

# MATIZES DO DISCURSO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DEMOCRÁTICO? PROPOSTA DE TENSÃO A PARTIR DA CRIMINOLOGIA E DO GARANTISMO

Adrian Barbosa e Silva

*“O discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas  
ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se se luta,  
o poder do qual nos queremos apoderar.” (Foucault)*

**Resumo:** O presente trabalho científico objetiva delinear elementos para um estudo crítico da teoria do Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*) inaugurada pelo professor alemão Günther Jakobs, e, para tanto, sem a pretensão de esgotar o tema, sintonizar importantes antecedentes ideológicos da concepção de “inimigo” na história e do diagnóstico da reinvenção de “teorias da exclusão” da condição de pessoa aplicada à parcela dos cidadãos, a partir de pressupostos teóricos do Garantismo Penal, bem como, das contribuições advindas da Criminologia em sua vertente crítico-radical, como uma forma de compreender os matizes punitivistas latentes nas estruturas deste modelo político-criminal e os riscos (de crise) frente ao Estado Democrático de Direito com o expansionismo punitivo de sua adoção que se evidencia na atualidade pós-industrial.

**Palavras-chave:** Política Criminal; Inimigo; Estado Democrático; Criminologia; Garantismo.

**Abstract:** The present scientific work objects to delineate elements for a critical study of Criminal Law of Enemy theory (*Feindstrafrecht*) inaugurated by the German professor Günther Jakobs, and, for all, without the pretension to exhaust the subject, tune important antecedents of ideological conception of "enemy" in history and diagnosis of reinvention of "theories of exclusion" of personhood applied to the portion of citizens, from theoretical assumptions of Criminal Guaranteeism, as well as the contributions of Criminology in his shed critical-radical, as a way of understanding the punitivist nuances latent in structures of this criminal polices model and the risks (of crisis) against the Democratic State of Law with the adoption of punitive expansionism that is evident in the post-industrial present.

**Key-words:** Criminal Policy; Enemy; Democratic State; Criminology; Guaranteeism.

**SUMÁRIO:** 1. Notas Introdutórias – 2. Antecedentes (ou a Contínua Reinvenção Histórica da Exclusão) – 3. Momento I: Delineamentos da tese jakobsiana (*Feindstrafrecht*); 3.1. Asserções Filosófico-Políticas e Sociológicas; 3.2. Principais Premissas da Construção Teórica – 4. Momento II: Tensões Críticas ao Direito Penal do Inimigo; 4.1. Tensão I: Possibilidades de “Abertura” no Discurso do Inimigo desde a Transição Paradigmática Criminológica (Política Criminal sem Criminologia?); 4.2. Tensão II: Da Deslegitimação ao Estado Democrático a partir da Hipótese Garantista – 5. Do Estado Atual da Política Criminal e Algumas Conclusões.

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Notoriamente, desde 11 de setembro de 2001, com os atentados terroristas ocorridos nos Estados Unidos da América, que culminaram na morte de diversas pessoas e na queda das

“Torres Gêmeas”, mas, essencialmente, ao longo da narrativa histórica da humanidade, tem-se suscitado desde os debates às políticas criminais presentes em diversos ordenamentos jurídicos, uma tendência crescente para o que o penalista alemão Günther JAKOBS (2007) teorizou por “Direito Penal do Inimigo”.

Conforme se relata, em outubro de 1999, durante um congresso realizado em Berlim, teria o professor alemão anunciado a necessidade de criação de um tratamento específico e diferenciado para aqueles que, conforme sua teoria, não geravam expectativas de respeitabilidade à norma jurídico-penal, portanto, não *fiéis ao direito*, e, sendo assim, na condição de *entes daninhos*, deveriam ser considerados inimigos (Direito Penal do Inimigo), frente ao cidadão comum que, apesar de vez ou outra infringir a norma penal, geraria *confiança* e respeito ao ordenamento (caso em que aplicaria um “Direito Penal do Cidadão”).

Para o primeiro sistema de tratamento, grosso modo, seriam relativizadas determinadas garantias concedidas pelo Estado ao passo que as intervenções policiais e estatal deveriam ser premeditadas, é dizer, antes mesmo que o indivíduo (perigoso, segundo a formulação) chegasse a violar qualquer bem jurídico (que para Jakobs era a própria norma); para o segundo, respeitar-se-iam todas as garantias para um devido processo legal.

A formulação das premissas de Jakobs, segundo ele próprio, só seria possível no Estado de Direito – e não em Estados Absolutos ou Totalitários – já que, em última análise, a forma criada para um tratamento (penal) diferenciado e discriminatório-repressivo só deveria acontecer nas hipóteses de um *Direito Penal Excepcional*. Ocorre que com as matrizes do Direito Penal do Inimigo, cria-se uma “bolha de contradição” quando no Estado de Direito deduz-se hipótese de tratamento que viola os fundamentos do próprio Estado e parte-se para o *repressivismo* digno de Estados Absolutos, violando, assim, princípios liberais fundamentais, direitos humanos e toda a concepção de tratamento digno ao ser humano emanada das Convenções Internacionais de Direitos Humanos.

Neste sentido, o presente trabalho visa realizar uma abordagem, inicialmente, histórica sobre as aparições de diversas concepções de *inimigos* e de pensamentos pautados em teorias de exclusão (instituidoras de diferença de tratamento) como forma de constatar que o Direito Penal do Inimigo, suscitado recentemente, é mais uma forma de concepção característica da legitimação do poder punitivo; logo em seguida, apresentar os principais caracteres fundantes – a partir da exposição dos pilares filosóficos e sociológicos, além dos elementos definitoriais – da teoria de Jakobs, para então, tencioná-la com as contribuições advindas da Criminologia

Crítica – buscando identificar as carências na política-criminal do inimigo no que se refere às aquisições científicas atuais sobre crime e controle social – e do Garantismo Penal (de Luigi Ferrajoli) o qual diagnostica a incompatibilidade de tal política com o paradigma dos direitos e garantias fundamentais do cidadão frente ao poder punitivo estatal.

Por fim, buscar-se-á propor uma reflexão crítica sobre os postulados do Direito Penal do Inimigo no que se refere ao *status* da Política Criminal e do expansionismo punitivo, para, finalmente, concluir pela incompatibilidade de tal teoria no Estado Democrático de Direito.

## **2. ANTECEDENTES (OU A CONTÍNUA REINVENÇÃO HISTÓRICA DE UMA “TEORIA DA EXCLUSÃO”)**

A hipótese inicial é a de que a figura do *inimigo* não é episódica e não surge na modernidade recente, logo, não se trata de uma criação privilegiada de JAKOBS (2009), mas, em melhor sentido, de uma reinvenção, a partir de uma “nova roupagem”, de tantas outras “teorias da exclusão” que se desvelaram ao longo da história.

Sem pretensões historiográficas, é possível identificar, desde já na sofística grega no Mundo Antigo, desde o século V a. C., em Platão, a partir de sua teoria do mundo das ideias e com a afiguração do “mito da caverna”, o desenvolvimento, pela primeira vez no mundo ocidental, da ideia de que o infrator é inferior devido à sua incapacidade de aceder ao mundo das ideias puras, ao passo que, quando esta incapacidade fosse considerada irreversível, ele deveria ser eliminado (ZAFFARONI, 2007: 83). Fica claro em Protágoras<sup>1</sup> – um dos grandes clássicos de Platão –, por exemplo, que o mesmo Protágoras, a partir do “mito de Prometeu”<sup>2</sup>, propunha que o castigo se distanciasse dos seus fins ordinários de dissuasão e educação e que – a exemplo dos atuais postulados do Direito Penal do Inimigo – se orientasse apenas à neutralização ou inocuização do delinquente (MARTÍN, 2007: 96).

---

1 “En efecto, nadie castiga a los injustos con la atención puesta en, o a causa de, que cometieron injusticias, a menos que se venga irracionalmente como una bestia. El que se pone a castigar con la razón aplica el castigo, no por la injusticia pasada, pues no conseguiría que lo que fue dejase de ser, sino pensando en el futuro. para que ni él ni quien ve su castigo vuelvan a cometer injusticias. Y si lo hace con esta intención, es porque piensa que la virtud es enseñable, pues castiga en prevención. De esta opinión son cuantos en la vida privada o pública aplican penas. A los que se considera injustos, los condena y castiga todo el mundo, y sobremanera, los atenienses, tus conciudadanos. De esto se deduce, lógicamente, que también los atenienses son de los que piensan que la virtud puede ser adquirida y enseñada”. (PLATÓN, 1980: 324b)

Na Roma Antiga, conforme explica ZAFFARONI (2007), desenvolvia-se a noção de “inimigo” pautada na distinção *inimicus* e *hostis*. O primeiro termo refere-se ao inimigo pessoal, já o segundo, ao verdadeiro inimigo político, ou seja, seria o *hostis* em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do ser ou realização extrema da hostilidade. O termo *hostis*, por sua vez, se subdivide em *hostis alienígena* e *hostis judicatus*. O primeiro é o núcleo central que se refere a todos que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados, desconhecidos, *estranhos* (noção de xenofobia), aquele com o qual não se comunica e não se compreende por ser estrangeiro e falar língua ininteligível; o segundo, era considerado o “inimigo declarado”, configura o núcleo dos *dissidentes*, os verdadeiros *inimigos políticos* ou declarados, conforme os interesses dos portadores do poder.

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, recebendo especiais e até festejadas boas-vindas no direito penal. (ZAFFARONI, 2007: 23-24).

É também reconhecida a presença de uma concepção de *inimigo* na escolástica medieval, na qual se encontram referências à perda do *status* de certos homens com a consequente exclusão ou eliminação da sociedade. Explica MARTÍN (2007) que São Tomás de Aquino fala, neste sentido, da dignidade, mas que o homem não a possui enquanto um ser eticamente livre, mas tão apenas enquanto homem virtuoso. O “pecador” carece dessa dignidade e pode ser morto [pelo Estado] como animal (*velut bestia*).

2“No Diálogo de Protágoras, Sócrates pergunta ao sofista por que os atenienses, nas suas assembleias, só permitem que técnicos na matéria opinem quando se trata de questões de arquitetura ou navegação, mas consideram qualquer pessoa capaz de emitir sua opinião quando se trata de questões políticas. Protágoras responde com um mito, o “mito de Prometeu”. Na distribuição das habilidades necessárias para a subsistência, Epimeteu deu todas aos animais e não tinha conferido nenhuma aos homens. Os animais são especializados e eles receberam da Natureza o necessário para a sua existência, mas o homem é um ser defeituoso, sem proteção natural. É certo que Prometeu, ao proporcionar-lhe o dom da técnica e do fogo, teria colocado a base para o bem-estar corporal do homem; mas como lhes faltava a arte da política, os homens não conseguiram em princípio constituir associações políticas. Então, para salvá-los da destruição total, Zeus lhes enviou, por meio de Hermes, o sentido moral e a justiça, mas de modo que, diferentemente do que ocorre com as outras técnicas, foram repartidos por igual entre todos. Pois bem, a disposição natural para o sentido moral e para a justiça deve ser desenvolvida convenientemente por meio da educação: primeiro, pela educação das crianças, e depois, pelo estudo das leis. Posto que jamais poderiam existir comunidades humanas se todos não comungassem em igual medida do sentido moral e da justiça, entende-se ‘que o incapaz de participar da honra e da justiça’ – assim ordena Zeus – ‘deve ser eliminado como uma doença da cidade’” (MARTÍN, 2007: 94-94).

Na era moderna, podemos ainda nos referir, no âmbito da filosofia política, a ilustres pensadores tais como aRousseau, Fichte, Hobbes e Kant, cujos seus pensamentos serão delineados no tópico referente às *asserções filosóficas do Direito Penal do Inimigo*. Posteriormente, já, pelo menos, nos dois últimos séculos verificaram-se várias outras (des)legitimações da noção de *inimigos*, conforme explica MUÑOZ CONDE (2005: 123):

[...] ejemplos de este Derecho penal excepcional ha habido siempre, por lo menos, para no citar otros precedentes históricos más remotos, desde los orígenes de la codificación penal en el siglo XIX, cuando desde el primer momento se tuvo que recurrir a leyes penales excepcionales, contrarias al espíritu liberal y constitucional que inspiraron los primeros Códigos penales. [...] Ejemplos similares los ha habido también durante todo el siglo XX en muchos países europeos, y, por supuesto, en otras partes del mundo, especialmente durante períodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o posguerra, y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o Franco; y en dictaduras del Cono Sur americano (Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil) durante los años 70 y parte de los ochenta del pasado siglo.

Na própria Alemanha de antes de Jakobs, e não somente na época nacional-socialista, é possível encontrar teorizações com nuances jurídico-políticas do *inimigo*, com matrizes similares. Há precedentes, por exemplo, na seleção racista empregada pelos nazistas com base no darwinismo social, com as teorias lombrosianas do “delinquente nato” (criminologia etiológico-causal)<sup>3</sup>, e a partir de grandes penalistas que contribuíram em muito para a

---

<sup>3</sup>Sendo o paradigma etiológico-causal representação do positivismo criminológico, e sendo Lombroso um dos grandes expoentes (ao lado de Garofalo e Ferri), diz ZAFFARONI (2007: 93): “Para o positivismo, o *inimigo* ou *estranho* não era alguém assinalado como tal pelo poder, mas sim pela natureza, pretendendo deste modo a existência *ôntica* do *inimigo*; o *estranho* do positivismo não é um *inimigo político* [...]”.

construção dogmático-penal mundial, tais quais Carl Schmitt (1992), o maior teórico do nazismo<sup>4</sup>, bem como Franz Von Lizst, Karl Binding e Edmund Mezger<sup>5</sup>.

Por todo o exposto, tendo-se constatado as “aparições” teóricas das variadas concepções de *deinimigo* na história, é possível depreender que o *inimigo* não é – como ressaltado inicialmente – uma figura episódica que surge pela primeira vez na teoria de JAKOBS (2007), no entanto, a possível novidade do Direito Penal do Inimigo é que este, diferente daqueles, busca a legitimação da concepção de *inimigo* – com premissas atentatórias aos próprios princípios liberais e direitos humanos fundamentais reconhecidos nas Constituições e Declarações Internacionais – em Estados Democráticos de Direito, mas, diante da pluralidade de concepções, em comum, algo é possível concluir de similar: a figura do *inimigo* é uma construção tendencialmente estrutural do discurso legitimador do poder punitivo (ZAFFARONI, 2007: 83). A comprovação é histórica.

---

4 Nas precisas lições de MOREIRA RODRIGUES (2005: 88), em Schmitt: “Como se observa, tal ou qual pessoa torna-se inimigo em função de uma situação concreta em que o adversário é reconhecido como alguém potencialmente capaz de colocar em perigo a ordem pública, coletiva, de modo que contra tal indivíduo, ou grupo de indivíduos, existe a possibilidade extrema de uma guerra [...]”. Explica MUÑOZ CONDE (2010), ainda, que “no âmbito da Filosofia do Direito e do Estado, o poliotólogo Carl Schmitt propunha nos anos 20 do século passado uma distinção conforme a qual o Direito deveria diferenciar o “amigo” (*Freund*) e o ‘inimigo’, conferindo a cada qual um tratamento jurídico específico”.

5 Explica MUÑOZ CONDE (2010), em relação à Lizst: “Em relação a esse tipo de ‘inimigos da ordem social’, entre os quais incluía, além dos delinquentes habituais, também os ‘mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido amplo, degenerados anímica e corporalmente’, Franz Von Lizst não parecia muito disposto a ser consequente com a concepção garantista [...] Em sua opinião, as pessoas que, por sua forma de vida, podiam ser consideradas um perigo para a ordem social, tinham que ser simplesmente ‘inocuidadas’”; sobre Binding: “[...] a proposta de Binding não dista muito da de Von Lizst, sobretudo tendo-se em conta que ambas se referem à reincidência, em especificar se se trata de delitos graves, e sem exigir, portanto, nenhum tipo de limite fundado na ideia de culpabilidade ou ao menos de proporcionalidade”, no fundo, as duas visões tinham o mesmo fim “a inocuidação daqueles que Binding, ainda de forma mais dura do que Von Lizst, chamava de ‘espécie criminal’”; e, quanto a Mezger: “[...] algo que já tinha muito claro o professor Edmund Mezger quando buscava fundamentar um projeto de lei no qual a esses grupos especiais de pessoas, que ele denominava ‘estranhos ou inimigos da comunidade’, simplesmente se impunha a reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração, a esterilização a castração ou diretamente a morte, entregando-os à polícia, sem nenhum tipo de garantias jurídicas, procedimento ou controle judicial”.

### 3. MOMENTO I: DELINEAMENTOS DA TESE JAKOBSIANA (*FEINDSTRAFRECHT*)

#### 3.1. ASSERTÇÕES FILOSÓFICO-POLÍTICAS E SOCIOLÓGICAS

Conforme esclarece CARVALHO (2010), o projeto político da Modernidade, no qual se insere o discurso das Ciências Criminais, tem como objetivo a busca pela felicidade através da negação da barbárie e da afirmação da civilização. Neste sentido, tanto desde o “bom selvagem” (Rousseau) como do *homo homini lupus* (Hobbes), as construções do Estado moderno pautaram-se na noção de contrato social, representando, desta forma a partir da “criação” da sociedade civil – em contraposição ao hipotético estado de natureza –, a superação da infância do processo civilizatório.

Raciocínio contínuo, a justificativa do Estado – a partir do pacto social – se baseia na construção teórica de que o homem, em seu estado de natureza, por si só, não se regula porque, gozando de máxima liberdade e, portanto, em conflito com as liberdades alheias, ilimitação de vontades, e escassez de bens de outros homens, produz uma instabilização nas relações intersubjetivas que passam a ser dominadas pela violência e caracterizam, conseqüentemente, um *estado de guerra*. Neste sentido, os homens, ao decidirem optar pelo contrato, dispõem de segurança (a partir da limitação de suas respectivas liberdades), já que o Estado, agora instituição eleita “reguladora” das condutas em âmbito civil, passa a sancionar aquelas consideradas atentatórias às normas firmadas, restaurando, por assim dizer, o “bem comum”. Firmado o pacto, o Direito Penal adquire destaque com o *status* de mecanismo de maior repressão frente às condutas mais graves, em relação aos demais ramos do Direito<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup>Outro filósofo iluminista que propôs tal construção como forma de justificação da origem das penas e do direito de punir é Cesare Bonesana, Marquês de BECCARIA (2005: 41), em seu clássico “*Dos Delitos e das Penas*”, senão vejamos: “As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e liberdade. A soma dessas porções de liberdade sacrificada ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas não bastava constituir esse depósito, havia que defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do depósito a porção que lhe cabe, mas também apoderar-se daquela dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos sensíveis são as penas constituídas contra os infratores das leis”.

JAKOBS (2007), de modo não diverso, em seu Direito Penal do Inimigo, para a formulação das matrizes teóricas, no âmbito da Filosofia Política clássica, analisa o pensamento dos teóricos contratualistas da modernidade, delineando, assim, a sua própria concepção de distinção de tratamento entre os cidadãos no que se refere àqueles dissidentes, violares das normas penais incriminadoras, cabendo trato distinto a depender da frequência e reiteração. Importa frisar, antes de tudo, que no pensamento do jusfilósofo alemão, a concepção de “Direito” é corporificado no vínculo entre pessoas que, conforme explica, “*são titulares de direitos e deveres, enquanto a relação com um inimigo é determinada não pelo Direito, mas pela coação. Contudo, todo Direito está ligado à autorização para coagir, e a coação mais pungente é a do Direito Penal*” (JAKOBS, 2009: 3-4).

Após esclarecer as concepções de tratamento jurídico entremeadas nas teorizações de Rousseau e Fichte, segundo a sua leitura pessoal<sup>7,8</sup> para os quais aquele indivíduo que trai os pressupostos firmados no contrato social e abandona o pacto civil dantes firmado seria considerado “*malfeitor*” (ao que se supõe, seriam os assassinos, e não qualquer delinquente) – conforme o primeiro<sup>9</sup> – e coisificado e considerado “*cabeça de gado*” (sobretudo em casos de homicídio internacional premeditado) – conforme o segundo – esclarece JAKOBS (2009) que não gostaria de seguir tais conceitos, pois seriam demasiado abstratos em suas distinções radicais entre o cidadão com seu direito, de um lado e, de outro, o injusto do inimigo.

Segundo ele, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também um criminoso, e isso por duas razões: o delinquente tem um Direito, de acertar-se novamente com a sociedade e, para tanto, deve conservar seu *status* de pessoa, de cidadão – em todo caso, no Direito; o delinquente tem, ademais, o dever de ressarcir, e deveres pressupõem personalidade, em outras palavras, o criminoso não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu fato.

---

7 Ao juízo de JAKOBS (2009: 4), explica: “Rousseau afirma que todo ‘malfeitor’ que agride o ‘Direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, porque está em guerra contra este, como demonstra a sentença contra ele pronunciada. A consequência é: ‘faz-se o culpado morrer menos como cidadão do Estado (*citoyen*) do que como inimigo (*ennemi*)’”.

8 Quanto a Fichte, JAKOBS (2009: 4-5) entende que para ele: “quem, por vontade ou imprudência, abandona o contrato civil numa parte em que, no contrato, contava-se com sua ponderação, perde, a rigor, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, quedando-se destituído de direitos”.



Em seguida, relembra JAKOBS (2009) que aproximadamente há 150 anos antes de sua teorização e eleição da figura de um “inimigo”, Hobbes, um dos grandes maiores filósofos do “Século das Luzes”, já havia apresentado um conceito diferenciado: o de contrato (social) – como dantes mencionado –. Explica que Hobbes distinguiu o *delinquente cidadão* e o *alto traidor*; aquele é condenado segundo as leis promulgadas, mas este é combatido como inimigo, e a razão dessa diferença é evidente: uma vez que aquele busca uma vantagem individual, o que, com efeito, não deve ser tolerado, mas não coloca em dúvida o todo, enquanto este último, o *alto traidor*, combate o princípio, e o princípio, em HOBBS (2009), está encarnado na soberania *concreta*<sup>10</sup>. E junto desta concepção, interpela a de Kant:

Em Kant, não se trata como pessoa quem me “ameaça... constantemente”, quem não se deixa coagir ao estado de civilidade. De modo absolutamente similar, Hobbes despersonaliza o alto traidor; pois este também nega por princípio a constituição existente. Hobbes e Kant conhecem, portanto, um Direito Penal do Cidadão – contra pessoas que não delinqüem (*sic*) de modo contumaz por princípio – e um Direito Penal do Inimigo contra aqueles que se desviam por princípio; este exclui, enquanto aquele deixa intocado o *status* de pessoa (JAKOBS, 2009: 7).

---

9Frise-se, no entanto, neste particular, a crítica de ZAFFARONI (2007: 122), para o qual “A princípio Rousseau é contraditório. Ele parece referir-se somente aos assassinos e não a qualquer delinquente [...] e afirma no mesmo livro que o Estado só pode ter como inimigo um outro Estado”, e também daquela posta no trabalho de PICHOLI DA SILVEIRA (2012: 17) que assevera que “É erro dos maiores afirmar, secamente, que os fundamentos do Direito Penal do Inimigo estão no contratualismo de **Rousseau**, ou mesmo que tal pensador – por mera menção de **Jakobs** – pregava uma separação absoluta entre o inimigo e o cidadão”, que põem em questão a (in)admissibilidade da figura de um inimigo conforme as passagens contraditórias de ROUSSEAU (2002: 40/19): “[...] *todo malfetor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar as suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão do que de inimigo*” e “*cada Estado não pode ter como inimigo senão outro Estado, nunca homens, entendido que entre coisas de natureza diversa é impossível fixar uma verdadeira relação*”.

10Neste raciocínio, vale ressaltar passagem elucidativa de HOBBS (2009: 220, grifo nosso) em sua obra máxima: “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”.

Mais aproximado dos conceitos destes dois últimos filósofos, JAKOBS (2009: 8) formula que “o Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo, incluindo o Direito de medidas de segurança) combate perigos, sendo certo que existem muitas formas intermediárias”, e, portanto, a partir das construções da Filosofia Política clássica determina uma sua linha de tratamento distintiva própria a propósito dos inimigos.

Do âmbito sociológico, Jakobs busca fundamentos no *Funcionalismo Sistêmico* extraído da Teoria dos Sistemas de LUHMANN (2009), que, adequando-se ao âmbito da Ciência do Direito, no campo penal, passa a se chamar *Funcionalismo Penal Sistêmico*.

Influenciado, mas, também superando o *Funcionalismo Estrutural* de Talcott Parsons, LUHMANN (2009) – deixando de individualizar as condições de existência e permanência das estruturas sociais, em vista da crise sociológica de paradigma referencial –, busca investigar porque determinadas funções essenciais para o sistema social podem ser realizadas. LUHMANN (1983) pauta-se na concepção de divisão de um grande sistema social em subsistemas marcados pela diferenciação funcional, que busca compreender os elementos de formação, reprodução e funcionamento de tal sistema. Pautado nas possibilidades plausíveis postuladas com os conceitos de *contingência* e *complexidade*<sup>11, 12</sup>, o Direito passa a ser visto como uma importante estrutura pertencente ao sistema social (subsistema) capaz de estabilizar as expectativas comportamentais humanas, do contrário, tornar-se-ia impossível à convivência do homem sem a previsibilidade comportamental alheia.

---

11 Esclarece LUHMANN (1983: 45-46): “Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo do desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”.

12 “O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes” (LUHMANN, 1983: 45).

Na teoria dos sistemas, as sociedades modernas se caracterizam por sua complexidade, porque se trata de um mundo onde tudo é possível, onde tudo pode ocorrer. Precisamente, para facilitar a orientação do homem no mundo devem-se criar mecanismos que permitam a redução da complexidade, e um deles é a criação de sistemas sociais, dentro dos quais o direito marca os limites da configuração que se dá a si mesma a sociedade e que a caracteriza de uma determinada maneira (v.g., como um Estado de Direito). Nesta tarefa de redução da complexidade há uma estrutura muito importante que é a expectativa. Para favorecer a orientação social, criam-se expectativas, no sentido de que eu posso esperar algo de alguém e, por sua vez, essa pessoa pode esperar algo de mim. Entretanto, como seu nome o indica, é um conceito contingente, porque se se trata de “um esperar algo de alguém”, isto pode acontecer ou não. É dizer que a expectativa pode ser defraudada e, portanto, o sistema deve criar mecanismos para reagir frente a essas defraudações (LYNETT, 2005: 14).

Deste modo, o Direito é uma estrutura através da qual se facilita a orientação social, e a norma, uma generalização de expectativas. A configuração fundamental da sociedade se produz através do Direito, e a missão do Direito Penal é garantir essas configurações. As expectativas sociais se estabilizam através de sanções (LYNETT, 2005: 13). Sendo assim, delimita LUHMANN (1983), no campo social regido pela sensoriedade limitada dos seres humanos, as expectativas, de modo a serem diferenciadas entre *cognitivas* e *normativas*. As primeiras fazem referência às relações do homem com os ocorridos na natureza. As segundas, às relações do homem com os demais membros da interação social. As diferenças têm como fundamento que é distinta a resposta que se dá quando uma regularidade da natureza muda a forma de reagir ante um fato social (LYNETT, 2005: 14). As primeiras, uma vez descumpridas não gerariam sanção alguma, ao contrário do descumprimento das segundas<sup>13</sup>.

Com o auxílio dessa diferenciação a sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância das expectativas, ou seja, ela poderá institucionalizar cognitivamente as expectativas comportamentais. Ela não censurará seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Sendo assim, ela poderá **articular e deslocar as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas** (LUHMANN, 1983: 58, grifo nosso).

---

13“Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride”. (LUHMANN, 1983: 56)

Por fim, o *Funcionalismo Penal Sistêmico* pode ser entendido, em suma, como uma organização normativa da sociedade, de modo que a coexistência humana, a partir dos processos de comunicação e interação, é cada vez mais possível com o *reforço cognitivo* decorrente das expectativas que cada cidadão espera ver no outro, sendo que, no momento em que ocorre uma agressão ao comportamento determinado, o mesmo poderá ser “convalidado” (expectativa cognitiva) ou repudiado e adequado ao “bem comum” social (expectativa normativa) – o Direito Penal adquire neste espaço, através da aplicação das penas, papel fundamental como mecanismo de estabilização de expectativas normativas –.

### 3. 2. PRINCIPAIS PREMISSAS DA CONSTRUÇÃO TEÓRICA

Uma vez embasado na Filosofia Política e na Sociologia, cabe adentrar nas principais construções argumentativas próprias do Direito Penal do Inimigo erigidas por JAKOBS (2009) e que diferenciam esta teoria das demais criações de *inimigos* na História. Buscaremos explicar a partir da resposta a quatro questões essenciais.

**(a) O que é o Direito Penal do Inimigo?** O Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), segundo JAKOBS (2009) é uma forma de Direito Penal excepcional, um Direito de exceção apenas possível em Estados de Direito, porque, em Estados de “Não-Direito”, conforme salienta, ele – o Direito Penal do Inimigo – não constitui uma singularidade, pois vê inimigos em toda a parte. Assim, não se constitui como um Código de normas para a destruição ilimitada, mas Estado de Direito gerido de forma inteligente, uma *ultima ratio* a ser aplicada conscientemente como exceção, não se prestando a uso duradouro.

São regras jurídico-penais que se confrontam, ou melhor, relativizam as provenientes do Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*), sendo este último o modelo de intervencionismo penal regra geral presente no Estado de Direito. Portanto, é o afastamento do Direito Penal do Cidadão, de modo que não se pode falar em Direito Penal do Inimigo sem antes falar em Direito Penal do Cidadão. Exigível esclarecer assim:

De acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra.

Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia (GOMES, 2004: 2).

Explica JAKOBS (2009), assim, que não se pode tratar de contrapor as duas esferas enquanto isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de *um único* mundo ou de mostrar duas tendências opostas de *um único* contexto do Direito Penal.

**(b) Por que o Direito Penal do Inimigo (ou desta distinção de Direitos Penais)?**

Segundo JAKOBS (2009), sob a ótica funcionalista, as instituições normativas – e o sujeito de direito é uma delas – necessitam de um certo alicerce cognitivo para fornecer orientações socialmente reais. Portanto, deste modo, ao realizar a distinção entre *cidadãos* e *inimigos* e propor concepções distintas de tutela penal para ambas as figuras – em detrimento dos considerados *inimigos*, é claro –, esclarece implicitamente a essência do Direito Penal do Inimigo: a distinção e classificação de tipos (ideais<sup>14</sup>) de seres humanos.

Funcionando como uma verdadeira intervenção de *combate*, o Direito Penal do Inimigo se tornaria legítimo por reprimir os entes que rotula como *inimigos*, ou seja, aqueles indivíduos que não oferecem expectativas de respeito à norma penal (ausência de fidelidade jurídica) – sobretudo, pela sua reiteração criminosa, mas também, por se alinharem a determinados tipos de autor ou vinculados a determinados delitos –, teriam um trato distinto ao do *cidadão comum* – que não possui reiteração criminosa, e apenas pratica crime(s) de forma esporádica, de modo, que, ainda assim, não gera perda de fidelidade normativa –, para o qual se aplica trato diverso do inimigo. Assim, JAKOBS (2009: 58-59, grifo nosso) aduz:

**Manter as bases da suposição de comportamento futuro legal é uma dívida portável elementar de todo cidadão;** pois somente quando a existência dessa suposição é fundada – e a fundamentação somente pode ser fornecida pelos próprios cidadãos – é possível uma convivência tanto livre quanto isenta de medo entre os cidadãos. A personalidade efetiva, diretora da orientação, não surge apenas por ser postulada, ao contrário, é preciso que se acrescentem determinadas condições. Por isso, o princípio de que, **“juridicamente, toda pessoa tem o direito de ser trada como pessoa”** é

---

14 “[...] ‘cidadão’ ou ‘Direito Penal do Cidadão’ e ‘inimigo’ ou ‘Direito Penal do Inimigo’ são tipos ideais, que praticamente não aparecem em sua manifestação pura. O que aparece na prática é sempre algo que está entre ambos e, por conseguinte, carrega o estigma de todos os tipos mistos, qual seja, o de ser inexacto. É claro que não inventei livremente as características do inimigo, mas tentei destilá-las a partir das leis de combate, assim chamadas pelo legislador, e de outros dispositivos. Se, ao fazê-lo, misturaram-se – para permanecer na mesma linha ilustrativa – álcool puro e álcool amílico, isso se deve à maceração da lei, não ao destilador.” (JAKOBS, 2009: 39).

**incompleto**; além disso, é preciso estabelecer quem deve provocar quais condições da realização dessa personalidade e, quanto a isso, há de ficar evidente que providenciar um alicerce cognitivo suficiente deve ser uma tarefa da própria pessoa, ao menos na medida em que se trata de oferecer fidelidade jurídica de forma relativamente confiável. Assim, pois, o princípio correto seria: **“todo aquele que oferece fidelidade jurídica ao menos de forma relativamente confiável tem o direito de ser tratado como pessoa”, e aquele que não fornece essa prestação é gerido por outrem, ou seja, não é tratado como pessoa.**

Ressalte-se, conforme percebido, que para Jakobs a função do Direito Penal não é a proteção de *bens jurídicos*, mas a própria *vigência da norma*<sup>15</sup>, tanto o é que a intervenção penal para os ditos *inimigos* é – como se verá melhorar a frente – *prospectiva*, ou seja, atua sem mesmo que os agentes causem algum dano a qualquer bem jurídico, mas tão apenas por não gerarem expectativas de respeito à norma, logo, dignos de punição antes que o façam.

Em suma, o Direito Penal conhece, portanto, dois polos ou tendências de suas regulações: a primeira é o *trato com o cidadão*, no qual se espera até que este último exteriorize seu fato, para, então, reagir de modo a validar a forma normativa da sociedade; a segunda é o *trato com o inimigo*, que é remotamente interceptado no campo preliminar e combatido por sua periculosidade (JAKOBS, 2009: 14, grifo nosso). Neste cenário, salienta JAKOBS (2009) que se busca almejar uma *eficácia jurídica efetiva*, diretora da orientação, um alicerce cognitivo da norma. Esse alicerce cognitivo indispensável não constitui, porém, em sua essência, uma prestação do Estado, mas dos próprios cidadãos, que o fornecem ao orientar-se cotidianamente pelo Direito. Esse comportamento que lhes são manifestadas mesmo quando um cidadão comete um crime: em regra, isso não deve ser entendido como uma recusa geral do comportamento fiel ao Direito. Sendo uma prestação do particular, segundo o mestre, não é o Estado o responsável pela exclusão, rotulação e trato diferenciado, porque, em verdade, se trata de uma *autoexclusão*.

**(c) Quem são os inimigos e como devem ser tratados?** Ao questionamento, responde GOMES (2004: 1, grifo nosso), de modo bastante preciso:

---

15“Pode-se tentar apresentar o direito penal como proteção dos bens jurídicos, mas só de modo bastante forçado. [...] A doutrina do direito penal como proteção de bens jurídicos tampouco apresenta contribuição alguma na limitação da antecipação de punibilidade; e em delitos contra o meio ambiente conduz a teses estranhas. Um conteúdo genuinamente liberal desta teoria é mera opção política. A teoria do direito penal como proteção da vigência da norma demonstra sua validade especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é uma lesão da vigência da norma, a pena é sua eliminação” (JAKOBS, 2005: 51).

**Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas.** [...] Em poucas palavras, **é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito** e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo.

A noção geral, portanto, do *inimigo* é, frise-se, a daqueles agentes que abandonaram o respeito pelos preceitos jurídicos e produzem tão somente *desconfiança* ou *certeza* (?) de descumprimento da norma. São aqueles que, grosso modo, alinharam-se de forma habitual, permanente e, em vezes, profissional, ao delito, logo, à violação da norma jurídico-penal. Não garantem, segundo JAKOBS (2009), a *fidelidade jurídica* ou *alicerce cognitivo* mínimo pressuposto das expectativas normativas provenientes de instituições normativas como os membros da sociedade para fornecer orientações reais que garantam a boa vida em sociedade.

A propósito dos fundamentos do *inimigo*, e motivado pelos atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001, nos EUA, exemplifica qual seria a clientela do Direito Penal do Inimigo: terroristas, essencialmente, logo em seguida, estupradores, membros de organizações criminosas, traficantes de drogas, e todos aqueles que houvessem se afastado de modo permanente do Direito. Diferenciam-se, portanto, do *cidadão comum*, porque este não perde a sua *fidelidade jurídica*, e, sendo assim, a despeito de cometer um ou outro delito, continua gerando expectativas normativas. Distingue-se pelo trato material e processual entre um e outro. Vejamos:

[...] o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. 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 – p. 45” (*sic*). Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas) (GOMES, 2004: 1).

Em suma, segundo JAKOBS (2009: 12/13) um indivíduo que não se deixa coagir a um estado de civilidade não pode gozar dos benefícios do conceito de pessoa. Quando a expectativa do comportamento pessoal é frustrada de modo duradouro, desvanece a

disposição para tratar o criminoso como pessoa<sup>16</sup>.<sup>17</sup> Por consequência, perde uma série de garantias fundamentais que deterioram o devido processo constitucional, assim, conforme aponta MARTÍN (2007), questiona-se até mesmo a presunção de inocência, por ser contrária à exigência de veracidade de licitude e admissibilidade da prova; são introduzidas medidas amplas de intervenção nas comunicações, de investigação secreta ou clandestina, de incomunicabilidade, e se prescinde do – ou se reinterpreta restritivamente o – princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*; ou ainda, para citar apenas mais um exemplo, são ampliados os prazos de detenção policial para o cumprimento de “fins investigatórios”, bem como os de prisão preventiva; e, no plano teórico e doutrinário, defende-se inclusive a licitude da tortura<sup>18</sup>.

---

16 Destarte, o legislador (para ficar, num primeiro momento, no campo do Direito material) passa para uma **legislação de combate** – assim chamada abertamente – como no caso da **criminalidade econômica**, do **terrorismo**, da **criminalidade organizada**, dos **crimes sexuais** e outras infrações penais perigosas, nem como, de forma geral, no caso de “crimes”, sendo que, em cada caso, pretende-se combater indivíduos que, em sua postura (por exemplo, no caso de crimes sexuais), ou em sua vida econômica (por exemplo, na criminalidade econômica, no tráfico de drogas e em outros tipos de criminalidade organizada), ou por meio de associação a uma organização (no caso do terrorismo, da criminalidade organizada e até da formação de bando ou quadrilha – art. 30 do Código Penal), desviaram-se do Direito de modo supostamente duradouro, ou, pelo menos, decisivo, *i. e.*, que **não fornecem a garantia cognitiva mínima necessária para que sejam tratados como pessoas**. A reação do Direito a essa criminalidade caracteriza-se – de modo paralelo à diferenciação kantiana, há pouco citada, entre estado de civilidade e estado natural – pelo fato de não se tratar, primariamente, de uma compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade é amplamente antecipada para o âmbito da preparação, e a pena se presta ao asseguramento contra fatos futuros, não à punição de fatos consumados. (JAKOBS, 2009: 12, grifo nosso).

17 “[...]a pessoa é entendida, segundo uma longa tradição, como titular de direitos e deveres” (JAKOBS, 2009: 30, grifo nosso).

18 Segundo Juarez Cirino dos SANTOS (2012: 11), o *inimigo* seria ilegitimamente atingido por um **duplo sistema de imputação**, que violaria tanto os direitos materiais quanto processuais fundamentais: “[...] um Direito Penal preventivo da **medida de segurança** pelo **perigo de fato futuro** de autores definidos como inimigos [...] 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** (sic) 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 [...]”.



**(d) Quais as principais características deste intervencionismo penal (diferenciado)?**

Ao questionamento, responde GOMES (2004):

(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 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.

Feitas a exposição teórica, propomos dois campos para tencionar criticamente a teoria do Direito Penal do Inimigo: o da Criminologia e o do Garantismo Penal.

#### **4. MOMENTO II: TENSÕES CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

##### **4.1. TENSÃO I: POSSIBILIDADES DE “ABERTURA” NO DISCURSO DO INIMIGODESDE A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA CRIMINOLÓGICA (POLÍTICA CRIMINAL SEM CRIMINOLOGIA?)**

No período entre Guerras –leciona CARVALHO (2009: 153) –, simultaneamente com a maximização do Direito Penal na esfera de proteção de direitos sociais e transindividuais, o cenário punitivo assistiu a elaboração de modelos de intervenção autoritários que marcaram oséculo XX, reanimados na atualidade sob o espectro de doutrinas de emergência/exceção, como é o caso do Direito Penal do Inimigo. Neste sentido, explica:

Os **modelos de periculosidade individual** ou **social**, típicos das **doutrinas de defesa social** e inspirados no tipo ideal lombrosiano, criam estatutos penais de cunho behaviorista antissecularizados. Se a limitação do poder punitivo no discurso liberal-ilustrado se harmoniza com o discurso dos direitos humanos em face do respeito à diversidade do outro, resultado da radical separação entre direito e moral – o delito deixa de ser considerado *quia peccatum* para, desde o postulado da legalidade, adquirir caráter *quia prohibitum* –, as doutrinas de defesa social substancializam e ontologizam o delito. Neste quadro, para além da legalidade e da ofensa concreta aos bens jurídicos, o desvio se qualifica pelo caráter imoral e antissocial da conduta. A

abertura dos tipos incriminadores produz ruptura nos mecanismos os formais de limitação da punitividade, cujo efeito será a potencialização do poder de coação direta (poder de polícia), estado ótimo do direito penal de exceção (CARVALHO, 2010: 114, grifo nosso).

No contexto, é possível analisar o Direito Penal do Inimigo como uma teoria jurídico-penal encrostada por uma política criminal de exceção, pautada em critérios legitimadores de atuação que se identificam, sobretudo, na *periculosidade* advinda dos entes *inimigos* (que não possuem *fidelidade jurídica*), buscando assim, com a intervenção penal, (re)estabilizar as expectativas normativas, logo, o sistema social. Lembra muito, a nosso ver, o conceito de *Defesa Social*, que em uma reminiscência histórica (que ainda jaz na atualidade...), é o elemento do discurso que alimentou a *Scuola Positiva* (Lombroso-Garofalo-Ferri) e que fomentou as matrizes para a Criminologia Positivista: a ideologia penal da Defesa Social<sup>19</sup>. Portanto, persiste a crítica cirúrgica de SANTOS (2012: 15):

O salto epistemológico de 4 séculos tentado por JAKOBS é também ingênuo, ao transferir conceitos da metafísica medieval para sociedade tecnológica do Século 21. Pior ainda, suprime aquisições das modernas ciências sociais e criminológicas, já no âmbito das teorias *etiológicas* da criminalidade, muito mais na área das teorias *políticas* da criminalização. As teorias etiológicas da **criminalidade**, produzidas pela pesquisa positivista das determinações causais da conduta, podem ser limitadas como ciência e conversadoras como política, mas não desumanizam o autor de fatos criminosos. As teorias políticas da **criminalização** redefinem crime como fenômeno social criado pela lei penal e criminoso como sujeito estigmatizado pelo Sistema de Justiça Criminal (Polícia, Justiça e Prisão), mostrando a criminalização seletiva do oprimido pelos processos de definição legal de crimes e de produção judicial de criminosos nas sociedades fundadas na contradição capital/trabalho assalariado – conceitos incompatíveis com a teoria de JAKOBS (SANTOS, 2012: 15).

No particular caso do funcionalismo do inimigo, além do problema de *despersonalização* do sujeito tido como ente *perigoso*, conforme esclarecem CARVALHO e CARVALHO (2008: 45), cabe acrescentar que desde o século passado, principalmente com a intervenção da Escola Positiva italiana e sua reestruturação pelo movimento da (Nova) Defesa

---

<sup>19</sup>Segundo BARATTA (2002), a *ideologia penal da defesa social* seria a conjunção de uma série de princípios (*legitimidade, bem e mal, culpabilidade, finalidade ou prevenção, igualdade e interesse social*) que representariam os pressupostos para uma Criminologia – com a integração entre ciência dogmático-penal e ciência social da criminalidade –, não restrita, portanto, à compreensão do delito a partir do Direito Penal, única e exclusivamente. Explica ainda que sofre(u) crise o conceito de *defesa social* (aliado às Escolas Positivas), por se pautarem no paradigma *etiológico-causal*, e, a partir disto, impulsionarem grandes violações de direitos humanos – paradigma este, segundo Baratta, superado desde outro, o da *reação social* com o *Labelling Approach*.

Social, vem sendo produzida uma crise regressiva da *culpabilidade* que tende a ser integrada ou substituída pela noção de *periculosidade*, como é a capacidade delitiva e/ou a culpabilidade de autor<sup>20</sup>. ZAFFARONI *et alii* (2011: 131-133) delinham esta categoria:

Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de *um estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza *moral* e, por conseguinte, trata-se de *uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico*; para outros, de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um *estado perigoso* [...] Para o direito penal de autor identificado como uma divindade impessoal e mecânica, o delito é signo de uma falha em um aparato complexo, mas que não deixa de ser uma complicada peça de outro maior, que é a sociedade. A falha no pequeno mecanismo acarreta um perigo para o mecanismo maior, isto é, indica um *estado de periculosidade*. As agências jurídicas constituem aparatos mecanicamente determinados para o reparo ou a neutralização das peças defeituosas. [...] Além dessas formas tradicionais e puras [...] encontra-se o novo direito penal de autor que, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento.

A partir desta modalidade de *defesa social* que aplica o direito penal de autor, a questão é invertida: a *culpabilidade* que deveria se encontrar como uma garantia do cidadão frente à intervenção punitiva estatal<sup>21</sup> é esquecida para que a *periculosidade* pare; esta por sua vez, autorizará a punição pautada em um controle penal determinado pela política do inimigo, inclusive, pelo imediatismo, como o intervencionismo prévio (às figuras de autor).

Em teoria do controle social, propostas científicas ingênuas produzem efeitos políticos perversos: a violência autoritária das elites de poder econômico e político das sociedades contemporâneas costuma existir sob a

---

20 “Apesar da culpabilidade significar reprovação do ato praticado por um indivíduo dotado de autodeterminação, e esta não pode ser confundida com o juízo de censura moral, invariavelmente abandona-se a perspectiva garantista para vincular sua aplicabilidade ao julgamento ético/moral do autor, legitimando uma anomalia jurídica que é a culpabilidade caráter vinculada à periculosidade do indivíduo” (CARVALHO; CARVALHO, 2008: 45).

21 Esta é a compreensão de Claus ROXIN: “[...] a exigência de reconhecimento da necessidade preventiva como pressuposto adicional da punibilidade significa, unicamente, ulterior proteção ante a intervenção do direito penal, enquanto não só se limita o preventivamente admissível mediante o princípio da culpabilidade, mas também se restringe a possibilidade de punição da conduta culpável à exigência de que esta seja preventivamente imprescindível” (ROXIN, 1997, *apud* QUEIROZ, 2011: 320).

forma de primários programas repressivos de controle da criminalidade. Na atualidade, essa ingênua ciência do controle social oscila entre o discurso da *tolerância zero*, que significa intolerância absoluta, e o discurso do *direito penal do inimigo*, que significa extermínio de seres humanos, ambos propostos como controle antecipado de *hipotéticos* crimes futuros: a teoria simplista da relação *desordem urbana/criminalidade de rua* do discurso de *tolerância zero* explica a criminalização da pobreza (desocupados, pedintes, sem-teto), de infrações de bagatela (grafiteiros, usuários de droga, pequenos furtos), de bêbados etc; a teoria simplista dos *efeitos de personalidade* do discurso do *direito penal do inimigo* propõe a neutralização/extermínio de futuros autores de crimes econômicos, sexuais, de tráfico de drogas e de outras formas da chamada criminalidade organizada (SANTOS, 2012: 15).

A estrutura de aplicação teórica pautada no autor e no *defensivismo*, relembra muito as práticas norte-americanas identificadas no século passado e na modernidade recente. Em 1994, motivado pelos discursos policialescos e imediatistas de *law and order zero tolerance*, Rudolfi Giuliani, até então prefeito de Nova York, auxiliado por William Bratton (seu chefe de polícia), inaugurou uma estratégia de planejamento baseada no *repressivismo* e na manutenção da ordem, de modo que enfatizaram o combate desde condutas mínimas consideradas *desviantes* (nos termos da criminologia) – como pichação, urinar nas ruas, beber em público, mendicância, etc. –, com fito de instituir uma “iniciativa de qualidade-de-vida” (*quality-of-life initiative*)<sup>22</sup>.

Conforme expõem COUTINHO e CARVALHO (2003), a máxima de tal política policialesca era a seguinte: “*se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior se sentirá seguro para atuar na região da desordem. Quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas*”, ou seja, se o indivíduo comete contravenções ou delitos brandos, vai se sentir (ou permitir que outros se sintam) seguro(s) para cometer delitos mais graves caso não seja(m) neutralizado(s) da forma mais rápida e efetiva possível<sup>23</sup>.

<sup>22</sup>Conforme aponta COUTINHO e CARVALHO (2003: 23) “A política foi baseada nos escritos de estudos de **James Q. Wilson**, **George L. Kelling** e **Wesley G. Skogan**. Os dois primeiros são autores do artigo ‘*Broken windows: the police and neighborhood safety*’, publicado na edição de março de 1982 do periódico *Atlantic Monthly*. O último foi autor, em 1990, de um estudo (*Disorder and decline: crime and the spiral decay in american neighborhoods*) que amparou a teoria”.

<sup>23</sup>Segundo a teoria, o alvo do sistema punitivo-policialesco nova iorquino se essencializava nas pessoas desordeiras que incluíam *pessoas não respeitáveis*, *turbulentas* ou *imprevisíveis*, tais quais catadores de papel, bêbados, viciados, adolescentes arruaceiros, prostitutas, vadios e os perturbados mentais “*bêbados fedorentos*” e os “*pedintes inoportunos*”, na maioria dos casos, eram “forasteiros” ou “estranhos” que cometiam os crimes.

*A Broken Windows Theory*, assim, não prega a reforma do “desordeiro”, mas tão só sua punição, sua exclusão. Julga-o não somente por dar a ele um antecedente criminal, tampouco por condená-lo, mas por tornar o indivíduo alguém que precisa ser controlado, removido e observado. A categoria do “desordeiro” permite a Tolerância Zero, e esta o abuso do Estado e a barbárie do Soberano. A desordem do Estado, enfim, garante a ordem. ***A violência policial é necessária; um meio para um fim maior.*** (COUTINHO; CARVALHO, 2003: 24).

Em cotejo com a teoria jakobsiana, podemos vislumbrar que ambos os discursos são direcionados à inocuização de parcela da sociedade, os ditos *indesejáveis* ou *comprometedores da ordem social* (sob a ótica dos pressupostos do funcionalismo luhmanniano). Não obstante, no dia 11 de setembro de 2001, o sistema penal norte-americano, no governo Bush, encontrou um *inimigo* de certa substância no chamado *terrorismo*. Ao mesmo tempo, tomou emprestada a *prevenção* do discurso penal legitimante e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque como *preventiva*. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca desesperada do inimigo (ZAFFARONI, 2007: 65), fatídico este que culminou com a insurgência do *Patriot Act*<sup>24, 25</sup>.

Desde a melhor leitura atual da compreensão de um modelo integrado de Ciências Criminais (direito penal, processo penal, política criminal e criminologia), diversa da proposta por Lizst<sup>26</sup>, pensamos que a teoria de JAKOBS é carente de fundamentação criminológico e não segue a evolução deste saber (empírico). A Criminologia, desde a Escola Clássica (daí com BECCARIA, p. ex.) aos novos postulados da Criminologia Moderna, com as teorias do conflito (*Labelling Approach* e *Criminologia Crítica*), superara-se o paradigma do qual

24 “[...] como ejemplo de recorte de garantías procesales, siguiendo el ejemplo de preceptos del *Act Patriotic* de Estados Unidos que permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos, o recabar de las empresas datos sobre la intimidad de sus clientes y trabajadores y otras muchas violaciones de derechos fundamentales, están las medidas excepcionales de detención gubernativa por tiempo indefinido de extranjeros sospechosos de terrorismo en Inglaterra [...]; o la aceptación como prueba, sancionada legalmente en muchos países, de la declaración del <<arrepentido>>, e los caos de terrorismo y criminalidad organizada” (MUNÓZ CONDE, 2005: 127).

25 “A necessidade de defender-se, *por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados*, mas sim do nebuloso *terrorismo*, legitima não apenas as *guerras preventivas* de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais, que incluem a privação de liberdade indeterminada de pessoas que não se acham em condição de prisioneiros de guerra nem de réus processados, seja sob o pretexto de que não são cidadãos dos Estados Unidos ou de que não se encontram privados de liberdade em *seu território*”. (ZAFFARONI, 2007: 66).

operavam as antigas investigações justificacionistas da *criminalidade* (etiologismo), em sede de Positivismo Criminológico, buscando, assim, produzir um “olhar” não mais a partir do criminoso (o homem delinquente), mas do crime e a sua instituição a partir do sistema punitivo (reação social).

Podemos deduzir que conforme salienta BARATTA (2002: 201) “*Entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado*”, não é digna de aceitação uma teoria do Direito Penal que inaugura uma Política Criminal despretensiosa com relação às investigações empíricas atuais do delito.

[...] a teoria dos *efeitos de personalidade* implica um conceito metafísico-abstrato de ser humano – o *criminoso nato* determinado por causas biológicas, psicológicas, genéticas, instituais etc., objeto das explicações etiológicas da criminologia positivista –, incapaz de compreender a natureza humana “*als Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse*”, ou seja, *como o conjunto das relações sociais*, suscetível de explicações histórico-estruturais do comportamento, como já indicava MARX na descrição do processo de acumulação primitiva do capital: camponeses expulsos das terras feudais e expropriados dos meios de produção, sobrevivem em bandos de mendigo, desocupados e ladrões, provocando uma legislação sanguinária contra a vagabundagem, a mendicância e os crimes patrimoniais, desde então e sempre explicados por defeitos individuais de *personalidades desajustadas* – e não por determinações sócio-estruturais do modo de produção da vida social. A teoria de JAKOBS não percebe que a exclusão das massas marginalizadas do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania explica os defeitos individuais à violência pessoal, sexual e patrimonial das sociedades modernas (SANTOS, 2012: 16).

Pautados na análise das modernas teorias criminológicas do conflito, grande contribuição advinda da Criminologia Crítica (ou Radical) – a “Nova Criminologia” insurgida nos idos da década de 70, sobretudo nos EUA e Inglaterra, com destaque para a Escola criminológica de Berkeley, influenciada pelos ideais marxistas, como uma crítica à criminologia tradicional (inversão do objeto de estudo: do criminoso para o crime e o sistema penal) – é o desvelo das *funções reais* do poder punitivo dantes travestido pelo discurso das *funções aparentes*.

Os *objetivos ideológicos* do aparelho penal se resumem nas metas de *repressão da criminalidade* e de *controle/redução do crime*. Os *objetivos*

---

<sup>26</sup>Segundo Lizst, os pressupostos de punibilidade deveriam ser determinados conforme um Estado Liberal de Direito (Escola Clássica), no entanto, uma vez identificada a punibilidade, esta se seguiria conforme as *necessidades sociais*. Daí a célebre frase: *O Direito Penal é a barreira intransponível da Política criminal*.

*reais* do aparelho penal consistem numa dupla reprodução: *reprodução da criminalidade* pelo recorte de formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados (com exclusão da criminalidade das classes e grupos sociais dominantes) e *reprodução das relações sociais*, porque a repressão daquela criminalidade funciona como “tática de submissão ao poder” empregada pelas classes dominantes. Assim, a explicação da justiça penal não reside nos *objetivos aparentes*, de repressão da criminalidade e controle do crime, mas nos objetivos ocultos do sistema carcerário, de reprodução da criminalidade e reprodução das relações sociais, através do controle diferencial do crime (SANTOS, 2006: 81-82).

Deste desvelo funcional, encontramos problemas essenciais da teoria inclusive no que se refere às funções da pena, ao atribuir tratamento diferenciado ao *inimigo*:

[...] o conceito de *pena* da teoria de JAKOBS passa por cima da distinção entre (a) objetivos *aparentes* do sistema penal, expressos no discurso oficial da teoria jurídica da pena, de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral, e (b) objetivos *reais* do sistema penal, de garantia das desigualdades sociais da relação capital/trabalho assalariado, integrados no discurso crítico da Criminologia desde PASUKANIS. Essa carência teórica é responsável pela esquizofrenia do discurso oficial da teoria jurídica da pena em face da realidade concreta do sistema penal (SANTOS, 2012: 17)

Corroborando ZAFFARONI (2001: 86-87) ao tratar da aplicação do Funcionalismo Sistêmico no discurso jurídico-penal, contrariando a suposta prevenção geral positiva que muitos atribuem ao Direito Penal do Inimigo, “*a pena deixa de perseguir fins preventivo-gerais (admite-se que não evita que outros cometam delitos, mas isso não interessa), nem especiais (também se admite que não evita que o autor cometa novos delitos, e tampouco isto importa)*”, porque o objetivo é o “garantir o consenso”, ou seja, o “equilíbrio do sistema”.

[...] as ideias complementares de *estabilização das expectativas normativas* do Direito Penal do **cidadão** e de *eliminação antecipada* do Direito Penal do **inimigo** integram o tradicional discurso ideológico encobridor da função real de garantia das *desigualdades sociais* realizada pelo Direito Penal nas sociedades modernas – conforme demonstra BARATTA –, mas com uma diferença essencial: a *forma igual* do Direito Penal do cidadão *garante* as desigualdades sociais, a *forma desigual* do Direito Penal do inimigo *amplia* as desigualdades sociais garantidas (SANTOS, 2012: 18).

Ignora, ademais, as contribuições do *Labelling Approach* (teoria do etiquetamento) – na esteira do paradigma da reação social –, vertente que constatou que o *delito* não é apenas violação à norma – como assim quer JAKOBS (2009) –, mas uma “realidade social” construída por juízos atributivos, determinados, primariamente, pelas *meta-regras* e, apenas secundariamente, pelos tipos penais: juízes e tribunais seriam instituições determinantes da “realidade”, mediante sentenças atributivas de qualidades aos imputados, com estigmatização, mudança de *status* e de identidade social do condenado (BARATTA, 2002: 13).

Em síntese, e sem esgotamento das hipóteses de tensões criminológicas, a ingenuidade desse *direito penal do inimigo* não está em apostar na violência do Estado sobre o indivíduo – afinal, um dado universal –, mas em ignorar as aquisições científicas sobre crime e controle social nas sociedades atuais (SANTOS, 2012: 15). É o que nos leva a pensar em uma política criminal descomprometida com o pensamento criminológico mais moderno.

#### 4.2. TENSÃO II: DA DESLEGITIMAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO A PARTIR DA HIPÓTESE GARANTISTA

Propõe-se como segundo campo de tensão deste trabalho o conflito do discurso penal funcionalista do inimigo frente ao modelo garantista proposto pelo jusfilósofo italiano Luigi FERRAJOLI (2010b), por dois motivos essenciais: (a) porque é o modelo que não se afasta nemse contrapõe ao diagnóstico criminológico (segundo as modernas teorias do conflito) como o faz o Direito Penal do Inimigo, e (b) porque é o modelo propugnado pelo constituinte originário na grande maioria dos Estados (Democráticos) de Direito no mundo – com especial ênfase, neste ponto, à República brasileira (Constituição Federal de 1988) – e, segundo vimos, o Direito Penal do Inimigo é, por excelência, uma teoria do Direito que institui uma política criminal das mais repressivas que, por consequência, acaba por implantar estigmatização e violar uma série de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

FERRAJOLI (2010b: 785-786, grifo nosso), em uma das possíveis compreensões do “Garantismo” – aqui, aplicado com especial ênfase na esfera penal que é o “local vazio” (de direitos), espaço de maior desrespeito aos direitos humanos dos cidadãos –, esclarece:

“Garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” *SG*, próprio do *Estado de direito*, que sob o *planoepistemológico* se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o *plano político* se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o *plano jurídico*, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Suplementa Alexandre Morais da ROSA (2005: 4) ao explicar que a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, “*está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais*”. O *garantismo jurídico* baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição *iluminista* – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade



relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade bem como do levante *neoliberal*.

Trata-se de um modelo de Direito limitativo do poder punitivo estatal, no sentido de efetivar as garantias e direitos fundamentais provenientes da Constituição, e instituir uma política criminal minimalista (ao contrário da tese do inimigo, que é maximalista). Neste sentido, em entrevista à revista argentina Debate<sup>27</sup>, Eugenio Raúl Zaffaroni, de forma oportuna, afirmou: “*Garantista no soy yo, sino la Constitución*”, pois, a bem da verdade, não se trata de uma opção política, mas de um mandamento obrigatório do Estado Democrático.

A Constituição estabelece um rol de direitos fundamentais, de tal maneira que, referir-se a um *direito penal garantista* em um Estado de direito é uma *redundância grosseira*, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de *garantias*, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é *partidário de garantias* (ZAFFARONI, 2007: 173). Eis então a importância da Constituição para o presente estudo: é esta a responsável pela garantia de direitos fundamentais e consequente limitação do poder estatal, na medida da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88).

A melhor garantia de eficácia do direito penal – até onde ela pode ser exigida – é o respeito aos direitos fundamentais. Sua violação obscurece qualquer intervenção penal, desacredita-a, uma vez que cria dúvidas sobre a sua correção, com o agravante de que essas dúvidas podem facilmente descambar em impunidade, pela via de inconstitucionalidades, nulidades, revisões extraordinárias, etc. (ZAFFARONI, 2007: 187).

Nesta linha, explica FERRAJOLI (2010a) que no espaço democrático, desde a constitucionalização dos direitos e desde o giro democrático que reconheceu a *legalidade estrita*,<sup>28</sup> podemos inferir que a *Democracia* possui duas dimensões: *formal* e *substancial*. Na primeira, encontramos a *forma* com a qual as decisões são proferidas, assegurando com elas a expressão da vontade da maioria; sob o aspecto *substancial*, é onde se encontra o que não pode ser decidido ou deve ser decidido de determinada forma por qualquer maioria. A partir da constitucionalização dos direitos fundamentais, seria possível entender que os direitos fundamentais constituem-se como a *substância* ou *significado* das respectivas decisões, vinculando-as, em respeito aos direitos fundamentais, que constituem-se princípios axiológicos da Constituição (“*esfera de lo indecible que*”, para direitos sociais que geram

<sup>27</sup> É possível acessar a entrevista completa de ZAFFARONI neste endereço: <http://www.revistadebate.com.ar/2012/04/04/5276.php>.

obrigações positivas ao Estado, e “*indecidible que no*”, para direitos individuais, que geram obrigações negativas). E daí a importância de tais direitos serem garantidos<sup>29</sup>: a efetivação de uma *democracia substancial*, um Estado Democrático de Direito de fato, por assim dizer. Daí FERRAJOLI (2010a) propor que a intervenção penal estatal opere sob o enfoque da *lei do mais fraco*<sup>30</sup>(cidadão frente à violência do Estado).

Sob nossa leitura, pensamos que o Direito Penal do Inimigo incorre em afronta aos postulados firmados *supra*. Inicialmente, o Direito Penal do Inimigo, ao contrário da moderna teoria da proteção do *bem jurídico*<sup>31</sup> (desde Feuerbach e Birnbaum), institui que a função do

---

28“O constitucionalismo, aquele que resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira evolução se expressou na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do **princípio da mera legalidade** (ou da legalidade formal), aquela norma de reconhecimento da existência das normas, essa segunda revolução se realizou com a afirmação daquilo que podemos chamar de **princípio da estreita legalidade** (ou da legalidade substancial): isto é, com a submissão também da lei aos vínculos não mais somente formais, mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas constituições.”(FERRAJOLI, 2011: 43-44, grifo nosso).

29“Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre **normatividad** y **efectividad**, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.”(FERRAJOLI, 2010a: 25)

30 “[...] a lei penal se justifica enquanto **lei do mais fraco**, voltada para a tutela dos seus direitos contra violência arbitrária do mais forte. É sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente a “necessidade política” do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justificam ofender nem com os delitos nem com as punições.”(FERRAJOLI, 2010: 312, grifo nosso).

31“Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema que se baseia nestes objetivos” (ROXIN, 2009: 18-19).

Direito Penal não é outra senão a da proteção das *expectativas normativas* da sociedade. Neste teor, compartilhamos do pensamento de ROXIN (2009: 33-34):

[...] para *Jakobs*, a função do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a de evitar uma diminuição da vigência da norma. [...] Sem embargo, não compartilho com este pensamento. Um sistema social, segundo meu entendimento, não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento [...] a norma não pode pretender somente a obediência dos cidadãos. Esta sempre se deve dirigir a uma ação ou omissão, isto é, ao estabelecimento de um estado determinado. Mas, em um Estado Democrático de direito, do qual parto como ideia diretriz, este estado só pode consistir em um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos membros da sociedade.

Acerta o autor ao fazer a crítica, mas, acrescentamos elementos de ordem dogmática, com ênfase no ordenamento brasileiro: a dogmática institui ao Direito Penal uma série de princípios, entre estes, muitos de ordem constitucional, no entanto, notadamente, ao propor princípios tais quais lesividade, *ultima ratio*, fragmentariedade e subsidiariedade, não se refere à proteção de qualquer norma jurídico-penal, mas a bem jurídicos. Isto quer dizer que se – e somente se – o cidadão vier a lesar ou causar perigo concreto de lesão é que poderá sofrer qualquer punição.

No Direito Penal do Fato – frise-se, novamente, que o Direito Penal do Inimigo é do Autor –, não existem punições prévias à execução dos atos preparatórios do delito, mas, ao contrário do que propõe JAKOBS (2009), seriam possíveis, inclusive, intervenções prévias investigatórias (ex. escutas) como uma forma de, através da *prospectividade*, intervir para que os agentes considerados *inimigos* não viessem a ferir a integridade normativa.

Assim, no momento em que se “legitima” a intervenção prévia frente àqueles que não geram expectativas normativas, considerando-os *inimigos* – ou *desajustados, infiéis à norma, desviantes*, etc –, fere de morte o princípio basilar de uma democracia constitucional que é o princípio da igualdade de tratamento a todos os cidadãos. Como se não fosse o bastante, explícita a perda da qualidade de pessoa (inimigos enquanto *não-pessoas*), não por violarem qualquer bem jurídico (o que também seria ilegítimo), mas simplesmente por ao serem taxados e rotulados de *perigosos*, possivelmente (um *possível* que talvez nunca venha a ocorrer!)

---

poderão cometer crimes: uma total afronta à dignidade humana, mas não apenas à ela, à própria culpabilidade (em favor da *periculosidade*)– que deveria ser tida como um limite e garantia da intervenção penal estatal para com o cidadão.

Conforme leciona ZAFFARONI (2007), no plano da teoria política, o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (*inimigos* da sociedade) é próprio dos Estados absolutos, que, por sua essência, não admitem gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política de um Estado Democrático de Direito. Inadmissível tal discrimine que, excepcionalmente, só pode ser admitido nas previsões do direito de guerra e com as limitações que lhe são impostas pelo direito internacional dos direitos humanos em seu ramo de direito humanitário (legislação de Genebra), levando-se em conta que nem sequer este priva o *inimigo bélico* da condição de pessoa. Introduce-se uma contradição permanente entre a doutrina jurídico-penal que admite e legitima o conceito de *inimigo* e os princípios constitucionais internacionais do Estado de direito, ou seja, com a teoria política deste último. Em suma, a condição do *inimigo* se coloca como obstáculo absolutista que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito.

Um Estado Democrático de Direito fundado nesta distinção (*cidadãos x inimigos*), que não apenas distingue o indistinguível, mas exclui alguns seres humanos da condição *pessoa*, e, conseqüentemente, agredindo violentamente a dignidade humana<sup>32</sup>, consagrada na maioria das

---

32 Sobre a dignidade humana, muito plausíveis as instigantes palavras de FERRAJOLI (2011: 105) “as o que é que garante a dignidade da pessoa? São aqueles direitos fundamentais que asseguram o “respeito” [...] da sua identidade de pessoa: por um lado, direitos de liberdade, que são todos – da liberdade pessoal à liberdade de consciência, da liberdade de pensamento aos direitos de autonomia civil e política – direitos à afirmação, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade que fazem de cada indivíduo uma pessoa igual a todas as outras; de outro lado, os direitos sociais à sobrevivência que são todos – dos direitos à saúde e à instrução aos direitos à subsistência e à previdência – direitos à redução das desigualdades nas condições de vida, as quais não têm relação com a identidade das pessoas, mas sim com as suas discriminações ou disparidades de caráter econômico ou social”.

Constituições modernas e tratados internacionais de direitos humanos<sup>33</sup>, passa a excluir direitos materiais e processuais penais fundamentais do então estigmatizado.

No momento em que o funcionalismo penal do inimigo estereotipa a sua clientela e legitima inclusive intervenções punitivas prévias (não antes da prática do ilícito penal, mas antes da agressão à norma!) – e não há de se falar aqui em “perigo abstrato” ou “concreto” porque são termos ligados ao conceito de bem jurídico (como já visto, diverso da proposta de tutela da norma, como quer Jakobs) – ao Estado sob o fito da contenção da periculosidade (elementos de defesa social) e preservação da segurança normativa, fere-se de morte a presunção de inocência constitucional, uma das maiores conquistas civilizatórias do processo penal democrático<sup>34</sup>, pela mera presunção de *pensamentos tendentes à violação normativa*<sup>35</sup>.

O Direito Penal do Inimigo, ademais de tudo, segundo pensamos, a partir da distinção *cidadão x inimigo*, e ao visaretabilizar *as expectativas normativas da sociedade*, neutralizando os inimigos, cai, segundo o termo alcunhado pela Teoria Crítica, no buraco negro da *reversibilidade ideológica do discurso dos direitos humanos*, ou seja, sob o pretexto de

---

33P. ex., a Constituição da República de 1988, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, etc.

34Pois, conforme ressalta SUANNES (1999: 232), indo inclusive muito além, pois o raciocínio vale, inclusive, para aqueles que *de fato* cometeram delitos (não se restringindo, portanto, aos etiquetados supostos portadores de periculosidade) e, por força constitucional-democrática, possuem a tutela de inocência: “[...] nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado”.

35“el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la ‘actitud interna’ del autor.”(MELIÁ, 2007: 39).

defender direitos humanos<sup>36</sup> para uns (cidadãos), viola muitos outros direitos de outros (inimigos)<sup>37</sup>, causando, assim, um influxo de contrariedade do seu próprio discurso legitimador, e, sendo assim, só confirma o que expomos ao longo deste trabalho que é a tese de que o Direito Penal do Inimigo é uma teoria da exclusão, reinventada como demonstra a experiência histórica<sup>38</sup>.

No cotejo entre pontos de tensão, o modelo garantista assume, ao lado das asserções criminológicas, um importante papel que acaba por causar “aberturas” no discurso penal do inimigo, diagnosticando, assim, a sua ilegitimidade e total aversão aos ditames constitucionais, importando notar que a garantia dos referidos direitos assume papel essencial e, conforme pensamos, de maior compatibilidade com os estudos empíricos da criminologia moderna

---

36“Uma sociedade que aspire à segurança com relação à conduta de cada um de nós como valor prioritário, projetada para o futuro e até suas últimas conseqüências, aspiraria a converter-se numa sociedade *robotizada* e, por conseguinte, *despersonalizada*. Certamente, esta distopia por sorte é e será falsa, porque a segurança com relação à nossa conduta futura, como se sabe, não é nada além de um pretexto a mais para legitimar o controle social punitivo.” (ZAFFARONI, 2007: 20-21).

37Neste sentido, esclarece CARVALHO (2010: 116, grifo nosso): “Notadamente quando se opera com poder punitivo, ou seja, com violências organizadas dirigidas contra pessoas e coletivos vulneráveis, fundamental ter presente a alta capacidade de mutação do discurso e das práticas (**reversibilidade**). No âmbito de atuação das agências de punitividade, o pressuposto de respeito mínimo aos direitos humanos é a inflexível vigilância do seu cotidiano, pois, ao laborar com violência, as possibilidades de extravasamento do poder são constantes”.

38Sobre a violência estatal: “A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.”(FERRAJOLI, 2010b: 355).

porque roga pela liberdade humana e não a deteriora com estigmatizações, presunções e considera a intervenção penal apenas em uma *ultima ratio*.

## 5. DO ESTADO ATUAL DA POLÍTICA CRIMINAL E ALGUMAS CONCLUSÕES

A (in)tensão deste trabalho acadêmico, por tudo que fora exposto, foi a da tentativa de oferecer uma proposta crítica à leitura da teoria do Direito Penal do Inimigo de JAKOBS (2009) a partir do saber criminológico e das modernas teorias do conflito com a transição paradigmática criminológica, e de um modelo garantista na análise das Ciências Criminais.

A hipótese é a de que a crítica teórica permite inferir, como em MELIÁ (2007: 17), que “‘*Derecho penal del ciudadano*’ es pleonismo, ‘*Derecho penal del enemigo*’ una contradicción en los términos”, porque conforme delineado na análise constitucional-garantista, é inadmissível no Estado (Democrático) de Direito a aceitação de uma distinção entre seres humanos, a negação da qualidade de *pessoa* e demais perdas de direitos adjetivos e substantivos. Como política criminal instituída a partir do *inimigo*, segundo um modelo integrado de ciências criminais, compreendeu-se que é carente de fundamentação nas principais modernas teorias sobre o *crime*, e sob o pretexto de salvaguardar a estabilidade normativa, recai sob a *inversão ideológica*, maculando, de vez, sua a consistência teórica porque contraditória.

O Direito Penal do Inimigo, na marca do *simbolismo*<sup>39</sup>, é bem compreendido conforme a 3ª velocidade do Direito Penal, segundo a proposição de SANCHEZ (2002: 148), ou seja, perpassando pela 1ª (pena de prisão + garantias fundamentais) e 2ª (pena diversa da prisão + flexibilização de garantias) velocidades, no ápice, “o *Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais*” (pena de prisão + flexibilização de garantias).

---

39 “[...] el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado ‘hecho’, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal [...] persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como ‘outros’.” (MELIÁ, 2007: 26).

Após o 11 de setembro e a tradição norte-americana, sob a ótica do *defensivismo sociale* do “expansionismo punitivo”, verifica-se, não apenas o reforço ao Direito Penal simbólico, com a edição de legislações de combate e atuações das agências de controle voltadas à “tranquilização popular” (qual tranquilidade?), mas, opera-se também um ressurgir do punitivismo, que conforme MELIÁ (2007) implica em processos que conduzem a edição de normas penais incriminadoras novas ou que recrudescem o *quantum* punitivo das penas antes cominadas<sup>40</sup>. A tese jakobsiana é uma reinvenção da exclusão e estimula o punitivismo, e opera segundo uma lógica invertida, que, segundo os postulados da Criminologia Crítica, ressalta o *controle penal* explícito no *discurso real*, não declarado. Através de legislações de combate (ex. Lei Antidrogas, etc.), não apenas estigmatiza parcela da população, mas agride os postulados de um Direito Penal garantista que atende matrizes constitucionais.

Em síntese, estamos com FERRAJOLI (2010) no sentido de que o Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar – a personalidade dos réus. Porque, por fim, o cidadão tem o dever de não cometer crimes e o *direito de ser* internamente ruim e de permanecer como de fato é.

O Direito Penal Inimigo, se considerado seu contexto histórico de criação, não é uma teoria que pode ser puramente importada a qualquer sistema penal nacional, no entanto, oferece fortes elementos para a análise do punitivismo inerte nas políticas criminais regionais, e, como em ZAFFARONI (2001: 213), obriga uma reflexão de que o sistema penal deve ser limitado, controlado e reduzido em seu nível de violência, o que implica que o Direito Penal, concebido como o direito humanitário em conjuntura política, teria uma função político-criminal (reduzidora de violência) como um passo no caminho rumo à utopia.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

400 exemplo mais atual é, em SANCHEZ (2002), o da “administrativização” do Direito Penal que ocorre, por exemplo, na não aplicação do princípio da insignificância nos delitos ambientais porque, se por um lado a conduta particular do agente não fere o bem jurídico, a ação não coordenada de vários (sem hipótese de concurso de agentes) feriria. É dizer, fere-se a dogmática e princípios básicos do Direito Penal liberal em prol da proteção de “bens jurídicos” que muito poderiam ser tutelados pelo Direito Administrativo sancionatório (*prima ratio*).



BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: ICC/ Revan, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez/PUCRS/TEC, Ano 3, 2003, n. 11.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: La Ley del más Débil. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. Pref. da 1ª ed. italiana, Norberto Bobbio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

\_\_\_\_\_. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Trad. Alexandre Salim *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: **Notícias Forenses**: out. de 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. 2ª ed. Trad. Gercélia Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Manuel Cancio Meliá. *In: Direito Penal e Funcionalismo*. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari. *In: Direito Penal e Funcionalismo*. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009 (Coleção Sociologia).

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado; Érika Carvalho. São Paulo: RT, 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. “derecho penal” del enemigo? *In: Direito Penal em Tempos de Crise*. STRECK, Lênio Luiz (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA RODRIGUES, Cândido. Apontamentos sobre o Pensamento de Carl Schmitt. *Sæculum*—Revista de História, João Pessoa, jan./ jun. 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ed. 83, 2010.

\_\_\_\_\_. De Nuevo sobre el “Derecho Penal del Enemigo”. España, Madrid: *Revista Penal*, 2005.

PLATÓN. **Protágoras**. Trad. J. Velarde. Oviedo: Pentalfa Ediciones, 1980. (Clásicos El Basilisco).

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Versão para eBook. Editora Ridendo Castigat Mores, 2002.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. 2ª ed. Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu J. Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos de Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de O. Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 2ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Direito Penal do Inimigo – ou o Discurso do Direito Penal Desigual**. Disponível em: [www.cirino.com.br](http://www.cirino.com.br), Acesso em 4 de outubro de 2012.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. **Direito Penal Brasileiro – I**: Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas Perdidas:** A perda de Legitimidade do Sistema Penal. 5ª ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Inimigo no Direito Penal.** 2ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007.