, o patrimônio, etc.

É este o contexto em que se inserem as formulações teóricas de Ludwig Anselm Von Feuerbach, cujo intuito era combater a concepção moralizante do Direito Penal, ou seja, para definir uma conduta como criminosa, não bastava que ela infringisse uma norma ética ou divina, necessitando que ela lesasse interesses concretos dos indivíduos, seguindo-se uma laicização dos interesses a serem protegidos.

Foi justamente em consequência dos ideais do Iluminismo, que o Estado passou a reconhecer e proteger a liberdade máxima de que goza cada cidadão, ao mesmo tempo que reconheceu que os indivíduos renunciaram a uma mínima liberdade para firmar o contrato social.

Com isso, a crueldade e a arbitrariedade da justiça penal do período anterior foram abandonadas. A justiça privada foi superada e o Estado passou a monopolizá-la.

Durante esse período, a Europa era vítima de graves incertezas jurídicas. Diversas ordens judiciais entraram em vigor ao mesmo tempo, no mesmo local e para as mesmas pessoas, o que acabou por revelar a incapacidade das leis para resolver os conflitos que surgiam. É por isso que o Iluminismo, também, tinha como objetivo simplificar e reduzir o número de leis.¹⁴

O movimento Iluminista trouxe a consciência que o ordenamento jurídico poderia ser constituído de poucas leis, claras e simples¹⁵. Por isso, que o artigo 8º da Declaração Francesa de 1789¹⁶ determinava que as penas fossem as “estrita e obviamente necessária”.

¹³KIST, José Dario. *Bem Jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções*. *Direito e Democracia*, v. 4, n. 1, p. 145-179, 2003, p. 152.

¹⁴Ibid., p. 155.

¹⁵Ibid., p. 154.

¹⁶Art. 8º. Lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada”. USP. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html#:~:text=culpado%20de%20resist%C3%Aancia>. Acesso em: 17 dez. 2020.

Daí, surge o Movimento das Codificações, cuja obra de maior vulto foi o Código Napoleônico em 1804. Não obstante esse movimento de tentar reduzi-la, acabou por ocorrer o oposto, houve um crescimento significativo da legislação penal.

Por isso, logo em seguida, tomaram corpo formulações limitadoras ao âmbito de incidência das normas penais incriminadoras, passando o Direito Penal a mirar em condutas que efetivamente lesassem os direitos subjetivos e que fossem instituídas em lei.

O principal autor desse período foi Birnbaum, que é considerado por muitos o responsável pela cunhagem da expressão bem jurídico.

Para ele, o direito subjetivo nunca é maculado, mas sim o objeto desse direito traduzido no mundo real. O bem é o ente sobre o qual se pretende proteger, localizado no mundo exterior como um ente concreto e objetivo e, portanto, suscetível de ser violado.

Dessa forma, o bem jurídico é anterior a própria criação legislativa. Sua maior contribuição foi iniciar a substituição da visão individualista, característica do iluminismo, para um ponto de vista mais sistêmico-social.

1.2.3. As considerações para Karls Binding e Franz von Liszt

No final do século XIX, surge Binding, que diversamente afirmava que os bens jurídicos protegidos eram concebidos a partir das próprias leis penais.

Bem jurídico significava tudo aquilo o legislador entendia como tal, cujos limites “seriam os decorrentes de sua própria consideração valorativa-objetiva e por suas exigências lógicas”.¹⁷

Ao considerar um bem jurídico, o legislador reconheceria seu valor social e, em razão disso, conferiria a ele proteção penal. Não haveria limitações materiais no estabelecimento dos delitos, passando o conceito de bem jurídico a ser fruto de uma decisão exclusivamente política.

Por outro lado, nesse mesmo período, com Von Listz, o bem jurídico passa ser concebido como fruto de uma interpretação da realidade social, preexistente à norma jurídica, que apenas o reconhece e encontra.

Pretende, em contrapartida à teoria de Binding, trazer um limite ao poder punitivo do Estado. E assim, o bem jurídico passa a ser visto como interesse vital juridicamente protegido. Ele existe independentemente da ordem jurídica; é criado e estabelecido pela vida e comunidade, cabendo ao Direito apenas reconhecer tal interesse e protegê-lo.¹⁸

¹⁷COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2003, p. 43.

¹⁸PRADO, Luis Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

1.2.4. A concepção neokantiana

Contudo, no início do século XX, surge a concepção teleológica do bem jurídico. Sustentavam, Honig, Schwinge e Zimmerl, autores mais destacados neokantianos, que no bem jurídico havia um valor abstrato, de cunho ético-social, desprovido de conteúdo material.

O bem jurídico passa a ser considerado uma proteção a valores comuns de um grupo ou comunidade. Isto é, os neokantianos reputavam que o bem jurídico, objeto da proteção penal, era resultado de valores eminentemente culturais, cuja violação é considerada um comportamento imoral, porém, protegido juridicamente por meio de sanção.

Referindo-se a tal concepção, Regis Prado¹⁹ afirma:

os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais, que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes, e os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.

Em breve síntese, bem jurídico era um valor abstrato juridicamente protegido. Como se percebe, bens jurídicos foram convertidos em um método de interpretação simples, perdendo, assim, a função básica de restringir a atividade criminosa.

1.2.5. Teorias contemporâneas

Após a segunda guerra mundial, ressurgiram discussões em torno do bem jurídico, afinal, os parâmetros que até então existiam não foram suficientes para impedir que regimes autoritários se utilizassem do Direito Penal como instrumento não apenas de controle social, mas principalmente de imposição de uma ideologia.

Nesse contexto surgem duas correntes principais: as sociológicas e as constitucionais.

A principal característica da teoria sociológica é basear o conceito de bem jurídico na danosidade social, o que demonstra uma influência notável da teoria sistêmica. A segunda característica é a preocupação com a limitação do *ius puniendi*. Juntando essas duas características, têm-se a teoria sociológica.

Dentre os principais representantes dessa teoria, merecem destaque: Knut Amelung, Winfried Hassemer, J. Habermas e Santiago Mir Puig.

Defende Amelung que, como o Direito Penal é fundado numa concepção de dano social, - já que o delito é resultado de comportamento socialmente danoso, - o direito penal tem

¹⁹Ibid., p. 44.

que aspirar em garantir condições para a convivência humana. Daí que para ele somente pode ser criminalizado condutas socialmente danosas.

Já Hassemer acrescenta a esse entendimento que somente será considerado crime comportamentos intoleráveis, assim os considerados na efetivação de uma política criminal.

Não divergindo desse entendimento, introduz Habermas a pergunta sobre o que deveria ser criminalizado, ressaltando que era necessário chegar a um consenso social racional sobre quais seriam as condutas. Para ele o consenso social é a expressão do critério de legitimação e delimitação do *ius puniendi*.

Nas palavras de Assis Neto²⁰, Mir Puig entende que:

[...] o critério funcional para a imposição de uma pena não trata da bondade ou maldade ética da conduta, haja vista que só a imoralidade de determinado ato não é suficiente para se impor sanção penal a um indivíduo. Ao contrário de Amelung, ele defende que o bem jurídico deve também trazer uma ideia de garantia ao cidadão. Não basta considerar que o único critério de limitação do *ius puniendi* do Estado seja a ideia de disfuncionalidade para com a estrutura social, esquecendo-se do indivíduo, pois a proteção dos sistemas sociais pelo direito deve supor a proteção dos participantes deste sistema. O que legitima a intervenção coativa que supõe o direito é a manutenção de um determinado sistema social em benefício dos indivíduos que o integram, assim, a pena e as medidas de segurança só se justificam quando são necessárias à proteção da sociedade, independentemente de sua gravidade moral.

Depreende-se disso que a teoria sociológica obviamente não se preocupou em definir o conceito de bem jurídico, nem o de comportamento prejudicial, bem como não explicou as razões pelas quais certos comportamentos são criminalizados em uma determinada sociedade, mas não em outras.

Daí, a importância do surgimento da teoria de Jakobs, que, recapitulando, entende que apesar de basear-se na teoria sociológica, estabelece, por outro lado, um funcionalismo diferenciado.

Para o Jakobs, o Direito Penal deve sempre confirmar a identidade social, a partir de uma concepção comunicativa do delito, de modo que a constituição da sociedade, por ser um grande contexto de comunicação, é feita através de normas, destinadas à sua automanutenção.

Em outras palavras, o crime para Jakobs é toda frustração da norma que vai contra as expectativas sociais de convivência. E a pena é a confirmação impositiva da vigência da norma violada, buscando demonstrar à sociedade que, apesar da defraudação da norma, pode-se seguir confiando na vigência delas como modelo de contrato social (modelo de orientação).

A função da pena é manter as estruturas básicas de uma sociedade.

²⁰ASSIS NETO, José Aires de. *O bem jurídico como critério de limitação do ius puniendi*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016, p. 25.

A violação das regras sociais, ou seja, o crime para Jakobs é entendido como uma disfunção social, não porque viole ou ponha em risco bens jurídicos, mas porque questiona a “confiança institucional” no sistema.

Nesse sentido, entende Jakobs²¹ que “o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”.

Jakobs defende que a função da pena é (re) afirmação da validade da norma para, assim, se conseguir a estabilidade do corpo social, afirmando, à vista disso, que a culpabilidade constitui “uma falta de fidelidade ao direito”²², fundamentando assim a necessidade de pena.

Em razão disso, percebe-se nitidamente que sua tese teve gênese na teoria de sistemas sociais de Luhmann. Portanto, busca, acima de tudo, assegurar a supremacia da norma.

Como se vê, o bem jurídico para Jakobs fica em segundo plano. Entende que o direito penal não é utilizado apenas para proteger os bens jurídicos, mas para garantir de forma absoluta o cumprimento das regras e, assim, manter a confiança da sociedade no sistema.

Jakobs²³ sustenta que “o direito não é um muro construído para proteger bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas”.

Logo, para Jakobs, o delito é visto de modo socialmente disfuncional, pois questiona a confiança institucional no sistema como um todo. O que importa é o sistema e a pena serve para reafirmar a predominância da norma para manutenção do sistema.

Portanto, Jacobs conclui que a função do direito penal é (re)afirmar a autoridade do Direito Penal que foi desobedecido.

Em outras palavras:

[...] para Jakobs, o que está em jogo não é a proteção de bens jurídicos, mas, sim, a garantia de vigência da norma, ou seja, o agente que praticou uma infração penal deverá ser punido para que se afirme que a norma penal por ele infringida está em vigor.²⁴

Já a teoria constitucional, por outro lado, entende que as decisões de política criminal devem estar sempre amparadas pela ordem constitucional. O legislador só poderia criar leis criminais a partir dela e de acordo com ela.

²¹JAKOB; MELIÁ, op. cit., 2018, p.1.

²²MORAES, op. cit., p. 134.

²³JAKOBS; MELIÁ. *O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?* Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

²⁴GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 22. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 3.

Portanto, é inconcebível a tutela penal de bens que não estejam previamente previstos na Constituição ou, mais ainda, que sejam contrários aos valores contidos nela. Afinal, é na Constituição Federal que encontram os valores mais altos de uma sociedade.²⁵

Daí, conclui para essa teoria, o conceito de bem jurídico é o extraído da própria Constituição.

Entre seus partidários, destaca-se Claus Roxin, pois sua teoria é o maior pensamento contrário à tese de Jakobs e quase à unanimidade de doutrinadores a apoia.

Sustenta Roxin, em sua tese, que a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos indispensáveis aos indivíduos e à sociedade, cabendo, ainda e exclusivamente, à Constituição Federal escolher tais bens, já que é ela quem elenca os principais valores que merecem a proteção do Direito Penal. E, ao mesmo tempo, conseguiria preservar ao máximo a liberdade do indivíduo, delimitando o *ius puniendi* do Estado.

Roxin²⁶ parte do pressuposto de que a intervenção penal deve se basear na função social do Direito Penal, que consiste em garantir aos seus cidadãos uma existência pacífica, livre e segura, mas sempre como *ultima ratio*, isto é, somente quando esses objetivos não forem alcançados por outras medidas menos prejudiciais à liberdade pessoal.

Em outras palavras, entende que o Direito Penal só deve ameaçar com uma pena aquelas condutas às quais o direito civil ou administrativo, ou ainda quaisquer outras medidas político-sociais menos gravosas, mostrarem-se insuficientes.

Para ele é necessário, portanto, um “equilíbrio entre poder de intervenção estatal e liberdade civil”, de modo a se assegurar “a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível”.²⁷

O Estado democrático deve por meio das normas penais, buscar a coexistência pacífica e livre de seus cidadãos, garantindo-lhes seus direitos fundamentais.²⁸

E “todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições” são o que Roxin²⁹ denomina bens jurídicos, os quais não são elementos portadores de um sentido. Ao contrário, são circunstâncias concretas, parte integrante da realidade empírica, realidades vitais que, afetadas, podem diminuir o desenvolvimento da sociedade e da vida dos sujeitos.

²⁵BIANCHINI, Alice; GARCIA, Antonio Pablos de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

²⁶ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 16.

²⁷Ibid., p. 17.

²⁸Ibid.

²⁹Ibid., p. 18.

Portanto, os bens jurídicos são conceituados, por Roxin³⁰, "[...] como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.

Nota-se que a diferenciação, feita por Roxin, entre realidades e finalidades, ao tecer a sua definição de bem jurídico, indica que esses bens podem tanto ser anteriores às legislações, como por estas criados.

Insta destacar que o autor também defende um conceito “pessoal” de bem jurídico, abarcando, também, aqueles da generalidade (bens jurídicos universais), quando estes servirem definitivamente ao cidadão, do Estado em particular e ao seu desenvolvimento.

Inferre-se pelo exposto, que a diferença entre Günther Jakobs e Claus Roxin reside que para o primeiro, a função do Direito Penal seria de guardião do sistema normativo posto, servindo como a manutenção que integra esse sistema. Já Claus Roxin, conceitua o Direito Penal materializado na proteção de bens jurídicos que estão embasados em valores e princípios garantistas.³¹

Assim, verifica-se que a diferença entre Jakobs e Roxin reside, em poucas palavras, na escolha entre a proteção de “bens jurídicos” ou de “deveres normativos”. É não se pode esquecer que cada um deles têm consequências práticas diversas, principalmente, quando, por exemplo, se faz julgamento a respeito da legitimidade ou não de uma dada incriminação.

No funcionalismo de Roxin, a proposta é a concepção de um Direito Penal mínimo, incidindo precipuamente sobre bens jurídicos essenciais à convivência humana.

Já para Jakobs isso é irrelevante. A função do Direito Penal é proteger a própria norma, reestabelecendo sua vigência. Como se percebe, a concepção possibilita a expansão do Direito Penal e o endurecimento de penas, o que vai de encontro a concepção de Roxin.

³⁰Ibid., p. 18-19.

³¹SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 70.

2. ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Primeiramente, deve-se esclarecer que o ‘Direito Penal do Inimigo’ não é um Direito Penal por meio do qual o Estado confronta cidadãos, mas inimigos.

E em suas próprias palavras, o inimigo seria:

[...] quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.³²

Lamentavelmente, sua teoria não é compreendida e, quase sempre, é deturpada. Muitos críticos afirmam, tal como Zaffaroni e Meliá, que Jakobs prega duas esferas de Direito Penal: Direito Penal do Cidadão e outra do Direito Penal do Inimigo. Neste, seriam os criminosos tratados como uma ‘não pessoa’ e privados de todo os seus direitos.

Como se passará a discorrer, não é verídica tal afirmação.

Jakobs já inicia sua tese esclarecendo de antemão que na verdade haverá uma mistura entre os dois direitos; que ambos irão se acrescentar; que não haverá uma aplicação puro de um, o que significa dizer que não se anulará o Direito Penal do Cidadão por completo, mesmo que seja considerado o delinquente inimigo.

Jakobs³³ não sustenta que haverá abolição absoluta de um tipo e a exaltação do outro. Em vez disso, pretende que um se sobreponha em alguns casos enquanto outro se encolha. Mas jamais afirmou que desapareceria por completo o Direito do Penal do Cidadão. Direitos mínimos seriam sempre reservados, mesmo aos Inimigos:

[...] por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos 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 [...].

Tanto que mais adiante em sua tese, Jakobs³⁴ enfatiza novamente que:

[...] separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seus *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder a reparação e, também, os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de

³²Ibid., p. 47.

³³Ibid., p. 21.

³⁴Ibid., p. 25.

outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Como se vê, Jakobs³⁵, ao contrário do que muitos afirmam, defende que o inimigo continuará integrando a sociedade e que “o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos”.

Mais adiante, em sua tese, Jakobs³⁶ adverte que o termo inimigo não deve ser interpretado de forma pejorativa. Pretendeu, na verdade, realçar com o termo a proteção de que os cidadãos necessitam face aos ditos inimigos, pois reconhece que o Direito Penal do Inimigo é na verdade um “indicativo de uma pacificação insuficiente” em uma sociedade; existente e intrínseco a ela.

Todavia, apesar de todos os esclarecimentos, o termo inimigo acabou por incentivar uma fraude de rótulos, levando a metáforas enganosas. A utilização do termo inimigo é uma das causas que por certo mais prejudicou o debate necessário sobre à aplicação de um Direito Penal do Inimigo legítimo.

2.1. Pena para o inimigo

Após tal introdução, Jakobs começa explorando o conceito de pena, descrevendo-a com significados simbólicos e físicos.

No aspecto simbólico, estipula que a pena representa uma resposta à negação da norma pelo indivíduo. Expressa a tentativa do autor de livrar-se da ordem social. Diz-se que se trata de uma tentativa, pois devido à força coagente da norma penal, essa continua válida e inalterada mantendo a estabilidade social.

Em relação ao aspecto físico, Jakobs insiste que a pena por si só é abstrata para ser eficaz, sendo necessário que produza certos resultados explícitos no mundo real.

Realmente, uma das principais funções da pena é proporcionar uma sensação de segurança. Conforme mencionado no primeiro capítulo, trata-se da Teoria da Prevenção Geral Positiva da pena, que entende que durante o tempo efetivo em que o indivíduo está na prisão, é certo que não cometerá novo crime.

A pena representa uma solução para acabar com o perigo que representa o indivíduo em liberdade. É por causa desse efeito de segurança que a privação de liberdade provou ser uma resposta natural à maioria dos crimes.

³⁵Ibid., p. 28.

³⁶Ibid., p. 22.

Dessa forma, Jakobs³⁷ se posiciona no sentido de que: “a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso”, contra o qual se deve proceder de modo eficaz com a aplicação de uma medida de segurança.

Nota-se que Jakobs utiliza em sua tese o termo ‘medida de segurança’ e não prisão, pois sustenta que, além da contenção ter que fundamentar-se em fatos passados, deverá também considerar a probabilidade de cometer novos delitos no futuro.

Em outras palavras, pode-se dizer que, para ser aplicada uma medida de segurança, é necessário que o indivíduo demonstre uma tendência intrínseca em cometer novos crimes. Mas novos crimes que sejam nocivos à sociedade.

Nas palavras de Jakobs³⁸:

[...] nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma ‘tendência a (cometer) fatos delitivos de considerável gravidade’ poderiam ter efeitos ‘perigosos’ para a generalidade.

Termina enfatizando que a discussão e as críticas negativas em torno da pena para o inimigo não se baseiam em uma realidade. Não se dão conta do que o ‘Direito Penal do Inimigo’ efetivamente é, e, o mais importante, o que poderia ser.

Seus críticos não revelam que o ‘Direito Penal do Inimigo’ é complexo, pois exige soluções efetivas que superem a capacidade daqueles considerados inimigos. Isso não é uma tarefa fácil!

2.2. Direito Penal do Inimigo: fundamento nas teorias contratualistas

Um dos aspectos mais relevantes e controversos de sua teoria é o conceito e a definição de inimigos. No segundo capítulo da tese, Jakobs passa a explicitar o que denomina como inimigo, revelando que se baseou nos grandes filósofos clássicos como Rousseau, Hobbes, Fichte e Kant. E por conseguinte, discorre um pouco da tese de cada um desses filósofos.

Esclarece que, para esses filósofos, a relação jurídica entre os indivíduos e entre eles e o Estado foi estabelecida no contrato social, e, assim, a violação desse contrato pelo cometimento de crime é considerado uma quebra grave de contrato, uma vez que priva os

³⁷Ibid., p. 22.

³⁸Ibid., p. 22-23.

demais indivíduos que compõem esse contrato de usufruírem de seus benefícios também previstos nesse contrato.

Jakobs³⁹ expõe que Rosseau, em sua teoria contratualista, entendia que qualquer indivíduo, sem exceção, que cometesse algum delito passava a entrar em guerra com o Estado, tornando-se, portanto, seu inimigo e em razão disso perdia todos os direitos garantidos pelo contrato social:

[...] afirma Rosseau 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. A consequência diz assim: “ao culpado se lhe faz morrer mais inimigo que como cidadão”.

Daí, ele conclui que a teoria de Rousseau é semelhante à teoria de Fichte⁴⁰, pois este prevê que:

[...] “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.

Seria para Fichte⁴¹ uma verdadeira morte civil.

Jakobs aponta que para Fichte a execução de criminosos, diante da sua ausência de personalidade, não é uma pena, mas, sim, instrumento de segurança.

Jakobs⁴² menciona que Hobbes entendia da mesma forma, afirmando que o contrato social seria uma metáfora para que os cidadãos não perturbassem o Estado em seu processo de auto-organização. E, logo, somente aqueles cometessem crimes de rebelião ou alta traição seriam os únicos privados de seus direitos e considerados inimigos.

Para Hobbes, teriam esses delinquentes retornado ao estado de natureza. E, portanto, “aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos”.⁴³

Por fim, Jakobs⁴⁴ esclarece que a teoria contratualista de Kant também legitima respostas hostis àqueles que continuam a se recusar a participar do contrato social, - ou em suas palavras, da “vida comunitário-legal” -, pois, como constantemente ameaçam alguém, não podem ser considerados “pessoas”, mas, sim, devem ser tratados como inimigos.

³⁹Ibid., p. 24.

⁴⁰FICHTE apud Ibid., p. 25.

⁴¹Ibid., p. 26.

⁴²Ibid.

⁴³Ibid.

⁴⁴ Ibid., p.27.

Como se vê, Jakobs deixa claro que buscou, nas teorias contratualistas mencionadas, o conceito de inimigo para fundamentar a sua teoria do Direito Penal do Inimigo.

Todavia, finaliza esse segundo capítulo, afirmando que compartilha com os argumentos de Hobbes e Kant, deixando claro que não adota a teoria de Rousseau e Fichte, pois apesar de Hobbes e Kant reconhecerem que o indivíduo que cometeu crimes, ou ao menos crimes específicos, considerados mais graves, deixaria de ser tratado como um cidadão e passaria a ser tratado como um inimigo, passando a ser considerado como um risco à manutenção do contrato social e, como tal, deveria ser contido, não o excluem por completo sua condição de pessoa ou o excluem da sociedade.

Em apartada síntese, nota-se que Jakobs da teoria de Hobbes extraiu que inimigo é aquele criminoso de alta traição, negando a constituição política do Estado; enquanto da teoria de Kant, inimigo é permanentemente uma ameaça.

Assim, Günther Jakobs⁴⁵ afirma expressamente:

[...] não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre os cidadãos e seu direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem o direito a voltar e ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seus status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do direito. Por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Todavia, Jakobs⁴⁶ aduz que a sua teoria do Direito Penal do Inimigo se distingue dos demais ao apresentar uma outra perspectiva que não somente o Estado tem direito, mas, “os cidadãos têm o direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, tem um direito à segurança”.

Para ele, a segurança é direito de todos os cidadãos. Ou como ele bem asseverou: “O Direito Penal do Cidadão é 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”.⁴⁷

Para ele, devem ser tratados como inimigos aqueles que cometem infrações penais perigosas, tais como os criminosos sexuais, terroristas, integrantes de organizações uma vez que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fiéis à norma. E por não aceitarem participar do estado de cidadania, não podem usufruir dos benefícios do conceito de ‘pessoa’.

⁴⁵Ibid., p. 25 e 26.

⁴⁶Ibid., p. 28.

⁴⁷Ibid.

Como não se conformam como sujeitos, não fazem jus à aplicação de um procedimento penal legal, mas sim a um procedimento de guerra.⁴⁸

2.3. O cidadão e o inimigo como tipos de autor do Direito Penal

Na árdua tarefa de definir de forma científica quem é o inimigo, no terceiro capítulo de sua tese, Jakobs inicia explicando como Hobbes e Kant realizaram a delimitação de inimigo, elucidando a correlação da prática do delito à pena.

Jakobs⁴⁹ afirma que, tal como concebe Hobbes, os crimes só ocorrem em comunidades organizadas, “já que no estado de natureza, na falta de uma ordem definida, de maneira vinculante, não podem ser violadas as normas de tal ordem”.

“E o delito não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, mas só como infração desta, como deslize reparável”.⁵⁰

Esclarece tal fundamento exemplificando o caso de um sobrinho que mata o tio para antecipar a herança. Este delito para ele constituiria uma lesão transitória da validade da norma e indicaria que o autor ainda é capaz de uma orientação normativa, pois o fato praticado não se dirige contra a permanência do Estado e nem contra as suas instituições.

Afirma que o sobrinho agiu de forma autocontraditória, pois com o cometimento do delito pretende ao mesmo tempo amparar-se no direito à vida e no direito à propriedade concedidos pelo Estado.

Ou seja, para ele o autor do delito continua a demonstrar que ainda possui uma intrínseca fidelidade ao direito, sendo calculável como indivíduo, o que justificaria as expectativas normativas da comunidade, com aplicação da pena como contradição ao fato praticado, e, portanto, com função de reafirmação da validade da norma.

Dessa forma, a teoria da pena de Jakobs se amolda também na chamada prevenção geral positiva já que a finalidade da pena é manter a vigência da norma como arquétipo do contrato social. O infrator ao cometer um crime rompe com as expectativas normativas e a pena surge para demonstrar à sociedade, que apesar de defraudação da norma, pode seguir confiando na vigência dela.

Para ele o “Direito Penal do Cidadão” se direciona àqueles que cometem crimes de forma incidental, ou seja, violam à lei penal, porém com menor impacto e devido a

⁴⁸JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito funcional*. Coleção Estudos de Direito Penal. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003, v. 6, p. 30.

⁴⁹JAKOBS; MELIÁ, op. cit., 2018, p. 31.

⁵⁰Ibid.

circunstâncias pontuais. São crimes que, por óbvio, não deixam de representar comportamentos abusivos e indesejado, porém que não trazem maior perigo à sociedade. Não ocasionará uma desestabilização do corpo social.

O cidadão, apesar do cometimento de um crime, continua demonstrar, a denominada por Jakobs, “segurança cognitiva mínima”. Isto é, manifesta em sua essência que continuará a obedecer permanentemente às normas e preceitos. E é por isso que esses indivíduos continuam a ser considerados pessoas e, portanto, cidadãos aptos a usufruir de direitos e garantias assegurados a todos que gozam desse *status*. A pena representa o meio de como são chamados para restabelecer e confirmar a validade da norma.

Por outro lado, o ‘Direito Penal do Inimigo’ dirige-se a indivíduos que, por seu comportamento, externam uma intenção de destruir a ordem normativa vigente. Manifestam um forte desprezo e por isso devem perder seu *status* de pessoa e cidadão e submeter a um Direito Penal diferenciado.

Ademais, não demonstram que possuem a expectativa social de não mais cometerem crimes futuramente. Por isso, são considerados um risco a ser contido o mais rápido possível.

Daí, que os atos preparatórios de certos crimes devem ser punidos de forma antecipada e mais gravosa. Por mais que sejam crimes abstratos, demonstram de antemão a alta periculosidade do agente. A conduta praticada por si só já configura uma agressão precoce e contundente ao corpo social.

O ato preparatório praticado já é tão grave que, independentemente da vontade efetiva do autor, já põe em risco a segurança da sociedade. É uma ameaça difusa, um efeito latente perturbador.

Em outras palavras, enquanto o cidadão comum segue respeitando o contrato social vigente mesmo ao violar as normas previstas no Direito Penal, o inimigo é um indivíduo que há muito rompeu com esse contrato social. Suas ações confirmaram o ataque à ordem constitucional e ao Estado democrático de direito.

Para Jakobs o inimigo é irreconciliável com a vigência da norma, pois apresenta um pré-disposição de não se sujeitar permanentemente às regras legais. As relações interpessoais, profissionais e socioeconômicas dessa pessoa são sempre tão disfuncionais e se desenvolvem na maior parte fora da lei que, portanto, não fornecem a segurança cognitiva mínima necessária para ser tratada como uma pessoa.

Os inimigos seriam aqueles que não assumem a *obligatio*, um dever para com o outro, de viver pacificamente em sociedade. Há para eles uma “liberdade normativa ilimitada,

unicamente circunscrita pela violência física de cada indivíduo, de fazer e deixar de fazer o que se queira, contanto que possa. Quem quer e pode, pode matar alguém sem causa alguma”.⁵¹

Daí, as sanções para o Inimigos terem uma outra finalidade: não representa mais a restauração da eficácia das normas. Buscam assegurar a existência da própria sociedade frente a esses indivíduos. E para ele isso começa com um combate arrojado contra o perigo.

Por esse motivo, deve o Direito tentar, ao máximo quando possível, antecipar a punibilidade de maneira que o inimigo seja interceptado no estado inicial de sua conduta.

Vale destacar que, para Jakobs, pessoa não é um dado natural inerente a todos, mas está diretamente relacionado à capacidade de cada um de orientar-se segundo as expectativas normativas.

Assim, pessoa seria fruto de uma construção social e como tal significa que desempenha o papel social esperado ao confirmar a todo tempo a imperatividade da norma. Se o sujeito defrauda essa expectativa normativa, praticando crime de alta gravidade ou de forma reiterada, então ele proclama sua renúncia a condição de pessoa, de cidadão e assume a condição de opositor à ordem jurídica, de adversário, de inimigo.

Em outras palavras: a pena para o inimigo não diz respeito manutenção do sistema social, mas sim eliminar um perigo. Jakobs vislumbra que a coação, até chegar à guerra, é única maneira de dominar esses inimigos. Pois para ele, quem pratica certos crimes graves ou de forma habitual, não produz meras perturbações no sistema social, mas sim coloca em risco todo o sistema ou parte dele de forma contundente.

Defende, ainda, que o Estado deveria adotar dois procedimentos em face de um delinquente: tratá-lo como uma pessoa ou inimigo. E isso dependeria da constatação de que àquele possui a garantia cognitiva de comportamento pessoal.

O cidadão seria aquele autor de crimes que mantém uma atitude de fidelidade jurídica, pois se preocupa com a ilegalidade de suas ações, sendo possível sua reabilitação para regressar à sociedade. Continua a ser considerado um cidadão, pois, sem dúvida cometeu um erro, algum desvio, mas demonstra que teve um afastamento não duradouro das expectativas sociais.

O criminoso cidadão continua a exibir uma verdadeira base subjetiva capaz de manter as expectativas normativas da comunidade e, por causa disso, no Direito será mantido sua qualidade de ser pessoa de direito.

Mais uma vez, reitera-se: violação pelo Cidadão, por mais que represente um abuso, não simboliza uma provocação ao funcionamento do sistema social.

⁵¹Ibid., p. 30.

Já o inimigo é aquele que não apresenta a referida garantia cognitiva de comportamento pessoal. É aquele indivíduo dito como irrecuperável, sendo alguém que, caso não esteja contido, inevitavelmente retornará a delinquir pelo simples fato de que, apesar de ter consciência da ilicitude de seus atos, não se importa com isso.

Ao violar permanentemente as normas e expectativas da sociedade, acaba produzindo uma perturbação social tão profunda, que a única resposta capaz de o conter é retirar sua qualidade de pessoa de direito para assim se conseguir aplicar o que for possível e adequado para o caso até ao ponto de que sejam neutralizados.

Para Jakobs, a condição de pessoa somente é dada àqueles demonstrem serem colaboradores do sistema social. E para ele isso se materializa na obediência às normas e regras que compõem um padrão de funcionamento de uma sociedade. A isso, ele denomina de expectativa normativa.

Seguem as palavras diretas do autor sobre o conceito de expectativa normativa:

[...] pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la. Ao menos nos casos das normas de certo peso, nas quais se pode esperar a fidelidade à norma, necessita-se de certa confirmação cognitiva para poder converter-se em real.⁵²

Como se percebe, para Jakobs há um modelo de meritocracia para a pessoa obter o *status* de pessoa, que só pode ser conseguida por meio do reconhecimento mútuo intersubjetivo em uma sociedade.

Ser pessoa significa, portanto, ser concedido deveres aos indivíduos na confiança de que serão capazes de cumpri-lo. Existem expectativas dos outros indivíduos no corpo social de que sempre se pratiquem condutas legalmente aceitáveis. Pois quem é pessoa em si mesma, mas não na realidade para os outros, - e que, portanto, não se comporta como se pudesse esperar ser legalmente fiel em princípio-, não pode afirmar ser reconhecido como pessoa pelos outros.

Ser reconhecido como pessoa é, portanto, sempre dívida daqueles que querem ser reconhecidos como tal. Ele deve comportar-se cognitivamente no entendimento das bases normativas do corpo social. Caso contrário é simplesmente inútil exigir qualquer coisa dele. O

cidadão “paga” essa dívida com contentamento, pois está comprometido com o *status* inalienável de pessoa.

⁵²Ibid., p. 32.

Prossegue afirmando⁵³ que, sem uma segurança cognitiva suficiente, um sistema social pacífico não pode ser alcançado, pois as normas acabam se tornando promessas vazias.

Pelo exposto, conclui-se que para Jakobs o sistema penal para o cidadão está relacionado a fatos cometidos no passado, ou seja, um Direito Penal da culpabilidade.

Enquanto para o inimigo se iniciaria com base em fatos, seja do passado ou atual, mas que transmitam sua periculosidade, isto é, riscos concretos de que no futuro o indivíduo indubitavelmente acabará por cometer novos delitos e com a mesma potencialidade, ou até maior.

Retomando as estritas palavras de Jakobs, um indivíduo que não se sujeita a viver em um estado civilizado não pode colher os benefícios do conceito de pessoa. A rigor, inimigos são “não pessoas”. “Lidar com eles não passa de neutralizar uma fonte de perigo”, como os animais selvagens.

2.4. Teoria do Direito Penal do Inimigo abrange o Direito Processual Penal

Existe uma ligação substancial entre crime, pena e processo, de maneira que se complementam. Afinal, não existe crime sem pena, nem pena sem crime e processo, nem processo penal senão para apurar o crime e impor uma pena.

Diante dessa íntima relação existente entre o Direito Penal e o Processo Penal, Jakobs apontou inúmeros exemplos de coações existentes em diversas legislações processuais penais mundiais que comprovam a existência da figura do inimigo, sem serem por isso consideradas ilegítimas.

Inicialmente ele aponta a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar utilizada no curso de um processo. Contudo, adverte⁵⁴ que isso tudo em nada significa para o criminoso.

Reitera que somente uma coação física pode efetivamente eliminar com a possibilidade do Inimigo de continuar a delinquir. Essas prisões preventivas se baseiam no combate de um perigo, seja de fuga, de cometimento de outros crimes ou de alteração de provas etc.

Afirma Jakobs⁵⁵ que, “[...] o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado”.

⁵³Ibid.

⁵⁴Ibid., p. 37.

⁵⁵Ibid., p. 38.

Ele exemplifica que quaisquer medidas processuais que restrinjam a liberdade devem, sim, ser consideradas medidas extremas. A interceptação telefônica, investigações secretas, infiltração de agentes, retiradas de DNA à revelia, decretação da incomunicabilidade de presos perigosos, até mesmo com seu defensor, são medidas excepcionais, sem dúvida.

Porém, defende que é a única maneira encontrada pelo processo penal até o momento para conter o inimigo. Qualquer medida que se mostre adequada a não permitir que fatos futuros assim ocorram, seja a violação à vida, à integridade física ou à liberdade de qualquer outra pessoa⁵⁶, já vale para combater o inimigo.

Por isso, Jakobs chama esse direito processual penal aplicado ao inimigo de um procedimento de guerra. Mas em contrapartida, é por isso que muitos questionam se a sua tese não acabaria por violar direitos humanos fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça⁵⁷ se manifestou da seguinte forma:

[...] está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destróem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas.

Como se vê, é entendimento no Superior Tribunal de Justiça que garantias e os direitos individuais e coletivos aplicados aos cidadãos brasileiros não podem esses serem utilizados como escudo protetor para a prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento de isenção ou redução da responsabilidade civil ou criminal sob pena de total desrespeito ao verdadeiro Estado de Direito.

2.5. Fundamento e legitimidade da teoria do Direito Penal do Inimigo

Para entender a legitimidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’ é necessário compreender que o debate se materializa na eleição de políticas criminais que em maior ou menor grau, se apresentaram como o melhor resultado de uma ponderação de interesses, que

⁵⁶Ibid.

⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso no Habeas Corpus nº 2.777-0-RJ*. Registro nº 93.0014035-3. Relator Ministro Pedro Aciole. T6 - Sexta Turma. Jul. 1994, p. 67-113. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/article/download/9083/9206>. Acesso em: 15 jun. 2020.

inevitavelmente acarreta, ainda que excepcional e transitoriamente, na relativização de garantias penais e processuais, não por mero arbítrio, mas por se tratar de única medida capaz de neutralizar o inimigo.

Jakobs⁵⁸ trata o inimigo como uma realidade que precisa ser domada. Para ele, “frente aos autores que vulneram os direitos humanos, os quais, por sua parte, tampouco oferecem uma segurança cognitiva de ser pessoa, permite-se tudo o que seja necessário para assegurar o âmbito comunitário-legal”, conduzindo ao que ele denomina como guerra, sendo, portanto, “completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do Inimigo”.⁵⁹

Baseia e legitima sua tese em dois fundamentos: i) os cidadãos têm o direito de exigir que o Estado tome medidas apropriadas para protegê-los de tais criminosos, porque tem direito legítimo à segurança; ii) é melhor delimitar o campo do Direito Inimigo do que permitir que ele contamine indiscriminadamente todo o Direito Penal, sendo até menos perigoso do ponto de vista do Estado de Direito.

Ele afirma que:

[...] não se pode afirmar, de nenhum modo, que exista um estado real de vigência do direito, mas tão só de um postulado de realização. Este postulado pode estar perfeitamente fundamentado, mas isso não implica que esteja realizado, do mesmo modo que uma pretensão jurídico-civil não se encontra realizada só porque esteja bem fundamentada. Dito de outro modo: nesta medida, não se trata da manutenção de um estado comunitário-legal, mas previamente, de seu estabelecimento a situação prévia à criação do estado comunitário-legal é o estado da natureza, e neste não há personalidade. Em todo caso, não existe uma personalidade assegurada. Por isso, frente aos autores de vulneráveis dos direitos humanos, os quais, por suporte, tampouco oferecem uma segurança de ser pessoas, de per si permite-se tudo o que seja necessário para assegurar o âmbito comunitário legal, e isto é de fato o que sucede, conduzindo primeiro uma guerra, não enviando como primeiro passo a polícia para executar uma ordem de detenção.⁶⁰

É nítido que, em vários pontos de sua tese, Jakobs faz questão de frisar que é necessário restringir o ‘Direito Penal do Inimigo’ para evitar que todo o Direito Penal do Inimigo se confunda com o Direito Penal do Cidadão.

Esclarece que “declara-se ser o autor uma pessoa para poder manter a ficção da vigência universal dos direitos humanos. Seria mais sincero separar esta coerção na criação de uma ordem de direito a manter uma única ordem: o cidadão”.⁶¹

⁵⁸JAKOBS; MELIÁ. op. cit., 2018, p. 45.

⁵⁹Ibid., p. 40.

⁶⁰Ibid., p. 45.

⁶¹Ibid.

Termina a primeira parte da sua tese, garantindo que o Direito Penal do Inimigo não viola os direitos humanos ao defender o seguinte:

[...] Como é evidente, não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial “comunitário-legal”, deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito Penal do Inimigo.⁶²

Jakobs acredita que o Direito Penal do Inimigo está em conformidade com um Estado Democrático de Direito. Afinal, cabe ao Estado a custódia da segurança e o combate a uma criminalidade, que cada vez está mais organizada e em flagrante expansão, fato que justificaria uma atividade legislativa de ‘Direito Penal do Inimigo’ mais rigorosa para autores de determinados delitos que demonstrem uma danosidade maior.

2.6. O porquê da guerra contra os inimigos

Na segunda parte de sua tese, Jakobs esclarece a utilização do termo guerra, explicando que é um conceito que implica na existência de um inimigo que é preciso combater.

Discorre que pode até haver uma aparente arbitrariedade por parte do legislador em punir com maior rigor os atos preparatórios do que o fato consumado. Por outro lado, existem peculiaridades a serem levadas em conta que praticamente transformam em necessidade tal aumento da pena, pois não se deve levar em consideração somente o fato praticado, mas o perigo existente.

Após, passar desenvolver melhor sua alegação de que o ‘Direito Penal do Inimigo’ é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Afirma que a finalidade maior do Estado de Direito é a garantir vigência real de um Direito que torna possível a liberdade de todos. Para isso é necessário um apoio cognitivo à norma pelos cidadãos. Eles devem orientar e agir com suas condutas com base nesse Direito.

Em outras palavras, é a capacidade cognitiva de um indivíduo de entender a importância de obedecer a um ordenamento jurídico. E, acima de tudo, entender que isso é, ao mesmo tempo, o sustentáculo da existência e continuidade de uma sociedade fundamentada no Estado de Direito.

⁶²Ibid., p. 46.

Assim, a presunção de uma conduta de acordo com a lei é um dever elementar imposto a todos os cidadãos, “pois somente quando esta presunção se mantém fundamentalmente é que se torna possível um tratado tanto livre, como sem medo entre os cidadãos”.⁶³

Expõe, inclusive, que quando um cidadão comete um delito, não tem por que ser entendido como rescisão com o direito, desde que a pena tenha esclarecido para ele que a conduta praticada não é adequada. E a pena, uma vez cumprida, ratifica que voltou o indivíduo a (re)afirmar a fidelidade ao ordenamento jurídico vigente.

No entanto, caso fique demonstrado que não há como esperar a autodeterminação ordenada do delincente, isto é, quando a presunção de fidelidade ao ordenamento jurídico desaparece, deve ser ele considerada uma fonte de perigo.

Para Jakobs a verdadeira personalidade, aquela que controla a orientação, não é gerada somente pelo simples fato de haver uma expectativa desejada pela sociedade de agir conforme a lei, mas sim, por concorrerem outras condições como a ordem cognitiva do próprio indivíduo em converter em realidade essa personalidade desejada. E isto, é uma tarefa do próprio indivíduo.

Na verdade, as pessoas cometem crime porque querem, e não por uma imposição da sociedade, como sustenta a teoria da “defesa social”. Isso não significa que o cumprimento da pena não deva obedecer aos princípios da humanização. No entanto, não faz sentido que criminosos perigosos sejam considerados vítimas com benesses de direito e garantias enquanto a sociedade fica refém de seus ataques.

Dessa forma, Jacobs concluiu que o Direito Penal do Inimigo está mais comprometido com a garantia da segurança do que com a manutenção da eficácia do sistema jurídico.

Portanto, para Jakobs a finalidade da pena para o delincente normal (cidadão) é diferente da que ocorre em relação ao delincente de evidente periculosidade (inimigo), pois para esse, o cidadão, a pena é uma contradição; é receber uma dor que tem correspondência proporcional com a fato praticado.

Já para inimigo, a pena serve para compensar o déficit existente em sua segurança cognitiva. Em suas palavras, isso significa: “[...] abandona-se a expectativa normativa para passar à cognitiva”.⁶⁴

⁶³Ibid., p. 58.

⁶⁴Ibid., p. 57.

2.7. O porquê da punição do inimigo como um direito de exceção expresso

Por fim, no terceiro e no quarto capítulos da segunda parte de sua tese, Jakobs⁶⁵ explica que o Direito Penal do Inimigo não significa “lei do menor esforço, penas por meros indícios ou suspeitas ou, inclusive, esquartejamento público para intimidação”.

Explica que o ‘Direito Penal do Inimigo’ deve ser limitado ao necessário, e isso com completa independência do mandato racional preexistente de limitar a violência física”.⁶⁶

Jakobs entende que o necessário é o resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade. Mas, por outro lado, adverte que essa limitação de aplicação do necessário não pode significar que existam tabus, devendo os inimigos serem enfrentados com a força necessária que o caso concreto exija. Isso significa que o objetivo e limite é a sua neutralização, de tal forma que é possível aplicar toda e qualquer medida que se mostre como a única possível para erradicar todo o perigo, podendo até mesmo ser excluído da sociedade.

Daí, tem o Estado que avaliar com grande cautela e perspicácia a situação fática e o perigo que o delinquente ofereça à sociedade para, à vista disso, aplicar de forma justa o Direito Penal do Inimigo.

Como se vê, o princípio da proporcionalidade ganha imensa importância ao se aplicar o ‘Direito Penal do Inimigo’. Mais do que isso, deve-se perquirir o equilíbrio resultante da proporcionalidade e a razoabilidade.

Conter o delinquente inimigo, sem perder de vista o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, é a única forma de conseguir materializar o direito à segurança e liberdade dos demais indivíduos em sociedade e, conseqüentemente, manter-se o sistema social, respeitando o Estado Democrático de Direito.

Por fim, mais uma vez Jakobs reitera sua preocupação com o avanço de certos pontos do ‘Direito Penal do Inimigo’ inseridos no ‘Direito Penal do Cidadão’. Para ele é de suma importância a separação, pois somente assim “pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente”.⁶⁷

Por isso, repete insistentemente que o Estado deveria estabelecer um regramento jurídico totalmente distinto dirigido ao inimigo e outro dirigido somente ao cidadão, pois do contrário, o ‘Direito Penal do Inimigo’ contaminará o Direito Penal do Cidadão.

⁶⁵Ibid., p. 63.

⁶⁶Ibid., p. 64.

⁶⁷JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 143.

Adverte que:

[...] essa separação de esferas pressupõe que o Estado possa identificar e lidar abertamente com aqueles autores, em diferenciação dos que [...] não se possa manter a presunção de uma conduta que esteja de acordo com o Direito como o que são, quer dizer, como inimigos, ao menos setoriais.⁶⁸

Termina sua tese sustentando que a aplicação do necessário ao inimigo não pode ser entendida como ataque ao Estado de Direito; que será considerada assim se vier disfarçada de um Direito Penal do Cidadão ou um processo penal ordinário.

Para ele, quem reconhece o Estado de Direito quando esse encobre as exceções irremediáveis para sua sobrevivência, enfraquece os limites entre o que é regra e o que é exceção, fazendo com que um cidadão sofra as sanções destinadas aos indivíduos considerados como inimigos.

⁶⁸Ibid., p. 69.

3. ANÁLISE AS CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Como já se mencionou na introdução desse trabalho, existem críticas contundentes negativas ao Direito Penal do Inimigo. Renomados doutrinadores, como Meliá⁶⁹ e Zaffaroni⁷⁰, por exemplo, afirmam que o Direito Penal do Inimigo seria inconstitucional, alegando, em síntese, que seria um ‘não direito’, uma vez que o indivíduo perde o seu *status* de cidadão, e, conseqüentemente, todos os seus direitos e garantias.

Mais do que isso, descrevem o Direito Penal do Inimigo como uma potência diabólica, afirmando que culminará na destruição do Estado Democrático de Direito, impondo um Estado autoritário.

Assim, a partir desse capítulo será discutido se a imputação principal de que o Direito Penal do Inimigo é inconstitucional, procede ou não.

3.1. Compatibilidade com o Estado Democrático de Direito

Um dos argumentos mais empregues para refutar o Direito Penal do Inimigo, conforme já mencionado, é justamente afirmar que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Argumentam que o Direito Penal do Inimigo é uma exceção que legitima uma arbitrária interferência contrária ao Estado Democrático de Direito; que o próprio ‘Direito do Inimigo’ por si só já seria contrário ao Estado de Direito, pois haveria uma validação do estado de emergência ao torná-lo institucionalizado.

Este argumento ignora o fato de que, para Jakobs⁷¹, a “exceção não é postulada, mas dadas as circunstâncias podem ser consideradas necessárias”.

Com isso, Jakobs deixa claro que os inimigos não são punidos por cometerem um crime, mas porque a sociedade quer e precisa se proteger deles. E para tanto é legítimo que o Estado de Direito deixe sua fronteira clara e não a obscurecesse.

Para isso, defende Jakobs que é primordial que haja clara previsão em lei de que o Direito Penal do Inimigo é uma exceção ao Direito Penal Clássico. E permitir a inclusão de disposições de Direito Penal do Inimigo sem distinções no Direito Penal do Cidadão os normalizaria. E isso, sim, seria uma violação ao Estado Democrático de Direito.

⁶⁹JAKOBS; MELIÁ, op. cit., 2018.

⁷⁰ZAFFARONI, op. cit.

⁷¹JAKOBS; MELIÁ, op. cit., 2018, p. 37.

Para Jakobs, a exceção não desaparece só por não ser chamada assim, torna-se na verdade uma regra mascarada. Defende que o Estado de Direito é imperfeito, mas sempre apresentado como perfeito pelo uso ideológico das palavras.

Defende que essa normalização da exceção se reflete sobretudo no fato de que já existem regras com características de Direito Penal do Inimigo e que são aplicadas a todos os cidadãos indistintamente, quando na verdade deveriam ser aplicadas somente aos indivíduos perigosos no máximo. E isso sim, como já dito, fere o Estado Democrático de Direito.

Ensina Kelly Cardoso da Silva⁷² que a diferenciação de tratamento entre um cidadão e um inimigo prevista na teoria de Günther Jakobs somente é possível em sociedades democráticas maduras, onde são reconhecidos concretamente os direitos e garantias individuais, pois, em um Estado autoritário, todos os indivíduos são considerados e tratados como inimigos.

Com sua teoria, Jakobs visa evitar a aplicação generalizada do Direito Penal do Inimigo. Mais do que ninguém, ele luta contra um Estado autoritário, pois neste, ressalta-se novamente, não há garantia de qualquer direito a nenhum cidadão.

O argumento de que a teoria de Jakobs legitimaria governos que perseguem um criminoso imaginário dos problemas sociais tornou quase uma premissa para seus críticos. É tão forte que se tornou quase um discurso de opressão socialmente aceito, sendo por isso difícil de revertê-lo. Não porque não seja equivocado. Mas não se nega que, à primeira vista, é de fácil convencimento.

Todavia, ainda que o ‘Direito Penal do Inimigo’ pudesse legitimar exceções injustas, o sentimento de impunidade - decorrente da banalização da pena - também leva à falta de credibilidade das normas legais, representando invariavelmente sério risco ao retorno da lei mais forte e até mesmo o retorno ao estado de natureza. A impunidade leva ao descrédito do Direito Penal, descaracteriza sua autoridade moral, acabando por estimular ainda mais a criminalidade e, conseqüentemente, ocasiona ampliação excessivamente do leque de crimes. E isso, sim, é mais grave do que um conjunto de regras excepcionais para indivíduos específicos.

As inúmeras críticas à teoria de Jakobs não levam em consideração que os inimigos de fato existem em uma sociedade; que de fato, é uma realidade que precisar se enfrentada.

⁷²SILVA, Kelly Cardoso da. *Um discurso sobre direito penal de exclusão: direito penal do inimigo- aspectos jus-filosóficos e normativos*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011, p. 112.

Há muito restou comprovado que a eles a mera prisão não basta. A compulsão por praticar crimes é tão latente, que a ressocialização para eles é considerada, por muitos, um mito⁷³.

Para Jakobs, o direito à segurança dos demais indivíduos em sociedade e do próprio Estado legitimaria uma atuação firme frente ao inimigo, como forma de evitar um Estado selvagem.

Nesse sentido, pode-se destacar que os principais inimigos do Brasil são: o tráfico, as milícias e a corrupção. Os dois primeiros devem assim ser considerados, pois propõem uma destruição de um modo de viver e conseqüentemente o fim do Estado Democrático ao criar nos territórios conquistados um verdadeiro caos civilizatório, em que são mortos inocentes de toda sorte.

O último, afeta diretamente o bem-estar de todos os cidadãos ao impedir a fruição de direitos essenciais como a vida, saúde, educação, segurança e habitação digna, ampliando de forma nefasta a exclusão social e a desigualdade econômica.

Ensina, também, Kelly Cardoso Silva⁷⁴ que por mais que um Estado, que pune com mais rigor os delinquentes, possa ser considerado Estado autoritário, aquele que não consegue combater com eficiência a criminalidade nada mais é que um Estado falido.

O Estado tem a obrigação de garantir a segurança aos cidadãos e estes têm o direito de exigir à segurança daquele para conseguir usufruir de todos os outros direitos que possuem como a liberdade, propriedade e até mesmo garantir sua dignidade de pessoa humana.

Maria da Conceição Ferreira Cunha⁷⁵ afirma que “a Constituição não deveria ser vista de forma unilateral, preocupada apenas com a defesa do indivíduo potencial criminoso, mas também com as potenciais vítimas e com a defesa de toda a sociedade”.

Os contrários à teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’ sustentam que o tratamento diferenciado mais rígido dado ao inimigo coloca em risco outros valores, como a dignidade da pessoa humana presa, humanização da pena, a presunção de inocência e, principalmente, o Estado Democrático e sua impossibilidade de tratamento desigual perante a lei.

No entanto, não se pode esquecer que a ponderação desses valores requer antes de mais nada casos específicos, e não simplesmente a adoção categórica de um princípio em

⁷³COSTA, Gisela França da. *O mito da ressocialização da pena*. 2005. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2005.

⁷⁴SILVA, op. cit., p. 114.

⁷⁵CUNHA apud NEVES, Elisa Pittaro. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito penal e do processo penal*. 2017. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 40.

detrimento do outro, como defendem seus críticos. Como se sabe, nenhum direito fundamental possui caráter absoluto.

Nesse sentido merece transcrever a palavras do Min. Alexandre de Moraes⁷⁶ do Supremo Tribunal Federal:

[...] os direitos humanos fundamentais, dentre ele os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco com argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por ato criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Portanto, em um conflito, não podem os direitos fundamentais de um delinquente inimigo se sobrepor aos direitos também fundamentais de um Estado e de uma sociedade.

O Estado Democrático de Direito não impede que se reconheça que frente a um possível conflito de interesses se sobreponha o direito da sociedade em face do interesse individual, desde que haja real motivo (o inimigo) sem perder de vista a proporcionalidade e razoabilidade.

Nem cabe o fundamento, por muitos de seus críticos utilizados, de que o ‘Direito Penal do Inimigo’ tem como objetivo o “menor custo” ou o “mais fácil”, até porque não haveria motivo para o Estado colocar em risco seus próprios fundamentos devido a fatos corriqueiros.

O próprio Jakobs⁷⁷ nesse sentido afirma:

[...] o Estado não tem porque colocar em jogo, de forma negligente, a sua configuração. Quando se fala em Direito Penal do Inimigo, isto não significa “Lei do menor esforço”, “penas por meros indícios ou suspeitas” ou, inclusive, esquitejamento público para intimidação, ou coisas similares.

Como se pode perceber, chega-se à conclusão, após pesar princípios e direitos, que a teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’ tem uma base teórica lógica que na verdade resguarda o Estado Democrático de Direito:

⁷⁶MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 93.

⁷⁷JAKOBS; MELIÁ op. cit., p. 63.

[...] certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, tem direito à segurança.⁷⁸

Desprezar a teoria de Jakobs com simples menção a garantias e princípios arraigados numa visão garantista do Direito Penal não permite o desenvolvimento de políticas criminais para o combate efetivo às pessoas prejudiciais à sociedade, os Inimigos.

“A finalidade principal do garantismo era obter o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa. Entretanto, o novo garantismo é um desvirtuamento ideológico.”⁷⁹

Não adotar o Direito Penal do Inimigo demonstra o quão ineficiente um Estado está, pois não permite apresentar uma resposta aos anseios de uma sociedade moderna.

3.2. Autorização na Constituição para aplicação do Direito Penal do Inimigo

José Afonso da Silva⁸⁰ lecionava que a Constituição está:

[...] no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Em razão do valor de determinados bens, a própria Constituição estabelece mandados de criminalização.

Nesses mandados, a Constituição praticamente estipula que certos crimes ou certos tipos de criminosos devem ser tratados de forma diferenciada, estabelecendo um maior rigor na punição e até mesmo supressão de direitos e garantias fundamentais, o que demonstra que legitima o ‘Direito Penal do Inimigo’.

Esclarece Masson⁸¹ que, “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”.

⁷⁸Ibid., p. 42.

⁷⁹ MORAES, Alexandre. *Revista Magistratus: A Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, nº 6, p.28, dez/2018.

⁸⁰SILVA apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.

⁸¹MASSON, Cleber. *Teoria Constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização*. *Jornal Carta Forense*, 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>. Acesso em: 24 jul. 2020.

Assim sendo, vale transcrever os principais mandados constitucionais de criminalização expressos na Constituição Federal, que se encontram no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV; e 227, § 4º, *in verbis*:

Art. 5º [...]

[...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

[...]

Art. 227 [...]

[...]

4º – A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.⁸²

Nas palavras de Marcos Virgínio Souto⁸³, “estes mandados constitucionais de criminalização não demonstram outra coisa, senão o reconhecimento pelo constituinte originário de que existem inimigos, os quais devem ser combatidos a todo custo”.

Como exemplo, destaca-se os crimes de racismo e as violações à ordem constitucional e do Estado Democrático por grupos armados, civis ou militares, ao quais a Constituição proíbe expressamente a aplicação do instituto da prescrição, autorizando uma perseguição *ad aeternum* ao inimigo, ao contrário do que ocorre com outros crimes.

Vale ressaltar que a Constituição também proíbe o Estado de renunciar ao seu *ius puniendi* ao vedar concessão da graça e da anistia aos crimes tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Diante disso, percebe-se que na Constituição há traços claros que confirmam a admissão da teoria do ‘Direito Penal Inimigo’, permitindo inclusive que o legislador infraconstitucional estabeleça outras supressões de direitos e garantias, contudo, desde que diante de circunstâncias excepcionais.

A lei de crimes hediondos, por exemplo, é fruto desse mandamento constitucional, e inova ao determinar que os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e os crimes

⁸²BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

⁸³SOUTO, Marcos Virgínio. *Uma Análise da teoria do direito penal do inimigo à luz da constituição federal de 88*. Direito & Ti, 05 jul. 2017. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/uma-analise-da-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-a-luz-da-constituicao-federal-de88/#:~:text=4%C2%BA%20E2%80%9320A%20lei%20punir%C3%A1%20severamente,ser%20combatidos%20a%20todo%20custo>. Acesso em: 10 jun. 2020.

definidos como hediondos são também insuscetíveis de indulto e nem por isso foi considerado inconstitucional pela Suprema Corte⁸⁴, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. INDULTO, ANISTIA, GRAÇA E COMUTAÇÃO DE PENAS. EXCLUSÃO DOS BENEFÍCIOS, EM RELAÇÃO AOS AUTORES DE CRIMES HEDIONDOS (ART. 2º, INC. I, DA LEI Nº 8.072, DE 26.07.1990, MODIFICADA PELA LEI Nº 2.365, DE 05.11.1997, ART. 8º, INCISO II: LEGALIDADE. "HABEAS CORPUS.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firma entendimento no sentido da constitucionalidade do inciso I do art. 2º da Lei nº 8.072, de 26.07.1990 (modificada pela Lei nº 8.930, de 06.09.1994), na parte em que considera insuscetíveis de indulto (tanto quanto de anistia e graça), os crimes hediondos por ela definidos, entre os quais o de latrocínio, pelo qual foi condenado o paciente.

2. E também no sentido da legalidade do inciso II do Decreto nº 2.365, de 05.11.1997, que exclui dos benefícios, por ele instituídos (indulto e comutação de pena), "os condenados por crimes hediondos definidos" na mesma legislação.

3. É firme, igualmente, por outro lado, a jurisprudência da Corte, no Plenário e nas Turmas, considerando válidos Decretos de indulto coletivo, que beneficiam indeterminadamente os condenados por certos delitos e não os condenados por outros, conforme critérios razoáveis de polícia criminal do Presidente da República.

De mais a mais, não se pode negar que esses mandados constitucionais de criminalização efetivam um Direito Penal mais proporcional e isonômico. Mesmo que para isso se tenha que implementar, em alguns casos, o agravamento das penas ou relativização de direitos e garantias individuais.

Dessa forma, não merece prosperar a afirmação de que é inconstitucional a aplicação do 'Direito Penal do Inimigo' no ordenamento brasileiro, uma vez que, na própria constituição, há mandamento para emprego de tal sistema ao exigir um tratamento mais rigoroso e diferenciado para autores de certos crimes. Restando claro que legitimou, ainda que discretamente, as ideias propostas por Jakobs.

3.3. Suposta violação ao princípio da isonomia

Outro ponto de questionamento em relação a teoria de Jakobs, de doutrinadores de grande renome como Cirino⁸⁵, é afirmação de que a desigualdade perante a lei de cidadãos e inimigos fere o princípio democrático no qual todos são iguais perante a lei:

⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 74.132*. Relator: Ministro Sydney Sanches Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109086/false>. Acesso em: 25 mai. 2021.

⁸⁵SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do Direito Penal Desigual*. 2010. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

[...] a tese da desigualdade formal perante a lei entre cidadãos e inimigos contradiz o princípio democrático que inspirou as revoluções burguesas, fundadas na desigualdade da relação capital/trabalho assalariado, mas instituídas sob a igualdade formal e uma legalidade geral aplicável a todas as pessoas, durante todo o tempo – precisamente o que JAKOBS rejeita.

O princípio da isonomia está previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal⁸⁶ que assim dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

De acordo com Lenza⁸⁷, esse princípio na verdade tem uma função dupla:

[...] deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Como se sabe, esse preceito ao estar previsto expressamente na Constituição impede “diferenciações de tratamento que se revelem arbitrárias, sob a forma de discriminação (vantagens) ou privilégios (desvantagens)”.⁸⁸

No Direito Penal, que tem as formas mais duras de coerção, é imprescindível dispensar igualdade de tratamento para todos que cometem crimes.

No entanto, assim como todos os indivíduos devem ser tratados da mesma forma, eles também devem ser tratados de maneira diferente quando a situação exigir e se justificar. Ademais, o tratamento desigual aos criminosos nada mais é do que a aplicação do princípio da individualização da pena e do princípio da igualdade previstos também expressamente na Constituição Federal.

Vale transcrever o ensinamento de Dworkin⁸⁹, que corrobora com esse entendimento, afirmando que a igualdade e a liberdade são desejáveis, porém, assegura que só se pode ter um a custo de outro e, nesse caso, a liberdade prevalece à igualdade:

[...] igualdade e liberdade são ambos desejáveis, por exemplo, mas só podemos ter um à custa de outro. [...] É uma exigência soberana frente ao governo que ele trate todos aqueles sujeitos a seu domínio como iguais, ou seja, com igual consideração [...]. Mas somos também informados que igual consideração requer o respeito pela liberdade das pessoas da mesma forma. Então, a igual consideração requer uma reflexão acerca destas duas virtudes: o governo deve fazer uma difícil escolha e apenas dogmáticos insistiriam que a igualdade é sempre mais importante que a liberdade.

⁸⁶BRASIL, op. cit., nota 82.

⁸⁷LENZA, op. cit., p. 973.

⁸⁸MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020, p. 209.

⁸⁹DWORKIN Apud MORAES, op. cit., 2006, p. 19-130.

Portanto, em uma colisão entre o direito à igualdade e à liberdade, a ponderação resultará no sacrifício aquela para se preservar o direito de viver em uma sociedade segura e pacífica. Afinal, é mais grave viver em um ambiente inseguro, em um descontrole social, do que manter igualdade de tratamento penal.

Conforme já discutido, os mandados constitucionais de criminalização são exemplos de ações penais afirmativas dirigidas ao legislador infraconstitucional para que se alcance a igualdade penal substantiva, de modo que os crimes ou criminosos desiguais sejam tratados de forma desigual na medida das suas desigualdades.

Não se pode assentir que a criação de associação criminosa ou a posse de armas de uso proibido seja semelhante à condução sob a influência de álcool ou posse de arma de pequeno calibre. O legislador deve considerar que atos objetivamente tão perturbadores merecem uma resposta diferenciada.

Aplicar uma redução proporcional da pena nesses casos, confirmaria que a pena serve para rebater ao ataque da violação da norma, o que para os inimigos é inútil, já que não elimina sua periculosidade. O que pode controlá-los é a certeza de uma contenção rápida e substancial. Daí, a relevância de já se punir com penas maiores os atos preparatórios. É preciso neutralizá-los o quanto antes.

Ademais, os atos preparatórios praticados nesses casos por si só são comportamentos externos que já demonstram uma verossimilhança nefasta de ocorrerem. Ou por qual razão teriam praticados aqueles esses atos tão perigosos?

Não se pode aguardar pela desistência ou não do cometimento do crime fim com o intuito de evitar que um injusto ocorra. É um risco muito alto para se apostar.

Nesse sentido, de imensa relevância transcrever os ensinamentos de Cesare Beccaria⁹⁰:

[...] é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem estar e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência.

Como se percebe, se não for tipificado os atos preparatórios, se a pena não for agravada de forma supostamente desproporcional e não houver restrições de garantias penais e processuais penais - principalmente se levarmos em consideração a limitação do princípio da culpa -, mostrar-se-ia que o objetivo não é dissuadir e, acima de tudo, eliminar um perigo.

⁹⁰BECCARIA, op. cit., p. 57.

Ademais, esquecem-se que os beneficiados com a distinção dessas duas espécies de Direito Penal são a sociedade e o delinquente considerado cidadão, pois a sociedade terá mais segurança, e os indivíduos que praticam crimes simples, que não oferecem perigo, serão diferenciados daqueles que praticam crimes com elevado teor de periculosidade. Assim, tratar-se-ia os desiguais na medida de sua desigualdade.

Ressalte-se que não existir leis específicas para os tidos inimigos e tratar todos os criminosos como cidadãos, fará com que o Direito Penal se expanda desordenadamente, o que pode ser muito mais perigoso para os cidadãos-criminosos.

Para Jakobs, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, é um mal introduzir aspectos e elementos de Direito Penal do Inimigo no Direito Penal clássico.

Essa contaminação e aplicação desordenada do Direito Penal do Inimigo ao cidadão é que devem ser consideradas ações concretas de violação do princípio da isonomia. Absorver elementos criminosos de inimigos ao Direito Penal Cidadão, não só os chama indiscriminadamente como tal, mas também os trata como. Isso, sim, viola o Estado Democrático de Direito.

Por isso Jakobs defende uma clara distinção conceitual entre os dois tipos de Direito Penal: no caso de criminosos comuns, a punição é uma contradição; e para o inimigo é a segurança. Por causa dessa diferença conceitual, é que o Direito Penal do Inimigo deve ser excluído do Direito Penal clássico a fim de continuar a tratar o criminoso cidadão como pessoa.

Jakobs cita como exemplo, desse perigo de embaralhar o Direito Penal do Inimigo com o do cidadão, a permissão para despersonalizar vítimas civis, passando a ser consideradas como “danos colaterais”, citando como exemplo o §14, parágrafo 3º da Lei de Segurança Aérea da Alemanha - Luftsicherheitsgesetz ou Luftsi, de março de 2005, na qual é lícito abater uma aeronave que supõe que será usada para atentar contra outras vidas humanas.

Vale lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro também prevê a despersonalização de vítimas civis, conforme previsto na Lei nº 9.614 / 98, de 5 de março de 1998, a qual estabelece que esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição.

Diante disso, Jakobs⁹¹ argumenta se o Estado pode sacrificar vidas inocentes por extrema necessidade, é contraditório não permitir usar tais medidas em face de indivíduos que geram tal situação:

⁹¹JAKOBS; MELIÁ, op. cit., 2018, p. 66.

[...] portanto, se o Estado, em caso de extrema necessidade, inclusive frente a seus cidadãos que são responsáveis por ela, não conhece tabu algum, mas sim faz o necessário, menos ainda poderão ser impostos tabus no âmbito das medidas para se evitar essa extrema necessidade dirigida contra terroristas.

Para ele não é razoável submeter criminosos-inimigos aos mesmos direitos e garantias do cidadão, pois resultaria na violação ao princípio da uma individualização da pena e da isonomia.

Como se sabe, a utilização do termo ‘inimigo’ e ‘guerra’ por Jakobs, por si só, geraram um impacto negativo, pois traz a ideia falaciosa de luta armada. Porém, ele os utiliza na percepção de um grupo ou organização criminoso cujo objetivo é destruir o ordenamento jurídico posto. Como exemplos, já mencionados, tem-se as milícias, grupo de traficantes e demais organizações criminosas que tentam subverter a ordem no país.

Dessa forma, sustenta Jakobs⁹² que os inimigos existem e não é algo que se deva tentar naturalizar ou esconder, sendo primordial um Estado que conscientize a sociedade a apoiar essa guerra para, assim, conseguir defender a si própria:

[...] voltando novamente à questão proposta no início: pode-se conduzir uma guerra contra o terror com os meios de um Direito Penal próprio de um Estado de Direito? Um Estado de Direito que abarque tudo não poderia conduzir essa guerra, pois teria que tratar seus inimigos como pessoas, e, correspondentemente, não poderia tratá-los como fontes de perigo. Na prática, as coisas são diferentes no Estado de Direito ótimo, e isso lhe dá a possibilidade de não ser atingido por ataques de seus inimigos.

Deve-se destacar que para Jakobs, inimigos e cidadãos não são iguais e, também, não há humilhação em não tratar o inimigo ‘não pessoa’, pois a despersonalização ocorre apenas no que diz respeito ao possível uso indevido da liberdade. O que não se refere a isso, permanece intocado. Como exemplo, ao criminoso permanece assegurado o direito à vida, humanização da pena, integridade física, propriedade e dever de pagar impostos.

Inimigos são indivíduos que, por serem incapazes de sentir culpa, é impossível esperar que entendam o caráter pedagógico da pena, perdendo assim a pena seu significado. Devem ser excluídos das benesses de ser considerado pessoa desde o início devido à ausência de condições cognitivas.

A alegação de que a existência de um duplo sistema de imputação suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito não tem amparo. Pois, na verdade, inimigos e cidadãos não são iguais. Se fossem tratados da mesma forma, seria uma injustiça com os cidadãos e uma vantagem para os inimigos.

⁹²Ibid., p. 70.

Jakobs⁹³ faz importante advertência:

[...] aceitar um “Direito Penal do Inimigo” é importante reprisar, não implica, todavia, que tudo seja permitido; antes é possível eu e reconheça no indivíduo uma personalidade potencial, de tal modo que na luta contra ele não se possa ultrapassar a medida do necessário.

Ressalte-se que a relativização das garantias e direitos não deve ser considerada um movimento anti-direitos humano, quando, na verdade, o que se busca é ajustá-lo para torná-lo mais justo e efetivo e, portanto, mais humano. O que se nota é a ampliação do significado de direitos-humanos para viabilizar aplicações casuístas.

Nesse sentido, nada melhor do que a transcrever as palavras de Jakobs⁹⁴ diretamente:

[...] como é evidente, não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma constituição mundial (comunitário-legal), deverá castigar aos que vulnerarem os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa pelo nome: Direito Penal do Inimigo.

Para ele, somente com a supressão de certos direitos e garantias ao inimigo, ou seja, com o emprego de medidas tidas como abusivas, seria possível neutralizar efetivamente os criminosos perigosos, e, assim, não permitir que a sociedade se torne refém desses indivíduos.

Nas palavras de Jakobs, o Estado tem a responsabilidade de impedir até a guerra a violação dos direitos de seus cidadãos, sob pena de criar um “direito” deficiente, incapaz de manter a pacificação social.

Ainda nesse sentido, Kelly Cardoso da Silva⁹⁵ também anui com Jakobs ao afirmar que é necessário tratar aqueles que se afastam do contrato social de forma mais intensa sendo isto consequência do princípio da igualdade, prevendo, portanto, tratamento diverso para os desiguais.

Conclui-se que a aplicação da Teoria do ‘Direito Penal do Inimigo’ é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo compatível com as restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Além do mais, continuarão amparados por lei, o que demonstra respeito aos princípios da legalidade, anterioridade penal e da reserva legal.

⁹³JAKOBS apud MORAES, op. cit., 2006, p. 202.

⁹⁴JAKOBS; MELIA, op. cit., 2018, p. 46.

⁹⁵SILVA, op. cit., p. 176.

3.4. Aplicação do direito do autor no Código Penal brasileiro

Conforme já mencionado acima, muitos críticos afirmam que o Direito Penal do Inimigo é uma manifestação do Direito do Autor, pois não é a conduta, mas as características ou peculiaridades subjetivas do agente que são levadas em consideração para punição, o que, conseqüentemente, violaria o princípio do Estado de Direito.

Ora, esquecem-se que o art. 59 e incisos do Código Penal Brasileiro estabelece claramente a adoção do Direito Penal do Autor no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I- as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.⁹⁶

Infere-se pelo dispositivo acima que o legislador, ao adotar os critérios de culpabilidade, conduta social e personalidade do agente, isto é, características pessoais do réu, para estipular a pena ao criminoso, autorizou expressamente o emprego do Direito Penal do Autor.

Apesar desses critérios contribuírem, não para análise do fato, mas para apuração da manifestação do ‘eu’ interior do autor do crime, por certo, que são cruciais para aplicação de penas individualizadas e proporcionais que sejam necessárias e suficientes para promover a reprovação e a prevenção da conduta.

Como se vê, o art. 59 do Código Penal atende ao princípio da individualização da pena prevista no art. 5º, XLVI da CR/88⁹⁷, que garante aos indivíduos que, no momento da condenação, a sua pena seja individualizada, isto é, levou-se em conta as peculiaridades do caso em concreto. Assim, não há que se falar em sua inconstitucionalidade.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela sua constitucionalidade, valendo transcrever trecho parte do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, *in verbis*:⁹⁸

⁹⁶BRASIL, op. cit., nota 4.

⁹⁷BRASIL, op. cit., nota 82.

⁹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 105674-RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 17/10/2013. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-035 Divulg. 19/02/2014. Public. 20/02/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136394/habeas-corpus-hc-105674-rs-stf/inteiro-teor-124551461>. Acesso em: 10 mai. 2020.

[...] não se podendo entender que a previsão do mencionado artigo atinente à culpabilidade seja conflitante com a Constituição Federal. A disposição, a rigor, mostra-se afinada com o princípio maior da individualização, porquanto a análise judicial das circunstâncias pessoais do réu faz-se indispensável à adequação temporal da pena, em especial nos crimes praticados em concurso de pessoas, nos quais se exige que cada um responda, tão somente, na medida da sua culpabilidade – artigo 59 do Código Penal. O dimensionamento desta, quando cotejada com as demais circunstâncias descritas no artigo 59 do referido Código, revela ao magistrado o grau de censura pessoal do réu na prática do ato delitivo. Para Celso Delmanto, o exame da culpabilidade serve para aferir:” [...] o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre “levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu”. Ao contrário do que sustentado, a ponderação acerca das circunstâncias judiciais do crime atende ao princípio da proporcionalidade, apresentando-se como verdadeira limitação da “discricionariedade judicial” “na tarefa individualizadora da pena base [...]”.

Ademais, as críticas realizadas ao Direito Penal do Inimigo como sendo um Direito Penal do Autor, são disseminadas com grande facilidade, contribuindo o nome Inimigo escolhido por Jakobs, já que traz de pronto uma ideia negativa: leva instantemente à associação ao período trágico vivido pela humanidade com advento de regimes totalitários na Europa e América Latina.

Isso indubitavelmente ocasiona um descrédito preconcebido da teoria, sendo que na verdade não trata a teoria de Jakobs de aferir a periculosidade de alguém de forma preconcebida ou arbitrária, mas pautando-se principalmente por um fato grave já praticado ou em vias de acontecer. Ou seja, a exigência de um fato, núcleo real e efetivo, nunca deixará de permear também o Direito Penal do Inimigo.

3.4.1. Culpabilidade

É importante notar que a culpabilidade prevista no art. 59 do CP, não é aquela que constitui elemento do tipo. Não se trata de uma inexigibilidade de conduta diversa, mas sim do grau de reprovabilidade social da conduta criminosa.

Trata-se de uma culpabilidade baseada no interior do criminoso, em seu caráter, e por isso acaba por enfraquecer o princípio de culpabilidade, que impõe um direito penal do fato.

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci⁹⁹ “a culpabilidade é o fundamento e o limite para a pena”.

⁹⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 228.

Encaixa-se com precisão a explicação apresentada por Alice Bianchini no que diz respeito ao conceito de culpabilidade prevista no art. 59 do CP ao relacioná-lo com o grau de menosprezo do agente perante o bem jurídico lesado. Para a autora, o juiz:

[...] no momento da sua aplicação deve levar em conta a posição do agente frente ao bem jurídico violado: a) de menosprezo total (que se dá no dolo direto); b) de indiferença (que ocorre no dolo eventual) e de c) descuido (que está presente nos crimes culposos). [...] a culpabilidade do art. 59 do CP não é a mesma coisa que juízo de reprovação ou de censura nem tampouco significa a soma de todas as demais circunstâncias do referido artigo.¹⁰⁰

Analisar a culpabilidade baseando-se somente no fato puro produzido, resgataria o código Hamurabi¹⁰¹ no sentido de padronizar as decisões jurídicas a serem aplicadas para cada caso.

Ademais, o princípio da individualização da pena deixaria de existir, deixando de levar em conta as particularidades de cada fato criminoso, o grau de lesividade do bem jurídico penal tutelado, bem como os pormenores da personalidade do agente. E não se pode esquecer que para se alcançar segurança jurídica é necessária a aplicação de uma pena justa e adequada ao caso concreto.

Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁰², se por um lado, a sanção penal, “como resposta a uma ação que não afeta o direito de ninguém é uma aberração absoluta que, como tal, não pode ser admitida, porque lesiona de modo excessivo o princípio da racionalidade república”, por outro lado, sua aplicação dissociada da adequada análise das circunstâncias judiciais também é uma afronta à democracia e por via de consequência ao princípio da individualização da pena.

3.4.2. Conduta social e Personalidade

Nessa sequência, a conduta social do agente, prevista no art. 59 do CP, refere-se as atividades relativas ao trabalho, relacionamento familiar e social ou qualquer outra forma de relacionamento com a sociedade, entretenimento predileto, se frequenta clubes sociais, possui como companheiros ou amigos pessoas de comportamento suspeito, frequenta locais

¹⁰⁰BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. Coleção Ciências Criminais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 727.

¹⁰¹Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas pelo sexto rei da Suméria Hamurábi, da primeira dinastia babilônica, no século XVIII a.C., na Mesopotâmia. É um código baseado na lei do Talião, que se baseia no “Olho por olho, dente por dente”. Isto quer dizer que todo crime cometido teria uma punição proporcional.

¹⁰²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema pena*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 1991. p. 241.

frequentados por delinquentes, relacionamento com colegas de trabalho, professores da escola, entre outros.

De acordo com Nucci¹⁰³, conduta social:

[...] É o papel na comunidade, inserido no contexto familiar, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí porque a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo.

Miguel Reale Jr.¹⁰⁴ destaca “que o comportamento social espelha em que medida o agente é digno de maior ou menor censura, por ter se conduzido de molde a que o delito se inseriu no contexto de sua vida, ou se constituía um fato alheio e isolado”.

Bitencourt¹⁰⁵ anota que, na avaliação da conduta social,

[...] Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizos, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral.

Já a personalidade do agente está relacionada com suas características, seu modo de vida, de ser e agir.

Nesse sentido, Miguel Reale Jr.¹⁰⁶ melhor esclarece que:

[...] agente será mais ou menos reprovável, se na formação de sua personalidade (que se compõe de genótipos e fenótipos), tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo.

Alguns críticos, que entendem a personalidade como um elemento da dosimetria da pena, como Ney Moura Telles¹⁰⁷, por exemplo, que sustenta que o magistrado não tem conhecimento técnico suficiente para avaliá-la adequadamente.

Sem dúvida, averiguar o comportamento do réu e personalidade não é uma tarefa fácil. É extremamente complexa, exigindo conhecimentos fora do Direito. Pode-se acabar por impor

¹⁰³NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 231.

¹⁰⁴REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 161.

¹⁰⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 756-757.

¹⁰⁶REALE, op. cit., p.161.

¹⁰⁷TELES, Ney Moura. *Direito Penal: Parte Geral*: art. 1º ao 120. São Paulo: Atlas, 2004, p. 105-106.

uma moral a ser seguida, uma tendência em se conceber certas condutas e certos sujeitos como criminosos, muitas vezes, levando em consideração como ‘adequado’ apenas o tido por sujeitos economicamente mais favorecidos e educados, dentre os quais, em geral, se inclui o magistrado.

Isso, contudo, é um equívoco, conforme Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁸:

[...] magistrados não são – nem devem ser – psicólogos ou psiquiatras; aliás, se fossem, funcionariam como peritos e não poderiam exercer a jurisdição, pois estariam impedidos. Ademais, a avaliação da personalidade do réu não tem o objetivo de lhe impor um tratamento, mas somente de lhe aplicar a justa pena. Exige-se, então, o juízo leigo da personalidade, o que é fácil de ser realizado por qualquer pessoa, com um mínimo de inteligência, desde que se possuam elementos para tanto.

Assim, para entender o real significado de personalidade e conduta do agente, deve-se passar a entendê-los como essência humana que somente pode ser captada dentro do campo concreto das relações humanas, considerando aí as subjetividades dos sujeitos diante da sociedade, deixando de ser um critério relacionado somente ao modo de viver do delinquente.

3.4.3. Reincidência

O art. 63 do Código Penal conceitua a reincidência, disciplinando que ela ocorre “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Verifica-se pelo art. 61 do CP que a reincidência é uma circunstância agravante do crime, gerando o aumento da pena ao criminoso, pois após cometer um delito e ser condenado, conclui-se que não se reabilitou e continua a demonstrar ser um perigo para a sociedade, merecendo por isso um aumento da pena.

Infere-se que na verdade há um aumento da pena em virtude de demonstrar uma inclinação criminosa do agente revelada pela reiteração de fato criminoso, sendo suficiente uma única ação anterior, independentemente de qualquer outra consideração.

Muitos afirmam, em razão disso, que a reincidência tem característica marcante de Direito Penal do Inimigo ao analisar o indivíduo pela sua periculosidade e assim imputar-lhe uma pena. Tal argumento seria válido se a agravante fosse a única circunstância de incremento de pena, o que não é verdadeiro.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não entende que a reincidência seja inconstitucional. Entende-se que a punição anterior é condição futura de aumento de pena.

¹⁰⁸NUCCI, op. cit., 2013, p. 230.

Como se, ao realizar o segundo delito, duas normas fossem violadas: a do segundo tipo (não roubarás, por exemplo) e a que, partindo do primeiro delito, proíbe um segundo delito.

Nesse sentido vale transcrever o voto do Min. Rel. Gilmar Mendes¹⁰⁹:

[...] A reincidência é instituto que visa a tratar de forma desigual os desiguais, realizando o princípio constitucional da individualização da pena. Em outras palavras, não há que se falar em uniformização de punições e, para aplicar a justa pena a cada caso concreto, necessário levar em conta os aspectos subjetivos de cada apenado. Assim, ao agravar a pena do indivíduo reincidente, o magistrado não o está punindo duas vezes pelo mesmo fato e, ao fazê-lo, com base na condição subjetiva que a reincidência revela, não está desviando-se do comando constitucional. Ao contrário, o juiz do caso, ao assim proceder, estará individualizando àquele que já foi repreendido pela Justiça, em razão da prática de fato criminosos. Pune-se o contumaz, o recalcitrante, o repetente de forma mais severa que o novel criminoso, o eventual delincente.

Vale ressaltar que Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto¹¹⁰ também defendem a compatibilidade dos reincidentes com a Constituição, *in verbis*:

[...] o fato do reincidente ser punido mais gravemente do que o primário é, a nosso ver, justificável, não havendo violação à Constituição da República e à garantia do *ne bis in idem*, isto é, de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Com efeito, se é certo que ao cumprir integralmente a pena imposta pela prática de determinado delito, o condenado, em razão desse fato, não pode ser punido novamente, a valoração da reincidência para fins de aumento de pena em relação a um novo crime cometido pelo sujeito, em prazo inferior a cinco anos (CP, art. 64) e não tendo sido ele reabilitado (CP, arts. 93 e 94), diz, em nosso entendimento, com maior reprovabilidade de sua conduta em relação ao novo crime (cf. nesse sentido, STJ, HC 776.996, RT 850/560), já que reiteradamente vem desprezando os valores essenciais da sociedade em que vive (a vida, a liberdade, etc.). O agravamento da pena em razão da reincidência, portanto, não se confunde com dupla punição em relação ao crime anterior e, tampouco, com maior juízo de periculosidade do sujeito. Há, sim, uma maior reprovabilidade de sua conduta ao violar a lei penal de forma reiterada. Pelo contrário, até por uma questão de justiça, não seria proporcional que o criminoso primário receba, pelo mesmo fato, idêntica pena em relação àquele que é contumaz violador da lei penal. Não vemos, assim, a reincidência como sendo um instituto não recepcionado pela Constituição da República de 1988; afinal, quando se julga um crime, não se julga um fato frio, estático, descrito na denúncia; julga-se um ser humano que praticou um fato criminoso [...].

Ademais, o item 59¹¹¹ da Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, que veiculou a nova Parte Geral do Código Penal, assevera que:

¹⁰⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 93815-RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 04/04/2013. Tribunal Pleno. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-083. Divulg. 03/05/2013. Public. 06/05/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23275710/habeas-corpus-hc-93815-rs-stf/inteiro-teor-111668069?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹¹⁰DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado e legislação complementar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 207-208.

¹¹¹BRASIL, op. cit., nota 4.

[...] de resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a liberação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade.

Como se vê, em 1984, com a vedação da possibilidade de imposição da medida de segurança (sistema do duplo binário) ao reincidente, a agravante permaneceu como forma de prolongar a pena. Nota-se, pois, que apesar da orientação da Reforma em direção à implementação da responsabilidade penal baseada na culpabilidade, o fundamento periculosista, típico do sistema de direito penal de autor, é mantido.

Assim, constata-se que no direito brasileiro encontra eco do Direito Penal do autor.

3.5. Desigualdade no tratamento dispensado aos inimputáveis como parâmetro para Direito Penal do Inimigo

Como se sabe, são considerados inimputáveis os que não são capazes de entender a ilicitude do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. E sendo assim, não há juízo de culpabilidade sobre seu comportamento, mas sim um juízo de periculosidade, visando este tutelar atos futuros e a eles são aplicadas medidas de segurança.

O art. 97 do Código Penal¹¹² disciplina o prazo de duração da medida de segurança, prevendo que:

Art. 97 [...]

§ 1º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Conclui-se de imediato, com uma interpretação literal da letra lei acima exposta, que a medida de segurança durará por tempo indeterminado e será mantida enquanto o indivíduo for considerado perigoso.

Como se pode inferir, essa medida de segurança coloca o inimputável em situação de desvantagem em relação ao imputável, pois, não obstante ser a sentença de absolvição, é aplicada uma medida de segurança de internação, como regra, por prazo indeterminado, sem a observância de garantias penais importantes, como, por exemplo, a certeza e duração das penas.

¹¹² BRASIL, op. cit., nota 4.

Diante de tal aberração o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a duração das medidas de segurança não pode ultrapassar a pena máxima prevista abstratamente para o crime cometido. Entendeu que o art. 97, § 1º, do Código Penal deve ser interpretado em harmonia com os princípios da isonomia, da proporcionalidade e razoabilidade.

Tanto é verdade, que Superior Tribunal de Justiça acabou por sumular esse entendimento no verbete de número 527¹¹³, “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Já o Supremo Tribunal Federal estabeleceu entendimento de que o prazo máximo das medidas de segurança é o prazo previsto no art. 75 do CP, isto é, trinta anos - que poderá passar para quarenta nos em virtude do novo pacote anticrime¹¹⁴, conforme se verifica nos seguintes julgados da 1ª Turma e da 2ª Turma, abaixo transcritos:

PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL PSQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261/2001. WRIT CONCEDIDO EM PARTE.

I – Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Na espécie, entretanto, tal prazo não foi alcançado.

II - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal).

III – Laudo psicológico que reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio.

IV – Ordem concedida em parte para determinar a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261/2001, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente.¹¹⁵

AÇÃO PENAL. Réu inimputável. Imposição de medida de segurança. Prazo indeterminado. Cumprimento que dura há vinte e sete anos. Prescrição. Não ocorrência. Precedente. Caso, porém, de desinternação progressiva. Melhora do quadro psiquiátrico do paciente. HC concedido, em parte, para esse fim, com observação sobre indulto. 1. A prescrição de medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito atribuído ao paciente, interrompendo-se-lhe o prazo com o início do seu cumprimento. 2. A medida de segurança deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de trinta anos. 3. A melhora do quadro psiquiátrico do paciente autoriza o

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 527*. S3 - Terceira Seção. Data de Julgamento: 13/05/2015. Data de Publicação: DJe18/05/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27527%27>. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹¹⁴BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 107432-RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 24/05/2011. T1 – Primeira Turma. Data de Publicação: DJe-110 Divulg. 08/06/2011. Public. 09/06/2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19730295/habeas-corpus-hc-107432-rs/inteiro-teor-104518431>. Acesso em: 10 mai. 2020.

juízo de execução a determinar procedimento de desinternação progressiva, em regime de semi-internação.¹¹⁶

Como se percebe, o entendimento do Supremo Tribunal Federal leva ao absurdo de se sujeitar alguém que tenha praticado, por exemplo, o crime de furto qualificado, cuja penalidade máxima cominada é de 8 (oito) anos, a um período de trinta anos, ou quiçá quarenta anos atualmente, de medida de segurança, o que viola flagrantemente os princípios da isonomia, proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso.

Mesmo que se adote a orientação do Superior Tribunal de Justiça, em que as medidas de segurança podem ter o limite máximo da pena em abstrato relativa ao crime cometido, é flagrante que a forma de como adotada no Brasil é desproporcional e desigual. Já que em relação ao criminoso inimigo não há permissão legal para cumprimento da pena em regime integralmente fechado por até 40 (quarenta) anos.

Na verdade, ao criminoso inimigo é possível o livramento condicional após cumprir 2/3 da pena¹¹⁷. Assim, há um excesso e desigualdade injustificável por parte do Estado, ferindo violentamente o princípio da isonomia.

Por que o mesmo tratamento aplicado aos inimputáveis não é aplicado ao inimigo?

É a partir dessa linha de raciocínio que Jakobs defende que ao inimigo deve ser aplicado medidas de segurança e não pena, pois deve ser considerado a sua alta periculosidade, não tendo o direito de ser punido somente por suas ações, mas pelo perigo que ostenta.

Os inimputáveis não cometem crimes, não possuem capacidade de autodeterminação; logo, não devem ser responsabilizados penalmente pelas consequências de seus atos. Possuem uma doença, ainda considerada incurável pela medicina, entretanto, mesmo sendo considerada uma doença permanecem excluídos da sociedade pelo prazo máximo da pena em abstrato sem que isto seja considerado inconstitucional. Ou seja, podem permanecer até trinta anos em caso de homicídio qualificado, considerado hediondo, por exemplo.

Mas em relação ao inimigo, que realmente tem total entendimento da ilicitude do seu ato, pode ser aplicada a redução da pena, caso seja primário ou tenha bom comportamento quando recluso. Ou seja, na maior parte dos casos, cumprindo 2/3 (dois terços) da pena já haverá

¹¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 97621-RS*. Relator: Ministro Cesar Peluso. Data de Julgamento: 02/06/2009. T2 – Segunda Turma. Data de Publicação: DJe-118 Divulg. 25/06/2009. Public. 26/06/2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4344434/habeas-corpus-hc-97621-rs>. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹¹⁷Nos casos usualmente entendidos como aqueles praticados pelos inimigos como a prática de crime hediondo, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, que estão previstos no art. 83, V do CP.

a progressão de regime. Enquadrando-se, como no caso acima mencionado de homicídio qualificado, em vinte anos no máximo já estaria o réu em regime semiaberto.

As justificativas para se conferir tratamento diferenciado às penas e às medidas de segurança não convencem. Os inimputáveis também devem ter seus direitos ponderados pela Constituição Federal. Não se justifica que a pessoa com transtornos mentais esteja sujeita a uma sanção que contraria o princípio da legalidade e isonomia. Não é razoável!

É imperativo uma disciplina legislativa diversa para se proteger as duas ordens de pessoas.

Além disso, deve-se enfatizar que, mesmo que menor grau, ao criminoso inimigo é mantido as garantias da ampla defesa, do contraditório, da individualização das penas.

Por outro lado, para os inimputáveis os critérios para duração da medida de segurança são vagos e imprecisos. Resta-lhes apenas o exame psiquiátrico para determinar sua permanência internado ou não. Argumentam que, como estão sujeitos a tratamento, é impossível afirmar com antecedência quanto tempo a medida vai durar.

A consequência lógica de imposição de uma medida de segurança indeterminada já ultrapassa os limites do justo, tratando-se na verdade de discriminação arbitrária, pois viola o princípio da certeza e determinação das penas.

Costuma-se também se argumentar que se justifica a exclusão da sociedade do doente mental com base no fundamento na periculosidade. Mas para o inimigo tais argumentos não têm cabimento. A condenação do inimigo com base somente na culpabilidade do indivíduo é que tem sentido. Não importa os reais danos causados e sua periculosidade.

Além disso, vale ressaltar que o indivíduo submetido à medida de segurança não tem direito às medidas despenalizadoras como composição cível, transação penal, suspensão condicional da pena, livramento condicional, à progressão de regime e à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o que amplia ainda mais a violação ao princípio da igualdade.

Como se vê, aos inimputáveis é aplicada sanção mais grave do que aos indivíduos submetidos a pena. É uma discrepância do sistema penal, justamente a quem não pode responder por crime, em razão da ausência entendimento ou de autodeterminação.

CONCLUSÃO

O presente trabalho desenvolveu uma análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. Para isso, foi realizado um estudo aprofundado de sua teoria, onde se rebateu as principais críticas.

Pretendeu-se que se chegue à conclusão que se alguém leva a sério a sério a tarefa de proteger uma sociedade, função precípua em um Estado Democrático de Direito, além de se preocupar com os direitos fundamentais de suspeitos e acusados, perceberá que não há outra maneira de contornar seres de alta periculosidade do que a aplicação do Direito Penal do Inimigo.

Restou claro que tese de Jakobs está baseada na realidade real, fundamentada em política criminal real, ao invés de concepções teóricas ideais.

Por outro lado, não se pretendeu eleger o Direito Penal do Inimigo como a solução para todos os problemas modernos, tendo em vista que, ainda há muito a ser debatido, lido e pesquisado acerca do inimigo, mas não há dúvida de que constitui um importante instrumento.

Se utilizado adequadamente a partir de parâmetros bem definidos e rigidamente limitados pelas normas jurídicas com previsão de garantias e princípios específicos e inerentes, o Direito Penal do Inimigo não se transformará num direito penal simbólico. Tornar-se-á um mecanismo de garantia de liberdade do indivíduo contra a injustiça real.

Subsistirá um direito com mais amplitude para algumas espécies de criminalidade e outro mais coativo, adaptado às exigências da criminalidade real. Cuida-se daquilo que alguns doutrinadores denominam de direito penal de terceira velocidade.

Não se trata de eliminar direitos e garantias duramente conquistados, mas sim da constatação da criminalidade real e atual, que deve ser enfrentada sem demagogismo ou romantismo. Inimigos existem e, onde passam deixam rastros de destruição sem precedentes.

Demonstrou-se que aplicação do Direito Penal do Inimigo não significa impor a condição de coisa ao inimigo, pois não há perda absoluta de seus direitos fundamentais. Busca a “eliminação de um perigo” e não a eliminação completa do inimigo por meio de pena de morte ou tortura, pois, apesar de tudo, o inimigo continua sendo homem, merecendo tratamento coerente com uma política criminal humanística e racional.

O intuito de Jakobs com sua teoria não é advogar a favor da doutrina do ‘Direito penal do Inimigo’, como pode parecer à primeira vista. Mas nomeá-la e legitimá-la. Busca, na verdade, ocasionar uma consciência sobre a figura do inimigo e desenvolver medidas penais capazes de efetivamente neutralizá-lo.

É como uma “legítima defesa” do corpo social, pois a sociedade tem o direito de se defender dos ataques daqueles que a colocam em risco. E como tal, devem o modo e os limites de sua aplicação serem previstos lei.

Alguns, em nome de uma “liberdade ilimitada dos cidadãos”, criticam antecipadamente a possibilidade de um “Direito Penal do inimigo”, sem perceber que já existe e ingressou nos ordenamentos jurídicos penais de todo mundo de forma desapercibida, sem qualquer insurgência.

Outros, sob o argumento de “segurança ilimitada da sociedade”, esquecem-se que um “Direito Penal do Inimigo” sem racionalidade e limites é que levará a tirania e a extinção do direito à liberdade dos indivíduos.

O equilíbrio entre uma política criminal *pro societate* e uma *pro reo*, moldada pela proporcionalidade e razoabilidade, começa com uma compreensão do ambiente contemporâneo: pós-moderno, pós-industrial e (pseudo-) globalização. Fugir do debate ou procura deslegitimar a concepção de Jakobs simplesmente mencionando princípios e garantias tutelados na Constituição, parece ser inútil.

O que se esclareceu como presente trabalho foi que, Jakobs com a sua teoria do Direito Penal do Inimigo, pretende, justamente, garantir existência de um Direito Penal mais “puro” para os cidadãos, protegendo-os da contaminação de supressão de garantias e direitos, com o intuito de assegurar um direito e um processo penal justo.

Ansiou-se demonstrar que, os maiores beneficiados com essa distinção entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo seria a própria sociedade como um todo e, até mesmo, o delinquente considerado cidadão, pois a sociedade teria mais segurança e os indivíduos que praticam crimes simples, que não ofereçam perigo a sociedade, seriam diferenciados daqueles que praticam crimes contra o Estado com um elevado teor de periculosidade, daí cabendo um tratamento diferenciado.

Jakobs foi enfático que, com a adoção do Direito Penal do Inimigo em um regime jurídico próprio, haveria melhor justiça, pois, proporcionaria alternativas mais seguras de coação mais enérgicas e céleres àqueles que comprometem a segurança dos demais e afrontam o poder do Estado de modo contundente, além de garantir vários outros direitos fundamentais da sociedade como um todo, sendo o principal a liberdade e vida pacífica, segura e harmônica.

Demonstrou-se claramente que a teoria de Jakobs não trata de violação de direitos humanos universais, mas, ao contrário, da garantia de sua preservação.

Na realidade é o inimigo quem representa um óbice ao exercício pleno dos direitos humanos pelas demais pessoas em sociedade. Há uma disfuncionalidade no sistema social podendo gerar o seu colapso.

Por isso que, para ele, deve-se aplicar, sem tabus, o que for necessário para conseguir neutralizar aqueles que efetivamente o violam, - lembrando mais uma vez que não pode se confundi-los com pessoas culpáveis -, e exatamente por isso que deve ser chamado pelo seu nome: o Direito Penal do Inimigo.

Para ele é legítimo e necessário que, diante daqueles que se orientam de forma puramente contrafática, o Estado tome ações contundentes para detê-los imediatamente já que está diante uma insuficiente “pacificação interna”.

Ademais, não se pode esquecer que uma das principais função de um Estado de Direito é garantir um Direito Penal justo e adequado, capaz de fornecer respostas compatíveis em garantir o funcionamento do sistema social de forma regular.

Inimigos existem, e estes, por não sentirem o temor da punição, conduzem-se, reiteradamente, institucionalizando o medo e o caos de tal forma que se, não ameaçam, corrompem a lógica do Estado. Colocam em risco à existência da própria sociedade. E, por isso, somente o puro poder poderá contê-los.

A proposta de um Direito Penal diferenciado para os inimigos seria como um mecanismo de proteção social e, como tal, teria legitimidade constitucional para impor restrições em benefício da coletividade.

O Direito Penal do Inimigo consolidaria uma função de intervenção penal preventiva-protetiva lícita, pois ao se realizar um sopesamento entre os custos e os benefícios, entre sacrificar os direitos e a liberdade de indivíduos extremante nocivos à sociedade, chega-se ao resultado de garantir a segurança e o bem-estar dos demais inocentes, estes, sim, mantenedores árduos de uma sociedade pacífica.

O que não pode ser aceito é o Estado refutar ao Direito Penal do Inimigo, exteriorizando um insuficiente mecanismo de proteção do sistema, permitindo que certos indivíduos venham a corromper a lógica do próprio Estado.

Não reconhecer o Direito Penal do Inimigo é o Estado impor a si mesmo uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar cegamente qualquer criminoso como pessoa.

É preciso deixar os discursos extremistas e demagogos de lado e, principalmente, abandonar o apego à concepção individualista (como justa herança do iluminismo), admitindo que certos seres humanos, a partir de seus atos reprováveis, devem ser reconhecidos como inimigos, pois não se submetem ao contrato social e, conseqüentemente, ficam desprovidos de

personalidade, devendo, dessa maneira, serem isolados do convívio social de forma mais célere e longínquo possível.

Sem dúvida, a tese de Jakobs dever ser melhor desenvolvida com critérios lógico-analíticos, para delinear com maior precisão quem são aqueles que devem ser identificados como inimigos em uma sociedade e seu tratamento.

Para isso, interdisciplinaridade do Direito com outras áreas seria de fundamental importância. Possibilitaria entender melhor o comportamento humano, principalmente para ajudar o poder judiciário na fundamentação de suas decisões e argumentos de maneira mais técnica, pois traduziria quais instrumentos seriam adequados e aptos a conter esse indivíduo, validando as penas, quantificaria as características da sua subjetividade bem como poderia contribuir qualquer outra medida legal.

Dessa forma, conseguir-se-ia definir com critérios mais seguros e menos arbitrários quem os são. E, por conseguinte, serviria para delimitar a intervenção penal que sobre eles incidirá, para que não seja manejado por manobras políticas, a bel prazer do Estado.

Sem dúvida ainda é preciso que se encontre um modelo ideal de tratamento a esses indivíduos que priorizem o que realmente são e o que podem fazer, mas sem fulminar com seus direitos ainda que não pessoa, mas sempre humano. Faz-se necessário encontrar um meio termo da razoabilidade e proporcionalidade entre a persecução penal efetiva e os direitos e garantias individuais.

Afinal, apesar de inimigos, não deixam de ser pessoas. E os direitos humanos são direitos que qualquer ser humano por simplesmente por ser humano.

Vale lembrar que, embora o Direito Penal do Inimigo seja originário da teoria do funcionalismo e, portanto, baseada na prevenção geral positiva da pena, sua finalidade será de prevenção da especial, na modalidade negativa, pois visa eliminar perigos.

É a partir daí que, as medidas de segurança propostas por Jacobs, são, até o momento, a melhor resposta a ser imposta ao inimigo, pois, tal como a aplicada aos inimputáveis, a medida de segurança é a adoção de um novo critério de julgamento, baseado não no ato criminoso, mas na personalidade do delinquente.

Porém, aos inimigos não será aplicada na concepção pena-tratamento. Passaria a ser uma pena-imperativa, enfatizando a necessidade de “vigilância” e como tal deve ter seus contornos para ter efetividade.

A partir do momento em que a punibilidade dos inimigos passar a ser amplamente discutida e a legislação for específica em tratar do caso concreto, a efetividade da punição

tenderá a fazer a reincidência criminal desses indivíduos diminuir, tornando possível o ideal de convivência pacífica em sociedade.

Por isso, se impõe a estrita observância de um rijo processo legislativo, devendo, ainda, sujeitar-se ao controle de constitucionalidade e convencionalidade, visando a máxima segurança jurídica da sociedade brasileira.

Aos seus críticos, que discordam da aplicação de sua teoria, ao em vez de refutá-la, alegando ter de conteúdo altamente ofensivo e antigarantista, seria melhor que eles refletissem sobre abrangente esfera de proteção que lhes proporcionaria, além de trazer uma evolução dogmática do Direito Penal.

De qualquer forma, não se pode negar que foi o primeiro passo de um longo caminho a percorrer.

Jakobs inaugurou um discurso sobre certos indivíduos que há muito tempo a humanidade já deveria ter realizado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. *Evolução histórica do Direito Penal*. Jus Brasil, 2016. Disponível em: <https://leonardoaaguilar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal#:~:text=Em%20um%20tempo%20de%20absolutismo,%C3%A0%20necessidade%20da%20seguran%C3%A7a%20social>. Acesso em: 10 maio 2020.

ASSIS NETO, José Aires de. *O bem jurídico como critério de limitação do ius puniendi*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

BECCARIA, Cesar. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Pablo M. de Oliveira. 2. ed. Cambuci: Edipro, 2017.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BIANCHINI, Alice; GARCIA, Antonio Pablos de Molina; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. Coleção Ciências Criminais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 17 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso no Habeas Corpus nº 2.777-0-RJ*. Registro nº 93.0014035-3. Relator Ministro Pedro Aciole. T6 - Sexta Turma. Jul. 1994, p. 67-113. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/RevSTJ/article/download/9083/9206>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 527*. S3 - Terceira Seção. Data de Julgamento: 13/05/2015. Data de Publicação: DJe18/05/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27527%27>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 105674-RS*. Relator: Ministro Marco Aurelio. Data de Julgamento: 17/10/2013. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-035 Divulg. 19/02/2014. Public. 20/02/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136394/habeas-corpus-hc-105674-rs-stf/inteiro-teor-124551461>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 107432-RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 24/05/2011. T1 – Primeira Turma. Data de Publicação: DJe-110 Divulg. 08/06/2011. Public. 09/06/2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19730295/habeas-corpus-hc-107432-rs/inteiro-teor-104518431>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 93815-RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 04/04/2013. Tribunal Pleno. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-083. Divulg. 03/05/2013. Public. 06/05/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23275710/habeas-corpus-hc-93815-rs-stf/inteiro-teor-111668069?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 97621-RS*. Relator: Ministro Cesar Peluso. Data de Julgamento: 02/06/2009. T2 – Segunda Turma. Data de Publicação: DJe-118 Divulg. 25/06/2009. Public 26/06/2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4344434/habeas-corpus-hc-97621-rs>. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Tomo I. 5. ed. rev. e atual. Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COSTA, Gisela França da. *O mito da ressocialização da pena*. 2005. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2005.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado e legislação complementar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIETER, Maurício Stegemann. Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs: aportes a partir da obra de Juarez Cirino dos Santos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 43, p. 1-12, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel G. et al. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 22. ed. Niterói: Impetus, 2010.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito funcional*. Coleção Estudos de Direito Penal. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. V. 6. São Paulo: Manole, 2003.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Gacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). *Direito Penal e funcionalismo*. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KIST, José Dario. *Bem Jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções*. *Direito e Democracia*, v. 4, n. 1, p. 145-179, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. *Teoria Constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização*. *Jornal Carta Forense*, 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>. Acesso em: 24 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do inimigo*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

NEVES, Elisa Pittaro. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da expansão do direito penal e suas repercussões na dogmática clássica do direito penal e do processo penal*. 2017. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Individualização da pena*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luis Regis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC/Lúmen Júris, 2006.

_____. *O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do Direito Penal Desigual*. 2010. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

SILVA, Kelly Cardoso da. *Um discurso sobre direito penal de exclusão: direito penal do inimigo- aspectos jus-filosóficos e normativos*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.

SOUTO, Marcos Virginio. *Uma Análise da teoria do direito penal do inimigo à luz da constituição federal de 88*. *Direito & Ti*, 05 jul. 2017. Disponível em: [http://direitoeti.com.br/artigos/uma-analise-da-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-a-luz-da-constituicao-federal-de-88/#:~:text=4%C2%BA%20E2%80%93%20A%20lei%20punir%](http://direitoeti.com.br/artigos/uma-analise-da-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-a-luz-da-constituicao-federal-de-88/#:~:text=4%C2%BA%20E2%80%93%20A%20lei%20punir%20)

C3%A1%20 severamente,ser%20combatidos%20a%20todo%20custo. Acesso em: 10 jun. 2020.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: Parte Geral: art. 1º ao 120*. São Paulo: Atlas, 2004.

VELÁSQUEZ, Fernando. El Funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, n. 15, p. 197-219, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamrão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.