



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

CIÊNCIAS CRIMINAIS

JUAREZ ALVES DOS REIS

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA APLICABILIDADE
DE FORMA CAMUFLADA NO DIREITO BRASILEIRO**

Salvador
2019

JUAREZ ALVES DOS REIS

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA APLICABILIDADE DE FORMA CAMUFLADA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Ciências
Criminais..

Salvador
2019

JUAREZ ALVES DOS REIS

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA APLICABILIDADE DE FORMA CAMUFLADA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2019

Dedico o presente trabalho a todos que acreditaram em mim ao longo desta trajetória. Especialmente aos meus pais desde a minha infância colocaram na minha cabeça a sementinha da minha profissão, ao meu avô (Pai Dedê), meus filhos Nicolás e João Pedro que abdicaram de minha presença pelo meu estudo, e por fim não menos importante minha querida esposa Kelli que sempre esteve ao meu lado pelo apoio constante a cada etapa ultrapassada.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas forças que a mim foram doadas no decorrer desta caminhada, e por fazer de mim um ser dotado de fé e esperança.

À professora Ana Carolina, pelas orientações fornecidas para efetivação do trabalho, mormente, por sua leitura incansável, estando sempre disposta a ajudar.

Aos meus pais Manoel e Cicera, meus avós, meus filhos Nícolas e João Pedro, e minha esposa e companheira Kelli, sempre presentes ao meu lado, ajudando-me em tudo que estiver aos seus alcances.

Aos meus familiares de alguma forma, sempre acreditaram em mim.

Aos professores da pós-graduação realizada na FACULDADE BAIANA DE DIREITO que em brilhantes exposições nortearam o estudo da Ciência Criminal e, conseqüentemente, da Constituição Federal de 1988, bem como transmitiram os anseios dos princípios e fundamentos constitucionais sobre os demais ramos do direito, em especial no direito penal, que foram acrescidos na pesquisa ora finalizada.

Enfim, para não incorrer em deslealdade, agradeço a todos aqueles que de alguma maneira colaboraram para o desfecho dessa monografia.

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

Rui Barbosa

RESUMO

Na presente pesquisa objetiva a busca e apresentação de algumas reflexões em face a sua aplicabilidade de forma camuflada do inimigo no Direito Penal Brasileiro, a partir da formulação teórica de Günther Jakobs e as críticas de Eugenio Raul Zaffaroni, buscando as bases filosóficas e presenças históricas, políticas e sociais, reconhecendo-se a influência, fazendo-o dividir os indivíduos em cidadão e inimigo vivenciados pelos brasileiros diante de um crescimento da criminalidade e sua forma de conter pelo Estado quando de sua adoção, com análise no ordenamento jurídico. Este trabalho anseia evidenciar uma nova leitura para os conceitos no Direito Penal, reformulando uma linguagem que retrate com mais propriedade a realidade no século XXI. Desse modo, faz-se necessário averiguar o destaque da lógica de neutralização de inimigos, diante do tratamento conferido pela justiça criminal aos acusados e presos nessas hipóteses. Assim sendo, mesmo que não se concorde com o reconhecimento do inimigo no Direito Penal, nos dias de hoje, é impraticável ignorar a existência. A pesquisa, deste modo, tem por escopo analisar os diferentes ângulos que tornam possível um manifesto retrocesso penal.

Palavras chaves: Direito Penal do Inimigo. Direito Penal Brasileiro. Jakobs. Zaffaroni.

ABSTRACT

This research aims to search for and present some reflections in the face of its camouflaged applicability of the enemy in the Brazilian Criminal Law, based on the theoretical formulation of Günther Jakobs and the criticisms of Eugenio Raul Zaffaroni, seeking the philosophical bases and historical presences, political and social, recognizing the influence, making it divide the individuals into citizen and enemy experienced by the Brazilians before a growth of the criminality and its form of containment by the State when of its adoption, with analysis in the juridical order. This work aims to highlight a new reading for concepts in Criminal Law, reformulating a language that more accurately portrays reality in the 21st century. In this way, it is necessary to investigate the emphasis of the logic of neutralization of enemies, before the treatment given by the criminal justice to the accused and arrested in those hypotheses. Thus, even if one does not agree with the recognition of the enemy in criminal law, it is impractical to ignore existence today. The research, therefore, has as scope to analyze the different angles that make possible a manifest criminal retrogression.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Brazilian Criminal Law. Jakobs. Zaffaroni.

LISTA DE ABREVIATURA

CP – Código Penal

CPM – Código Penal Militar

CPP – Código de processo Penal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

LICP – Lei de Introdução ao Código Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJBA – Tribunal de Justiça da Bahia

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCEITO DE GÜNTHER JAKOBS.....	16
2.1 Atributos e reações no direito penal.....	19
2.2 O inimigo e legitimação do fenômeno	22
2.3 Direito penal do cidadão e sua inclusão do direito do inimigo.....	24
3 NA DEFINIÇÃO DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.....	30
3.1 O inimigo ao longo do tempo	31
3.2 O racismo e o inimigo.....	32
3.3 O inimigo na guerra fria e as ditaduras sul-americanas.....	37
3.4 O inimigo no tráfico de drogas, terrorismo e xenofobia.....	39
3.5 A arbitrariedade na seletividade dos inimigos e o poder	41
4 O ANÁLISE NA PERSPECTIVA DE GÜNTHER JAKOBS E EUGENIO RAUL ZAFFARONI DIANTE DO FENÔMENO	44
5 A SELETIVIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL: Estereótipo Brasileiro	45
5.1 Drogas, tráfico como seletividade negativa.....	48
5.2 Crimes hediondos	49
5.3 Regime Disciplinar Diferenciado	51
5.4 Criança e o adolescente.....	54
6 Conclusão	65
REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

A teoria criada pelo alemão Günther Jakobs na década de 80, durante a unificação da Alemanha Oriental e Ocidental, com a queda do muro de Berlin, diante de um cenário caracterizado pelo medo, do novo, daquilo que era desconhecido, caracteriza uma presença constante na história das sociedades, desde as mais primitivas às atuais. Essa teoria tem como bases filosóficas principalmente as compreensões de Hobbes, Fichte, e Rousseau sobre quem seria o inimigo do Estado e como deveria ser o tratamento dado a este. De modo ao compor o tema e empregar a nomenclatura de inimigo, Günther Jakobs teve a importância de consubstanciar por meio de um cognome na íntegra uma escolha criteriosa de pessoas que, de aspecto diversificado e de conformidade com o encadeamento histórico e cultural são contemplados de forma negativa, foram ou continuam a ser privados da condição de pessoa através de um modelo, por isso, recebem ou continuam a acolher o tratamento desigualado por parte dos demais, das instituições públicas e, no seu ventre, do sistema penal suprimindo direitos fundamentais individuais.

Parâmetros socioeconômicos são utilizados para definir a que grau de comportamento e aceitabilidade perante a sociedade cada indivíduo irá se inserir, onde aqueles que não se encaixam em requisitos mínimos, sempre serão vistos e tratados como marginais, ficando amplamente excluídos de uma maturação saudável, proporcionando-lhes somente desprazeres em gozar a vida. Atributos estes, que, infelizmente, levam esses indivíduos a um “caminho sem volta”, o da criminalidade.

Alienados e totalmente incompatíveis com o convívio social, inseridos no mundo do crime, onde a lei que impera é a do mais forte, vivenciando constantemente o sofrimento e a dor, a precariedade em busca de sobreviver, onde qualquer vantagem auferida nesta vida torna-se lucro, isso tudo caracteriza a impotência do estado em lhe dar com essa situação calamitosa, revertendo-se em uma verdadeira guerra entre “marginais” que se confrontam com “cidadãos de bem” e o Estado.

A sociedade contemporânea tem se demonstrado inconformada com a atual onda de criminalidade, por tornarem-se reféns de suas grades, trancafiados, enquanto os reais infratores da lei ganham a liberdade e agem despreocupadamente e impunemente.

Assim, em consequência da insatisfação social com o aumento indiscriminado da criminalidade, contaminado pelo sentimento de impunidade, a Teoria do funcionalismo sistêmico ou radical, surgida em 1985 encabeçada por Günther Jakobs, enunciada como Feindstrafrecht ou criminoso inimigo ou ainda Direito Penal do Inimigo, vem colecionando seguidores e apreciadores, por basear-se em políticas públicas de combate ao criminoso e por punir o criminoso e não o fato, aprovando-se em maior rigor na punição e prevenção do crime.

Dentro desse raciocínio, é justamente o caráter perigoso do inimigo que justifica sua privação de certos direitos individuais garantidos aos demais cidadãos, às “pessoas propriamente consideradas”. Nesse seguimento, é também esse amedrontamento por eles representada que legitima moderação que são levadas a cabo pelo Estado.

Órgãos de segurança, notadamente, surgiram com o intuito de conter eventuais transgressões penais. A massificação deste poder com o intuito de debelar a indiscriminada violência somente acarretará verdadeiro estado de “guerra” aos considerados inimigos do Estado.

A teoria do Direito Penal do inimigo preconiza o tratamento aos inimigos, ou não pessoas, sem as mínimas garantias estatais, não sendo observado o devido processo legal, muitos menos uma real acusação.

Buscando entender quem seria o inimigo, fora, analisados diversos conceitos dados por inúmeros doutrinadores bem como a ideia de periculosidade uma vez mencionada em todas as conceituações.

Estudaram-se também as características, finalidades, aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e na legislação estrangeira, concluindo com as críticas nacionais e internacionais oriundas do uso da Teoria de Günther Jakobs.

Não resta dúvida de que o princípio da dignidade da pessoa humana teve que ser abordado, pois o Direito Penal do Inimigo não respeita a este princípio bem como ao da *ultima ratio*, dentre outros. No entanto, não se pode falar em desrespeito a princípios constitucionais e garantias processuais dentro de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, sendo o Brasil um Estado regido por sua Carta Magna, deve sempre estar em conformidade com o que nela está compreendido, sob pena de inconstitucionalidade. Entretanto, devido aos clamores sociais e incentivo midiático percebe-se a tendência da sociedade por esta teoria.

A pesquisa monográfica teve como objetivo geral o estudo do tema do aspecto e influência do inimigo e sua presença no direito penal brasileiro que se encontra fragilizado com a atual situação do sistema de políticas públicas que parece não responder ao avanço da criminalidade.

Assim, a partir da análise dos diferentes discursos dos referidos filósofos e também dos períodos históricos em que o inimigo pôde ser vislumbrado, além da leitura de diversos artigos e livros tratando sobre o tema, procura-se com este trabalho demonstrar brevemente qual caminho Jakobs percorreu para criar seu próprio conceito de inimigo, diferenciando-o do cidadão a partir de interpretações acerca do Direito Penal, bem como quais as contradições entre esse Direito Penal do Inimigo e nosso Direito Penal atual.

Para Günther Jakobs, é possível a existência de dois direitos, um ao cidadão e outro ao inimigo. Assim, para Jakobs, inimigo seria aquele que atua em desconformidade com o ordenamento jurídico e que não demonstra qualquer intenção de voltar a se portar da maneira instituída pelo Estado. Enquanto que o cidadão seria aquele que após cometer o crime e cumprir a pena infligida, é capaz de voltar a conviver em sociedade.

Junto a isso, Jakobs demonstra compreender que a punição ao inimigo deve se dar preventivamente, ou seja, deve-se punir pela periculosidade e não pela culpabilidade do agente. Com isso acaba-se verificando a ocorrência do direito penal do autor ao invés do direito penal do fato. Pois se pune o autor pelo que ele é e não pelo ato que cometeu, o que é contrário ao nosso sistema penal.

Além disso, o direito defendido por Jakobs acaba punindo inclusive meros pensamentos, ou seja, só o fato de o adolescente se preparar para quem sabe futuramente praticar algum delito como, por exemplo, no caso de algum intento terrorista, já daria ao Estado o direito de puni-lo, eis que configuraria um perigo para a sociedade.

Jakobs também identifica na pena/medida protetiva a função de proteção da norma, ou seja, defende o funcionalismo penal, já que entende que a pena serve para reafirmar a validade e vigência da norma perante a sociedade. Assim, quando um “inimigo” viola alguma norma, a pena se volta contra este para que se restitua a segurança da sociedade, demonstrando que quem pratica algum fato atentatório à norma não fica impune, muito pelo contrário, atuando a pena como uma prevenção geral.

Nesse contexto, o inimigo seria, assim, uma “não pessoa”, sendo tratada de forma diferenciada dos demais indivíduos. Mas o problema, como será demonstrado. É que esse tratamento punitivo acaba sendo direcionado a todos os indivíduos pertencentes à sociedade, já que não se consegue fazer uma concreta separação entre inimigo e cidadão, pois tudo acaba dependendo de quem o Estado queira etiquetar, ou seja, depende da intenção de quem detém o poder.

Posteriormente, no decorrer deste trabalho, ver-se-á qual a importância e os objetivos de um direito penal direcionado às crianças e adolescentes e como o Direito Penal do inimigo é totalmente contrário ao que propõe esse nosso Direito Penal atual, ferindo todos os preceitos existentes dentro do nosso sistema penal para a aplicação da pena/medida protetiva, já que, no fim das contas, o que acaba ocorrendo é uma seleção de determinados grupos onde deveria ser aplicado esse “direito de exceção”, havendo uma afronta muito grande às garantias jurídico-penais e direitos fundamentais desses indivíduos.

Ocorre que esses grupos em conflitos com a lei acabam sendo tratados, inclusive, como não pessoas, como se isso fosse possível, já que a característica de pessoa é inata a todo ser humano, tendo suprimidas suas garantias, principalmente a dignidade humana e também outros princípios constitucionais obtidos ao longo da história, sobretudo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Então o que se vislumbra é que todos os pertencentes a este grupo uma vez apreendidos acabam sendo tratados como inimigo, mesmo que não sejam, acabam sofrendo punições severas, não havendo o respeito à sua integridade física e moral e muito menos sendo conferidas as garantias processuais cabíveis a qualquer autor de um fato ilícito, como ampla defesa e contraditório e, principalmente, o respeito à sua condição peculiar de sujeito em desenvolvimento.

Por fim, o ponto crucial deste trabalho é procurar explicar os conceitos acima mencionados, entendendo assim como Zaffaroni, que a teoria de Jakobs não encontra âncora e espaço dentro do nosso Estado democrático de Direito, sendo um verdadeiro retrocesso penal.

2 CONCEITO DE GÜNTHER JAKOBS

A nomenclatura Direito Penal do Inimigo que surgiu em 1985, pelo professor da Universidade de Bonn, Günther Jakobs, apresentada pela sob esse título pela primeira vez em uma jornada de professores de direito penal em Frankfurt, baseia-se em políticas públicas de combate à criminalidade em âmbito interno e externo, desclassificando certos indivíduos como pessoas e a estes não sendo oferecidas as garantias estatais, tais como devido processo legal, acusação formal, dentre outras, bem como, omitir aplicação dos princípios basilares, como por exemplo, princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, humanização das penas, etc. Nesta ocasião, o jurista preocupou-se em legitimar como havia uma predisposição à penitência precipitada, em entendendo-se o agente de um oponente.¹

Como consequência, foram antecipadas distintas concepções teóricas, por parte do próprio Jakobs e também de outros penalistas. Neste presente, torna saliente a teoria do professor alemão, examinando as características do fenômeno, a identificação do inimigo, bem como a alteração de ponto de vista do próprio autor quanto à validade deste método.

É importante para melhor entendimento dessa teoria, compreender que Jakobs possui como base para sua criação e defesa, as concepções de renomados filósofos como Hobbes, Kant, Rousseau e Fichte sobre quem seria o inimigo e como deveria ser o tratamento concedido a este. Segundo Hobbes, o cidadão, ao delinquir, não possui o poder de suprimir sua condição de cidadão, mas ao cometer algum delito considerado de alta traição, a situação se modifica, pois o delinquente passa a não aceitar mais o dever de se submeter ao poder do soberano, retornando assim ao estado de natureza, onde

1 SILVA, Ivan Carlos da. **O direito penal do inimigo**. Disponível em: <http://unisinov.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 14/02/2019.

não será punido como súbito, mas sim como inimigo.² Essa conclusão pode ser aferida do seguinte trecho da obra prima de Hobbes³

(...) não podem ser chamadas penas os danos infligidos a quem é considerado inimigo, uma vez que este nunca esteve sujeito à lei e, portanto, não poderia tê-la transgredido, ou, tendo permanecido sujeito a ela e declarado não querer mais estar, nega a si mesmo, por conseguinte, a possibilidade de transgredi-la, e todos os danos que vier a sofrer devem ser visto como atos de hostilidade. Numa situação de hostilidade declarada, é legítimo infligir qualquer espécie de dano. Deduzimos daí que, se um súbito, por atos ou palavras, negar, deliberadamente, a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), este pode, legalmente, fazê-lo sofrer o dano que bem entender. **Negando a sujeição, o súbito negou as penas previstas pela lei, devendo, portanto, ser penalizado como inimigo do Estado, isto é, de acordo com a vontade do representante. As penas não são estabelecidas pela lei para os inimigos, mas para os súbitos; se alguém passa a se considerar inimigo, da mesma forma como se tornou súbito por seus próprios atos, ao rebelar nega o poder soberano.** (grifo nosso).

Hobbes ainda compreende que

(...) não constitui nenhum desrespeito à natural infligir qualquer dano a um inocente que não seja súbito, se for para benefício do Estado, e isso se dá sem violação de nenhum pacto anterior, pois os homens que não súbitos são inimigos ou deixaram de ser súbitos em consequência de algum pacto anterior. Assim, é legítimo fazer contra os inimigos que possam vir a causar dano ao Estado, em razão do direito natural original; nessa situação, a espada não discrimina, nem vencedor faz distinção entre o elemento culpado e o inocente, como acontecia nos tempos antigos, nem tem outra consideração de graça, a não ser a que conduz ao bem do próprio povo. Com base fundamento, no caso dos súbitos que deliberadamente negam autoridade ao Estado, a vingança se estende, legitimamente, não apenas aos pais, mas também à terceira e quarta gerações ainda não existentes, que conseqüentemente são inocentes do ato qual serão punidas. **A natureza dessa ofensa consiste na renúncia à subordinação, que é um regresso à condição de guerra conhecida vulgarmente por rebelião. Os que praticam essa ofensa não sofrem penalidades como súbitos, mas como inimigos, pois a rebelião nada mais é que uma guerra renovada.**⁴

Zaffaroni nos coloca que “Para Hobbes, por mais grave que seja um delito, seu autor não é um inimigo; porém quem resiste ao soberano é inimigo, porque se torna estranho

2 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p.27.

3 HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.p.220.

4 HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.p.223.

ou estrangeiro ao sair do contrato com seu próprio ato de resistência.”⁵ E o autor ainda entende que

Hobbes não admite a resistência ao soberano, porque isso importaria em reintroduzir o *bellum omnium contra omnes* (a guerra de todos contra todos) e, precisamos por isso, quem resiste ao poder do soberano não é apenado, mas sim submetido à contenção forçada, porque não se trata de um *delinquente*, mas antes de um *inimigo* que, com sua resistência, reintroduz a guerra.⁶

Quanto a Fichte este entende 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.”⁷

Kanti, entende que quem decide não viver junto a um estado comum, organizado (estado estatal), acaba vivendo em estado de natureza (estado fictício), e dessa forma, tem o dever de se afastar, ou seja, de se retirar do convívio social, e neste caso, não receberá tratamento como pessoa, mas sim como inimigo.⁸

Para Fichte, como aquele que pratica o delito não possui personalidade, sua execução (do criminoso) não possui caráter de pena, mas apenas serve como instrumento de segurança.⁹

No entendimento de Fichte, assim como de Rousseau, é radical, compreendendo que qualquer pessoa que pratique algum ato contra o direito social (advindo do contrato social), deixa de pertencer ao Estado e, dessa forma, é colocado em posição de guerra com este. Então sempre que um dos contratantes atuar de forma diversa da estabelecida,

5 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**.2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.125.

6 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**.2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.125.

7 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**.2.ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007.p.26.

8 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, apud KANT. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**.2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p.26.

9 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**.2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p.26.

ou seja, sempre que prejudicar o pacto social, acabará sendo tratado como inimigo do Estado.

Assim,

A pena de morte que se impõe aos criminosos quase se pode igualmente considerar: para não sermos vítimas de um assassino, toleramos padecer a morte, quando réus de tal crime. Longe de dispor da própria vida tratado, nós cuidamos somente de a segurar, e não creio que algum dos contratantes premedite nesse tempo ir à forca; **quanto mais todo malfeitor insulta o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da Pátria, de que cessa de ser membro por violar suas leis e a qual até faz guerra; a conservação do Estado não é compatível então com a sua, deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão.**¹⁰ (grosso nosso)

Seguindo o raciocínio de Kant, Jakobs, entende que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”¹¹

Travar uma guerra contra determinado número de pessoas, além de o Estado autorizar, seguindo um senso crítico ferrajoliano, uma verdadeira antecipação de pena, como as prisões excepcionais em caso de guerra, é estar em compasso com a teoria arbitrária do Direito Penal do inimigo de Jakobs.

O catedrático Jakobs afirma, em síntese, que deveriam ser reconhecidos dois polos no processo; o primeiro tratando o réu como cidadão, esperando-se a exteriorização da conduta para o Estado agir; o segundo cuidando do imputado como um inimigo à sociedade, podendo ser interceptado já em seu estado prévio, em virtude de periculosidade.¹²

2.1 Atributos e reações no direito penal

10 ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2006.p.46.

11 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**.2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p.36.

12 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e crítica**. Org e trad. CALLEGARI, André Luís; GIOCOMOLLI, Nereu José.6.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.p.36

Jakobs, culpou-se em atribuí-lhe atributos habituais, quais sejam: a configuração de um amplo adiantamento da punibilidade, que passa a ter por fundamento o risco de lesões futuras; a previsão de penas demasiado altas e extremamente desproporcionais; a relativização ou supressão de garantias processuais.¹³

Desde o primórdio, Jakobs reconhece como defesa de um ponto de vista de direito penal do inimigo a organização de uma sequência de regras que descrevem autêntico progresso na punibilidade, criminalizando formações à lesão ao bem jurídico, antecedente à prática de um fato. Em suas palavras “não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos”.¹⁴

Comporta-se, por certo, de normas incriminadoras que prescindem da prática de um fato e/ou da ocorrência de um dano à vítima. Imputa-se ao sujeito uma pena sem que ele tenha agido, ou, ainda que tenha agido, não tenha advindo nenhum resultado danoso de sua conduta.

Nas normas incriminadoras da atualidade, incomum nos esbarramos com tipos penais que se amoldam nesta fixação, como os de mera conduta, bem como os crimes de perigo abstrato, os delitos de associação ou organização criminosa, dentre outros. Prospera-se até o estágio preparativo.

Na análise de Cancio Meliá, “ mediante sucessivas ampliações, se tem alcançado um ponto no qual ‘estar aí’ de algum modo, ‘fazer parte’ de alguma maneira, ‘ser um deles’, ainda que somente em espírito”, é suficiente ‘para ensejar a criminalização’.¹⁵

13 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e crítica. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.90.

14 Idem. p.34.

15 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e crítica. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.36.

Nesta perspectiva, abre-se, naturalmente, com a conjectura liberal tradicional de um direito penal fundado na culpabilidade do agente, que presume a realização de uma atuação no mundo real. Pune-se o agente, portanto, pelo que ele simboliza, pelo seu risco latente, não levando em consideração sua culpabilidade que deriva de culpa (*lato sensu*). Culpa por sua vez, tem significado axiológico (valorativo) negativo, ou seja, significando atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de algum fato; de modo que culpabilidade pode ser entendida como juízo de censura (reprovabilidade) que recai sobre a conduta típica e antijurídica praticada por um agente culpável..

Explanando-se a teoria do penalista alemão, entende-se que este avanço na punibilidade constitui a peculiaridade essencial do fenômeno do direito penal do inimigo, hábil a distingui-lo do que Jakobs concebe como um direito penal do cidadão.

Idealizando o agente como cidadão, o Estado somente está autorizado a agir e interceder em sua alforria quando a conduta do sujeito constituir determinado resultado nefasto a um bem jurídico patrocinado pela legislação. A pessoa, apesar de infringir, ainda resguarda o seu caráter de cidadão. No caso do inimigo, ´por sua vez, este não aproveita de proteção em sua esfera privada, podendo ser punido por meras pressuposições, tendo em vista o caráter de amedrontamento constante que simboliza. Assim, finaliza-se que a um se aplica um direito penal do fato, ao outro um direito penal do autor.:

O direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.¹⁶

O segundo aspecto que sobressai desta maneira no procedimento é a supressão ou contenção de defesas processuais aos inimigos, ampliando-se o grau de intercessão do Estado sobre a sua autonomia. Desde modo, sob motivos investigativos, são gerados mecanismo de invasão da esfera privada do sujeito perigoso, a autorizar que estes estejam em pleno controle por parte das autoridades estatais.

16 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e crítica. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.36.

Como exemplos dessa tendência, a introdução de medidas de ampla intervenção nas comunicações para fins de investigação, a relativização ao princípio da presunção da inocência através de prisões provisórias e arbitrárias, o desenvolvimento de investigações secretas, a infiltração de agentes policiais em supostos grupos criminosos, a colheita do material biológico do réu para fins de prova, dentre outras.

Ao tratar do tema, Jakobs faz referência a determinados institutos do Código de Processo Penal alemão, para afirmar que se tratam de “medidas de supervisão das quais p imputado nada sabe no momento de sua execução porque as medidas só funcionam enquanto o imputado não as conheça. Neste sentido, há que mencionar a intervenção nas telecomunicações (§ 100 a StPO), outras investigações secretas (§ 100 c StPO), e a intervenção de agentes infiltrados (§ 110 a StPO)”.¹⁷

Indo mais além, refere-se ainda à possibilidade de coação do agente para uma retirada de sangue, bem como à exigência de incomunicabilidade, ou seja, “à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contrato com o seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa”.¹⁸

Como se vê, tais medidas acarretam restrições não apenas à liberdade, como também ao direito à privacidade do indivíduo, chegando-se, em casos extremos, a restringir o próprio exercício do seu direito de defesa, impossibilitando-o de se comunicar com o seu advogado.

Por fim, a terceira característica que permite identificar o fenômeno no âmbito da legislação é a cominação de penas elevadas e desarrazoadas, totalmente desproporcionais à conduta do agente (se é que fora exteriorizada uma conduta). Trata-se de um claro esforço de contenção de potenciais inimigos. Aparece aqui de forma evidente a perspectiva do Estado de retirar sujeitos ditos perigosos do convívio com os denominados cidadãos. Portanto, vê-se a pena tão somente sob o aspecto da neutralização.

17 Idem, *Ibidem*.

18 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas, 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.38.

2.2 O inimigo e legitimação do fenômeno

Diante de todo esse aparato repressivo previsto na legislação e que autoriza as autoridades públicas a invadirem a esfera individual destes inimigos sobremaneira, convém então indagar quem eles seriam e por que estaria legitimado esse controle e vigilâncias ostensivas por parte do Estado.

A definição de inimigo sugerida por Jakobs surge em sua segunda formulação teórica sobre o fenômeno, momento em que passa a contemplar meios para afirmá-lo, julgando-o inevitável na atualidade.

Na primeira aproximação do autor com o tema, é perceptível a concepção crítica por ele adotada. No início, Jakobs entendia que a adoção de um direito penal do inimigo representava verdadeira contradição para com regimes democráticos, impassível de conciliação com as garantias e liberdades individuais consagradas nessas democracias. Assim, somente seria justificável restringir a liberdade, conferir tratamento diferenciado e adotar tais medidas repressivas em situações de emergência.¹⁹

No entanto, tempos depois, com a obra “Derecho Penal Del Enemigo”, de 2003, o autor consolida posição favorável ao fenômeno, passando a afirmá-lo e defendendo uma sistematização clara no âmbito da legislação penal. Ao que parece, analisando-se o seu trabalho, é possível dizer que o penalista fora em muito influenciado pelo desenvolvimento de grupos terroristas e pelos trágicos incidentes ocorridos no início deste século nos EUA e, após, na Europa.

Em panorama mundial, nas últimas décadas, com o advindo da globalização e aumento crescente do capitalismo, surge a necessidade de uma segurança a nível mundial com o objetivo principal de eliminar potenciais perigos enfrentado pelo mundo atual nos dias de hoje.

19 SILVA, Ivan Carlos da. *O Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <http://unisinus.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 16/07/2019

Em consideração os perigos atuais, é necessário citar os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. Os ataques terroristas que ocorreram neste triste dia abalaram, além das estruturas do World Trade Center, o mundo e sua cotidiana forma de ver as ameaças. O que foi visto então, é uma expansão de uma forma de criminalidade nunca antes vista no mundo.

Estes atos e ações refletiram numa ação imediata do Governo Americano, acompanhado de seus aliados, no que se denominou Guerra contra o Terrorismo, este que se fundamentava em localizar, neutralizar e, em algumas situações, exterminar os órgãos terroristas, assim como seus seguidores e líderes. Um grande exemplo disso é a perseguição, sem limites, imposta a diversos países do Oriente Médio pelo período aproximado de 10 anos, à Osama Bin Laden, que foi exterminado pelo governo dos Estados Unidos, através da quebra de inúmeras leis internacionais.

Nesta sua segunda construção teórica, marcada por uma mudança de perspectiva sobre o assunto, o autor buscou identificar o inimigo recorrendo às formulações da filosofia, sobretudo à obra de Thomas Hobbes e Immanuel Kant. Na interpretação do Alemão, o indivíduo perigoso é aquele que, pretendendo regressar ao estado de natureza, entendido como o ambiente no qual não há nenhum tipo de comando que estabeleça a ordem, se comporta como uma ameaça constante ao sistema estabelecido, gerando instabilidade e insegurança aos cidadãos.²⁰

Deste conceito, depreende-se que a figura do inimigo reside sobre aquele que não se comporta como ser social, que não demonstra qualquer expectativa de respeito em relação à sociedade. Nas suas palavras, *“um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”*.²¹

20 GARCIA, Manuel Salvador Grosso. **“Qué es y qué puede ser el Derecho penal del enemigo?”** Una aproximación crítica al concepto. In: MELIÁ, Manuel Cancio e Diez, Gómez-Jara (coord). *Derecho Penal del Enemigo: el Discurso de la Exclusion*, vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006,p.10.

21 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit, p.35.

Com efeito, trata-se de alguém que desafia a própria existência do Estado, através de uma conduta reiterada em desconformidade com o ordenamento jurídico, devendo ser combatido em razão da sua periculosidade.

Notadamente a adequação dessa noção de inimigo ao conceito que se tem de um terrorista é evidente. O próprio autor define um terrorista como alguém que rejeita deliberadamente a legitimidade do ordenamento jurídico, buscando o seu aniquilamento.²²

De fato, na atualidade, as legislações características de um direito penal do inimigo são normalmente veiculados como questões de segurança nacional. Tais normas demasiadas restritivas de direitos sempre vem acompanhadas de um discurso de que necessário conter determinadas ameaças à população e se suprime um direito para o bem da coletividade. Na concepção de Jakobs, portanto, tais medidas seriam legítimas justamente por prevenir violações aos direitos dos cidadãos, garantindo-lhes segurança.

2.3 Direito penal do cidadão e sua inclusão do direito do inimigo

É a partir dessa dicotomia “Direito Penal do Cidadão x Direito penal do inimigo”, análise que se nota a dimensão do problema existente: o Direito penal do inimigo está se inserindo de forma ilimitada dentro do Direito penal do cidadão.

Discorria Jakobs que, ao direito penal do cidadão, incumbiria garantir a eficácia da norma. Baseou-se no seguinte raciocínio: o indivíduo que comete crime desrespeita a norma, a qual por meio da pena aplicada, mostra que permanece incólume (garantindo-se, desse modo, que ela continua valendo apesar da infração). Em seu âmbito operam todos os direitos e garantias fundamentais.

Já o direito penal do inimigo, teria como finalidade combater perigos. Neste caso, o infrator não tratado como sujeitos de direitos, mas como inimigo a ser eliminado e privado do convívio social.,

Jakobs, reconhece, ao referir que

²² Idem, ibidem.

O que, no caso dos terroristas, em princípio, adversários, pode ser adequado, isto é, tomar como ponto de referência as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, já realizado, se traslada aqui ao caso do planejamento de qualquer delito, por exemplo, de um simples roubo.²³

Infelizmente, o que antes era apenas assunto para debates, acabou virando realidade.²⁴

Conforme Hassemer,

[...] os territórios atuais da legislação penal compreendem em especial a economia, o ambiente, a tributação, o processamento de dados, o terrorismo, as drogas, a exportação de objetos perigosos, Os bens jurídicos penais a que estes objetos de reportam satisfazem qualquer desejo de generalização. Trata-se, então, de criminalizações na retaguarda da ofensa a um bem jurídico; da proteção dos “desejos” humanos numa acepção exclusiva e exacerbadamente somática [...].²⁵

Além disso, visando demonstrar a possibilidade de coexistência de um direito Penal do Inimigo junto ao Estado de Direito, Jakobs ainda insiste em defender e demonstrar que “A punição internacional ou nacional de vulnerações dos direitos humanos, depois de uma troca política, mostra traços próprios do Direito Penal do Inimigo, sem ser só por isso ilegítima.”²⁶

Segundo Cirino, que

Nenhum conflito entre o direito penal do inimigo e os fundamentos constitucionais do Estado democrático de Direito parece impressionar JAKOBS: ao contrário, o ilustre jurista sustenta a superioridade da institucionalização legal do direito penal do inimigo – propondo a divisão dos seres humanos em cidadãos e inimigos, a

23 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p.44.

24 Hassemer visa demonstrar isso propondo ‘que nós, de uma vez por todas, deixemos de acreditar na lenda de que os meios de coerção aqui cogitados atingem apenas “o criminoso”, como se houvesse uma linha demarcatória no âmbito da coerção do estado punitivo, que excluísse os bons cidadãos e só atingisse os “outros”.’(HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris, 2008.p.283.).

25 HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.p225.

26 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p.50.

nível nacional e internacional - , que seria preferível à atual confusão do inimigo e do cidadão, própria do Direito Penal igual para todos.²⁷

Para Manuel Cancio Meliá, com o qual se concorda de forma incontestável, “Direito penal do cidadão é um pleonasma; Direito penal do inimigo, uma contradição em seus termos.”²⁸ Assim, para este autor, “Através de uma gama cada vez mais densa de delitos de manifestação e de organização, o direito penal se transforma em um ”direito penal do inimigo”.²⁹ Cancio Meliá afirma, ainda, demonstrando a existência do direito penal do inimigo no Direito Penal atual, que

[...] a atividade em matéria legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas.³⁰

Buscando um melhor entendimento a respeito desse fenômeno, Cancio Meliá traz com base no Código Penal espanhol, a seguinte problemática:³¹

Um exemplo, de novo tirado do Código Penal espanhol, constitui as infrações relativas ao tráfico de drogas tóxicas ou entorpecentes e substâncias psicotrópicas: a regulação contida no texto de 1995 duplica a pena prevista na regulação anterior, de modo que a venda de uma dose de cocaína, considerada uma substância que produz “grave dano à saúde”, dando espaço à aplicação de um tipo qualificado – supõe uma pena de três a nove anos de reclusão (frente a, aproximadamente, um a quatro anos no Código anterior), potencialmente superior, por exemplo, a correspondente a um homicídio culposo (um a quatro anos) ou a um delito de aborto doloso sem consentimento da mãe (quatro a oito anos) nos termos previstos no mesmo “Código penal da democracia”[...].³²

27 Santos, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em 16 de maio, 2019.

28 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p.54.

29 CALLEGARI, André luíz. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.p.92.

30 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p.56.

31 Essa mesma problemática pode ser visualizada aqui no Brasil, na vigência do nosso Código Penal, onde as penas de diversos delitos também são desproporcionais quando os impactos dessas tipificações ou majorações, visando apenas atender ao clamor social, servindo sempre como instrumento político.

32 CALLEGARI, André luíz. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.p.100.

Meliá, vai contra o postulado de Jakobs, defendendo que “[...] a norma penal não é um meio para constituir a identidade da sociedade ou seja, para marcar padrões mínimos de convivência ou para resolver um determinado problema social em termos de prevenção (instrumental) do delito, e sim que a aprovação da norma em si e sua publicação são a solução, evidentemente, aparente”.³³

O entendimento de Meliá, vai de encontro à colocação de Jakobs quando este afirma que, “O fato e a pena encontra-se no mesmo plano: o fato é a negação da estrutura da sociedade; enquanto a pena é a marginalização dessa negação, ou seja, a confirmação da estrutura. Desse ponto de vista com a execução sempre se alcançou o fim da pena: fica confirmada a configuração da sociedade.”³⁴

Percebe-se que o Direito Penal do Inimigo exclui direitos e garantias, tanto materiais quanto processuais, trazidas pelo direito penal comum, embasado no princípio da legalidade uma vez que forma genérica as descrições dos crimes e das penas, ferindo e esquecendo dos princípios basilares adotados por nosso ordenamento jurídico como por exemplo, ofensividade, exteriorização do fato, imputação objetiva, presunção de inocência e proporcionalidade, dentre outros.

Ainda, buscando trazer essa realidade em nosso cotidiano³⁵

Percebe-se que esta teoria não aguarda o início da execução para punir, como por exemplo, no Brasil nos casos de quadrilha ou bando. No entanto, a doutrina rebate afirmando que nestes casos não há que se falar em antecipação de punibilidade aos atos preparatórios uma vez que a punição decorre da execução que é formação de quadrilha ou bando.

33 CALLEGARI, André luíz. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.p.95.

34 CALLEGARI, André luíz. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.p.50.

35 Hoje muitas dessas previsões foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, mas não deixam de servir de alerta para a questão em debate.

Não resta dúvida que existe nesta teoria a antecipação de punibilidade também aos crimes de mera conduta bem como com a criação de tipos abstrato, ou como prefere denominar o Supremo Tribunal federal.

Nesse entendimento, Guilherme Rodrigues Abrão demonstra que

No Brasil pode-se mencionar como exemplos de direito penal do inimigo a questão do tratamento diferenciado previsto pela Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, em especial à proibição de anistia, graça, indulto e concessão de fiança. Da mesma forma a proibição de apelar em liberdade prevista na Lei nº 9.034/95, bem como a criação do regime disciplinar diferenciado (RDD), instituído pela Lei nº 10.792/03, que alterou o art. 52 da Lei de execução penal. Exemplos típicos de (?) aos inimigos, nada mais nada menos que a restrição e inobservância de certos direitos e garantias, ante a mera presunção de perigo destas “não-pessoas”.³⁶

Não apenas as novas tipificações ajudam a intensificar a “caça” aos inimigos, mas também ainda como marca desta teoria o surgimento das chamadas leis de luta ou de combate que buscam responder de forma imediatista aos clamores da sociedade cada vez mais encarceradas em seus lares, amedrontada com a insegurança, com grande propaganda existente nos meios de comunicações, que insistem em mostrar crimes hediondos e outros delitos graves, gerando uma insegurança ainda maior dentro da sociedade, fazendo com que as pessoas busquem também por uma proteção maior, levando-as a acreditar que o Direito Penal do inimigo poderia efetivamente trazer alguma solução para o problema da criminalidade.

Apesar de constante em nosso ordenamento, conforme acima descrito, não é cabível a adoção da teoria Direito penal do inimigo, podem-se tecer algumas características própria desta teoria se justificariam em virtude dos fatos que caracterizam a atividade e o posicionamento do inimigo, a doutrina de forma unânime cita três, que são: punição preventiva; falta de proporcionalidade entre elas as penas aplicadas e as que realmente deveriam ser impostas; e afastamento das garantias e direitos fundamentais.

36 ABRÃO, Guilherme Rodrigues. Breves Reflexões sobre o direito penal do inimigo. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116. Acesso em 17 de fevereiro. 2019.

3 NA DEFINIÇÃO DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Zaffaroni, Contraria ao que propõe Günther Jakobs, o criminólogo e ministro da Suprema Corte Argentina Eugênio R. Zaffaroni adota postura crítica em relação ao fenômeno do direito penal do inimigo, sustentando a tese de que este processo seria totalmente incompatível com os princípios consagrados nos regimes democráticos de direito.

Em sua opinião, a admissão da figura do inimigo é traço característico do Estado absoluto, violador de direitos e garantias individuais, nos quais não há limites à atuação

repressiva desempenhada pelas agências que compõem o denominado poder punitivo, só é compatível com Estado absoluto.³⁷

Ainda a respeito,

Ao longo do século desses séculos, o poder punitivo e a doutrina deixaram o velho *hostis* romano sobreviver. Não se trata apenas de um dado puro de fato, mas também de direito: o direito penal sempre justificou e legitimou – com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência) – o tratamento de algumas pessoas como *inimigos*. O percurso da história o demonstra claramente: o positivismo propôs que todos fossem tratados como inimigos, salvo amigos, que eram tratados como ocasionais; as medidas de segurança do sistema combinatório ou binário – que substituíram a velha expatriação, a qual, por sua vez, havia substituído as galés – são destinadas ao tratamento dado aos inimigos. A criminologia tradicional ou etiológica, por sua parte, legitimou amplamente o tratamento diferencial do inimigo ou estranho (condenados ao patíbulo, indesejáveis e dissidentes) em todos os momentos.³⁸

Assim, para demonstrar o seu ponto de vista, o penalista argentino recorre à história, para evidenciar como o rótulo do inimigo sempre existiu e recaiu sobre as figuras mais diversas ao longo do tempo, selecionadas de modo arbitrário pelos núcleos de poder dentro da sociedade.

Com efeito, em sentido oposto à ideia de Jakobs de que este tratamento diferenciado conferido ao inimigo se justificaria por um imperativo de segurança, Zaffaroni intenta demonstrar como, na verdade, esse discurso de instabilidade e insegurança sempre fora justamente a base utilizada para legitimar as mais diversas atrocidades, na realidade, o poder punitivo atua tratando alguns seres humanos como se não fossem pessoas e que a legislação o autoriza a agir assim,³⁹ tratando-se, na prática, de mera retórica hábil a garantir ao Estado os meios necessários para estreitar os mecanismos de controle sobre a população, mantendo-se o *status quo ante*.

Para demonstrar a sua tese, imprescindível a realização de uma abordagem histórica sobre o tema, capaz de evidenciar através de fatos essa atuação arbitrária por

37 ZAFFARONI, e. Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 12.

38 ZAFFARONI, e. Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 189.

39 ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 12.

parte das instâncias de poder, extraindo-se características comum entre os distintos processos de seleção e segregação dos inimigos ao longo dos anos.

3.1 O inimigo ao longo do tempo

Ainda que a provável origem do fenômeno remonte à antiguidade, ao processo de segregação entre os cidadãos romanos e os inimigos da época, denominados *hostis*, fato é que sua primeira manifestação clara ocorreu nos séculos XII e XIII, momento em que o Estado tomou para si o monopólio da decisão e conflitos, estruturando-se o poder punitivo, atualmente ainda monopolizada, ainda não oferece respostas à conflituosidade social, passando por uma crise que demanda a busca constante de alternativas.

Nestes termos, contrariamente ao regime feudal predominante durante quase todo o período de idade média, em que os conflitos eram decididos de forma privada, eis que não havia centralização do poder político, nesse momento a solução privada de conflitos é abandonada e estes passam a ser resolvidos pela figura do agente inquisidor, passando ao Estado forte o monopólio da força, sobretudo quando essa força é confundida com a ideia de um Estado cada vez mais violento, ignorando-se, por vezes, a necessidade de um Estado forte no sentido também de respeitar e garantir os direitos.

A inquisição é o primeiro sistema penal a trazer um discurso estruturado, instâncias judiciais burocratizadas, regras processuais próprias, marcadas por um forte conteúdo de caráter religioso. Nesse sistema, releva notar como a identificação do inimigo variava conforme a necessidade, sempre individualizando-se aqueles que representavam ameaças ao poder do Papado. Revela-se desde cedo, portanto, um oportunismo muito grande na seleção dos perigosos:

o inimigo desta empresa, depois da extinção dos infelizes albigenses e cátaros, era Satã, o que deu lugar à primeira de uma longa lista de emergências, que seguiriam pelos séculos afora até a atualidade, ou seja, ameaças mais ou menos cósmicas ou apocalípticas que justificam uma guerra e, por conseguinte, demandam a individualização de um inimigo⁴⁰

Com efeito, em um primeiro momento, discriminavam-se os dissidentes, aqueles que não estavam alinhados à cultura da igreja católica e, em seguida, as bruxas, fortemente associados à ideia de inferioridade da mulher e consideradas representantes de Satã na Terra. À época da Contra reforma, a Inquisição se organizou e passou a combater os hereges luteranos, potenciais ameaças à hegemonia católica. Em comum, sempre a necessidade de reprimir possíveis entraves à manutenção de seus interesses.⁴¹

Neste contexto, criavam-se ameaças apocalípticas que disseminavam o medo da população, instabilidade que justificava o exercício diferenciado do poder punitivo sobre essas figuras.⁴²

Para legitimar as atrocidades cometidas durante o processo penal inquisitorial, como torturas e degolas, identificava-se no inquisidor a figura divina, a representação de Deus. Tratava-se por excelência, daquele que conhece o bem e o que representa o mal. Desse modo, sabendo-se que o inquisidor era a personificação do bem, todo e qualquer esforço poderia ser empreendido para desmascarar o mal.⁴³

A partir de justificativas sobrenaturais, com o apelo à religião, era possível à Igreja Católica legitimar a barbárie e manter o controle sobre os indivíduos através desse aparato repressivo, mediante coação.

3.2 O racismo e o inimigo

É notória a importância política e ideológica desempenhada por aqueles anos incertos e conturbados, os quais eclodiriam em uma revolução certa, uma vez que a população francesa enfrentava dificuldades tanto na área rural como na urbana. Os cidadãos simples assim como a crescente burguesia não se conformavam e nem deveriam, com as crescentes dívidas da França em razão dos gastos incontroláveis de seu monarca estúpido e dos grandes investimentos não viáveis feitos para ajudar na independência das 13 colônias.

41 Idem, p. 88

42 Idem, p. 86

43 Idem, p. 40-41

Além do mais, a escassez de alimentos, em virtude das alterações climáticas, e o desejo por reformas políticas e econômicas fizeram com que uma multidão descontente derrubasse um dos maiores símbolos do absolutismo francês: a Bastilha.

A revolução francesa revolucionou o mundo e não apenas a França, daí a sua tamanha importância e contribuição para com o ocidente.

Com o triunfo da revolução francesa, que representou o colapso do antigo regime e da sociedade estamental, inaugurou-se uma nova era, marcada pela laicização do Estado, o surgimento do capitalismo, a ascensão da burguesia, a revolução industrial e a expansão urbana. Durante o século XIX, as sociedades europeias vivenciaram uma série de transformações no campo político, econômico e social, e essas inovações também se refletiram na forma com que o Estado passou a tratar os perigosos e buscou justificar a repressão a estes indivíduos.

Muito embora tenham os liberais burgueses lutado contra o excessivo domínio que era exercido pela nobreza e pelo clero, com um discurso, inclusive, de redução da arbitrariedade penal, a partir do momento em que a burguesia se afirmou como classe hegemônica, foi preciso manter a seletividade do poder punitivo, para garantir a ordem recém-construída e possibilitar o desenvolvimento harmônico dessa nova classe social.⁴⁴

Isso porque, com a expansão do sistema capitalista, diversas contradições passaram a ser identificadas: o processo de acumulação de riquezas nas mãos dos proprietários intensificou as desigualdades sociais; a introdução de máquinas nas indústrias contribuiu para a ampliação do quadro de desemprego; o crescimento demográfico acelerado levou ao inchaço das populações urbanas e ao aumento da população sem-teto. Todos esses fatores tiveram como consequência a intensificação da pobreza, a insatisfação com a vida nas cidades e, por fim, o aumento da delinquência.⁴⁵

44 ZAFFARONI, E. Raul. Idem, p. 43.

45 DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. pp. 43-44.

Frente a esse contexto de instabilidade, fez-se necessário criar um discurso apto a centralizar nos descontentes a figura do inimigo, a associar ao fenômeno da delinquência aqueles que representavam uma ameaça ao funcionamento normal do sistema vigente.

Diante da influência exercida pela filosofia positivista que tentou ser a solução para os problemas socioeconômicos da época e da crença no progresso das ciências naturais, buscou-se justificar o fenômeno da delinquência e estereotipar o criminoso com base em aspectos de carácter biológico, a partir de características naturais desses indivíduos. A ideia, difundida pela criminologia positivista da época e desenvolvida pelo antropólogo e médico psiquiatra italiano Cesare Lombroso que veio abrir novos horizontes aos estudos sobre o criminoso e a pena, atentando-se à figura do homem delinquente, observando-o antes mesmo de observar o crime. Lombroso parte da ideia básica da existência de um criminoso nato, cujas anomalias constituiriam um tipo antropológico específico, era a de que o indivíduo nasce em condição de inferioridade, sua estrutura física e psíquica é inferior por razões alheias à sua vontade.

Como bem recorda Zaffaroni, Lombroso, da Escola Positiva Italiana, teorizou uma verdadeira “estética do Mal”, sustentando que a própria fisionomia do sujeito poderia nos indicar a sua “tendência delitiva”.

Segundo ele, o delinquente descrito por Lombroso era um ser atávico, um europeu que não culminava seu desenvolvimento embriofetal, ou seja, um europeu que nascia mal terminado e por isto se parecia um selvagem colonizado. Não tinha moral, se parecia fisicamente ao índio ou ao negro, era insensível a dor, infantil e perverso, etc. O Estado de guerra hobbesiano se havia cientificado e era o dos colonizados e dos delinquentes. A estes delinquentes caracterizados como atávicos ou selvagens, por sugestão de Ferri, o chamou “delinquente nato”, expressão plagiada a um frenólogo espanhol.⁴⁶

Desse modo, com base em argumentos racistas em muito influenciados pela teoria do Darwinismo social, na crença de que haveria estágios de evolução das espécies, impôs-se a neutralização dos seres degenerados, que representam uma ameaça à prosperidade do povo europeu:

46 ZAFFARONI, E. Raul. **Manual de Derecho Penal**, 2ª ed. Buenos Aires, 2011. Ed. Ediar. p. 240.

A superioridade – tal como formulava o evolucionismo – era o resultado da seleção natural transmitida geneticamente. Os seres "inferiores" (leia-se: não proprietários) estavam obrigados à obediência e submissão por sua inferioridade (...) O criminoso, o antissocial e o socialmente necessitado pertenciam a uma raça inferior em relação à raça 'respeitável' e podiam ser reconhecidos por sinais tais como a medida do crânio e outras formas igualmente simples⁴⁷

Dentro desse espectro de ameaça compreendiam-se os criminosos graves, os pequenos ladrões, as prostitutas, os homossexuais, os bêbados, os vagabundos e qualquer dissidente que, com o seu comportamento, buscasse subverter a ordem social.⁴⁸

Note-se como, por meio de um discurso que se pretendeu científico, buscou-se garantir uma justificação mais forte, porque originária da ordem natural das coisas e, desse modo, inquestionável. O discurso que legitima o poder punitivo, outrora aceito de maneira incontestada pela suposta representação de Deus por parte do inquisidor, agora era acolhido por retratar fenômenos naturalísticos e, como tais, reais, objetivos, apriorísticos:

o importante era o método científico que apregoava a ciência 'positiva' e esta, ao operar sobre fatos objetivos e determinados, conectados por rígidas relações de causa e efeito, e ao produzir 'leis' gerais, uniformes e invariáveis, acima de toda dúvida ou modificação voluntária, era a chave mestra do universo e o século XIX seu senhor. O estudo da delinquência seguiria o mesmo caminho.⁴⁹

Esse discurso racista pautado na inferioridade biológica persistiu durante a expansão imperialista do final do século XIX e início do século XX, justificando a dominação sobre os povos locais. Os nativos eram considerados inimputáveis, os mestiços eram tidos como loucos morais em potencial e os mais rebeldes eram vistos como selvagens, inimigos da civilização. Contra eles, o exercício do poder repressivo era implacável, sobretudo quando resistiam e se negavam a fornecer a sua força de trabalho.⁵⁰

47 DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.41-45.

48 ZAFFARONI, e. Raúl. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 93-94.

49 DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 39.

50 ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 47.

Na primeira metade do século XX, a ascensão de regimes totalitários assistiu ao mesmo processo de estigmatização de indivíduos potencialmente perigosos com base em justificativas de caráter biológico. O racismo fora a base para tratamentos repressivos nos regimes fascistas italiano e, sobretudo, nazista da Alemanha de Hitler. Não há como negar que cada uma dessas experiências totalitárias, à sua medida, se orientou por uma ideia de periculosidade racista e legitimou a utilização desmedida do aparato policial com base na ilusão de uma situação de emergência, em um mito.

No caso da Alemanha, para além dos já conhecidos argumentos de caráter antissemita, isto é, preconceito, hostilidade e/ou discriminação contra judeus baseada em ódio contra o seu histórico étnico, cultural e/ou religioso. criou-se o mito de que os judeus e os comunistas teriam traído a pátria e levado o país para a derrota na Primeira Guerra Mundial:

(...) por detrás de toda individualização de um inimigo há um mito que lhe pretende conferir um caráter ôntico. Em relação a esse complemento nazista aos mitos tradicionais, agregava-se o fato de os judeus e os comunistas – categorias que, em parte, se superpunham- terem traído a Alemanha e terem levado o país à derrota na Primeira Guerra Mundial⁵¹

Tratava-se, no imaginário popular, de duas características que representavam verdadeiro atraso à sociedade alemã e, por isso, aqueles que as apresentassem deveriam ser neutralizados urgentemente.

No caso da URSS, sobretudo durante o período stalinista, para além daqueles que sofriam preconceito natural, a imagem do perigoso residia nos denominados “inimigos da revolução”, compreendidos neste grupo todos aqueles que, com o seu comportamento, representavam entraves ao triunfo do socialismo no país.

Na prática, como se sabe, esse discurso emergencial apenas fora invocado para legitimar todos tipo de arbitrariedade policial contra os que se colocavam no caminho do ditador, seja por discordarem da forma com que conduziam a política, seja por resistirem à repressão dos grandes expurgos, ou até mesmo por representarem uma ameaça à

51 ZAFFARONI, E. Raul. Idem. p.105.

manutenção da barbárie. Como resultado desse processo, inúmeras perseguições políticas e um número absurdo de assassinatos públicos.

Note-se ainda que, nesses regimes, a desigualdade de tratamento penal entre os “cidadãos” e os “inimigos” era nítida: os inimigos do Estado eram submetidos a um sistema penal paralelo, composto por tribunais especiais inquisitoriais. O sistema penal formal desses regimes, previsto em lei, era tímido e não dava a dimensão exata das atrocidades que eram cometidas. Na Prática, operava um sistema penal subterrâneo, sem lei e, portanto, sem qualquer tipo limite.⁵²

3.3 O inimigo na guerra fria e as ditaduras sul-americanas

Vale lembrar que, durante o período da Guerra Fria, o principal inimigo norte-americano e o principal inimigo da URSS eram, obviamente, uns aos outros, e ambas as nações trataram de instrumentalizar o seu poder punitivo em função dessa polarização, participando ativamente de conflitos que ameaçavam a perda de determinados territórios estratégicos, intervindo militarmente, intervindo militarmente em regiões aliadas ao adversário e intensificando sua produção de armas de destruição em massa.

Enquanto os Estados Unidos defendiam o capitalismo, a democracia, princípios como a defesa da propriedade privada e a livre iniciativa, a União Soviética defendia o socialismo e princípios como o fim da grande propriedade privada, a igualdade econômica (uma sociedade sem ricos e pobres) e um Estado forte de garantir as necessidades básicas para todos os cidadãos.

Neste contexto de conflito, legitimava-se a militarização dos Estados por meio de um discurso ideológico de progresso da sociedade com base no regime que com ele rivalizava. Em um esforço de afirmação desta retórica, os governos desses dois países promoveram intensas campanhas publicitárias, buscando expandir os seus domínios sobre outros locais, o estabelecimento de novas áreas de influência.

⁵² Idem, p. 54-55.

Como exemplo claro dessa pretensão universalizante, é de se destacar a influência exercida pelos Estados Unidos no estabelecimento de regimes militares na América Latina, a partir dos anos 60, dentre os quais, os regimes da Argentina, Chile e do Brasil e onde eram praticadas a prisão e a tortura dos opositores desses regimes. Por outro lado, a União Soviética que se apresentava como defensora da igualdade e inimiga da miséria, era controlada por um partido único, o Partido Comunista, cujos altos funcionários formavam uma elite privilegiada, usufruíam de luxos como produtos importados de boa qualidade e enquanto a maioria da população era obrigada a enfrentar longas filas para comprar artigos de primeira necessidade que faltavam nas prateleiras.

Sob o pretexto de evitar a ameaça que um governo comunista poderia representar, setores conservadores dos países da América Latina se organizaram e, a partir do suporte recebido pelos Estados Unidos, provocaram golpes de estado, instituindo ditaduras militares.

Durante esses regimes ditatoriais, o terrorismo de estado fora praticado com intensa crueldade e as garantias penais totalmente abolidas. A definição do inimigo nesses regimes, como era de se esperar, se centrou na figura do comunista e do subversivo, considerados obstáculos ao progresso. A repressão autoritária nesse período não se deteve aos grupos radicais armados, como também a todo e qualquer indivíduo que, de alguma forma, apresentasse qualquer manifestação ideológica e comportamental diversa da que lhe impunha o poder central.

Sob a justificativa de que a ameaça comunista era constante e que as atividades subversivas eram extremamente prejudiciais ao desenvolvimento desses países, incrementou-se o aparato policial do Estado. Por meio da elaboração de doutrinas de segurança nacional, estigmatizando-se, expressamente, aqueles que eram considerados inimigos do poder público.

A característica marcante dessas ditaduras fora a criação de um sistema penal clandestino, que conferia tratamento diferenciado aos perseguidos pelas autoridades estatais, mediante torturas físicas e psicológicas, homicídios, desaparecimentos forçados, violações sexuais, dentre outras práticas.

O poder punitivo, mais uma vez, mostrava sua feição seletiva, em função dos discursos de emergência propagados e da necessidade de neutralizar os resistentes.

3.4 O inimigo no tráfico de drogas, terrorismo e xenofobia

Finalizado o período do fim da Guerra Fria e a restauração da democracia os países latino-americanos, difundiu-se no continente americano um discurso de combate direto ao tráfico de drogas, a partir do endurecimento da legislação penal e da mobilização do aparato policial para este fim.

Dentro desta lógica o traficante de drogas é visto como alguém extremamente perigoso, que pretende enfraquecer a sociedade e denegrir a integridade moral das pessoas. Cria-se por conseguinte, o cenário adequado para a edição de leis aptas a legitimar um tratamento penal diferenciado a estes indivíduos, mediante violação de garantias constitucionais penais fundamentais.⁵³

Tais legislações autoritárias optaram por adotar uma série de medidas classificadas por Jakobs como características do fenômeno do direito penal do inimigo: a quebra do sigilo das comunicações, a valorização da infiltração de agentes, a banalização do instituto da prisão preventiva, dentre outras. Ressalte-se, inclusive, que muitas dessas leis continuam vigentes em muitos países da América.

Além disso, no início do século XXI, o mundo deu um passo ainda maior neste processo de ampliação do poder punitivo: com a ocorrência do atentado de 11 de setembro de 2001, em que foram uma série de ataques suicidas contra os Estados Unidos coordenados pela organização fundamentalista islâmica Al Qaeda. Na manhã daquele dia dezenove terroristas sequestraram quatro aviões comerciais de passageiros atingiram as torres gêmeas do World Trade Center e partes do prédio do Pentágono, sede do departamento de defesa dos EUA, a partir daí, desenvolveram seu mais novo inimigo, o terrorismo.

⁵³ ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 51-52.

A partir de uma fato concreto e extremamente traumático, justificou-se o endurecimento da lei penal, o controle rigoroso sobre os estrangeiros principalmente aos países do Oriente Médio, e o fortalecimento do aparato repressivo do Estado. Nesse contexto, com a extensão do fenômeno da globalização, a ameaça terrorista acabou ganhando dimensões planetárias.

No caso do terrorismo, o problema reside justamente nos excessos que são legitimados a partir da ocorrência de um crime: sob a justificativa de combater o terrorismo, conceito extremamente aberto e indeterminado, legitimaram-se grandes arbitrariedades por parte do aparato policial norte-americano. A maior delas talvez tenha sido a invasão extremamente controversa do Iraque em 2003, pautada em um discurso de que estariam sendo produzidas armas de destruição em massa. Até hoje essas evidências não foram encontradas e milhares de vidas foram sacrificadas por conta dessa ânsia punitiva desmedida.

Trata-se justamente da necessidade de instituir um mito, de criar uma situação de emergência que justifique a utilização de um poder repressivo *sui generis*. Conquanto não se possa desprezar toda a dor causada pelo fatídico episódio de 11 de setembro, não há dúvidas de que ele forneceu as bases para a criação de um novo inimigo, para a idealização de um estereótipo de criminoso pautado na figura do árabe muçulmano, alimentando preconceitos da sociedade ocidental para com eles, limitando suas oportunidades nos países europeus e intensificando uma relação de ódio.

Dentro dessa tendência ao fortalecimento de preconceitos, é de se destacar também a discriminação aos imigrantes em solo europeu. Com o fim da Guerra fria e o elevado padrão de vida alcançado pelos países da Europa Ocidental, intensificou-se um movimento migratório em direção a essas nações. Devido à facilidade de acesso, diversas pessoas saem da África em busca de melhores condições no velho continente. Para além da África, também passam a concorrer com os europeus por emprego, moradia, serviços e assistência social os asiáticos, árabes e outros povos estrangeiros.⁵⁴

54 ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 67.

Face a essa concorrência gerada pela chegada de imigrantes, fortalece-se a xenofobia e o preconceito por parte das populações europeias. Cria-se, com isso, o estereótipo do inimigo, que se distingue pela cor da pele, pelo idioma, vestimentas, costumes, etc. Ademais, muitas vezes esses imigrantes são muçulmanos e, com isso, se encaixam ao perfil do terrorista.⁵⁵

Tal discurso que discrimina os imigrantes e lhes retira a humanidade, em muito difundido por partidos de extrema direita dos países centrais europeus, acaba ganhando força em momentos de instabilidade, a partir de episódios de terrorismo, como no caso do atentado ao metrô de Londres em 2005 ou à sede do periódico Charlie Hebdo em Paris, no início deste ano de 2015.

De fato, a discriminação aos “potenciais inimigos” permanece atual, identificando-se o perigo a partir da nacionalidade, caracteres físicos, local de habitação, religião, dentre outros aspectos comuns, intimamente associados a um processo histórico de construção de estereótipos criminais.

A partir de episódios traumáticos, legitima-se um controle exacerbado por parte das autoridades estatais, as quais produzem muitas vezes excessos reprováveis. Com o tempo, esses preconceitos são difundidos e assimilados pelas pessoas, dificultando a convivência entre povos e culturas distintas.

3.5 A arbitrariedade na seletividade dos inimigos e o poder

Diante de análises de todas essas manifestações do denominado direito penal do inimigo, pode-se concluir que a escolha do perigoso recaiu sob figuras extremamente distintas uma das outras, alguma delas impensáveis na atualidade, conforme o discurso de emergência suscitado, os preconceitos difundidos dentro da sociedade e as lideranças de poder nesses momentos determinados, cominando penas que acabam por recair preferencialmente sobre determinados indivíduos de determinados grupos da sociedade.

⁵⁵ ZAFFARONI, E. Raul. Idem, ibidem.

Com efeito, segundo Zaffaroni, ainda que se possa atribuir características comuns aos inimigos, é evidente que eles se modificam, se extinguem ou se renovam no tempo e nos grupos sociais em que inseridos. Desde sempre, a identificação do “estranho” pressupõe a individualização de um ser humano como tal. O grau de periculosidade do inimigo e, portando, da necessidade de contensão, dependerá sempre do juízo subjetivo daquele que o individualiza.

E que

A doutrina atual costuma passar por cima do dado da seletividade, o que é muito significativo, pois se trata da característica estrutural mais vulnerável à crítica política e social do poder punitivo. Diferentemente desta ignorância, ou omissão, atual e pouco explicável, a doutrina pré-moderna fazia carga contra o posicionamento crítico ou o prevenia. A doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente que para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo⁵⁶

Essa tarefa de individualização, evidentemente, sempre ficou a cargo das instituições que detêm influência, que exercem poder na sociedade: a igreja, o Estado, os meios de comunicação de massa, dentre outros, conforme a época que se pretenda analisar.

Isso porque, para que se possa dominar uma determinada sociedade e manter a hierarquização social nela compreendida, incumbe aos que detêm o poder o imperativo de ordená-lo, criando mecanismos de controle eficazes sobre a população. É nesse esforço de organização que se desenvolve e se aprimora o poder punitivo.

Nesse pensamento, é possível notar que o caráter punitivo do sistema penal, infelizmente se pauta na estigmatização e na seletividade.

Por definição, trata-se o poder punitivo do conjunto de agências executivas do Estado encarregados da coerção.⁵⁷ A partir da sua instituição, a decisão acerca dos conflitos (mesmo privados) é transferida ao poder público. É ele que passa a ter a

56 ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 88.

57 ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 27.

atribuição privativa de dirimir as controvérsias e, se necessário, se utilizar da força para fazer valer sua vontade.⁵⁸

Não há como negar que, nesse processo, adquiriu o Estado enorme capacidade de decisão nos conflitos, tendo em vista se tratar da única instância capaz de deliberar e poder fazer valer sua deliberação por meio da coerção. Desse modo, o exercício do poder punitivo acaba por abrir espaço atuações arbitrárias, na medida em que o poder público passa a ter a liberdade de escolher as pessoas contra as quais deseja exercer o poder, bem como a medida e a forma de exercê-lo.⁵⁹

Com efeito, mostra-se evidente que a institucionalização das agências do poder punitivo permitiu ao Estado manter os sujeitos considerados perigosos em constante vigilância, além de criar as condições para que a eles fosse atribuído tratamento diferenciado, em razão da sua (suposta) periculosidade.

Complementarmente, para que esse sistema pudesse ser legitimado e operacionalizado de forma eficaz, necessário se fez o desenvolvimento de discursos capazes de justificar de modo autêntico o tratamento discriminatório conferido aos estranhos pelo poder punitivo. Assim é que toda discriminação é precedida de uma justificativa, a qual é amplamente difundida, seja através de propaganda ideológica estatal, campanhas publicitárias ou por meios de comunicação de massa.

Quanto à essas criações discursivas aptas a legitimar tratamentos discriminatórios a inimigos, na grande maioria das vezes elas se baseiam em supostas ameaças à própria sobrevivência da sociedade, se justificam mediante o desenvolvimento de situações de emergência que demandam uma atuação repressiva ilimitada. É por isso que a ampla difusão do medo no todo social é fundamental para dar coesão a essa sistemática.⁶⁰

Portando, é de se concluir que a imensa gama de inimigos produzida ao longo dos séculos somente ratifica a ideia de que a sua qualificação é realizada com extrema

58 Idem, p.30.

59 Idem, p.31.

60 Idem, p.34.

arbitrariedade, baseando na diferenciação de tratamento de acordo com a perspectiva daqueles que de algum modo exercem influência dentro da sociedade. Sem dúvida alguma, assim procederam da forma que melhor lhes conviesse, que fosse mais funcional à estabilização de seus interesses.

4 O ANÁLISE NA PESPPECTIVA DE GÜNTHER JAKOBS E EUGENIO RAUL ZAFFARONI DIANTE DO FENÔMENO

As concepções de Günther Jakobs e de Zaffaroni, portanto, caracterizam o fenômeno de direito do inimigo sob perspectivas distintas: o alemão identifica a sua existência através de institutos específicos da legislação penal, que incriminam sujeitos com base na sua periculosidade em potencial, restringem garantias processuais e, cominam penas exacerbadas.

Zaffaroni, o argentino, por sua vez, após sobrevoar a história do poder punitivo e do direito penal, termina em uma questão de fundo da teoria política, acaba por formular algumas reflexões, pois o tema é extenso em sua discussão⁶¹, associa o fenômeno a processos sociais e históricos de discriminação e segregação que negam a determinados indivíduos a condição de pessoa, rotulando-os tão somente a partir do caráter de ameaça que representam. Dentro desse processo, a elaboração de legislações autoritárias e restritivas de direito seriam reflexo de um contexto social de estigmatização, estando diretamente associadas aos objetivos das instâncias de poder, utilizando-se do poder punitivo para manter a ordem estabelecida.

Ao analisarmos a incidência do direito penal do inimigo na América Latina e principalmente no Brasil, todo suspeito é tratado como inimigo, mesmo apesar da legitimação do direito processual penal, levaremos em consideração não apenas construções legislativas típicas do fenômeno, como também os processos históricos de estigmatização e discriminação sobre determinada classe de indivíduos. Utilizaremos como base, portanto, ambas as concepções apresentadas neste capítulo.

⁶¹ Idem, p. 189.

Primeiramente, analisaremos o tema do ponto de vista social e histórico para, em seguida, examinar detidamente duas expressões do fenômeno no âmbito da legislação (prisões preventivas e regime disciplinar diferenciado).

5 A SELETIVIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL: Estereótipo Brasileiro

Jakobs, quando trata de uma das funções da pena, dizendo que esta teria também uma função preventiva⁶², procura defender que, além de essa pena ser aplicada para assegurar a norma violada perante a sociedade (função sistêmica da pena), é também utilizada para impossibilitar que o indivíduo venha a cometer algum fato delituoso. Mas como o doutrinador acredita que a punição deve se dar pela periculosidade e não pela culpabilidade, defende aja previamente contra determinados indivíduos, que este pratique atos futuros, ou seja, para que não haja a chance de a norma ser colocada em risco (já que fica impossibilitado enquanto estiver encarcerado).

No entanto, pode-se observar que essa concepção acerca da pena é indevida, pois até mesmo o filósofo que mais lhe inspirou (Kant) não seguia a lógica. De acordo com Kant, segundo Marcio Rodrigo Delfim,

[...] admite-se comumente que não se pode proceder hostilmente contra ninguém, a não ser quando ele de fato já me lesou, e isto também é inteiramente correto quando ambos estão no estado civil-legal. Pois, pelo fato de que entrou nesse estado, ele dá àquele (mediante a autoridade que possui poder acima de ambos) a segurança requerida. Mas o homem (ou o povo) no puro estado de natureza tira de mim esta segurança e me lesa já por esse mesmo estado, na medida em que está ao meu lado, ainda que não de fato (facto), pela ausência de leis de seu Estado, pelo que eu sou continuamente ameaçado por ele, e posso forçá-lo ou a entrar comigo em um Estado comum legal ou a retirar-se de minha vizinhança. O postulado, portanto, [...] é: todos os homens que podem

⁶² “No esforço de produzir um direito penal ao mesmo tempo moderno e eficiente, as teorias preventivas da pena desenvolveram uma moldura de Política criminal que abdica das concepções tradicionais, comprometidas com a valoração de fatos pretéritos e com a proporcionalidade da sanção penal, em favor da construção de um Direito penal preventivo, de grande pretensão combativa, orientado para a solução de problemas e gerenciamento do futuro”.(HASSEMER, Winfried. Direito Penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.).

influenciar-se reciprocamente têm de pertencer a alguma constituição civil.63 (grifo nosso).

Assim, a ideia de punir o inimigo pela periculosidade e não pela culpabilidade não pode ser aceita como viável, pois não se admite punir alguém pelo seus meros pensamentos, ou porque se “acredita” que possa configurar um “perigo” à sociedade. Isso é muito bem colocado por Ulfrid Neumann ao afirmar que

A pena é independente de por qual teoria se opte, conceitual ou institucionalmente, uma lesão de interesses imposta a uma pessoa como reação a um comportamento desaprovado. [...] na decisão sobre a criação de um tipo penal, a periculosidade, como a “disposição pata violência” do “autor”, não interessa. Ninguém pode ser “punido” por sua periculosidade. Isso seria não apenas inadmissível por razões do Estado de Direito; já por motivos conceitual-institucionais, é impossível. **Quem propuser punir alguém por sua periculosidade, não compreende nem o conceito nem a instituição da pena. A pena se refere a obrigatoriamente a um determinado comportamento, não a características pessoais ou a disposições comportamentais.**64 (grifo nosso).

O fenômeno do direito penal do inimigo incide de maneira extremamente natural, uma vez que a hierarquização da sociedade e as desigualdades nela observadas foram há tempos assimiladas, podendo ser facilmente identificados os mecanismos de controle exercidos sobre a população diariamente. Conforme enuncia a socióloga Vera Malaguti Batista, é justamente na *“assimilação da manipulação das coisas que se assimilam as relações sociais, ou seja, o homem apreende em grupo o elemento da cotidianidade”*65

Vivemos em uma sociedade onde os padrões estéticos são extremamente valorizados. Então, para a maioria das pessoas, a aparência acaba sendo um fator importante para definir o perfil de um criminoso. O que preocupa é quando certos critérios passa a influenciar nos julgamentos.

63 DELFIM, Marcio Rodrigo. **Uma análise do direito penal do inimigo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17677/uma-analise-critica-do-direito-penal-do-inimigo/2>. Acesso em 21 de fevereiro, 2019.

64 NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista do Tribunais, n. 69, novembro-dezembro, 2007. p. 223. TJ-SP, Relator: Eduardo Pereira. Data de Julgamento: 08/09/2008, Câmara Especial.

65 BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história**. 2ª ed. Rio Rio de Janeiro: Revan, 2009. p.53.

O problema da sociedade em manter o esteriótipo é de cometer injustiças. A nossa realidade exemplifica perfeitamente o modo como o fenômeno se manifesta: é difundido um discurso de medo no seio da sociedade, uma retórica que qualifica determinados indivíduos como potencialmente perigosos e que, por conta disso, devem merecer tratamento especial, legitimando-se arbitrariedades punitivas por parte das autoridades punitivas por parte das autoridades públicas, bem como a restrição de direitos e garantias individuais aos selecionáveis. Nem todo negro morador em favela ou comunidade carente é um criminoso. Não se pode ter em mente este pensamento. Sendo de fato este pensamento preconceituoso.

Com efeito, no território brasileiro, devido a um processo histórico de discriminação, o exercício do poder punitivo ainda é norteado pela noção de periculosidade apresentada por Michel Foucault:66

Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer.

Trata-se, evidentemente, do que se convencionou chamar de direito penal do autor. Os indivíduos são identificados não pelo que fizeram, mas pela ameaça que representam. Aproxima-se, portanto, da lógica de “combate por periculosidade” nos moldes da teorização de Jakobs.

Assim, verificadas determinadas características e identidades (cor da pele, local que habita, nível de escolaridade, etc), identifica-se um criminoso em potencial, alguém que pode vir a cometer atos delituosos.

Note-se que Foucault apresenta o tema para justificar o sistema penal no século XIX, o que demonstra como essa tendência permanece atual. De fato, no Brasil, a discriminação exercida sobre populações “potencialmente perigosas” é histórica, pode ser identificada desde a época colonial, seguindo-se durante a vigência do Império e, posteriormente, nos governos republicanos.

66 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC/RJ e Nau Editora, 2001, pp.85-86.

Nos dias atuais é difícil descrever uma pessoa delinquente, ao da história o estereótipo brasileiro estava ligado à pobreza em via de regra, porém ao passar do tempo e com a exclusão da vida econômica e social, e por este motivo, tornou-se comum ouvir casos de muitos cidadãos que forma assaltados por indivíduos bem vestidos, principalmente socialmente trajado.

Esta mudança atual é que vivemos numa sociedade que são valorizados os padrões estéticos. Então, para a maioria das pessoas, a aparência acaba sendo um fator importante para definir o perfil do inimigo. O que preocupa é quando esses critérios passam a influenciar nos processos e conseqüentemente em um julgamento.

O problema da sociedade em manter o esteriótipo é de cometer injustiças. Acaba sendo preconceituoso! A seletividade é escancarada na sociedade contemporânea.

5.1 Drogas, tráfico como seletividade negativa

A partir da criminologia em seu estudo crítico, percebe-se que o sistema penal funciona de maneira desigual por seu esteriótipo selecionando aqueles que sofrerão maior incidência do poder punitivo do Estado.

Diante dessa lógica, a seletividade está escancarada, pois acaba por criar as denominadas cifras ocultas e as cifras douradas da criminalidade, fazendo, no primeiro caso, com que muitos crimes e muitos autores de crimes não sejam investigados ou processados, ou, quando se trata da cifra dourada, com que algumas classes sociais sejam praticamente excluídas do processo de criminalização, que recairá sobre camadas sociais sobre mais frágeis.⁶⁷

Neste diapasão, a sociedade brasileira um dos grandes números de condenados se tem ligação com tráfico de drogas, onde em todo o continente americano há um discurso

67 BISSOLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do aparthaide social. In: **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionamento a Sociedade da Cultura Punitiva**. ANDRADE, Vera regina Pereira de. (Org.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p.79, 2.v.

de combate direto ao tráfico de drogas, a partir do endurecimento da legislação penal e da mobilização do aparato policial para este fim.

Conforme entendimento de Zaffaroni, o traficante de drogas é visto como alguém perigosíssimo, que pretende definhar a sociedade e denegrir a integridade moral das pessoas. Cria-se, por conseguinte, o cenário adequado para edição de leis aptas a legitimar um tratamento penal diferenciado a estes indivíduos, mediante violação de garantias constitucionais penais fundamentais.⁶⁸

Em que pese a lei determinar que caberá ao juiz diferenciar o usuário do traficante, na prática, é a polícia que efetua a prisão (ou o encaminhamento à delegacia, no caso de uso de drogas, haja vista que não se impõe flagrante ao usuário) e é o delegado de polícia que conduz inquérito (ou é o responsável pelo Termo Circunstanciado, no caso de entender que a hipótese é de consumo e não de tráfico)), portanto, a diferenciação começa já na abordagem do sujeito encontrado com droga e o no seu encaminhamento à Delegacia de Polícia.

Não é por outra razão que Zaffaroni, aduz que desde a inquisição até hoje os discursos foram se sucedendo com idêntica estrutura, pois, alega-se uma emergência, como uma ameaça extraordinária que coloca em risco a humanidade como um todo, e o medo da emergência é usado para eliminar qualquer obstáculo ao poder punitivo, visto este como única solução para o problema estabelecido, sendo que tudo que se opõe a esse poder é visualizado como inimigo.

5.2 Crimes hediondos

Houve nas décadas de 80 e 90 uma explosão dos crimes de roubos, sequestros, e estupros, praticados com emprego de massiva violência e, devido a isto, a sociedade passou a exigir uma rigidez no tratamento dispensado àqueles que praticavam tais delitos.

⁶⁸ ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.. 51-52.

O legislativo criou a lei 8.072/90 de 25 de julho de 1990, destinada a enrijecer o tratamento destinado à ocorrência de tais crimes violentos. A tal lei foi dado o nome de “Lei de Crimes Hediondos”

De início resta aclamar que houveram críticas ao termo “hediondo”, haja vista que, nas palavras de Souza e Silva leciona-nos:

O legislador não definiu o que é hediondo, mas a população brasileira considera hediondo o crime que é cometido de forma brutal, horrível, repugnante e causa indignação as pessoas, o que acaba por revelar o significado qualitativo do crime definido pelo legislador constituinte. Pode ser então chamar de hediondas todas as condutas delituosas de excepcional gravidade, seja quanto a natureza do bem jurídico ofendido, bem como, a especial condição da vítima que causam reprovação e repulsão”.⁶⁹

A criação de uma norma específica para a questão dos crimes hediondos encontrando respaldo na Constituição Federal.

Há de se atentar que a Lei 8.072/90 não criou novos tipos penais, mas sim endurecendo as penas de crimes já tipificados no Código Penal Brasileiro ou em leis esparsas.

Com o aumento destes crimes e conseqüentemente a criação da lei em sua redação original buscou-se tratar com real rigor aquele que porventura vierem a praticar crime hediondo, sendo excluído algum tipo de benefício, como por exemplo a obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado entre outras severidades.

Neste momento houveram diversas críticas bem acentuadas na lei dos crimes hediondos, no tocante sua constitucionalidade.

Diante do entendimento por um bom tempo da corte máxima, foi pacífico em declarar não havia nenhuma inconstitucionalidade, prevalecendo o entendimento que os diferentes deveriam ser tratados de forma diferente, sendo assim a aplicabilidade na íntegra em sua totalidade.

69 SILVA, Marysia Souza e. **Crimes Hediondos & progressão de regime prisional**. 2ed., Curitiba: Juruá, 2009,, p.130.

Tempos depois o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, por entender que o art. feria os princípios constitucionais da individualização da pena e reserva legal, uma vez que não admitia a progressão de regime no cumprimento da pena.

Mesmo sendo marcada por caso específico, não se pode negar que foi um marco naquele momento, prevalecendo e reconhecendo o garantismo estatal.

O que não pode-se tolerar é que, o desejo de uma resposta célere à sociedade tolha a quem quer seja de seus direitos basilares, constitucionalmente defendidos, por isso foi e é necessária a contínua humanização da norma, visando atender e convalidar os princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

Por esta razão, Daniel Andrés Raizman e Roberta Duboc Pedrinha, alegam que:

A lei de Crimes Hediondo: consiste no diploma penal que de maneira mais rigorosa se enquadra nos moldes do Direito Penal do Inimigo, pois os crimes naquela inscritos possuem uma série de vedações que geram um regime mais rigoroso que o previsto para o restante das infrações.⁷⁰

Assim, por impor um rigorismo maior, com evidente relativização de garantias de direito, a lei dos crimes hediondos, na concepção de alguns doutrinadores, nada mais e do que uma lei de Terceira Velocidade do Direito Penal, que aparentemente segue os ideais preconizados pelo Direito Penal do Inimigos de Jakobs.

5.3 Regime Disciplinar Diferenciado

Trata-se de uma sanção disciplinar voltada a presos provisórios e condenados, sendo fixada no caso de prática de fato previsto como crime doloso, acarretando, conseqüentemente, a subversão da ordem ou disciplina internas, observando-se as características previstas em lei.

⁷⁰ Cf. GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2005.p.23.

O RDD é uma sanção disciplinar mais drástica, e medida extrema que deve ser excepcional. Pois, vale ressaltar que tal medida não presta para o cumprimento da pena tão somente. Isso porque alguns doutrinadores vêm entendendo o RDD como “regime fechadíssimo”.

Instituído em 1º de dezembro de 2003 pela Lei nº 10.792. Dispõe no art. 52 da Lei de Execuções Penais: “ A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas do presídio, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime diferenciado, com as seguintes características: I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II – recolhimento em cela individual; III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV – o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.⁷¹

Cabe ao Juiz das execuções, ao preso definitivo, ou pelo Juiz que preside o processo de conhecimento, no caso de preso provisório, a imposição de uma sanção disciplinar, quando: a) cometer fato previsto como crime doloso e que ocasionar subversão da ordem ou disciplina interna do estabelecimento penitenciário; b) representar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; for suspeito de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas ou associação criminosa (atual denominação do crime de quadrilha ou bando).

71 As organizações criminosas encontram-se definidas na Lei 12.850/2013, caracterizando-se pela “associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas as penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (art. 1º, § 1º). O crime de “quadrilha ou bando”: tipificado no art. 288 do CP, teve seu nome jurídico alterado para “associação criminosa”, passando a ter a seguinte definição: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”.

Sua duração máxima é de 360 dias, prorrogáveis até o limite de um sexto da pena imposta (observando-se o total das penas e não o limite de trinta anos de cumprimento, constante do artigo 75 do Código Penal Brasileiro, de modo semelhante à solução preconizada na súmula 715 do Supremo Tribunal Federal), se o sentenciado cometer novo fato gerador da medida, e acarreta as seguintes restrições: recolhimento em cela individual; visitas semanais de, no máximo, duas pessoas, sem contar as crianças, com duração não superior a duas horas; saída da cela limitada a duas horas para banho de sol (além do tempo eventualmente destinado à visita).

Embora existam severas críticas ao regime disciplinar diferenciado, entendemos que ele viola a Constituição Federal, uma vez que a Constituição Federal autoriza a privação da liberdade (art. 5º, XLVI), sem distinguir se o preso deva permanecer em estabelecimento individual ou coletivo. Além disso, a colocação do preso em regime de isolamento celular, desde que por uma fração de sua pena e em situações excepcionais e justificadas, configura medida necessária à eficácia do cumprimento de pena e à defesa da sociedade, porém determina que “ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante”.

Já no entendimento de NUCCI, não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum.⁷² Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais certamente o crime não estaria, hoje, organizado, de modo que não precisaríamos de regimes como o estabelecido pelo artigo 52 desta lei.

Ainda, no seu entendimento, o autor concorda que o Regime Disciplinar Diferenciado, é um mal necessário, mas longe de representar uma pena cruel. Severa, sim, desumana, não.⁷³

72 Nucci. Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.84

73 Idem. p.85.

Nossos tribunais superiores já julgaram, em caráter incidental, em diversas oportunidades, habeas corpus impetrados por pessoas inseridas no regime disciplinar diferenciado, tendo sempre proclamado a validade da medida.

Ademais, o regime disciplinar diferenciado, é evidente que cuida-se de forma de cumprimento de pena, no regime fechado quando o preso apresenta particular periculosidade ao presídio ou à sociedade. Por decisão judicial, o condenado é inserido em cela individual, sem contato com outros presos, podendo sair da cela por duas horas por dia e receber visitas. Não tem direito de contatar outros condenados.

Não é possível acreditar que esse tratamento diferenciado possa ser aplicado a um ser humano sem afetar seu caráter de pessoa, quando essa condição é absolutamente incompatível com o nosso estado democrático de direito.

Como explanado acima, conclui-se que contém detalhes do Direito Penal do Inimigo conduzido por Jakobs, principalmente por selecionar presos submetendo ao tratamento desigual e desumano.

5.4 Criança e o adolescente

Conforme dispõe o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes a pessoa entre doze e dezoito anos de idade.

O direito menorista, com o passar dos tempos, conseguiu importantes avanços que culminaram com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, um dos mais modernos diplomas protetivos do mundo, reflexo de uma Constituição que valorizou profundamente a infância e a juventude.

Segundo o artigo 103, “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

A imputabilidade penal tem início aos 18 anos. Segundo o disposto no artigo 104, os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, sujeitos às medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Disposição semelhante se encontra no artigo 27 do Código Penal, constituindo a idade de 18 anos para início da imputabilidade penal de matéria constitucional, prevista no artigo 128 da Constituição Federal. Não se trata, entretanto, de cláusula pétrea, eis que ausente do rol do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal. Entretanto, para ocorrer mudança na idade penal é necessária emenda constitucional.

Conforme já dito, ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas de proteção previstas no artigo 101.74 Ao ato infracional praticado por adolescente, após regular processo aplicam-se as medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional; e qualquer uma das medidas previstas no artigo 101, I a VI (medidas de proteção). Deve ser ressaltado que a recente Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Recomendamos, portanto, a leitura integral da referida lei.

Por se tratar de um direito penal que atinge os adolescentes, é composto por diversas características que torna diferente do direito penal aplicado aos adultos.

Importante destacar que consta de forma explícita que a medida de internação, para que possa ser aplicada ao adolescente em conflito com a lei, deve observar os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.⁷⁵ Além disso, sendo esta a medida mais grave, para que seja mantida, deve haver avaliação periódica a cada seis meses para que se comprove a sua efetiva necessidade.⁷⁶

74 Artigo 101, Estatuto da Criança e do Adolescente.

75 Artigo 121, Estatuto da Criança e do Adolescente.

76 Artigo 121, § 2º, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Observa-se que, buscando minimizar os efeitos de uma atuação penal sobre o adolescente, no caso de este ser pego em flagrante, utiliza-se o termo “apreensão”, e não “prisão”. Então o adolescente em conflito com a lei será no máximo “apreendido”, seja por flagrante ou por cumprimento de ordem judicial, mas jamais será preso, o que no fim das contas acaba apenas mudando de nome, pois é como se preso fosse.

Importante também é a proteção da imagem e dignidade do adolescente infrator, devendo sempre correr em segredo de justiça os atos perante a Justiça da Infância e Juventude. Ainda é proibida a divulgação de nome, fotografia, endereço e demais características do adolescente, inclusive daqueles maiores de 18 anos e menores de 21 anos que se encontrem cumprido a medida socioeducativa, já que a doutrina da proteção integral⁷⁷ abarca também.

Outra característica importante é a possibilidade de remissão por parte do Ministério Público mesmo antes do início do processo, sendo necessário, para isso, apenas a homologação do juiz. Essa remissão busca fazer com que se acelere a apuração do ato infracional, tendo origem no artigo 11, das Regras de Beijing, também chamada de Regras de Pequim, ou regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude. Como sabemos, essa medida não existe no direito penal adulto, onde a figura que mais se aproxima é a transação penal, seus requisitos se encontram na Lei dos Juizados Especiais Criminais (artigo 76, Lei 9099/95).

A presença dos pais ou responsável é outro ponto que é muito reivindicado pelo direito penal da criança e do adolescente. Desde a apreensão do adolescente até o fim do processo, podemos ver a exigência da presença dos responsáveis como elemento processual importante. É, inclusive, direito do adolescente privado de liberdade receber visitas, ao menos, semanalmente, além de poder se corresponder com familiares e permanecer internado na mesma localidade ou na mais próxima dos pais ou responsáveis.⁷⁸

⁷⁷ Busca trazer direitos aos sujeitos em desenvolvimento e impor deveres a serem observados pela sociedade, família e Estado, garantindo o direito à criança e ao adolescente de expor suas opiniões e buscar a tutela de seus direitos, inclusive frente aos seus responsáveis.

⁷⁸ Artigo 124, VI, VII, VIII, **Estatuto da Criança e do Adolescente**.

Cumprе salientar a regra prevista no artigo 207, Caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que exige a presença de um defensor para que o adolescente possa ser processado. Ou seja, mesmo este estando ausente ou foragido, não poderá ser processado sem que esteja acompanhado de um defensor e, caso seja aplicada alguma medida socioeducativa sem que esta exigência seja respeitada, o processo será nulo.

Ademais, o principal objetivo do direito penal para as crianças e adolescentes foi criado levando em conta a peculiaridade de estes serem sujeitos em desenvolvimento e, por isso, merecerem um tratamento diferente do que o infligido aos adultos.

Por muito tempo o adolescente foi tratado como sujeito sem direitos, ou sujeitos cujos direitos sofriam limitações.

Passamos da fase da indiferenciação, do minorismo e chegamos à presente terminologia: pessoa ou sujeito em desenvolvimento. Pode parecer uma alteração simples, mas a carga semântica que traz esse termo é muito importante para a real compreensão do papel dos aplicadores do direito em relação ao adolescente.

Antes, quando o adolescente era tratado como pessoa em situação irregular, as medidas socioeducativas aplicadas eram vistas como um bem, como um mal necessário para “proteger” o adolescente contra as mazelas externas e contra ele mesmo. O Juiz acabava atuando como um verdadeiro responsável, definindo o que seria melhor para o adolescente, sem levar em consideração que este era um sujeito em desenvolvimento e precisava ser ouvido e ter suas opiniões e vontades levadas em consideração no caso concreto.

Com a mudança de paradigma, a atuação do juiz deveria ser outra. A aplicação das medidas socioeducativas deve se dar em último caso, apenas quando não existente outra medida protetiva que sirva para o caso concreto. Além disso, a materialidade e autoria são requisitos indispensáveis para o início de apuração de qualquer ato infracional, tendo o adolescente os mesmos direitos materiais e processuais que o adulto, acompanhado ainda de muitas outras proteções estabelecidas em Convenções e Tratados Internacionais, citando por exemplo, a Declaração de Genebra de 1924, as Regras de

Beijing, e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que podem ser observados e ampliados pela jurisdição nacional.

Assim, Konzem⁷⁹

Se a medida socioeducativa é uma das espécies das sanções penais, sanção penal especial ou sanção penal juvenil, porque destinada ao adolescente, e se a consequência de sua aplicação pode produzir o sentido de aflição para o destinatário, então importa, como corolário lógico, a incidência de todo o conjunto de instrumentos individuais garantistas hodiernamente construídas e expressamente previstas pelo Direito.

Contudo, quando Jakobs trata de uma das funções da pena, dizendo que esta teria também uma função preventiva, procura defender que, além de essa pena ser aplicada para assegurar a norma violada perante a sociedade, é também utilizada para impossibilitar que o indivíduo venha a cometer algum fato delituoso. Mas como doutrinador acredita que a punição deve se dar pela periculosidade e não pela culpabilidade, defende que o Estado aja previamente contra determinados indivíduos, ou seja, que o Estado aplique a pena preventivamente àquele considerado inimigo para evitar que este pratique atos futuros, ou seja, para que não haja a chance de a norma ser colocada em risco.

No entanto, pode-se observar que essa concepção acerca da pena é indevida, pois até mesmo o filósofo que mais lhe inspirou não seguia essa lógica. De acordo com Kant, segundo Marcio Rodrigo Delfim,

[...] admite-se comumente que não se pode proceder hostilmente contra ninguém, a não ser quando ele de fato já me lesou, e isto também é inteiramente correto quando ambos estão no estado civil-legal. Pois, pelo fato de que entrou nesse estado, ele dá àquele (mediante a autoridade que possui acima de ambos) a segurança requerida. Mas o homem (ou o povo) no puro estado de natureza tira de mim esta segurança e me lesa já por esse mesmo estado, na medida em que está ao meu fato (facto), pela ausência de leis de seu Estado, pelo que eu sou continuamente ameaçado por ele, e posso forçá-lo ou a entrar comigo em um Estado comum legal ou a retirar-se de minha vizinhança. O postulado,

79 KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.66.

portanto, [...] é: todos os homens que podem influenciar-se reciprocamente têm de pertencer a alguma constituição civil.⁸⁰

Assim, a ideia de punir o inimigo pela periculosidade e não pela culpabilidade não pode ser aceita como viável, pois não se admite punir alguém pelos seus meros pensamentos, ou porque se acredita que possa confirmar um perigo à sua sociedade. Isso é muito bem colocado por Ulfrid Neumann ao afirmar que

A pena é, independente de por qual teoria se opte, conceitual ou institucionalmente, uma lesão de interesses imposta a uma pessoa como reação a um comportamento desaprovado. [...] na decisão sobre a criação de um tipo penal, a periculosidade, como a “disposição para a violência” do “autor”, não interessa. Ninguém pode ser “punido” por sua periculosidade. Isso seria não apenas *inadmissível* por razões do Estado de Direito; já por motivos conceitual-institucionais, é *impossível*. **Quem propuser punir alguém por sua periculosidade, não compreende nem o conceito nem a instituição da pena. A pena se refere obrigatoriamente a um determinado comportamento, não a características pessoais ou a disposições comportamentais.**⁸¹ (grifo nosso)

Compreende-se, então, que esse entendimento de Jakobs acerca da aplicação penal no caso do inimigo não segue as linhas de raciocínio que encontramos no nosso Direito Penal Juvenil, o que acaba sendo um contrassenso, sendo um pensamento que serviria apenas para buscar justificar a eliminação desse tipo de adolescente em conflito com a lei do meio social.

Visando demonstrar que essa ideia infelizmente já se encontra presente no direito penal juvenil, mesmo que de forma mascarada, podemos elencar algumas decisões que contêm elementos caracterizadores de um direito penal do inimigo:

A prática de gravíssimo ato infracional denota desajuste moral e social, e, portanto, a manutenção das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade não se apresentam suficientes à ressocialização do apelado, que, em liberdade, poderá expor a incolumidade física de terceiros a risco. Há nítida relação de proporcionalidade entre a aplicação da internação – perseguida pelo apelante –, e o ato infracional praticado pelo apelado [...]. De outra banda, **convém anotar que o apelado não tem respaldo familiar, revelou – ainda que informalmente –, o envolvimento em outros atos infracionais (fls. 59), e, durante o curso processual não demonstrou**

80 DELFIM, Marcio Rodrigo. **Uma análise crítica do direito penal do inimigo**. In: **jus Navigandi**, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17677/uma-analise-critica-do-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 06 de março, 2019.

81 NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, novembro-dezembro, 2007.p.223.

exercício de ocupação lícita, permitindo concluir que não possui estrutura para o cumprimento, a contento, das medidas socioeducativas impostas pela sentença apelada [...].⁸²

Não se pode ignorar a incidência do preceito do inciso II do artigo 122 do ECA, vez que o adolescente possui diversos antecedentes. **Tal situação revela um grave desvio de conduta, bem como a ausência de limites comportamentais, razão pela qual se impõe aplicação de medida mais severa.** Outrossim, a internação não visa unicamente a reeducação do adolescente infrator, como também garante sua proteção. Isso se dá porque ele é usuário de drogas (crack), sendo mais adequado que seja submetido a tratamento na própria instituição em que for internado, como vem ocorrendo. **A formação do apelante está bastante comprometida, estando em total desajuste social,** o que recomenda proteção integral, onde terá a sua disposição escola, cursos profissionalizantes, assistência psicológica e, sobretudo, tratamento para drogadição, **além de limites para suas ações, que por ora, mostram-se desajustadas para o convívio em sociedade e tendentes ao comportamento delitivo.⁸³**

ECA. ATO INFRACIONAL. ENTORPECENTE. USO. FURTOS. APLICAÇÃO DE MEDIDA. USO DE ENTORPECENTE. A CONDUTA DE TRAZER CONSIGO ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO NÃO CONFIGURA DELITO, POIS AUSENTE A LESIVIDADE. FURTOS. DEPOIMENTO DO REPRESENTADO E A PROVA ORAL COLHIDA DEMONSTRAM A AUTORIA DOS ATOS INFRACIONAIS. APLICAÇÃO DE MEDIDA. **A INTERNAÇÃO SEM ATIVIDADES EXTERNAS MOSTRA-SE ADEQUADA DIANTE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO REPRESENTADO – ANTECEDENTES, LAUDO PSICOLÓGICO, SITUAÇÃO FAMILIAR E USO DE DROGAS – DERAM PARCIAL PROVIMENTO.** (SEGREGO DE JUSTIÇA). (GRIFO NOSSO)⁸⁴

Junto a isso, importante é a colocação de Zaffaroni, que pode ser utilizada analogicamente aos casos dos adolescentes, quando afirma que

A característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente 3/4 – dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são *processados não condenados*. Do ponto de vista formal, isso constitui uma *inversão do sistema penal*, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por *medidas de contenção provisória* transformada definitivamente em prática. **Falando mais claramente: quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de *medidas*, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade.⁸⁵** (grifo nosso)

⁸² TJ-SP, Relator: **Eduardo Pereira**. Data de Julgamento: 08/09/2008, Câmara Especial.

⁸³ Apelação Cível nº 70026655233, **8ª Câmara Cível**. Comarca de Osório-RS. Relator Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 20.11/2008.

⁸⁴ Apelação Cível nº 700051 60916, **Oitava Câmara Cível**, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Rui Portanova, julgado em 07.11.02.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro:Revan, 2007.p.70

Ao pensar dessa forma, como já vimos anteriormente, Jakobs acaba defendendo um direito penal do autor, que é um pensamento já ultrapassado, existente nos períodos autoritários e ditatoriais, pois visa a punição pelo que o autor de ato infracional é e não pelo ato que cometeu (direito penal do fato). Dessa forma, punir-se-ia inclusive a cogitação do ato infracional e esse pensamento acaba ferindo principalmente os princípios da ofensividade e materialização do fato, princípios estes que também são direcionados aos adolescentes.

Quanto ao princípio da materialização do fato, Luiz Flavio Gomes, afirma que

O princípio da materialização do fato significa que o Estado só pode incriminar penalmente condutas humanas voluntárias que se exteriorizem por meio de concretas ações ou omissões, isto é, de fatos. Esses fatos devem consistir em condutas suscetíveis de percepção sensorial.

Do princípio da materialização ou exteriorização do fato se depreendem, basicamente, duas consequências:

- a) em primeiro lugar, que ninguém pode ser castigado por seus pensamentos, desejos ou meras cogitações;**
- b) em segundo lugar, que a forma de ser do sujeito, seu estilo de vida, suas convicções pessoais, sua ideologia ou sua própria personalidade não pode servir de fundamento para a responsabilidade criminal ou mesmo para sua agravação.⁸⁶ (grifo nosso)**

Então esse direito penal do autor como visto, acaba criando um determinado tipo de autor, onde o que é levado em consideração é a personalidade do suposto adolescente em conflito com a lei, pois esse muitas vezes é punido mesmo sem se ter prova do cometimento de algum ato infracional.

Junto a isso, quando Jakobs busca tratar cidadão como pessoa e o inimigo como “não pessoa”, tratando-se como mero objeto, não está levando em consideração todas as conquistas garantistas até hoje implementadas em nosso ordenamento penal, direcionadas a todos os seres humanos, e com maior ênfase e proteção, às crianças e adolescentes. Esse discurso jamais pode ser aceito, pois configura atentado ao maior direito de todos, qual seja, a dignidade humana, já que como bem coloca Ingo Wolfgang Sarlet, [...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é logo que

86 GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.459.

simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...]87

O que se pode observar é que, a partir do momento em que o direito penal passou a parecer aceitar que simplesmente existem adolescentes perigosos e que, devido a essa caracterização os mesmos devem ser suprimidos, o que acabou acontecendo foi a transformação mesmo que de forma disfarçada deste ser em coisa, passando a não receber mais tratamento como o concedido aos demais cidadãos. Conforme Zaffaroni, “O certo é que desde 1948 esse direito penal, que admite as chamadas medidas de segurança ou seja, as penas ou algumas penas como mera contenção de um ente perigoso viola o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos”.88 e como se sabe, esse instituto da medida de segurança também acaba abarcando alguns adolescentes em conflito com a lei, mesmo que a medida não conste expressamente no ECA.

Destarte, conforme analisado, não há nem a possibilidade de se cogitar que algum indivíduo seja tratado como um mero objeto, não sendo sujeito de direito, pois esse ato viola todos os preceitos de um Estado de Direito e ao agir dessa forma, é o Estado quem está atuando de forma perigosa, violenta (como se em guerra estivesse) e sem garantir segurança nenhuma às pessoas, pois ao contrário do que possa parecer num primeiro plano, a segurança é eliminada já que estas não sabem se serão tratadas como inimigo ou como cidadão. Corrobora esse entendimento a exposição de Zaffaroni quando este coloca que

O tratamento a um ser humano como coisa perigosa que ameaça a segurança ou a certeza acerca do futuro não se limita a despersonalizar apenas quem é tratado dessa maneira. Observando mais detidamente esta questão, convém advertir que a priorização do valor segurança como certeza acerca futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria na despersonalização de toda a sociedade.89

87 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 116.

88 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. 2d. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p18.

89 Idem. p.20

Dessa forma, o que ocorre é que como não se sabe quais atos as pessoas/adolescentes serão capazes de cometer, pois já é tarefa difícil prever nossa própria conduta, acaba-se deixando aberto o conceito de inimigo, não individualizando-o, para que posteriormente este conceito possa abarcar aqueles indivíduos que cometam atos que em algum momento o soberano venha a decidir que advieram a ser contrários aos seus propósitos, ou seja, o conceito acaba sendo utilizado como mais uma forma de exercício do poder.⁹⁰

Por isso, Zaffaroni critica Jakobs, dizendo que o que este fez foi apenas

[...] o que quase todo o penalismo e boa parte da teoria política fizeram desde que a modernidade considerou e continua considerando compatível em incompreensível **conceito não bélico de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se dar conta que esse pretense conceito, que, por sua essência, não tolera limite nem parcialização de espécie alguma**, ou seja, que inevitavelmente importa o abandono do princípio do Estado de Direito.⁹¹ (grifo nosso)

Assim, o Direito penal do inimigo, se fosse considerada possível sua existência (o que não é o caso) só seria viável em um Estado absoluto, pois conforme Zaffaroni “[...] o tratamento penal diferenciado do *hotis* implica uma *lesão aos limites do Estado com respeito ao cidadão, consistindo em um tratamento mais repressivo para todos, o que remete muito mais ao Estado absoluto do que ao Estado de direito*”.⁹² Por isso jamais seria compatível com um Estado de direito que possui um Direito Penal garantidor, pois sempre que se visa limitar o direito quando há necessidade (no caso do inimigo), acaba ocorrendo uma exceção que vira a rotina e essa necessidade acaba sendo invocada sem limites. De acordo com Zaffaroni,

O Estado de exceção está incorporado às constituições democráticas com bastante cuidado e tem limites perfeitamente estabelecidos e seus controles também regulados. Não há razão alguma para confundir o Estado excepcional constitucional com a guerra irregular ou permanente que, por não ser a guerra em sentido estrito, acaba sendo uma guerra isenta da observação das normas do direito internacional humanitário.⁹³

90 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. 2d. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.25.

91 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. 2d. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.159.

92 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. 2d. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.121.

93 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. 2d. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p. 145-146.

Nesse mesmo sentido critica Zaffaroni, ao colocar que “Quando afirma que, em casos excepcionais, o Estado de Direito deve cumprir sua função de proteção e que está legitimado para isso em razão da *necessidade* [...], Jakobs pressupõe que *alguém deve julgar a necessidade* e que *este alguém não pode ser outro senão o soberano* [...]”⁹⁴ Assim, segundo Zaffaroni, “ O Estado de direito concreto de Jakobs, desde modo, torna-se inviável, porque seu soberano, invocando a necessidade e a emergência, pode suspendê-lo e designar como inimigo quem considerar oportuno, na extensão que lhe permitir o espaço de poder de que dispõe”.⁹⁵

Diante do exposto, é importante estar ciente de que, além de a teoria de Jakobs se encontrar em total desacordo com nosso Direito Penal juvenil atual, enquanto os adolescentes em conflito com a lei forem tratados da forma que são hoje, ou seja, sem um mínimo de garantias e passando por longos processos e medidas antecipadas, não há como buscar limitar o Direito penal do inimigo apenas a um seleto grupo de infratores, como Jakobs pretendia, já que isso está sendo aplicado a todos.

E por isso o Direito Penal do inimigo deve ser rechaçado do nosso sistema penal juvenil, devendo sempre se utilizar a criminologia crítica como instrumento para, como foi feito aqui, denunciar o “[...] sistema penal como instrumento de dominação que se exerce mediante em que disponibilize e legitime as formas mais violentas de intervenção estatal a serviço de grupos hegemônicos, em detrimento de todo e qualquer ideal democrático e socialista de justiça e igualdade”.⁹⁶

94 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. 2d. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.163.

95 Ibidem.

96 DUCLERC, Elmir. Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, janeiro-fevereiro, 2007. p.287.

6 Conclusão

O presente trabalho foi desenvolvido em busca de uma análise da teoria do Direito Penal do Inimigo trazida por Günther Jakobs, surgida na década de 80, mais precisamente em 1985, foi possível visualizar a teoria se baseia em políticas públicas de combate aos inimigos do Estado, que realmente existe por trás dos longos discursos políticos aplicados por quem detém o poder em uma sociedade e quais as consequências disso.

Conforme análise, Jakobs, ao criar sua teoria, baseou-se no entendimento de antigos filósofos e doutrinadores em diferentes épocas, que buscaram descrever como agia o inimigo dentro da sociedade e quem de fato são considerados os inimigos do Estado, e qual era o papel do Estado na perseguição destes que descumpriam o “contrato social”, como afirmava, por exemplo, Rosseau.

Apesar de conter inúmeros entendimentos, e observando que limitando um indivíduo em meras condições de alguém muito perigoso, se torna uma grande complexidade no entendimento deste contexto, não se tem fórmulas exatas através de um delito cometido para se medir o grau da periculosidade de alguém, mas Jakobs procurou defender a existência de um Direito paralelo ao Direito Penal de garantias.

Jakobs, procurou argumentar a viabilidade da essência de um Direito equiparável no nosso Direito Penal de garantias, como se fosse realmente possível a harmonia desses Direitos antinômicos. Para isso, procurou diferenciar o cidadão do inimigo, baseado na complacência de que os primeiros cometeriam delitos comuns, enquanto o segundo atacariam diretamente o Estado, ou seja, aqueles que atentam contra a organização deste, exemplificando os casos dos terroristas, organizações criminosas, sonegadores fiscais, etc., sensato seria a análise de cada caso concreto, para só então poder concluir o estudo do comportamento individual, sem estereótipo predefinidos, distinguindo a teoria do Direito Penal do Inimigo, já que se pretende punir os indivíduos em razão do que ele é, e não pelo que fez.

Num momento posterior, trouxeram o estudo das personalidades, das quais se buscavam a precipitar a punibilidade dos atos preparatórios, crimes abstratos e de mera conduta, desproporcionalidade das penas, dentre outras, demonstrando que o Direito Penal do inimigo busca primordialmente a manutenção da legitimidade da norma.

Junto a isso, Jakobs ainda tentou estabelecer que o inimigo seria considerado uma “não pessoa”, ou seja, procurou defender que “ser pessoa” seria um status, que poderia ser perdido de acordo com a conduta tomada por determinada pessoa.

Assim, o cidadão seria pessoa, merecedor de todas as garantias e direitos consagrados em nossa Constituição, enquanto o inimigo, como não pessoa, teria essas

garantias limitadas, ou muitas vezes suprimidas ao receber o tratamento repressivo estatal, o que como visto fere diretamente todos os preceitos constitucionais atuais, inclusive os determinados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, principalmente a dignidade humana.

Portanto, ainda, que o doutrinador não se deu conta, ou não quis enxergar mesmo, que não é possível a aplicação de um “segundo direito” para determinado grupo de indivíduos selecionados pelo Estado, pois isso só poderia ser cabível em Estado Absoluto, onde é o soberano quem decide como e a quem deve ser direcionada determinada conduta. Essa então seria a primeira falha que poderia ser verificada na teoria de Günther Jakobs.

Como visto, a teoria do inimigo acabou trazendo novamente a discussão sobre como deveria ser dado o tratamento para as pessoas que praticam atos visando atingir o próprio Estado como instituição, ou seja, como agir contra aqueles que não praticam os delitos considerados comuns (como roubo, furto, ou até homicídio passional, cujo resultado acaba atingindo especialmente a esfera privada, ou seja, apenas as partes envolvidas, e não o Estado).

Ademais, parece mais sensato estudo de cada caso concreto, bem com do histórico dos crimes cometidos para só então poder estudar o comportamento deste indivíduo, sem rótulos predeterminados, diferenciando-se do que determina a teoria Direito Penal do Inimigo, já que esta determina que os indivíduos devem ser punidos em razão de sua periculosidade e não em virtude do ato praticado.

De acordo com Jakobs, a pena para o cidadão teria então apenas uma função simbólica, servindo para demonstrar que a norma, apesar de violada (negada) nesse vigendo para o resto da sociedade, garantindo sua segurança. Já o inimigo haveria um tratamento diferenciado, sendo aplicado com determinadas restrições às garantias e direitos que são garantidos aos demais cidadãos pertencentes à sociedade. Então para o inimigo a pena/medida protetiva serviria como forma de contenção, de pura coação física, impedindo o cometimento de novos delitos, ou seja, incapacitando esse inimigo de negar a norma, servindo apenas para neutralizá-lo, já que este atuaria contra o Estado por princípios, ou seja, haveria toda uma preparação e estudo antes da prática do ilícito.

Dessa forma, para o Direito Penal do Inimigo, a principal função da pena/medida protetiva seria então a reafirmação da norma sempre que esta fosse violada pelo inimigo, pois só assim a sociedade se sentiria segura novamente, já que a sociedade só conseguiria se manter organizada devido à existência dessa normatização, que serviria como guia orientador das condutas individuais.

Para que essa proteção da norma fosse possível, Jakobs propõe, inclusive, a punição prévia do inimigo em conflito com a lei, destacando-se a antecipação de punibilidade dos atos preparatórios, ou seja, acredita que se deveria punir o indivíduo pela periculosidade e não pela sua culpabilidade, sendo possível, inclusive, a repreensão de meros pensamentos e condutas que poderiam dar indícios da intenção de cometer um futuro delito.

Acontece que se isso fosse possível, estaríamos retrocedendo ao período em que utilizávamos o direito penal do autor, como ocorreu nas épocas autoritárias e ditatoriais, principalmente durante o nazismo e fascismo e inclusive aqui em nosso país, durante as governadas pelos militares, onde diversas pessoas foram castigadas por ser quem eram e não por terem cometido algum fato punível.

A aplicação do Direito Penal do Inimigo que existe hoje, que é o direito penal do fato, onde não analisado o sujeito criminoso em si, mas sim a prática delituosa que este cometeu, sendo punível apenas o seu ato e não o que é como pessoa. E essa análise apenas do fato, como visto, tem ainda mais importância quando tratamos dos adolescentes, que se caracterizam como sujeitos em desenvolvimento.

Assim, o problema que se conseguiu verificar é que mesmo aqueles adolescentes não considerados inimigos, ou seja, todos os autores de atos infracionais, tenham cometido delitos contra o Estado ou não, acabam sofrendo restrições em suas liberdades e garantias, já que o que se tem é um abstrato conceito de inimigo, pois nenhum doutrinador conseguiu trazer com profunda clareza, até o presente momento, o que realmente se poderia entender por Inimigo do Direito penal.

Dessa forma, o que se pode compreender é que o inimigo, mesmo muitas vezes não sendo chamado dessa forma, provavelmente continuará existindo, seja como herege, mendigo, judeu, emigrante, terrorista, adolescente autor de crime hediondo, etc., sempre que o Direito Penal sentir necessidade de eliminar determinados indivíduos que causem danos que não possam ser controlados da maneira objetivada pelo Estado.

O principal e primordial objetivo do Direito Penal é garantir resultados justos e proporcionais de modo que com a adequação as medidas estatais estejam aptas a atingir os fins pretendidos, a necessidade de atingir os fins pretendidos através de meios menos gravosos e a proporcionalidade em sentido estrito possibilitando a decisão estatal mais justa uma vez ser a responsável pelos freios e contrapesos entre os meios e os fins.

Assim, nota-se que há uma necessidade urgente de mudanças na base do Direito Penal e nos seus fundamentos, e junto a isso uma análise mais contundente entre a teoria e a prática do poder punitivo, para que o Direito Penal deixe de ser instrumento utilizado para eliminar direitos e garantias e volte a ser uma ferramenta para conter o poder punitivo do Estado.

Conclui-se então que, ao contrário do que propõe o Direito Penal do Inimigo, a precípua função do Direito Penal, apesar de saber que sempre existirão crimes e condutas sociais reprováveis, as mudanças no âmbito da segurança pública somente ocorrerão se forem decorrentes da aplicação de medidas socioeconômicas e políticas, especialmente na área de educação, saúde, transporte, trabalho, habitação e lazer, destinando os recursos públicos nestes setores que visam verdadeiramente a inclusão social ao invés da exclusão. A partir de então a problemática denominada violência que tanto acanha a sociedade será objetivamente controlada, esquecendo-se das meras edições de leis severas, principalmente, é servir como dique de contenção para o poder punitivo e não como instrumento de perseguição política e redutor de garantias dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. Breves Reflexões sobre o direito penal do inimigo. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116. Acesso em 17 de fevereiro. 2019.

Apelação Cível nº 70026655233, **8ª Câmara Cível**. Comarca de Osório-RS. Relator Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 20.11/2008.

Apelação Cível nº 700051 60916, **Oitava Câmara Cível**, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Rui Portanova, julgado em 07.11.02.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro. Dois tempos de uma história**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do aparthaide social**. In: Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionamento a Sociedade da Cultura Punitiva. ANDRADE, Vera regina Pereira de. (Org.) Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, 2.v.

CALLEGARI, André luíz. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DELFIM, Marcio Rodrigo. **Uma análise do direito penal do inimigo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17677/uma-analise-critica-do-direito-penal-do-inimigo/2>. Acesso em 21 de fevereiro, 2019.

DELFIM, Marcio Rodrigo. **Uma análise crítica do direito penal do inimigo**. In: jus Navigandi, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17677/uma-analise-critica-do-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 06 de março, 2019.

DUCLERC, Elmir. **Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade: diagnóstico crítico e alternativas de superação**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, janeiro-fevereiro, 2007.

Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069/1990**.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: PUC/RJ e Nau Editora, 2001.

GARCIA, Manuel Salvador Grosso. **“Qué es y qué puede ser el Derecho penal del enemigo?” Una aproximación crítica al concepto**. In: MELIÁ, Manuel cancio e Diez, Gomés-Jara (coord). *Derecho Penal del Enemigo: el Discurso de la Exclusion*, vol. 2. Madrid: Edisofer, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Impetus, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NEUMANN, Ulfried. **O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, novembro-dezembro, 2007. p. 223. TJ-SP, Relator: Eduardo Pereira. Data de Julgamento: 08/09/2008, Câmara Especial.

Nucci. Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

TJ-SP, Relator: Eduardo Pereira. Data de Julgamento: 08/09/2008, **Câmara Especial**.

Santos, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em 16 de maio, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 116.

SILVA, Ivan Carlos da. **O direito penal do inimigo**. Disponível em: <http://unisinis.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 14/02/2019.

SILVA, Ivan Carlos da. **O Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://unisinis.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 16/07/2019.

SILVA, Marysia Souza e. **Crimes Hediondos & progressão de regime prisional**. 2ed., Curitiba: Juruá, 2009.

TJ-SP, Relator: Eduardo Pereira. Data de Julgamento: 08/09/2008, **Câmara Especial**.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007