

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL:
SISTEMA CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS

LARISSA HATWIG BERGONSI

A INVENÇÃO DO INIMIGO E SUA PRESENÇA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO,
PRINCIPALMENTE NO DIREITO PENAL JUVENIL

Porto Alegre

2015

LARISSA HATWIG BERGONSI

**A INVENÇÃO DO INIMIGO E SUA PRESENÇA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO, PRINCIPALMENTE NO DIREITO PENAL JUVENIL**

**Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e
Política Criminal pelo Programa de Pós Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.**

Orientadora: Prof^ª. Doutora Ana Paula Motta Costa

Porto Alegre

2015

LARISSA HATWIG BERGONSI

**A INVENÇÃO DO INIMIGO E SUA PRESENÇA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO, PRINCIPALMENTE NO DIREITO PENAL JUVENIL**

**Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e
Política Criminal pelo Programa de Pós Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.**

Orientadora: Prof^ª. Doutora Ana Paula Motta Costa

Aprovado em de 2015.

BANCA EXAMINADORA

PROF.^a ANA PAULA MOTTA COSTA
(ORIENTADORA)

EXAMINADOR

RESUMO

BERGONSI, Larissa Hatwig. **A invenção do inimigo e sua presença no direito penal brasileiro, principalmente no direito penal juvenil.** 2015. 60f. Trabalho de Conclusão de Curso – Pós Graduação em Direito Penal e Política Criminal. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

O presente artigo busca apresentar o que seria o Direito Penal do inimigo, tese criada pelo alemão Günther Jakobs, mostrando as bases filosóficas que o levaram a criar essa teoria, bem como o seu entendimento sobre o Direito Penal, fazendo-o dividir os indivíduos em cidadão e inimigo. Junto a isso, será demonstrada a incompatibilidade do Direito Penal do inimigo com o Direito Penal contemporâneo, principalmente no que diz respeito aos adolescentes, fazendo-se uma comparação entre alguns pontos desses dois Direitos, complementando com algumas críticas apresentadas principalmente por E. Raúl Zaffaroni, evidenciando-se que a aplicação dessa teoria representaria um manifesto retrocesso penal.

Palavras-chave: Direito Penal do inimigo. Jakobs. Cidadão. Inimigo. Adolescentes. Juvenil.

ABSTRACT

BERGONSI, Larissa Hatwig. **The invention of the enemy and his present in the brazilian criminal law, principally in the juvenile law.** 2015. 60f. Conclusion Course – Pos Graduation in Criminal Law and Criminal Policy. Federal University of Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

The present article tries to present what would be the Criminal Law of the enemy, theory created by the german Günther Jakobs, showing the philosophical underpinnings that led him to create this theory, as well as his understanding of the Criminal Law, making him divide individuals into citizen and enemy. Additionally, it will be demonstrated the incompatibility of the Criminal Law of the enemy with the contemporary Criminal Law, principally when we talk about adolescents, making a comparison between some points of this two Laws, complementing with some criticism specially given by E. Raúl Zaffaroni, demonstrating that the application of this theory would represent a criminal setback.

Keywords: Criminal Law of the enemy. Jakobs. Citizen. Enemy. Adolescents. Juvenile.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2 GÜINTHER JAKOBS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO	11
2.1 Teoria de Jakobs e suas bases filosóficas	11
2.2 Compreensão de Jakobs acerca do cidadão e do inimigo.....	14
2.3 A teoria de Jakobs e a atuação preventiva quando se trata do inimigo	23
2.4 Direito penal do inimigo inserido no Direito penal do cidadão	27
3 DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM NOSSO DIREITO PENAL, PRINCIPALMENTE O JUVENIL: RETROCESSO PENAL	32
3.1 Direito Penal Juvenil: características fundamentais	32
3.2 Principal objetivo de um direito penal direcionado às crianças e adolescentes	44
3.3 Incoerências entre o Direito penal proposto por Jakobs e o Direito penal previsto no nosso Direito Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	35
3.4 Cidadão x inimigo: consequências ao Direito Penal Juvenil.....	44
4 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar o Direito Penal do inimigo, que se constitui em uma teoria criada pelo alemão Günther Jakobs na década de 80. Essa teoria tem como bases filosóficas principalmente as compreensões de Hobbes, Fichte, Kant e Rousseau sobre quem seria o inimigo do Estado e como deveria ser o tratamento dado a este.

O ponto de encontro das explanações desses filósofos é o entendimento de que o inimigo não pode permanecer junto à sociedade, pois abriu mão desse direito no momento em que violou as normas impostas pelo soberano (Estado), ou seja, quando se portou de forma contrária ao pacto estipulado com a sociedade assumiu o risco de ser por esta excluído.

Esses filósofos entendem, ainda, que soberano representa a vontade do povo que o escolheu para esse fim. Assim, contrariando a vontade do soberano, o inimigo deve se retirar do convívio com os demais (cidadãos), devendo contra este ser declarado guerra, merecendo como punição geralmente a morte, pois de acordo com Hobbes, “Como cada homem conferiu a soberania àquele que é portador de sua pessoa, se o depuserem estarão tirando-lhe o que é seu, o que também constitui injustiça. Além disso, se aquele que tentar depor seu soberano for morto ou castigado por ele em razão dessa tentativa, podemos considerá-lo autor de seu próprio castigo, já que, por instituição, é autor de tudo o que seu soberano fizer”.¹

Então sempre que determinado grupo de indivíduos se portar de forma contrária ao que propor o detentor do poder, ou atentar contra este, o mesmo deve ser perseguido e eliminado, pois é inimigo e configura um perigo aos demais cidadãos.

Apenas para melhor compreensão, a existência desse inimigo que se busca discutir já era vislumbrada na época da heresia, onde se perseguia aqueles que buscavam seguir uma religião diferente ou que exprimiam uma opinião diversa daquela que os eclesiásticos ou príncipes-que nessa época eram os soberanos- afirmavam. Não cometiam delito algum, mas

¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.p. 128.

pelo simples fato de terem pensamento diverso do presente na época, eram considerados inimigos, sendo chamados de hereges, pois segundo Hobbes²

Por heresias são entendidas todas as opiniões que a Igreja de Roma proibiu que fossem defendidas. Sempre que há qualquer contradição entre os desígnios políticos do papa e os dos outros príncipes cristãos, como muitas vezes acontece, surge uma tal névoa entre seus súditos, que eles não conseguem diferenciar um estrangeiro, que se apossou do trono de seu legítimo príncipe, daquele que eles próprios lá tinham posto; nessa escuridão de espírito, eles são levados a lutar uns contra os outros, sem distinguir seus inimigos de seus amigos, conduzidos pela ambição de outro homem.

Posteriormente, na Idade Média, por exemplo, o inimigo também esteve presente, apenas sendo modificado seu conceito para aqueles que cometessem algum crime que pudesse atingir o soberano/Estado, ou seja, os que praticassem crime lesa-majestade. A pena para esses delitos era quase sempre a morte, juntamente com o confisco de bens, e essa morte era praticada de forma muito cruel, sendo os réus inclusive esquartejados. No entendimento de Hobbes

Compete ao soberano estabelecer uma correta aplicação de castigos e recompensas. Como o objetivo da punição não é a vingança, nem expandir a cólera, mas sim, a correção do ofensor ou de outros pelo exemplo, as mais severas penas deem ser aplicadas aos crimes que oferecem maior perigo para a coisa pública, como os que causam danos ao governo estabelecido, os que derivam do desprezo á justiça [...].³

Outro momento que marca muito bem a perseguição de determinados grupos considerados prejudiciais ao Estado, foi durante o regime fascista, na Itália, comandado por Benito Mussolini. Durante o regime fascista, apenas a título exemplificativo, diversos eram considerados os crimes contra o Estado, sendo considerado inimigo, por exemplo, aquele que pertencesse a associações anarquistas ou comunistas; defendesse, fora do país, ideias contrárias àquelas expostas pelo governo; realizasse, em período de guerra, qualquer atividade que pudesse prejudicar os interesses nacionais ou enfraquecer a nação; etc.

Período também muito característico de utilização do discurso político persecutório ao inimigo foi durante o Nazismo. Principalmente nessa fase da história é que podemos visualizar como o conceito de inimigo é vago e nele pode-se encaixar quem o detentor do poder quiser, pois, durante esse período, determinado grupo étnico (judeus) foi praticamente eliminado apenas por pertencer a essa etnia, sendo que não havia praticado crime algum, já

² HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.p. 416.

³ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.p. 243.

que muitos eram eliminados quando crianças ainda. Assim, a justificativa para a eliminação de determinados grupos étnicos e raciais era a de que seriam inimigos ontológicos e dessa maneira era necessária a sua eliminação para que os objetivos almejados pelo ditador (soberano) fossem alcançados.

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, principalmente no âmbito juvenil.

Para Jakobs então, como será analisado no primeiro capítulo, é possível a existência de dois direitos, um direcionado ao cidadão e um 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 delito 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, como seria o sistema existente em nosso Direito Penal juvenil. 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/adolescentes 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 do segundo capítulo, 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 de adolescentes 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 adolescentes em conflito 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 hoje se vislumbra é que todos os adolescentes apreendidos (que 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, se acabará entendendo, assim como Zaffaroni, que a teoria de Jakobs não encontra espaço dentro de nosso Estado Democrático de Direito, sendo um verdadeiro retrocesso penal.

2 GÜNTHER JAKOBS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 Teoria de Jakobs e suas bases filosóficas

A partir de análise histórica e dos discursos desenvolvidos ao longo do tempo no Direito penal, ao se analisar o que hoje se considera Direito Penal do Inimigo, pode-se vislumbrar que a teoria criada pelo professor da Universidade de Bonn, Günther Jakobs, apresentada sob esse título pela primeira vez em uma jornada de professores de direito penal realizada em Frankfurt, em 1985, acabou por buscar legitimar -mesmo que no princípio o que fazia era criticar esse modelo- o tratamento diferenciado dado aos inimigos do poder atual.

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 eliminar 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 não será punido como súdito, mas sim como inimigo.⁴ Essa conclusão pode ser aferida do seguinte trecho da obra prima de Hobbes⁵:

[...] não podem ser chamados 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 súdito, 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 súdito 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 súditos; se alguém passa a se considerar inimigo, da mesma forma como se tornou súdito por seus próprios atos, ao rebelar-se nega o poder soberano.** (grifo nosso).

⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27.

⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.p. 220.

Hobbes ainda compreende que

[...] não constitui nenhum desrespeito à lei natural infligir qualquer dano a um inocente que não seja súdito, se for para benefício do Estado, e isso se dá sem violação de nenhum pacto anterior, pois os homens que não são súditos são inimigos ou deixaram de ser súditos em consequência de algum pacto anterior. **Assim, é legítimo fazer guerra contra os inimigos que possam vir a causar dano ao Estado, em razão do direito natural original;** nessa situação, a espada não discrimina, nem o 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 nesse fundamento, no caso dos súditos 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 consequentemente são inocentes do ato pelo 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 súditos, mas como inimigos, pois a rebelião nada mais é que uma guerra renovada.**⁶(grifo nosso).

Junto a isso, 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* ou *estrangeiro* ao sair do contrato com seu próprio ato de resistência.”⁷ 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, precisamente 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.⁸

Quanto a Kant, este 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 com os demais, e neste caso, não receberá tratamento como pessoa, mas sim como inimigo.⁹

Fichte compartilha o entendimento de 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.”¹⁰ Para esse estudioso, como aquele que

⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.p. 223.

⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**.2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p. 125.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**.2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 125.

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

¹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**.2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

pratica o delito não possui personalidade, sua execução (do criminoso) não possui caráter de pena, mas apenas serve como instrumento de segurança.¹¹

A posição de Rousseau, assim como a de Fichte, é bastante 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, ou seja, sempre que acabar prejudicando 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 nesse tratado, nós cuidamos somente de a segurar, e não creio que algum dos contratantes premedite nesse tempo ir á força; **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 á 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.**¹²(grifo nosso).

Também é o que nos traz Kai Ambos, ao dizer que

Na concepção de Rousseau – que se fundamenta igualmente no contrato social –, o homem que vive na comunidade política tem deveres como súdito e direitos como cidadão. Converte-se em inimigo aquele que só persegue sua própria ambição de poder e posse, menosprezando, com isso, as normas sociais e, desta forma, o bem-estar dos demais. A ruptura do contrato social equivale à renúncia as qualidades relativas à pessoa moral e representa uma traição à pátria: “À medida que infringe suas leis, deixa de ser um membro desta e lhe faz guerra. [...] Ao culpável se lhe deixa morrer mais por inimigo do que por cidadão”.¹³

Assim Jakobs, seguindo raciocínio de Kant, 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.”¹⁴ Este, então, viveria no fictício estado de natureza, onde não haveriam normas, e aquele que “ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação.”¹⁵ Quanto à essa submissão, Hobbes coloca que “[...] até mesmo os que tiverem discordado devem aceitar o soberano escolhido pelo voto da maioria, juntamente

¹¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.**2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

¹² ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Martin Claret, 2006.p. 46.

¹³ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo.** Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

¹⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.**2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

¹⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.**2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

com a maioria, isto é, devem aceitar e reconhecer todos os atos que ele venha a praticar, ou então serem justamente destruídos pelos restantes.”¹⁶

A partir da breve análise do que os filósofos previamente mencionados compreendem sobre a figura do inimigo, pode-se notar que Jakobs segue principalmente a linha de raciocínio de Hobbes e Kant, afirmando que estes “conhecem um Direito Penal do cidadão- contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio- e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio.”¹⁷

2.2 Compreensão de Jakobs acerca do cidadão e do inimigo

Conforme analisado previamente, para Jakobs, que trouxe para os dias de hoje o debate sobre quem seria o inimigo e o que fazer para contê-lo, existe na verdade dois pólos a serem levados em consideração dentro do mesmo Direito¹⁸ Penal: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. E para o autor, “Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura.”¹⁹ Apesar disso, “Ambos os tipos *podem* ser legítimos”.²⁰

É importante distinguir esses dois “pólos” para compreender que o cidadão, mesmo cometendo um crime²¹, continua sendo tratado como pessoa, pois apenas infringiu uma norma e se acredita que é capaz de responder por isso e voltar a conviver normalmente na sociedade. Por isso, segundo Jakobs,

[...] um ordenamento jurídico deve manter dentro do direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo

¹⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 129.

¹⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 29.

¹⁸ Apenas para melhor compreensão do tema, para Jakobs Direito seria o vínculo que liga pessoas portadoras tanto de direitos, como deveres. Isso seria diferente da relação existente com o inimigo, já que essa relação seria firmada pela coação.

¹⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49.

²⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49.

²¹ Jakobs compreende o crime a partir da visão de Hegel, como negação da validade da norma.

caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.²²

Como afirma Jakobs, o Estado acaba enxergando naquele que pratica algum delito “normal”- e nesse contexto o normal seria algum ato que não atentasse diretamente o Estado instituição- “não um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, mediante sua conduta, tem danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado- de modo coativo, mas como cidadão (e não como inimigo)- a equilibrar o dano, na vigência da norma.”²³

Já a situação do inimigo é outra, pois este pratica um delito por princípios, ou seja, mesmo sendo punido com a pena, não será capaz de voltar ao seio social. Assim, a única saída seria sua neutralização. Conforme Kai Ambos, o inimigo seria o

[...] “desviante” em sua própria sociedade. Inimigo é aquele que não quer vincular a uma comunidade sua existência como indivíduo e não quer integrar-se a esta; é aquele que não quer ou não pode acatar os valores sociais fundamentais dominantes. A clássica guerra entre Estados se converte em uma “guerra interna” entre seres humanos ou grupos de seres humanos soltos que, assemelhando-se aos animais no estado de natureza ou em qualquer caso desvinculados dos valores dominantes, colocam em perigo o ser da sociedade, a convivência pacífica.²⁴

É bem isso que Jakobs entende ao tratar, por exemplo, do terrorista, conceituando-o como “quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem.”²⁵

Junto a isso, Jakobs adverte que

[...] quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito- controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da personalidade do delinquente no processo penal, etc.- deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.²⁶

Destarte, conforme Kai Ambos, “O destinatário das denominadas regras do direito penal do inimigo – que se caracterizam por uma antecipação da intervenção jurídico-penal,

²² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26-27.

²³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33.

²⁴ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

²⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

²⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

uma legislação de luta no lugar de uma legislação penal e pela supressão de garantias processuais– se converte em um inimigo que não goza do status de cidadão.”²⁷

O mesmo autor segue falando que

A linha divisória entre perigo real e o meramente afirmado desaparece, a percepção do perigo se determina conforme o direito penal do inimigo, atraindo assim o perigo, sem que o discurso do direito penal do inimigo encontre apoio algum na realidade. A guerra preventiva, de qualquer forma, parece converter-se em indispensável como reação a essa realidade fictícia. As liberdades dos cidadãos – que o direito penal do inimigo pretende garantir – também se veem afetadas por isso; deste modo, estas, em vez de resultarem (apenas) protegidas, se veem debilitadas.²⁸

Analisando então as concepções de Jakobs, pode-se ver que, quanto ao cidadão, para que o Estado reaja, primeiro sua ação deve ser praticada, ou seja, exteriorizada, enquanto que em relação ao inimigo, a reação estatal acontece preventivamente, antes mesmo de ser tomada qualquer conduta pelo “inimigo”, pelo simples fato de uma possível prática de dano futuro, ou seja, pelo seu alto grau de periculosidade.

Conforme Kai Ambos, baseado na concepção de Schünemann, o Direito Penal do Inimigo “Trata-se principalmente de uma defesa frente a perigos, isto é, de um direito preventivo, também policial, como da ordem – e não de um direito penal repressivo; em sua forma extrema (em particular na aplicação contra “terroristas”) não se trata nem sequer de direito, senão de pura força (militar ou policial).”²⁹

Dessa forma, Jakobs apresenta o conceito de que “*O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra*”.³⁰ Segue afirmando que “*O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o direito das medidas de segurança) combate perigos [...]*”.³¹

Pode-se ainda compreender, conforme a interpretação de Cirino sobre os “pólos” apresentados por Jakobs, que “a pena para o cidadão seria uma *reação contra-fática* dotada do significado simbólico de *afirmação da validade da norma*, como *contradição ao fato passado*

²⁷ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

²⁸ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

²⁹ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

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

³¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 30.

do crime, cuja natureza de *negação da validade da norma* a pena pretende reprimir [...].³² Já “a pena para o inimigo seria uma *medida de força* dotada do efeito físico de *custódia de segurança*, como obstáculo antecipado ao *fato futuro* do crime, cuja natureza de *negação da validade da norma* a pena pretende prevenir [...].³³

De fato, Jakobs nos traz que a coação, no caso do inimigo, “[...] não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige e, sobretudo - para frente, ao futuro, no qual uma “tendência a [cometer] fatos delitivos de considerável “gravidade” poderia ter efeitos “perigosos” para a generalidade [...]”.³⁴

Dessa forma, ainda segundo Cirino, o conceito de Jakobs para inimigo “designaria uma realidade ontológica do ser social, identificável por *diagnósticos* de personalidade e objeto de *prognósticos* de criminalidade futura [...]”.³⁵

Buscando, ainda, uma melhor conceituação para o que seria o inimigo de Jakobs, Kai Ambos apresenta o conceito de Polaino-Orts, onde

“Inimigo é quem, inclusive mantendo intactas suas capacidades intelectual e volitiva, e dispondo de todas as possibilidades de adequar seu comportamento à norma, decide motu próprio auto excluir-se do sistema, rechaçando as normas dirigidas a pessoas razoáveis e competentes, e despersonalizando a si mesmo mediante a manifestação exterior de uma ameaça em forma de insegurança cognitiva, que – precisamente por colocar em perigo os pilares da estrutura social e o desenvolvimento integral do resto dos cidadãos («pessoas em direito») – tem de ser combatida pelo ordenamento jurídico de forma especialmente drástica, com uma reação garantidora mais eficaz. Esta reação se circunscreve a garantir e restabelecer o mínimo respeito para a convivência social: o comportamento como pessoa no direito, o respeito às demais pessoas e – em consequência – a garantia da segurança cognitiva dos cidadãos na norma.”³⁶

Compreende-se que, ao falar em cidadãos, Jakobs os procura definir como sendo aquelas pessoas que cometem delitos por impulso, ou de forma até reiterada, mas que sozinhos não trazem nenhuma consequência para o Estado em si, ou seja, não é este a vítima do delito. Assim, seriam os casos daqueles que praticam furto, roubo, etc., ou seja, atingem de um modo geral interesses apenas particulares, pois não chegam a trazer consequências

³² SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 15 de maio, 2011.

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 15 de maio, 2011.

³⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 23.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 15 de maio, 2011.

³⁶ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

incisivas ao Estado. Jakobs traz como exemplo o caso de um sobrinho que mata o tio para receber a herança³⁷. Neste caso, Cirino analisa que, de acordo com Jakobs,

[...] matar o tio para antecipar a herança constituiria *lesão transitória da validade da norma* e indicaria autor **capaz de orientação normativa**, no sentido de *pessoa* calculável conforme o *princípio do prazer*, cuja intrínseca *fidelidade ao direito* justificaria as *expectativas normativas* da comunidade, com aplicação posterior de pena como **contradição** contra um fato passado e, portanto, com função de *reafirmação da validade da norma*, segundo a teoria da prevenção geral positiva.³⁸

Mas quando Jakobs vai buscar exemplificar o que seriam os inimigos, este se direciona aos criminosos organizados³⁹, terroristas, criminosos sexuais, sonegadores de impostos; ou seja, àquelas pessoas que acabam vitimizando o próprio Estado, atentando de forma mais decisiva contra o ordenamento jurídico pátrio.

Assim, os inimigos seriam os vislumbrados nas hipóteses às quais Jakobs se referia ao comentar que “[...] naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa⁴⁰.”⁴¹ Então, quanto a esses criminosos, Jakobs entende que “[...] se tem afastado,

³⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32.

³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 15 de maio, 2011.

³⁹ Segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes, citando colocação de GOMES E CERVINI, baseados no entendimento de SILVA FRANCO, “[...] o crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.” (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’**. São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp00_8973.pdf>. Acesso em: 25 de maio, 2011.). Para melhor compreensão, ainda se pode apresentar a conceituação dada por Hassemer, onde o crime organizado “[...] é um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se portanto difícil de ser isolada; compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex. tráfico de drogas, corrupção) e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular; intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex. extorsão de “pedágios” ou “seguros” por organizações criminosas); possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex. Máfia em outros países que não o seu berço); dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.” (HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 270.).

⁴⁰ Importante entender a concepção de Jakobs sobre o que se considera “pessoa”. Citando Jakobs, Alexandre Rocha Almeida de Moraes informa que “Pessoa é algo distinto de um ser humano, um indivíduo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social (do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir pessoas jurídicas)”; ou seja, “somente pode ser pessoa jurídico-penal ativa, é dizer, autor ou partícipe de um delito, quem dispõe da competência de julgar de modo vinculante a estrutura do social, precisamente, o Direito. Se trata, como resulta evidente, do conceito jurídico-penal de culpabilidade.”

provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.”⁴²

Neste caso, conforme interpretação de Cirino, fatos do inimigo como

[...] criminalidade econômica, organizada ou sexual e, em especial, ações de terrorismo político constituiriam *lesões duradouras da validade da norma* e indicariam autor **incapaz de orientação normativa**, no sentido de *indivíduo* insuscetível de cálculo conforme o *princípio do prazer*, cuja intrínseca *infidelidade jurídica* excluiria as *expectativas normativas* da comunidade, com aplicação antecipada de pena como **segurança** para impedir fatos futuros, com função de *neutralização da periculosidade do autor*, segundo a teoria das medidas de segurança.⁴³

Assim, para Jakobs, “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.”⁴⁴ Assim, pode-se ver que o inimigo seria uma “não-pessoa”, caracterizando-se como um mero objeto capaz de produzir perigo.

Conforme Guilherme Rodrigues Abrão, de acordo com D’ÁVILA,

O Direito Penal do Inimigo, ao desvincular-se de qualquer conteúdo ontológico de pessoa, retira da esfera jurídica uma parcela do poder punitivo e, a critério do soberano, multiplica o “homo sacer”. Trata-se não de propor um agravamento das sanções punitivas do Estado àqueles que representem um perigo excepcional à comunidade como um todo, mas sim de excluí-los do ordenamento jurídico, tornando-os “matáveis” pela guerra pura e simples.⁴⁵

Ainda, Alexandre Rocha Almeida de Moraes, utilizando-se de citação de Jakobs, demonstra que este entende que

[...] além da certeza de que ninguém tem o direito de matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. **Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da**

(MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal**: o ‘Direito Penal do Inimigo’. São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>>. Acesso em: 25 de maio, 2011.).

⁴¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

⁴² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 15 de maio, 2011.

⁴⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 42.

⁴⁵ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 73, 01/02/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.⁴⁶(grifo nosso).

Mas, buscando desconstruir esse entendimento de Jakobs, Kai Ambos advoga que,

Se a pena tem que confirmar a identidade da cultura dominante – sem ter em conta a realidade multicultural das modernas sociedades industriais que, certamente, exclui uma base cultural homogênea para o Direito Penal –, então o emigrante que permanece em seu próprio meio cultural não pode oferecer a segurança cognitiva necessária para estar seguro de sua fidelidade ao direito.⁴⁷

De acordo com Guilherme Rodrigues Abrão, “O direito penal do inimigo, portanto, rompe com a ideia de uma sociedade aberta, livre, plural, democrática, **multicultural e respeitadora das diferenças.**”⁴⁸(grifo nosso).

Assim, conforme Moysés da Fontoura Pinto Neto, “Ao estabelecer uma constante tensão entre “cidadão” e “inimigo”, JAKOBS pretende estabelecer, no interior de um ordenamento jurídico constitucional, uma fissura que provocaria um tratamento de *suspensão do direito* quando se estaria diante do Inimigo.”⁴⁹

Por isso, de acordo com o mesmo autor,

Ao propor um conceito normativo de pessoa, que perde seu sentido concreto e passa a funcionar apenas como elemento de um sistema, JAKOBS esvazia o texto constitucional, criando um “intervalo” onde o Direito Penal do Inimigo é construído. Se adotado, esse “ordenamento” diferenciado constituiria, na realidade, a própria exceção mergulhada no coração da normalidade.⁵⁰

Outra importante contribuição para a melhor compreensão do conceito de inimigo foi trazida por Carl Schmitt, doutrinador que, - apesar de expor seu entendimento antes de Jakobs, já que é um autor do início do século XX, - consegue definir de forma clara e sucinta o que seria o inimigo. Informa-nos Kai Ambos que, de acordo com esse pensador, “Todo antagonismo ou oposição religiosa, moral, econômica, étnica ou de qualquer classe se transforma em oposição política quando ganha força suficiente para agrupar de um modo

⁴⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’**. São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>>. Acesso em: 25 de maio, 2011.

⁴⁷ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

⁴⁸ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 73, 01/02/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

⁴⁹ NETO, Moysés da Fontoura Pinto. A emergência no coração da normalidade:sobre o conceito de inimigo construído nas fendas do Estado de Direito. In: **Revista de Estudos Criminais**. n. 29, Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 159.

⁵⁰ NETO, Moysés da Fontoura Pinto. A emergência no coração da normalidade:sobre o conceito de inimigo construído nas fendas do Estado de Direito. In: **Revista de Estudos Criminais**. n. 29, Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 162.

efetivo os homens em amigos ou inimigos”.⁵¹ Portanto, de acordo com Kai Ambos, para SCHMITT “Quem deva ser considerado no caso concreto como um inimigo, virá determinado, ao menos em situações críticas, pelo Estado; isto é, por quem detenha o poder fático de decisão no Estado: o soberano.”⁵²

Para Kai Ambos, “Em inúmeras ocasiões se cria o inimigo – no verdadeiro sentido de «derivado do conceito» – que há que eliminar mediante sua denominação como tal– no sentido exato do labelling approach.”⁵³

Guilherme Rodrigues Abrão aludindo a SAAVEDRA coloca que nestes casos o “[...] Estado passa a ter o direito de definir quem são seres humanos dignos de proteção estatal e quais são os seres não-humanos que poderão ser tratados como coisas, que poderão ser reificados e, portanto, instrumentalizados para fins políticos de proteção da segurança e da ordem”.⁵⁴

Diante dos conceitos até agora apresentados, o que se pode observar, segundo Guilherme Rodrigues Abrão, é que

[...] há uma dicotomia enorme entre o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão. Para uns a indiferença, o preconceito, o rótulo de inimigo e de constante ameaça, perigo a tudo e a todos que leva a flexibilização absoluta de direitos e garantias fundamentais. Para outros, cidadãos de bem, respeitadores da ordem jurídica, portanto, pessoas, seres devidamente considerados humanos, o respeito aos direitos e garantias fundamentais dentro de um Estado Democrático e Constitucional de Direito.⁵⁵

Então, conforme Luiz Flávio Gomes, pode-se resumir as características do inimigo da seguinte forma:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua

⁵¹ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

⁵² AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

⁵³ Teoria criada nos anos 60 nos Estados Unidos e que tem como tese central o entendimento de que “[...] a criminalidade não é a qualidade de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo através do qual se atribui dita qualidade, quer dizer, de um processo de estigmatização.”(CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 111.)

⁵⁴ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 73, 01/02/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

⁵⁵ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 73, 01/02/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.⁵⁶

Além de mostrar o inimigo dentro do Direito penal material, Jakobs procura demonstrar que há uma diferenciação de tratamento quanto ao inimigo também no que tange ao Direito penal processual, elucidando isso com o caso da prisão preventiva, coação aplicada “[...] contra quem com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isso é, se conduz, nessa medida, como inimigo.”⁵⁷ Ou seja, essa coação não se aplicaria ao delinquente cidadão- “pessoa *em Direito*”⁵⁸-, já que este não visaria danificar ou destruir provas, nem mesmo se evadir da região para evitar ser encarcerado, no caso de vir a sofrer uma condenação como resposta ao seu ato.

Diante disso, conforme Cirino, para Jakobs o cidadão seguiria sendo merecedor das garantias do devido processo legal⁵⁹, enquanto o inimigo teria esse princípio flexibilizado, ou até mesmo suprimido. É o que se infere do trecho abaixo:

[...] o **sistema processual penal** seria cindido entre a imputação fundada no **princípio acusatório** para o *cidadão*, acusado **com** as garantias constitucionais do *processo legal devido* (ampla defesa, presunção de inocência etc.), por um lado, e a imputação fundada no **princípio inquisitório** para o *inimigo*, punido **sem** as garantias constitucionais do *processo legal devido* (defesa restrita, presunção de culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com advogado etc., por outro lado.⁶⁰

Neste mesmo sentido, nos informa Luiz Flávio Gomes que, já que Jakobs não considera o inimigo como pessoa,

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

⁵⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 40.

⁵⁸ Termo utilizado por Jakobs ao falar do criminoso cidadão.

⁵⁹ Conforme Canotilho, o devido processo legal “estrutura-se segundo um código de princípios de direito penal e de direito processual que agora encontram dignidade constitucional formal na maioria das leis fundamentais (princípio da legalidade, princípio da não retroatividade das leis penais, princípio de *non bis in idem*, princípio da inocência do argüido, princípio das garantias de defesa do réu, princípio do acusatório, princípio da reserva do juiz, etc.)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, janeiro-fevereiro, 2006, p. 332.).

⁶⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 15 de maio, 2011.

O inimigo, por conseguinte, não é um *sujeito processual*, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, “ainda que de modo juridicamente ordenado”. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra.⁶¹

Ainda, conforme Guilherme Rodrigues Abrão,

O processo penal é direcionado a um verdadeiro sistema inquisitório, no qual utilizar-se de procedimentos ilegais acaba se tornando a praxe. Isto é admitir que juízes sejam verdadeiros perseguidores em busca de uma “verdade” (absoluta, real, e como se isto fosse possível) a qualquer custo, pois, afinal, aqui os fins justificam os meios, permitindo-se, portanto, coações em certas intervenções (testes de DNA forçados, coleta de provas sem autorização judicial, tortura psicológica e física, etc.), investigações secretas e altamente sigilosas, detenções temporárias sem justificativas, quebras de sigilos bancário e telefônico por tempo indeterminado e sem autorização judicial, utilização de agentes secretos e infiltrados, proibição de acesso a defensor, dentre inúmeras outras possibilidades[...].⁶²

2.3 A teoria de Jakobs e a atuação preventiva quando se trata do inimigo

Um ponto que já fora ora citado, mas merece maior debate é quanto ao fato de que para a teoria de Jakobs o cidadão precisa primeiro atuar para receber alguma reação por parte do Direito penal. Sua punição é posterior. Já o inimigo é punido preventivamente, não pela sua culpabilidade, mas sim por sua periculosidade, sendo neutralizado para evitar o cometimento de crimes futuros, o que configura uma prática e entendimento inconcebíveis.

Para Jakobs, “A culpabilidade é falta de fidelidade ao ordenamento jurídico de acordo com um juízo objetivo, social, em outras palavras, a culpabilidade é a constatação social de que a contribuição do autor à sociedade, ou seja, à comunicação, é errônea, arrasadora das estruturas, e que por isso não é suscetível de ser seguida.”⁶³

Na verdade, seguindo esse raciocínio se estaria retroagindo de forma perigosa à aplicação de um Direito Penal do autor, como ocorria nas terríveis épocas ditatoriais, onde se punia o autor pelo que ele era e não por ter cometido algum delito- podendo-se citar o exemplo da ditadura Nazista, onde “[...] o nazismo dividiu a sociedade alemã e europeia entre

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

⁶² ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 73, 01/02/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

⁶³ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 50.

cidadãos (arianos) e *inimigos* (judeus e comunistas) com mais eficiência do que qualquer Estado autoritário, antes ou depois.”⁶⁴; e não do Direito Penal do fato como é o nosso Direito Penal atual⁶⁵, onde primeiro deve existir a prática de um fato para que depois ocorra a punição.

Dentro desse raciocínio, como bem nos informa Guilherme Rodrigues Abrão, citando D’ÁVILA,

Sempre é bom lembrar que a divisão do direito penal em dois – um dotado de garantias processuais e materiais e outro no qual essas garantias são reduzidas ou suprimidas – está longe de ser algo novo. Durante o período nacional-socialista, por exemplo, já propunha o penalista Edmund Mezger dois “direitos penais”: um direito penal para a generalidade das pessoas, no qual se manteriam os tradicionais princípios jurídico-penais, e um direito penal “especial” para certos grupos de pessoas, como, v.g., os delinquentes contumazes. Neste direito penal especial seria possível, dentre outras coisas, reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração e, quando se possa supor uma herança indesejada para a comunidade, a esterilização de presos.⁶⁶

Seguindo, Guilherme Rodrigues Abrão ainda citando D’ÁVILA, demonstra de forma clara que o Direito penal do inimigo “[...] busca (re)estabelecer um já conhecido modelo de direito penal do agente, direcionado à punição de atos meramente preparatórios, no qual o objetivo da pena é tão somente inocuizar uma inaceitável fonte de perigo [...]”⁶⁷ Hassemer apresenta colocação semelhante ao falar do Direito penal moderno⁶⁸, informando que “Estende-se a punibilidade significativamente para o campo dos atos preparatórios, as condições de punibilidade são reduzidas, e, com isto, são radicalmente reduzidas as possibilidades de defesa.”⁶⁹

Assim, de acordo com Kai Ambos,

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 15 de maio, 2011.

⁶⁵ O problema é que, segundo Hassemer, “Ao invés de uma resposta ao injusto, com o propósito de repará-lo mediante uma reação adequada, o Direito penal moderno prefere a prevenção de ilicitudes futuras ou até mesmo a esconjuração de grandes distúrbios futuros. Falando de uma forma bem emblemática, o Direito penal, a partir de agora, não quer mais ser uma resposta adequada a um injusto pretérito e sim um instrumento para controlar o futuro. As estruturas de pensamento e atuação do Direito penal abandonam um padrão normativo para assumirem qualidades empíricas.” (HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.p. 255.)

⁶⁶ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 73, 01/02/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

⁶⁷ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 73, 01/02/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

⁶⁸ “Eficiência, não justiça; rapidez, não ponderação; exterminação, não equilíbrio: essa é a bandeira.” (HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 298.)

⁶⁹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 291.

Também a pena se orienta a destinatários diferentes dependendo da função: seu efeito confirmador se orienta a pessoas entendidas como «partícipes na comunicação, que ponderam sobre o direito», e a dissuasão e o estímulo da fidelidade ao direito se orienta a “quem não está, per se, juridicamente disposto”. Gera-se, assim, a impressão de que existem homens que basicamente se comportam ou conforme o direito ou contra o direito. O que decide sobre a pertença ao grupo dos inimigos não é o fato (direito penal do fato), senão as características do autor (direito penal do autor).⁷⁰

O que acaba ocorrendo é que Jakobs entende o Direito penal - não analisando a norma a partir do seu objeto, ou seja, o ilícito, mas sim a partir dos resultados da norma (pena) - dentro de um funcionalismo sistêmico, onde a pena serviria apenas para manter a vigência da norma, ou seja, teria um sentido predominantemente simbólico. Segundo Eduardo Montealegre Lynett, “Com seu comportamento, o infrator rompe umas expectativas normativas e a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da desautorização da norma, pode seguir confiando na vigência das mesmas.”⁷¹

Luiz Flávio Gomes também busca demonstrar que há, de forma bem visível, uma diferenciação no momento de aplicação da pena para o cidadão e para o inimigo, possuindo no primeiro caso significado simbólico e no segundo físico, pois conforme o autor, como

(a) o fato (criminoso) de uma pessoa racional significa uma desautorização da norma, um ataque à sua vigência; a pena, por seu turno, simbolicamente, diz que é irrelevante ter praticado essa conduta (para o efeito de se destruir o ordenamento jurídico); a norma segue vigente e válida para a configuração da sociedade, mesmo depois de violada; (b) a pena não se dirige ao criminoso, sim, ao cidadão que atua com fidelidade ao Direito; tem função preventiva integradora ou reafirmadora da norma; (c) A função da pena no Direito Penal do cidadão é contrafática (contrariedade à sua violação, leia-se, a pena reafirma contrafaticamente a norma); (d) no Direito Penal do inimigo procura predominantemente a eliminação de um perigo, que deve ser eliminado pelo maior tempo possível; (e) quanto ao significado físico, a pena impede que o sujeito pratique crimes fora do cárcere. Enquanto ele está preso, há prevenção do delito (em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio).⁷²

Dentro disso, explica Manuel Cancio Meliá que,

Na concepção de Jakobs, o Direito penal obtém sua legitimação material da necessidade de garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas das que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) frente àquelas condutas que expressam um significado contrário à norma correspondente e colocam esta, portanto, em questão como modelo geral de orientação no contato social.⁷³

É pensando dessa forma que o Jakobs consegue- mesmo que de maneira ilógica- de alguma forma legitimar essa punição preventiva daqueles considerados inimigos, ou seja,

⁷⁰ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

⁷¹ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 12.

⁷² GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

⁷³ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 109.

como acredita em uma prevenção geral positiva da pena, defende que ao se punir de forma preventiva os inimigos, o objeto dessa prevenção geral seria alcançado. Assim, Alexandre Rocha Almeida de Moraes nos resume que “[...] JAKOBS propõe, em suma, uma prevenção geral, para que produza efeito em todos os cidadãos, e positiva, para que esse efeito não seja o medo diante da pena, mas sim a tranquilidade quanto à vigência da norma, que se viu afetada pela infração e voltou a ser fortalecida pela pena.”⁷⁴

De acordo com Fábio Silva Bozza,

[...]Jakobs considera a prevenção geral positiva como a única função da pena criminal. Tal função concentra as finalidades de intimidação, correção, neutralização e retribuição. A legitimação do discurso punitivo consiste no exclusivo objetivo de afirmação da validade da norma, a qual seria colocada em dúvida caso em seguida de um crime não houvesse punição.⁷⁵

Ainda, Alexandre Rocha Almeida de Moraes analisando Jakobs, expõe que

GÜNTHER JAKOBS, aliás, acentua que, consciente dos riscos, a sociedade passa a se conduzir de modo a exigir que a imposição de penas seja perceptivelmente preventiva. Essa mesma sociedade consciente dos riscos vê a necessidade de um balanceamento constante entre juridicidade e efetividade. Segundo JAKOBS, é justamente a incompatibilidade entre elas que configura o problema centra do Direito Penal moderno.⁷⁶

O problema é que, - conforme Alexandre Rocha Almeida de Moraes, citando FERRAJOLI-, os defensores da prevenção geral positiva, como o é Jakobs,

Seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatalismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de “orientação moral” e de “educação coletiva”, até a recente doutrina de Günther Jakobs que inspirando-se nas ideias sistêmicas de Niklas Luhmann, justifica a capacidade de reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições.⁷⁷

⁷⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’**. São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>>. Acesso em: 25 de maio, 2011.

⁷⁵ PILATI, Rachel Cardoso. Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. In: **Revista Jurídica FURB**. vol. 13, n. 25, jan./jul. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1333/1066>>. Acesso em: 30 de maio, 2011.

⁷⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’**. São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>>. Acesso em: 25 de maio, 2011.

⁷⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’**. São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>>. Acesso em: 25 de maio, 2011.

Como exemplo, Jakobs cita, no caso do cidadão, “[...] o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo (p.22, 21 StGB)”.⁷⁸ Quanto ao inimigo, apresenta que

[...] um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por trás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a correspondente ao autor de uma tentativa de homicídio, já quando funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta (p129 a StGB), isto é, eventualmente anos antes de um fato previsto com maior ou menor imprecisão”.⁷⁹

Conforme exposto, segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Quando o defeito volitivo se acentuar de forma contumaz e reiterada, ou mais precisamente, quando o indivíduo, tido até então como “pessoa”, demonstrar cognitivamente que não está disposto a respeitar as normas, o funcionalismo sistêmico de JAKOBS e sua prevenção geral integradora- retratados em seu “Direito Penal do Cidadão”- darão lugar, como já vem ocorrendo, a um modelo diverso de Direito Penal: o “Direito Penal do Inimigo”.⁸⁰

2.4 Direito penal do inimigo inserido no Direito penal do cidadão

É a partir dessa 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. Conforme Kai Ambos, “[...] o direito penal do cidadão se impõe com regras de direito penal do inimigo e nesta contaminação do “puro” direito penal do cidadão é onde se situa o verdadeiro perigo do direito penal do inimigo.”⁸¹ E isso até o próprio Jakobs reconhece, ao referir que

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.⁸²

⁷⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

⁷⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

⁸⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’**. São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>>. Acesso em: 25 de maio, 2011.

⁸¹ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

⁸² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 44.

Então, infelizmente o que antes era apenas assunto para debates, acabou virando realidade⁸³. É o que afirmam alguns doutrinadores quando dizem, ao tratar da teoria de Jakobs, que:

A política criminal descrita tem, como correlato inevitável, uma dogmática penal com perfil próprio, que excepciona sistematicamente os princípios e categorias clássicas da dogmática tradicional. (...) Coloca-se em marcha um desenfreado movimento neocriminalizador com a conseqüente incriminação de condutas tradicionalmente atípicas ou com a ampliação desmedida de figuras delituosas preexistentes. E tudo isso com um rigor penal desproporcional, característico de uma legislação defensiva, regida evidentemente por uma orientação (puramente) simbólica.⁸⁴

Assim, 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 aceção exclusiva e exacerbadamente somática[...].⁸⁵

Nesse mesmo sentido, Kai Ambos defende de forma apropriada que “[...] não se pode obter uma definição de inimigo que seja tão exata, que não resulte que o dano ao Estado de Direito não seja ainda maior do que já é por si de *lex lata* (contaminada pelo direito penal do inimigo). A falta de precisão do conceito de inimigo é, portanto, também o argumento decisivo contra sua capacidade de prestação analítica.”⁸⁶

O mesmo autor comenta ainda que “[...] de um mero instrumento de análise crítica do estado do direito penal foi radicalizada e convertida em uma concepção que não se limita mais à mera descrição, senão que, ao contrário, postula e exige a exclusão e marginalização dos inimigos do sistema (dominante), o qual pode servir perfeitamente como base teórica ou fundamento de um regime (penal) de cunho autoritário.”⁸⁷

Apesar 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

⁸³ 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.).

⁸⁴ PILATI, Rachel Cardoso. Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. In: **Revista Jurídica FURB**. vol. 13, n. 25, jan./jul. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1333/1066>>. Acesso em: 30 de maio, 2011.

⁸⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 225.

⁸⁶ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

⁸⁷ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

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.”⁸⁸ Vê-se então, 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 nível nacional e internacional –, que seria preferível à atual confusão do *inimigo* e do *cidadão*, própria do Direito Penal *igual* para todos.⁸⁹

Para Manuel Cancio Meliá, com o qual se concorda de forma incontestável, “Direito penal do cidadão é um pleonismo; Direito penal do inimigo, uma contradição em seus termos.”⁹⁰ 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”.⁹¹ Cancio Meliá afirma, ainda, demonstrando a existência do direito penal do inimigo no Direito penal atual, que

[...] a atividade 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 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.⁹²

Buscando uma melhor visualização desse fenômeno, Cancio Meliá traz, com base no Código Penal espanhol, a seguinte problemática⁹³:

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

⁸⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 50.

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20i%20nimigo.pdf>>. Acesso em: 15 de maio, 2011.

⁹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

⁹¹ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 92.

⁹² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56.

⁹³ 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 comparados às consequências dos mesmos. Isso decorre da falta de um estudo minucioso sobre os impactos dessas tipificações ou majorações, visando apenas atender ao clamor social, servindo sempre como instrumento político.

consentimento da mãe (quatro a oito anos) nos termos previstos no mesmo “Código penal da democracia”[...].⁹⁴

Então o autor acima referido, indo contra o postulado de Jakobs, defende com muita propriedade 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.”⁹⁵

Esse entendimento de Cancio Meliá vai de encontro à colocação de Jakobs quando este afirma que “O fato e a pena encontram-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.”⁹⁶

Buscando trazer essa realidade para mais perto de nós⁹⁷, 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 fundamentais, ante a mera presunção de perigo destas ‘não-pessoas’.⁹⁸

Não apenas as novas tipificações ajudam a intensificar a “caça” aos inimigos, mas também a grande propaganda existente nos meios de comunicação, 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.

Conforme o que foi acima exposto, podem-se tecer algumas características principais da teoria do Direito penal do inimigo. A doutrina quase que de forma unânime cita três, quais sejam: punição preventiva; falta de proporcionalidade entre as penas aplicadas e as que

⁹⁴ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 100.

⁹⁵ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 95.

⁹⁶ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 50.

⁹⁷ Hoje muitas dessas previsões foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, mas não deixam de servir de alerta para a questão em debate.

⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

realmente deveriam ser impostas; e afastamento das garantias e direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

O que acaba verificando-se, assim, é que hoje não só aquele considerado inimigo é quem é punido preventivamente, pelos atos preparatórios, mas também o cidadão, já que “[...]o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros [...]”.⁹⁹ Dessa forma vários princípios são violados e isso se encontra muito próximo do que seria o Direito penal do inimigo, que como se verá a seguir, é alvo de inúmeras críticas quanto à sua existência e falta de compatibilidade com o nosso atual Direito penal, sendo contrário às diretrizes que este estabelece, principalmente no que diz respeito às crianças e adolescentes.

⁹⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 44.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM NOSSO DIREITO PENAL, PRINCIPALMENTE O JUVENIL: RETROCESSO PENAL

3.1 Direito Penal Juvenil: características fundamentais

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

As medidas (podendo ser comparadas às penas aplicadas aos adultos) que podem ser aplicadas aos adolescentes vão desde a advertência, até a internação, sendo todas essas hipóteses taxativas, respeitando o princípio da legalidade e levando sempre em conta a capacidade para o seu cumprimento, as circunstâncias e a gravidade da infração.¹⁰⁰

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.¹⁰¹ 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.¹⁰²

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 que se

¹⁰⁰ Artigo 112, §1º, Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁰¹ Artigo 121, Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁰² Artigo 121, §2º, Estatuto da Criança e do Adolescente.

encontrem cumprindo a medida socioeducativa, já que a doutrina da proteção integral¹⁰³ os abarca também.

Outra característica importante é a possibilidade de remissão¹⁰⁴ 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 Beijing¹⁰⁵. Como sabemos, essa medida não existe no direito penal adulto, onde a figura que mais se aproxima é a transação penal¹⁰⁶, cabível apenas nos casos do Juizado Especial Criminal.

A presença dos pais ou responsável é outro ponto que é muito reivindicado pelo direito penal juvenil. 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.¹⁰⁷

Cumprido salientar a regra prevista do 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.

3.2 Principal objetivo de um direito penal direcionado às crianças e adolescentes

O direito penal cuja aplicação se direciona aos 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.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Uma forma de “perdão”, que faz com que haja exclusão do processo. Aqui estamos tratando da remissão pré-processual, que é a concedida pelo Ministério Público. Mas ainda existe a pós-processual, que é a concedida pelo juiz, podendo gerar a suspensão ou a extinção do processo.

¹⁰⁵ Também chamada de Regras de Pequim, ou regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude.

¹⁰⁶ Seus requisitos se encontram na Lei dos Juizados Especiais Criminais (artigo 76, Lei 9099/95).

¹⁰⁷ Artigo 124, VI, VII, VIII, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por muito tempo o adolescente foi tratado como sujeito sem direitos, ou sujeito 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 (rua, fome, frio, violência) e contra ele mesmo (impulsos juvenis)¹⁰⁸. 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 hoje é/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 são¹⁰⁹ 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 internacionais¹¹⁰, que devem ser observados e ampliados pela jurisdição nacional.

Assim, segundo Konzen¹¹¹

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.

¹⁰⁸ Como visto no primeiro capítulo, essa idéia de “falsa proteção” aos adolescentes segue nos discursos atuais.

¹⁰⁹ Assim como no Direito Penal dirigido aos adultos, muitas vezes esses requisitos não são observados de forma correta, aproximando-se muito do direito penal do inimigo.

¹¹⁰ Podemos citar a Declaração de Genebra (1924), as Regras de Beijing, e a Convenção sobre os direitos da criança (1989).

¹¹¹ KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 66.

3.3 Incoerências entre o Direito penal proposto por Jakobs e o Direito penal previsto no nosso Direito Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente

Como visto no capítulo inicial, quando Jakobs trata de uma das funções da pena¹¹², dizendo que esta teria também uma função preventiva¹¹³, 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 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 (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 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 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 influenciar-se reciprocamente têm de pertencer a alguma constituição civil.¹¹⁴ (grifo nosso).

¹¹² No direito penal juvenil chamada de medida protetiva ou socioeducativa.

¹¹³ De acordo com HASSEMER, “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 interventivo, 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.).

¹¹⁴ DELFIM, Marcio Rodrigo. **Uma análise crítica do direito penal do inimigo. In: Jus Navigandi**, Teresina, a. 15, n. 2669, 22/10/ 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17677/uma-analise-critica-do-direito-penal-do-inimigo/2>>. Acesso em: 12 de maio, 2011.

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 configurar um “perigo” à sociedade. Isso é muito bem colocado por Ulfrid Neumann ao afirmar que

A pena é, independentemente 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.**¹¹⁵(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 intercação - 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 exercício de ocupação lícita, permitindo concluir que não possui estrutura para o cumprimento, a contento, das medidas socioeducativas impostas pela sentença apelada [...]**.¹¹⁶

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,**

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ TJ-SP, Relator: Eduardo Pereira. Data de Julgamento: 08/09/2008, Câmara Especial.

mostram-se desajustadas para o convívio em sociedade e tendentes ao comportamento delitivo.¹¹⁷

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. O 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. (SEGREDO DE JUSTIÇA).** (grifo nosso)¹¹⁸

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.**¹¹⁹(grifo nosso).

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. De acordo com Luiz Fernando Kazmierczak,

[...] o princípio da ofensividade está destinado a funcionar como critério hermenêutico de extraordinário valor, em virtude do qual resulta impossível sancionar penalmente todos os comportamentos que **concretamente não chegam a atingir ou afetar o bem consagrado normativamente.**(grifo nosso).

Dessa forma, para que um ato humano seja considerado penalmente relevante, além da materialização de uma vontade criminosa, que é exigência do princípio do fato, faz-se necessário um *plus*, que precisamente a ofensa, como bem ressaltou, anteriormente citado, Zaffaroni que diz “não se pode interromper arbitrariamente a

¹¹⁷ Apelação Cível nº N° 70026655233, 8ª Câmara Cível. Comarca de Osório-RS. Relator Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 20.11.2008.

¹¹⁸ Apelação Cível nº 700051 60916, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Rui Portanova, julgado em 07/11/02.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**.2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p. 70.

análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional”.¹²⁰

Quanto ao princípio da materialização do fato, Luiz Flávio 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.¹²¹(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. Como bem coloca Matheus Magnus Santos Iemini citando Nivaldo Brunoni,

[...] não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas **ser** ladrão; não se proíbe matar, mas **ser** homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da *má vida* ou *estado perigoso*, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc. Ou, também, a aplicação de penas *pós-delituais*, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc.¹²²

Junto a isso, quando Jakobs busca tratar cidadão como pessoa e o inimigo como “não pessoa”, tratando-o 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 adolescentes¹²³. Esse discurso

¹²⁰ KAZMIERCZAC, Luiz Fernando. **Princípio da ofensividade como pressuposto do jus puniendi. Enfoque sobre o conceito material do delito à luz da constituição federal de 1988.** Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/luizfernandokazmierczak/principiodaofensividade.htm>>. Acesso em: 08 de junho, 2011.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais. vol. 1.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 459.

¹²² IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em: 13 de maio, 2011.

¹²³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

jamais pode ser aceito, pois configura atentado ao maior direito de todos, qual seja, a dignidade humana¹²⁴, já que como bem coloca Ingo Wolfgang Sarlet, [...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que 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 [...].¹²⁵

Diante disso, Matheus Magnus Santos Iemini, criticando Jakobs, afirma que

Em sua tese, Jakobs não faz distinção entre o cidadão e a pessoa, de forma que também não separa direitos inatos à pessoa humana, dos direitos do cidadão. Não olvida-se que a qualidade de cidadão possa ser perdida, como direitos políticos, liberdade e etc. Contudo, direitos inatos à pessoa humana, não podem ser perdidos ou ignorados, haja vista que **ser humano** não trata-se de qualidade que possa ser retirada de um agente, sendo uma característica inata, assim como os direitos a ela inerentes. Ao não distinguir entre as figuras expostas, com a devida *vênia*, acredita-se ter o brilhante doutrinador alemão buscado sustentar sua tese nas obras de Fichte e Rousseau, donde extrai-se que o agente delituoso, por não adaptar-se à sociedade, pode ter de si retirado sua qualidade (direito) de cidadão (JAKOBS, 2009, 25), contudo, *vênia* deferida, a circunstância e os direitos do ser humano, acredita-se ser inarredável.¹²⁶

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.”¹²⁷ 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.

¹²⁴ Ainda importante é a colocação de Aline Seabra Toshi, citando Alexandre de Moraes, entendendo que: “A dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, **constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício os direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.** O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.” (grifo nosso). (TOSCHI, Aline Seabra. **Dignidade da pessoa humana e garantismo penal. In: Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 64, 01/04 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3967/dignidade-da-pessoa-humana-e-garantismo-pena>>. Acesso em: 17 de junho, 2011.).

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 116.

¹²⁶ IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em: 13 de maio, 2011.

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

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 (pessoas, seus filhos, netos) 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 da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria na *despersonalização de toda a sociedade*.¹²⁸

É quanto a isso que nos busca advertir Matheus Magnus Santos Iemini ao explicar que

A aceitação da sociedade, representada por seus legisladores e, atualmente até mesmo do poder judiciário, de uma atuação enérgica e desprovida de garantias somente tem lugar em um Estado autoritário. Entende-se, por fim, que ou existe uma regressão do movimento do direito penal do inimigo em nosso País, ou certa é a falência da Justiça Criminal, seja pelo descrédito, seja pelo rigor, ou até mesmo pelo despropósito em se seguir uma legislação sabendo-se já estigmatizado por condições ambientais que certamente criarão no cidadão uma desconfiança perpétua em relação à própria insegurança frente ao Estado.¹²⁹

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 propósitos¹³⁰, ou seja, o conceito acaba sendo utilizado como mais uma forma de exercício do poder.¹³¹

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 um incompreensível **conceito não bélico de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se dar conta que esse pretense conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, que, por sua essência, não tolera limite nem**

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 20.

¹²⁹ IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em: 13 de maio, 2011.

¹³⁰ Como é a atual discussão acerca da redução da maioria penal, que pretende reduzir a idade mínima de 18 para 16 anos nos casos de crimes hediondos.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25.

parcialização de espécie alguma, ou seja, que inevitavelmente importa o abandono do princípio do Estado de direito.¹³² (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 *hostis* 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.*”¹³³ 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 seus limites perfeitamente estabelecidos e seus controles também regulados. Não há razão alguma para confundir o Estado *excepcional constitucional* com uma *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.¹³⁴

É bem o que dispõe Canotilho, conforme Marcelo Lessa Bastos, quando afirma que

[...] O "direito penal contra o inimigo" que hoje exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, designadamente o norte-americano e o europeu, tem testado o acerto das suas propostas constitucionais e penais em três setores das políticas e legislações criminais – a legislação anti-terrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual [...] O "inimigo" nega-se a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária e a título permanente da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula. Mas não só isto. Agora, o fim da pena já não é o de uma função geral preventiva socialmente integradora, mas sim o da repressão expiatória através da segregação e neutralização do criminoso que, pelo seu comportamento, desestabilizou as expectativas normativas compartilhadas pelos cidadãos, colocando-se em guerra contra o Estado e a comunidade. [...] **A pressão recai sobre as Constituições obrigando-as a rever os respectivos textos sobretudo no âmbito das liberdades e das garantias, transformando as regras em exceções e as exceções em regras [...]** O Estado de direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade sem as restrições do "direito de necessidade".¹³⁵ (grifo nosso).

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*[...].”¹³⁶ Assim, segundo

¹³² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 159.

¹³³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 121.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 145-146.

¹³⁵ BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1319, 10/02/ 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9481/alternativas-ao-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 05 de junho, 2011.

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 163.

Zaffaroni, “O Estado de direito concreto de Jakobs, deste 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”.¹³⁷

Zaffaroni conclui ainda que, “[...] para os teóricos- e, sobretudo para os práticos- da exceção, sempre se invoca uma *necessidade que não conhece lei nem limites. A estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites*, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder.”¹³⁸

Da mesma forma se posiciona Rosaurly Sampaio, demonstrando que “[...] para que se aplique o Direito Penal que Jakobs entende como sendo a solução para livrar a sociedade de determinados criminosos é mister que o Estado eleja seus inimigos, o que significa repetir a história.”¹³⁹ É o que também verifica Zaffaroni, ao mostrar que

[...] a história demonstra que os rótulos caíram sobre estereótipos muito diferentes, alguns inimagináveis hoje em dia, conforme a emergência invocada, os preconceitos explorados pelo discurso *völkisch* de cada momento, as corporações que assumiram a hegemonia discursiva e muitos outros elementos imponderáveis, dando lugar a uma desconcertante heterogeneidade que prova a distribuição da qualificação de *estranho* ou *inimigo* com notória *arbitrariedade* ao longo dos séculos, *de acordo com a perspectiva dos que detiveram o poder.*¹⁴⁰

Demonstrando isso Zaffaroni coloca que, “Com efeito, os perigosos ou *inimigos* foram *parasitas* para os soviéticos, *subumanos* para os nazistas e *inimigos de Estado* para os fascistas, todos submetidos a um *sistema penal paralelo*, composto por tribunais especiais inquisitoriais/policiais.”¹⁴¹

Então o que se consegue observar é que pode passar algum tempo, mas parece que sempre irá surgir um novo inimigo, que será determinado pelo que representa como indivíduo perante a sociedade e não pelos atos ilícitos que comete e ainda, de acordo com Rosaurly Sampaio, esse inimigo será selecionado [...] pela potencialidade em cometer delitos e possibilidade em reincidir ou, por pertencer a um grupo, com características pré-definidas

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 163.

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 24-25.

¹³⁹ SAMPAIO, Rosaurly. **Direito Penal do Inimigo de GüntherJakobs- um anti-direito**. 20/04/2011. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/64299/1/DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO-DE-GUNTHER-JAKOBS----um-anti-direito/pagina1.html>>. Acesso em: 13 de junho, 2011.

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 81.

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 54.

pelo poder instituído como sendo as marcas do indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania [...].¹⁴²

Assim, conforme entendimento de Zaffaroni,

*O hostis, inimigo ou estranho nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal (que poucas vezes o reconheceu abertamente e, quase sempre, o encobriu com os mais diversos nomes). Trata-se de um conceito que, na versão original ou matizada, de cara limpa ou com mil máscaras, a partir de Roma, atravessou toda a história do direito ocidental e penetrou na modernidade, não apenas no pensamento de juristas como também no de alguns de seus mais destacados filósofos e teóricos políticos [...].*¹⁴³

O problema é que nesse intento de encontrar um novo inimigo a cada período, o Estado acaba generalizando o tratamento disposto aos indivíduos, e conforme Zaffaroni “quando a coerção direta se estende a outras situações, o que ocorre é uma administrativização de todo o direito penal e, com isso, volta-se à Inquisição.”¹⁴⁴ Por isso, o Estado quando atua deve também respeitar todos os direitos fundamentais, não cabendo dividir os criminosos/adolescentes em conflito com a lei em cidadãos ou inimigos-, pois sempre que se pretender aplicar alguma lei que possa lesar essas garantias, essa lei com certeza estará em desacordo com nosso ordenamento e será inconstitucional.

Assim, o Estado acaba utilizando o discurso da teoria do Direito penal do inimigo para exercer um controle sobre toda a população juvenil, já que não há um conceito específico sobre quem realmente seriam os inimigos. Com esse conceito abstrato acaba-se abrindo a possibilidade para o arbitramento por parte das autoridades judiciárias. Mas não se pode esquecer que nosso Direito penal (e nele se insere o juvenil), diferentemente do Direito penal do inimigo, é um Direito formalizado, e segundo HASSEMER, “**Somente seu acentuado formalismo- reserva legal, anterioridade, publicidade da verificação das normas, sanções e procedimentos; vinculação do controle social penal a princípios destinados a assegurar a tutela jurídica das pessoas por ele atingidas em seus direitos individuais- pode legitimar o Direito penal e seus meios de coerção concretos.**”¹⁴⁵ (grifo nosso)

Então, de acordo com Fábio Antônio Tavares dos Santos,

O que não se pode fazer é deixar que o fisiologismo tome conta do país. A começar pelo bom senso diante do nosso abismo social, onde não há realismo funcional sistêmico (aos moldes de Jakobs) que traga justiça ao nosso ordenamento. Se é para

¹⁴² SAMPAIO, Rosaurly. **Direito Penal do Inimigo de GüntherJakobs- um anti-direito.** 20/04/2011. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/64299/1/DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO-DE-GUNTHER-JAKOBS---um-anti-direito/pagina1.html>>. Acesso em: 13 de junho, 2011.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 23-24.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 163.

¹⁴⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 43.

iludir a sociedade que benesses advêm da implementação das medidas extremas contra os ricos, melhor que todos peguemos em armas e nos dirijamos à guerra civil. Pelo menos saberemos quais são as regras do estado de guerra, senão a de matar ou morrer, não a de ficar na catarse, no caos da insegurança jurídica, rasgando diariamente nossos preceitos democráticos, nosso sonho de justiça e achando que tudo está bem.¹⁴⁶

3.4 Cidadão x inimigo: consequências ao Direito Penal Juvenil

Como se pode analisar, a principal consequência da existência paralela ao Direito penal juvenil de garantias (como é para ser o nosso), do Direito penal do inimigo, é a absoluta ruptura com o Estado de Direito e uma ampliação sem freios dessa teoria na punição de todos os cidadãos (adolescentes), pois de acordo com Zaffaroni “pode-se observar na América Latina que as medidas de contenção postuladas por Jakobs apenas para os inimigos são aplicadas- certamente sem mais discriminação do que a seletividade criminalizante- a todos os suspeitos de ser infratores, ou seja, trata-se todos como *inimigos*.”¹⁴⁷

Zaffaroni segue criticando que

[...] esta formal e até solene *declaração ou promessa- em algumas ocasiões, juramento- de perseguição limitada a terroristas* (bruxas, hereges, comunistas, narcotraficantes etc.) não pode ser levada em conta, porque **o poder de individualização concedido à agência que o exerce- como qualquer burocracia- será exercido de acordo com os seus objetivos setoriais, que não estarão limitados aos estereótipos imaginados pelo legislador na hora de construir os tipos ou de retirar garantias dos cidadãos.**¹⁴⁸(grifo nosso).

Então, como observado, outro problema existente na teoria de Jakobs, que é um dos mais destacáveis e merecedor de críticas, é que este não nos traz um conceito que consiga delimitar concretamente quem seriam os inimigos, ou seja, torna-se inviável, dessa forma, delimitar para quem seria aplicado o Direito penal juvenil existente no Estado Democrático de Direito e para quem restaria a punição conforme o Direito penal do inimigo. É o que nos mostra Marcelo Lessa Bastos:

Jakobs vai ainda mais longe do que Hobbes no que concerne tanto ao alvo deste Direito Penal do inimigo, o inimigo em si, como no que concerne às restrições de cidadania a que está sujeito. O traidor de Hobbes era identificado pelo tipo de crime

¹⁴⁶ SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. “Direito Penal do inimigo” permeia decisões da justiça. In: **Consultor Jurídico**. 05/05/2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-05/direito-penal-inimigo-permeia-decisoes-criminais-justica>>. Acesso em: 12 de junho, 2011.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 164.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 118.

cometido – aquele que se volta contra o soberano (por palavras, como renegando sua autoridade total ou parcialmente, ou por ações, como praticando alguma violência contra ele ou quem executa suas ordens) ou a cidade (pegando em armas ou se debandando para o lado do inimigo em caso de guerra). E se definia que seria punido segundo o direito de guerra, o direito natural. **Já Jakobs não diz quem é o inimigo, limitando-se a indicá-lo como sendo aquelas "não-pessoas" incapazes de inspirarem confiança acerca de se deixarem "coagir a viver num estado de civilidade".**¹⁴⁹(grifo nosso).

O mesmo autor, citando Luis Greco, critica essa falha de Jakobs, demonstrando que

O conceito de direito penal do inimigo não pode pretender lugar na ciência do direito penal. Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador-afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário. A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional. Neste estudo, tentou-se, através de precisão analítica e de diferenciações conceituais, lidar racionalmente com um conceito sobremaneira irracional, porque carregado de emoções. Não se pode estranhar, portanto, que as distinções um tanto óbvias que aqui se realizam estejam sendo propostas tão tardiamente na discussão: o conceito de direito penal do inimigo não convida de modo algum à racionalidade. Mas **lá onde se trata de punir – isto é, de impor coativamente sofrimento ou juízos de reproche pelo estado – mostra-se necessária mais do que nunca uma atitude de objetividade, de sobriedade, de racionalidade. Uma tal atitude não é de modo algum favorecida pelo direito penal do inimigo**, em quaisquer de seus três significados. Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo.¹⁵⁰ (grifo nosso).

Dessa forma, além de Jakobs buscar a aplicação de um direito diferenciado do nosso Direito penal para aqueles que atentam contra a organização estatal, este não apresenta sequer uma sólida separação entre cidadãos e inimigos, e é importante entender que, conforme Luciana de Medeiros Fernandes nos coloca, “O outro não é, necessariamente, o inimigo, é apenas mais um membro da sociedade, é um cidadão.”¹⁵¹ Assim, seus conceitos além de vagos são muito amplos, abarcando todos aqueles adolescentes que o Estado queira etiquetar. Quanto à essa situação, bem demonstra Zaffaroni que

Quando os destinatários do tratamento diferenciado (os *inimigos*) são seres humanos não claramente inidentificáveis *ab initio* (um grupo com características físicas, étnicas ou culturais bem diferentes), e sim pessoas misturadas ao e confundidas com o resto da população e que só uma investigação policial ou judicial pode identificar, perguntar por um tratamento diferenciado para eles importa interrogar-se acerca da possibilidade de que o *Estado de direito possa limitar as garantias e as liberdades de todos os cidadãos com o objetivo de identificar e conter os inimigos.*¹⁵²

¹⁴⁹ BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1319, 10/02/ 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9481/alternativas-ao-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 05 de junho, 2011.

¹⁵⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1319, 10/02/ 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9481/alternativas-ao-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 05 de junho, 2011.

¹⁵¹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 69, novembro-dezembro, 2007. p. 88.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 116-117.

O que acaba ocorrendo é que, como fica muito difícil identificar pontualmente quem seriam os inimigos, acaba ocorrendo uma punição redutora de garantias generalizada, abarcando todos os adolescentes. Como exemplo pode-se trazer a investigação através de escutas telefônicas, onde mesmo que se faça a escuta apenas da conversa do suspeito, outras pessoas e fatos -que nada tem a ver com o suposto ato infracional que está sendo investigado- serão mencionados nas gravações que chegarão ao conhecimento das autoridades, afetando inclusive a esfera íntima e privada de diversos outros indivíduos além do considerado inimigo.

Pode-se complementar esse entendimento com a colocação de Kai Ambos acerca do fato de que

Desde o ponto de vista processual se estabelece a questão conforme quais regras procedimentais se produz a “identificação de inimigos”. Realmente só existem duas possibilidades: ou se procede conforme as regras do direito penal do cidadão e se procura separar a palha (os inimigos) do trigo (os cidadãos), ou se procede conforme as regras do direito penal do inimigo e se atribui de maneira abstrata o status de inimigo. Quanto ao primeiro caso devemos ter em conta que isto se realizaria no marco de um processo jurídico-estatal – onde vige a presunção de inocência! -, pelo qual se aplicaria o direito penal do cidadão aos inimigos, e, portanto se desacreditaria o discurso penal do inimigo. Por isso, desde a perspectiva do direito penal do inimigo, resulta mais consequente a segunda possibilidade, a qual significaria, ademais – exatamente no sentido de uma *petitioprincipii* -, que se pressupõe aquilo que antes de mais nada teria que demonstrar (o status como “inimigo” de determinados indivíduos).¹⁵³

Advém dessa situação, assim, uma ânsia cada vez maior por parte da população pela criminalização de todas as condutas que possam vir a prejudicar de alguma forma a sociedade, como se vê nos discursos que buscam legitimar a redução da maioria penal, p. ex.. E junto a isso existe o interesse do Estado em proteger sua instituição e perseguir aqueles contrários a ela, utilizando-se dessa fragilidade emocional pela qual está passando nossa sociedade hoje, diante das “bombas” diárias de notícias apelativas, para realizar reformas penais e abarrotar nosso ordenamento com leis cada vez mais rigorosas de um lado e felexibilizadoras de garantias e direitos de outro. Como bem colocam Zaffaroni e Batista, “Identificar um falso inimigo é sempre útil para atenuar a ansiedade provocada pela complexidade fenomênica e desviar do caminho certo os esforços para remediar os males.”¹⁵⁴

Assim, conforme Marcelo Semer “o direito penal de um Estado interventor, ou social, deslancha para a hipercriminalização, ao entender que em todo o direito assegurado

¹⁵³ AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, vol.1, p. 48.

aos cidadãos, há de existir uma norma penal que reprima sua frustração ou a impossibilidade de exercê-lo.”¹⁵⁵ Então, de acordo com Zaffaroni,

É claro que estas reformas são absolutamente ineficazes para prover alguma segurança frente ao *inimigo* de plantão, porém elas são imediatamente aproveitadas pelas agências executivas de cada país para seus próprios objetivos setoriais (desde eliminar indesejáveis e controlar a massa de excluídos até criar novas fontes de arrecadação ou cobrar proteção).¹⁵⁶

Diante disso, Matheus Magnus Santos Iemini coloca que, de forma oposta ao minimalismo penal, [...] destaca-se a corrente do movimento do direito penal do inimigo, bem próximo ao modelo norte americano de Lei e ordem, derivado, indiscutivelmente, conforme supra mencionado, pelo apelo midiático e atuação de parlamentares no sentido de ter como solução para a violência a criminalização cada vez maior de condutas e a relativização de direitos individuais.¹⁵⁷

Com essa nova tendência vislumbra-se, como afirma André Luiz Callegari, citado por Rachel Cardoso Pilati, que hoje

Há uma ideia generalizada que o direito penal pode cumprir determinadas funções que deveriam ser destinadas a outros ramos do ordenamento jurídico, porém, como o Estado é ineficiente para a resolução de determinados problemas sociais, sempre se vale do instrumento ameaçador que constitui o direito penal.[...] **Deste modo, o direito penal se transforma em um instrumento ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e elevação qualitativa e quantitativa do nível da pena) e simbólico[...]. No interior desse processo, o efficientismo penal tenta fazer mais eficaz e mais rápida a resposta punitiva limitando ou suprimindo garantias substanciais e processuais que foram estabelecidas na tradição do direito penal liberal, nas Constituições e nas Convenções Internacionais. Com efeito, a ideia de “efficientismo penal”, que reforça propostas como a do Direito Penal do Inimigo termina, inevitavelmente, na supressão de garantia e na quebra do Estado democrático de Direito.**¹⁵⁸(grifo nosso).

Hassemer também critica essa função generalizada que muitos buscam conferir ao Direito penal (também presente no direito penal juvenil). Segundo o autor, falando do Direito penal de seu país (Alemanha), adverte que

Hoje a ênfase se dirige para as novas criminalizações no Direito Penal especial e para a exacerbação das penas cominadas: drogas, ambiente, economia, processamento de dados, terrorismo. [...] na dúvida acerca da legitimidade e efetividade de uma proibição, decide-se pela criminalização. Esta passa a ser abrangente e generalizada, e não mais fragmentária, e se serve de uma terminologia

¹⁵⁵ SEMER, Marcelo. Direito Penal e Direitos Humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, novembro-dezembro, 2007. p. 104.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p. 186.

¹⁵⁷ IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em: 13 de maio, 2011.

¹⁵⁸ PILATI, Rachel Cardoso. Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo de GüntherJakobs. In:**Revista Jurídica FURB**. vol. 13, n. 25, jan./jul. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1333/1066>>. Acesso em: 30 de maio, 2011.

imprecisa. O Direito penal, de *ultima ratio*, converte-se em *prima* ou *sola ratio*: **onde quer que surja um problema digno de alguma atenção, logo aparece o legislador munido do Direito Penal.**¹⁵⁹ (grifo nosso).

Hassemer ainda entende que o Direito penal possui características e pressupostos que devem ser seguidos sempre, independentemente do clamor social ou de escopos políticos, e por isso não é um ramo que possa abarcar todos os tipos de problemas sociais, muito menos do jeito que propõe Jakobs, com a punição preventiva, pela periculosidade e não culpabilidade, etc. É o que se infere de Hassemer quando este, ao tratar do Direito penal, coloca que

Sua estrutura pesada não lhe permite contribuir para o estabelecimento de objetivos e meios de solução de problemas que permitam versatilidade, abertura para o futuro e flexibilidade diante de perturbações inesperadas (art. 103 II da Constituição e § 1 do Código Penal: “princípio da reserva legal”). Seu emprego só é permitido depois que o ilícito já se consumou (Direito penal do fato”), na verdade, tarde demais para uma prevenção efetiva. Mesmo nas situações mais complexas, o tratamento penal só pode ser deflagrado sobre um indivíduo concreto e específico, mediante o atendimento a rigorosos pressupostos da imputação (“culpabilidade pelo fato concreto”). Até mesmo quando pairam poucas dúvidas empíricas sobre as causas do problema, o emprego do Direito penal é proibido (“*in dubio pro reo*”). As sanções penais, a par de, frequentemente, se apresentarem irracionais para a produção de efeitos desejáveis, também precisam observar as fronteiras da culpabilidade e da proporcionalidade (§§ 46 I, 62 do Código penal).¹⁶⁰

Junto a isso, importante a colocação de Alberto Silva Franco, trazida por Antônia Elúcia Alencar, demonstrando que, infelizmente, o discurso do Direito penal do inimigo está influenciando sobremaneira o sistema penal (tanto o adulto como o juvenil), pois o que se observa atualmente é que

[...] Criminalizam-se novas condutas; exarcerbam-se as sanções de tipos já formulados; relativizam-se princípios constitucionais relevantes com o emprego deliberado de conceitos indeterminados, ambíguos ou porosos; exclui-se ostensivamente o princípio da culpabilidade; amplia-se a área de interferência da Polícia no campo judicial; alargam-se desmesuradamente as medidas de cautela; reduzem-se as garantias processuais e, em especial, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao acusado a carga probatória de sua inocência. Qual a razão de tornar-se o Direito Penal mais abrangente e severo e o Direito Processual Penal mais lasso e menos garantístico? Por que um Estado tão fragilizado no seu operar, um Estado de palha, deve ser um Estado que branda a arma da repressão penal? A explicação é uma só: busca-se ao mesmo tempo, a eficácia preventiva do poder punitivo e a preservação do processo de globalização. **As normas penais mais extensas e as penas mais exasperantes têm, por um lado, o objetivo de difundir o medo e o conformismo em relação aos descartáveis do processo globalizador, aos excluídos, aos ninguéns e, por outro, o significado simbólico de punir expansivamente a falta de lealdade ao sistema de mercado e, desse modo, buscar sua preservação, antepondo-o aos valores, direitos e garantias do indivíduo. O sensível aumento da taxa de exclusão social, produzido pela**

¹⁵⁹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 39.

¹⁶⁰ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p.228.

globalização, recomenda, portanto, o emprego indiscriminado do Direito Penal, ‘como um dos meios preferidos do Estado-espetáculo.’¹⁶¹(grifo nosso).

Então, apesar de se saber que o Direito penal não deve ser utilizado como instrumento de controle social, já que existem outros ramos mais aptos e menos invasivos que devem se ocupar disso, o que mais se vislumbra é a utilização desse ramo para passar a impressão à sociedade de que alguma coisa está sendo feita contra aqueles que configuram uma ameaça constante. Mas essa impressão é passageira, ou seja, logo se consegue observar que esse discurso perpetrado pelas autoridades é decorrente do imediatismo buscado para a solução desses conflitos, sem a realização de um estudo prévio sobre os impactos e consequências dessas decisões, que na maioria das vezes configuram violações a direitos e garantias daqueles indivíduos que se busca proteger, aproximando-se muito do direito proposto por Jakobs.¹⁶²

Dessa forma, conforme colocação de Carolina Dzimidas Haber, citada por Matheus Magnus Santos Iemini, quando se trata da atual sede de criminalização de condutas devido ao medo generalizado enraizado em nossa sociedade,

As consequências já são conhecidas: apela-se ao direito penal como forma de resolução do problema da criminalidade, em detrimento do seu enfrentamento por meio de políticas públicas que estabeleçam em amplo diagnóstico o problema. Mais uma vez, verifica-se a existência de uma legislação que solapa as garantias fundamentais e provoca relativização das regras de imputação e dos princípios processuais.¹⁶³

Conforme Hassemer, “[...] essas criminalizações são mais caracterizadas por seus déficits de implementação do que por sua efetividade na proteção de bens jurídicos a que se propõem, e prometem apenas ganhos político-simbólicos para os políticos que, assim, se apresentam ao público como intolerantes com a criminalidade e eficientes no seu combate.”¹⁶⁴

Criticando também essa utilização do Direito penal para a solução de todos os problemas, bem coloca Zaffaroni que **“Se uma pessoa vai a uma quitanda e pede um antibiótico, o quitandeiro lhe dirá para ir a uma farmácia, porque ele só vende verduras.**

¹⁶¹ ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 895, a.99, maio de 2010. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>>. Acesso em: 22 de junho, 2011.

¹⁶² IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em: 13 de maio, 2011.

¹⁶³ IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em: 13 de maio, 2011.

¹⁶⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 39.

Nós, penalistas, devemos dar este tipo de resposta saudável sempre que nos perguntam o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução, é atribuída natureza penal”.¹⁶⁵ (grifo nosso).

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 (p. ex. internação provisória), não há como se buscar limitar o Direito penal do inimigo apenas a um seletivo 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 a criminalização de certas pessoas através do próprio direito penal, que *funciona* na medida 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.”¹⁶⁶

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 184-185.

¹⁶⁶ 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.

CONCLUSÃO

Primeiramente, com a análise da teoria do Direito penal do inimigo trazida por Günther Jakobs foi possível visualizar o 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, Jakbos, ao criar sua teoria, baseou-se no entendimento de antigos filósofos que buscaram descrever como agia o inimigo dentro da sociedade e qual era o papel do Estado na perseguição destes que descumpriam o “contrato social”, como afirmava, por exemplo, Rosseau.

Jakobs procurou defender a possibilidade da existência de um Direito paralelo ao nosso Direito penal de garantias, como se fosse realmente possível a convivências desses Direitos contraditórios. Para isso, procurou diferenciar o cidadão do inimigo, baseado na compreensão de que os primeiros cometeriam delitos comuns, enquanto os segundo atacariam diretamente o Estado. Propôs, assim, aplicar um direito diferenciado para aqueles considerados “inimigos” do Estado, ou seja, aqueles que atentam contra a organização deste, exemplificando os casos dos terroristas, organizações criminosas, sonegadores fiscais, etc.

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.

Ocorre, 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/adolescentes selecionado pelo Estado, pois isso só poderia ser cabível em um 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 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 um homicídio passional, cujo resultado acaba atingindo especialmente a esfera privada, ou seja, apenas as partes envolvidas, e não o Estado).

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) segue vigendo para o resto da sociedade, garantindo sua segurança. Já para 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 neutraliza-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 a 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/adolescente em conflito com a lei, ou seja, acredita que se deveria punir o indivíduo pela sua periculosidade e não pela 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

décadas 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, nesse aspecto, é uma verdadeira afronta ao Direito penal que existe hoje, que é o direito penal do fato, onde não é 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.

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, principalmente o juvenil, é servir como dique de contenção para o poder punitivo e não como instrumento de perseguição política e redutor de garantias dos indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **Breves reflexões sobre o direito penal do inimigo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 73, 01/02/2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7116>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática. In: **Revista dos Tribunais**. vol. 895, a.99, maio de 2010. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>>. Acesso em: 22 de junho, 2011.

AMBOS, Kai. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em: 20 de maio, 2011.

BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1319, 10/02/ 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9481/alternativas-ao-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 05 de junho, 2011.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, 1990.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, janeiro-fevereiro, 2007. p. 91-92.

DELFIM, Marcio Rodrigo. **Uma análise crítica do direito penal do inimigo**. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 15, n. 2669, 22/10/ 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17677/uma-analise-critica-do-direito-penal-do-inimigo/2>>. Acesso em: 12 de maio, 2011.

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.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 69, novembro-dezembro, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Disponível em:<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: 22 de maio, 2011.

_____. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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.

IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em: 13 de maio, 2011.

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

KAZMIERCZAC, Luiz Fernando. **Princípio da ofensividade como pressuposto do jus puniendi. Enfoque sobre o conceito material do delito à luz da constituição federal de 1988**. Disponível em:<<http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/luizfernandokazmierczak/principiodaofensividade.htm>>. Acesso em: 08 de junho, 2011.

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

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**. São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>>. Acesso em: 25 de maio, 2011.

NETO, Moisés da Fontoura Pinto. A emergência no coração da normalidade: sobre o conceito de inimigo construído nas fendas do Estado de Direito. In: **Revista de Estudos Criminais**. n. 29, Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, novembro-dezembro, 2007.

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.

PILATI, Rachel Cardoso. Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo de GüntherJakobs. In: **Revista Jurídica FURB.** vol. 13, n. 25, jan./jul. 2009. Disponível em:<<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1333/1066>>. Acesso em: 30 de maio, 2011.

PREUSSLER, Gustavo Souza. Neoconstitucionalismo como método para a desconstrução do direito penal do inimigo. In: **Revista Direitos Fundamentais& Democracia**, Curitiba, vol. 6, 2009. Disponível em:<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/248/204>>. Acesso em: 10 de julho, 2011.

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

SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal.** In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 340, 12/06/2004. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5328/proporcionalidade-razoabilidade-e-direito-penal>>. Acesso em: 14 de julho, 2011.

SAMPAIO, Rosaury. **Direito Penal do Inimigo de GüntherJakobs- um anti-direito.** 20/04/2011. Disponível em:<<http://www.webartigos.com/articles/64299/1/DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO-DE-GUNTHER-JAKOBS----um-anti-direito/pagina1.html>>. Acesso em: 13 de junho, 2011.

SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. “Direito Penal do inimigo” permeia decisões da justiça. In: **Consultor Jurídico.** 05/05/2009. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2009-mai-05/direito-penal-inimigo-permeia-decisoes-criminais-justica>>. Acesso em: 12 de junho, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em:<<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 15 de maio, 2011.

SANNINI NETO, Francisco. **Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito: compatibilidade.** 20/02/2009. Disponível em:<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090216152237237>. Acesso em: 15 de junho, 2011.

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

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos!- Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, março-abril, 2005.

SEMER, Marcelo. Direito Penal e Direitos Humanos: uma história de paradigmas e paradoxos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, novembro-dezembro, 2007.

SERRETI, André Pedrolli. Direitos Fundamentais, Princípios Penais Constitucionais e Garantismo Penal. In: **Revista Direitos Fundamentais& Democracia.** vol. 6, 2009.

Disponível em:<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/273/190>>. Acesso em: 20 de julho, 2011.

SILVA, Alan de Siqueira. Princípio da Razoabilidade. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, n. 203, 04/11/2006. Disponível em:<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1634>>. Acesso em: 10 de julho, 2011.

TOSCHI, Aline Seabra. **Dignidade da pessoa humana e garantismo penal. In: Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 64, 01/04 2003. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3967/dignidade-da-pessoa-humana-e-garantismo-penal>>. Acesso em: 17 de junho, 2011.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, vol.1

