

DIREITO PENAL DO INIMIGO: ALTERNATIVA DE EFICÁCIA DO SISTEMA REPRESSIVO COMPATÍVEL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

MARCELO CUNHA DE ARAÚJO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Mestre e Doutor em Direito;
Professor do curso de Direito da PUC-MG;
Pesquisa Financiada pelo FIP – PUC-MG.

RESUMO: A teoria do Direito penal do inimigo, apresentada originalmente por Günther Jakobs, tem sofrido, no Brasil, críticas de diversos autores, podendo-se dizer, inclusive, que não é bem aceita pelos juristas nacionais. Não há, entretanto, na doutrina pátria, trabalhos que abordem as questões fundantes da teoria e mesmo apresentem alternativas de eficiência à evidente impunidade que se apresenta a todo cidadão. O presente artigo visa a estudar os pontos centrais da perspectiva do Direito penal do inimigo, suas críticas e, principalmente, a responder ao questionamento a respeito de eventual escolha, na prática, de um “inimigo do sistema criminal brasileiro”. A partir da resposta apresentada, torna-se possível perquirir se essa escolha é compatível com os ditames constitucionais pátrios.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal do inimigo; Günther Jakobs; sistema criminal brasileiro.

ABSTRACT: Günther Jakobs is the creator of a theory that is very studied in Brazil: the “Enemy Criminal Law” (*Feindstrafrecht*). Despite the criticism, some of his thoughts and institutes constitute a reasonable description of the reality of the Brazilian Criminal System. The choice of the “enemy”, however, is very problematic when the interpreter takes the Brazilian Constitution on account.

KEY WORDS: Enemy Criminal Law; *Feindstrafrecht*; Günther Jakobs; Brazilian criminal system.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Características básicas do Direito penal do inimigo. 3. Considerações sobre o Direito penal do inimigo. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A concepção originalmente alemã do *Direito penal do inimigo* tem sido exaustivamente tratada em diversos artigos e obras de juristas brasileiros. Apesar do debate acerca do tema, poucos avanços têm se apresentado na doutrina e na jurisprudência nacional em relação à mencionada teoria. Tal se dá, em linhas gerais, pelo fato de o “debate” ocorrer, basicamente, pelo mero rechaço da teoria em virtude de sua suposta “total e completa” inadequação ao sistema democrático brasileiro.

O presente artigo busca, por seu turno, apresentar inicialmente a teoria do Direito penal do inimigo e, em seguida, efetuar questionamentos inéditos a respeito do tema. Em primeiro lugar, cabe a pergunta, apenas detectada pelo operador habitual do sistema criminal, a respeito da aplicação prática do Direito penal do inimigo, independentemente de sua aceitação teórica como elemento compatível com o Estado Democrático de Direito. Em outras palavras: a despeito da aceitação da teoria do Direito penal do inimigo pelos juristas brasileiros, ela é aplicada na prática?

Além desse questionamento inicial, torna-se relevante perquirir-se se a teoria do Direito penal do inimigo é totalmente imprestável ao Estado Democrático de Direito, como afirmam a maioria dos autores que se debruçam sobre o tema, ou se há algo na doutrina que se pode aproveitar à realidade brasileira.

Nesse diapasão, o presente trabalho pretende, mais do que repetir a vetusta e vergastada exposição sobre as características do Direito penal do inimigo e sua (in)adequação, apresentar ao leitor novos

questionamentos sobre a teoria e seus limites de aplicabilidade à realidade brasileira.

2. Características básicas do Direito penal do inimigo

Para a apresentação da teoria do Direito penal do inimigo, tomamos como obra basilar e marco teórico a publicação conjunta de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2003) intitulada *Derecho penal del enemigo*. Nessa publicação os autores apresentam, de forma sistemática, a teoria, inclusive apontando críticas lançadas e respostas possíveis. Cabe a ressalva de que a visão dos co-autores não é idêntica, o que fica claro na parte do texto de autoria de Meliá, em que se percebem diversas críticas às ideias originárias de Jakobs. Meliá, apesar de escrever em conjunto com Jakobs em virtude de bolsa de pesquisa desenvolvida em 2002 na universidade de Bonn, possui visão nitidamente distinta da aplicabilidade e da sustentabilidade do conceito de Direito penal do inimigo.

A primeira explicitação de Jakobs (2003, p. 21-22), quando apresenta a teoria do Direito penal do inimigo, refere-se ao fato de que a distinção entre direito penal do cidadão e do inimigo não se dá de forma plena e excludente, sendo mais pertinente falar-se na distinção para fins didáticos, uma vez que não há possibilidade de separação plena entre essas esferas. O que se nota, porém, é que, em momentos diferenciados de um Direito Penal único, o autor de crime é tratado como *pessoa*, e em outros, como *fonte de perigo*.

Feita a necessária ressalva, o catedrático da Universidade de Bonn apresenta as bases de sua teoria afirmando que a pena é, em princípio, *coação*. Essa coação, em primeiro lugar, pode ser entendida como *portadora de significado jurídico*. Nesse sentido, quando uma pessoa racional comete um ato (fato penal) em contrariedade à norma, há um ataque à sua vigência. A pena, por seu turno, significa que a afirmação do autor (de não vigência da norma) é irrelevante e que a norma segue vigente, mantendo-se a configuração social. Assim, tanto o fato como a coação penal serão tidos como meios de interação simbólica, e o autor é tomado a sério como pessoa, uma vez que é necessário contradizer seu feito. (JAKOBS, 2003, p. 23).

Além do caráter simbólico, a pena não apenas significa algo, mas também produz fisicamente algo (no real), excluindo o preso da convivência social por meio de seu enclausuramento (prevenção especial negativa). Segundo Jakobs (2003, p. 24), “en esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso”. Esse “aseguramiento” seria claramente verificado, por exemplo, nos casos de medida de segurança que se calca, em suma, na periculosidade do agente, e não na afirmação da norma em caráter simbólico dirigida a um ser racional.

Sem adentrarmos ainda nos limites da conceituação de pessoa e indivíduo de Jakobs, temos que, para esse autor, “en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede – en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena – de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación” (JAKOBS, 2003, p. 24)¹.

Traçadas essas linhas iniciais, Jakobs adentra no estudo dos filósofos contratualistas e observa que, mesmo em suas concepções iniciais do contrato social, já havia a figura daquele que poderia ser considerado como o inimigo. Nessa linha, o penalista informa que

¹ Note-se que tal exposição se coaduna com os clássicos fins da pena adotados pelo dogmatismo penal, conforme aponta Jochen Bung (2006, p. 117-119): “Não se pode contrariar Jackobs quando ele destaca não ser suficiente conceituar a norma penal apenas na sua relação com o potencial agente, pois a relação com os potenciais atingidos pela lesão normativa também faz parte da norma, evidentemente. A validade da norma é uma relação triangular entre o violador da norma, o atingido pela violação da norma e a própria norma. Analiticamente, resulta da mencionada triangulação que a expectativa de que a violação da norma continue limitada a casos isolados também pertence à própria validade da norma. Disso resulta para Jackobs ‘que a validade da norma pode ser lesionada não apenas pela violação da norma, como também genericamente por meio de cada lesão da confiança do atingido na norma, não importa por quais vias isto ocorra [...]. A vigência de uma norma não se deixa determinar exclusivamente na relação com o potencial agente violador, mas sim em uma relação triangular, que contém a possível violação da norma e a expectativa ou confiança de que tal violação ocorreria apenas excepcionalmente. Essa triangulação é a razão pela qual a prevenção geral negativa, como finalidade da pena, representa uma redução de perspectivas. A maioria não precisa ser intimidada, mas quer ter confirmadas ou fortalecidas suas expectativas de que sua confiança na vigência da norma é fundamentada. Quando se pune, tal ocorre também, sobretudo para a confirmação desta expectativa. Esta é, essencialmente, a teoria da prevenção geral positiva”.

Rousseau tinha que qualquer malfeitor que atacasse o direito social deixaria de ser um membro do Estado, visto que estaria em guerra com ele, devendo morrer mais como inimigo que como cidadão. Também Fichte falaria de modo similar ao afirmar que quem abandona o contrato cidadão, no sentido estrito, perde todos os seus direitos de cidadania e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos. Logo, segundo Fichte, devido à falta de personalidade, a execução criminal não se baseia em uma pena, mas num instrumento de segurança. Dessas linhas iniciais, Jakobs (2003, p. 27-28) já apresenta uma primeira conclusão: “ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder”.

O autor, entretanto, faz a ressalva de que não se pode admitir plenamente, como o fizeram os citados pensadores, a ausência de Direito ao inimigo.

En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho. (JAKOBS, 2003, p. 28).

Essa era a posição de Hobbes, quem explicitava que o cidadão não pode, por si mesmo, eliminar seu *status*, exceto em casos de rebelião ou de alta traição, uma vez que a natureza deste crime está na rescisão da submissão ao Estado de Direito, recaindo no estado de natureza. Este seria castigado não como súdito, mas como inimigo. Kant, por seu turno, aprofunda o problema afirmando:

toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana. [...] ‘Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y

me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (facto), sí por la ausencia de legalidad de su estado (statu iniusto), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad'. En consecuencia, quien no participa en la vida en un 'estado comunitario-legal' debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se puede 'tratar', como anota expresamente Kant, 'como un enemigo'. (JAKOBS, 2003, p. 30-31).

Com base nesses filósofos contratualistas, Jakobs (2003, p. 32) conclui que certamente o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente no cometimento de delitos, visto que, “a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad”.

Este Direito penal do inimigo, em contraposição ao Direito penal do cidadão, é caracterizado pela pura coação física, pelo aspecto real e fático voltado à eliminação do perigo, e não pelo caráter simbólico que pressupõe destinatários racionais os quais compreendem e tomam a norma como portadora de significado. Nesse diapasão,

El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio:

incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias. (JAKOBS, 2003, p. 33).

Seguindo esse raciocínio, Jakobs (2003, p. 34) aprofunda os conceitos basilares da teoria do Direito penal do inimigo: a personalidade real e a periculosidade fática. Nesse intento, o autor começa explicando que “no existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado”. Assim, quando o homem se encontra em um “estado de natureza”, não há sentido falar-se em cometimento de delitos. Estes, em verdade, não são o princípio do fim da comunidade ordenada, senão um “deslize reparável, uma irritação”. Justamente por esse motivo, segundo o Professor estudado, Rousseau e Fichte consideravam o criminoso comum como um cidadão, e não como um inimigo a destruir-se.

Logo, considerando-se que as normas necessitam de ordem para sua existência, podemos entender que “del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera completamente contrafáctica, tampoco la personalidad” (JAKOBS, 2003, p. 36), complementando que a personalidade de um autor de um fato delituoso não pode manter-se de modo puramente contrafeito, sem nenhuma corroboração cognitiva, até mesmo porque a “personalidade” é, antes de mais nada, uma norma.

Nessa trilha, muitas normas do Direito Penal baseiam-se, ainda que não explicitamente, no fato de que um comportamento pessoal desenvolvido de maneira duradoura (e – ou – grave) acaba por diminuir a disposição de tratar o delinquente como pessoa, por exemplo, nas custódias em medidas de segurança e nas novas tratativas legislativas (chamadas na legislação alemã como “luta”) da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso dos delitos sexuais e mesmo outras infrações penais perigosas. Nesses casos, Jakobs (2003, p. 40-41; 47-48) afirma que se pretende combater indivíduos que

se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la ga-

rantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acaba de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. [...] Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. [...]

Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. [...] Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos.

Assim, o exemplo mais claro dessa diferenciação se dá no caso do tratamento a terroristas, já que, por definição, seriam esses os que rechaçam a legitimidade do ordenamento jurídico e perseguem a destruição dessa ordem. Essa distinção, antes de se configurar como teórica ou filosófica, resulta de uma necessidade fática de eliminação de grandes perigos.

Nesse sentido, o Direito Penal conhece, hodiernamente, duas tendências distintas:

Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Un ejemplo del primer tipo puede constituir el trato dada a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo (§§ 22, 21 StGB²), un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás [...] de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (§ 129a StGB), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina ‘pena’. (JAKOBS, 2003, p. 42-43).

A mesma polarização, segundo o autor, pode ser encontrada no Direito Processual Penal. Nesse sentido, temos que o “sujeito processual” pode fazer provas, assistir a interrogatórios, não ser coagido etc. (§ 136 a StPO³). Noutro giro, diversamente do lado pessoal de “sujeito processual”, muitas vezes há uma coação pura e física, como nos casos de prisão preventiva (§§ 112, 112 a StPO), de medida de segurança, de extração de sangue (§ 81 a StPO), medidas de supervisão não comunicadas previamente ao investigado (p.ex. o sigilo das telecomunicações - § 100 StPO). Nesses casos, “al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que *estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado*”. (JAKOBS, 2003, p. 45 – grifo nosso).

Interessante afirmar que alguns dos casos aqui citados (veja abaixo, a título ilustrativo, a previsão da total incomunicabilidade do preso

² StGB: *Strafgesetzbuch* – Código Penal Alemão.

³ StPO: *Strafprozeßordnung* – Código de Processo Penal Alemão.

acusado de terrorismo) do Direito Processual Penal alemão (aceitos amplamente pela doutrina e jurisprudência desse país) seriam considerados como inconstitucionais pela atual ótica excessivamente garantista⁴ brasileira (garantismo extremado). Fica claro, na hipótese, por exemplo, do terrorismo, a existência de um espectro que vai desde o garantismo absoluto (Direito penal do cidadão absoluto) ao Direito de guerra (Direito penal do inimigo absoluto) em que cada Estado deva se colocar em relação aos diversos tipos de criminalidade. Soluções do tipo “tudo” ou “nada”, para todos os casos (que são usualmente utilizadas pelo legislador e judiciário brasileiros), são flagrantemente inadequadas ao enfrentamento dos problemas reais da atualidade. Nessa trilha, podemos perceber a questão da “guerra ao terror” que precisou ser enfrentada (no real e na normatividade) pelos Estados Unidos e pela Europa:

De nuevo, al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. En este contexto, puede bastar una referencia a la incomunicación, es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona (§§ 31 y ss. EGGVG⁵). Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos de 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento de que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento – y sólo hasta el momento – no ha sucedido nada

⁴ A denominação garantismo foi consolidada classicamente a partir da obra *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli. No presente artigo, utiliza-se da expressão “garantismo extremado” para se referir a correntes doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras que, na visão do autor, sobrelevam exageradamente as garantias individuais em detrimento da mínima possibilidade de eficiência do sistema criminal. Não se pretende, no presente artigo, aprofundar sobre os méritos e exageros da doutrina garantista brasileira.

⁵ EGGVG - *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* – Lei de Introdução aos atos da Magistratura.

comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros - ¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra? – muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra. (JAKOBS, 2003, p. 45-46).

Nesse amplo espectro em que o Direito pode se situar, o Estado pode, pontualmente, proceder de dois modos distintos com os delinquentes: pode ver neles pessoas que cometeram um erro ou indivíduos que necessitam ser impedidos, mediante coação, para que não sigam no intento destrutivo do ordenamento jurídico. “Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado”. (JAKOBS, 2003, p. 47).

3. Considerações sobre o Direito penal do inimigo

Muito tem sido dito no Brasil e no mundo sobre o Direito penal do inimigo. Como o próprio Jakobs afirmou em sua obra, há inúmeros juristas que demonizam a construção teórica. Existem algumas considerações, entretanto, que não permeiam a argumentação daqueles que estudam a teoria. Nesses pontos, ainda não debatidos, gostaríamos de traçar nossos breves apontamentos.

Em primeiro lugar, após anos de dedicação à prática no sistema criminal brasileiro como Promotor de Justiça, cabe a verificação evidente que o construto de Jakobs é uma teoria muito mais da ordem do descritivo fenomenológico do que da do prospectivo deontológico. Ao expor suas considerações, Jakobs parte de uma construção teórica (basicamente agrega sua base da teoria dos sistemas e do funcionalismo sistêmico aos filósofos contratualistas) para estudar e verificar a possível legitimidade de decisões políticas reais em vigor na Alemanha (por exemplo, nas prisões preventivas, nas medidas de segurança, interceptações de telecomunicações, combate ao terrorismo etc.).

Verifica-se, assim, que Jakobs não apresenta uma “proposta” de nova bipartição do Direito Penal em Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo. O que ele explicita claramente em sua obra (e pode ser conferido, *ipsis literis*, nos trechos citados do próprio autor no decorrer do artigo) é que, em determinados momentos (e.g. prisão preventiva ou medida de segurança) ou áreas de atuação do sistema criminal (e.g. combate ao terrorismo), o Direito Penal legal, legítimo, constitucional e aceito pela comunidade jurídica possui institutos que só se justificam por uma distinção pautada na diferença de expectativas entre diferentes destinatários das normas.

Nessa trilha, não perguntam os alemães acerca da suposta inconstitucionalidade das normas legais que preveem a punição dos atos preparatórios (sem a necessidade de atos executivos) para os integrantes de uma associação terrorista (§ 129 a StGB), a prisão preventiva (§§ 112, 112 a StPO), a extração de sangue contra a vontade do réu (§ 81 a StPO), as medidas de supervisão não comunicadas previamente ao investigado (p.ex. o sigilo das telecomunicações - § 100 StPO) ou mesmo a incomunicabilidade do preso (ficando sem acesso ao advogado - §§ 31 e ss. EGVGG). Essas normas exemplificadas por Jakobs são aceitas, aplicáveis e aplicadas pela comunidade jurídica alemã. Em sua teoria explicativa, o catedrático de Bonn apenas desenvolve um construto teórico para verificar quais são os parâmetros discursivos que fazem com que a comunidade jurídica considere, na prática, como legítimos, tratamentos tão diferenciados em relação aos acusados.

Nesse sentido, podemos fazer uma indagação extensível ao sistema criminal brasileiro: existe alguma possibilidade de um sistema criminal atuar, na prática, sem a distinção entre normas fulcradas no Direito penal do inimigo e do cidadão? Isso nos leva à extensão: na práxis criminal brasileira, há normas embasadas no Direito penal do inimigo? Essas normas têm características comuns que nos permitam identificar os momentos e os grupos eleitos como “inimigos”? E, por fim, conhecendo suficientemente a eleição dos inimigos “reais”, poderíamos problematizar essa escolha?

Note-se, mais uma vez, que, apesar de possuímos fundamentos filosóficos diversos dos de Jakobs⁶, com ele concordamos em uma série de pontos. O primeiro deles e mais merecedor de destaque refere-se ao fato de que não tomamos o direito como uma ciência neutra que permite uma evolução de um estado menos avançado da sociedade para outro patamar mais evoluído.

Nesse ponto, tomamos as lições de Luhmann e de De Georgi (1993, p. 200-201), que constituem, indubitavelmente, parte do paradigma fundante da teoria do funcionalismo sistêmico penal de Jakobs:

[...] la teoría de la evolución no es una teoría del progreso. Admite, con una actitud igualmente de desdiseño, tanto la emergencia de los sistemas como su destrucción. [...] no es plausible que se diga considerando la especialización como una especie de polo de atracción evolutiva que hará posible – no se sabe cómo – la diferenciación de competencias, roles, organizaciones y sistemas cada vez más específicos.

Nota-se que a visão de evolução de Luhmann, diferentemente de alguns sociólogos, não significa a passagem de um estado pior (ou menos evoluído) para outro melhor (ou mais evoluído). Evolução, para Luhmann, é, tão somente, a aplicação do código pelo sistema repetida e incessantemente. Os caminhos que tomam essa repetição autopoietica não são determinados pelo ambiente e constituem evolução sem significar a passagem de um estado de *minus* para um *majus* evolutivo.

⁶ Nossa visão do Direito parte de uma perspectiva discursiva não jurídica (representações sociais de grupos com interesses próprios) que só ganha sentido pleno através de seu estudo fenomenológico. Em virtude de não ser objetivo do artigo expor a nossa visão do fenômeno jurídico (e sim a de Jakobs), remetemos o leitor aos seguintes trabalhos: Fundamentos filosóficos do Sistema Penal como embaixadores da aplicação coercitiva diferenciada calcada num Direito Penal do autor. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 874, p. 429-444, 2008; Corrupção e Irritação das Decisões Judiciais sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Belo Horizonte, *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG*, v. 7, n. 13 e 14, 2004; Sistema Criminal e Ética na Modernidade Contemporânea: problemáticas de atuação crítica em um sistema poiético e perverso. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 884, p. 413-432, jun. 2009, e nossa obra *Só é preso quem quer: impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Brasport, 2010.

Dessa feita, perde todo e qualquer sentido falar-se em um princípio subjacente a qualquer ordenamento, denominado no Brasil de “princípio do não retrocesso”, também chamado de “aplicação progressiva dos direitos sociais”. Pautado na importância do reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana, tal princípio parte, como qualquer construção retórica que impende à garantia dos direitos de um determinado grupo de interesses, de uma ideia razoável e acertada, chegando a conclusões desapegadas da lógica. Assim, conforme ensina magistralmente Canotilho (1998, p. 221):

[...] perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República⁷.

Nessa trilha, partindo-se da concepção totalmente razoável de que a dignidade da pessoa humana é a base do sistema normativo, chegue-se a conclusões desarrazoadas (obviamente, pelo interesse de grupos), de que constitui em preservação de patrimônio jurídico da “humanidade” o puro e simples aumento de direitos do acusado frente ao Estado – em detrimento da sociedade de se ver livre de riscos e dos danos sociais inerentes.

Interessante notar que a própria denominação do “princípio do não retrocesso” não os restringe aos direitos fundamentais individuais em detrimento dos sociais e coletivos. Entretanto, no Brasil atual, consideram os juristas, pela qualidade intrínseca do emissor da mensagem, que apenas os direitos do réu podem ser considerados como respeitadores da imaginária norma do “não retrocesso”. O interesse da vítima ou da coletividade em ver apurados os delitos e punidos seus autores, entretanto, por uma “obviedade” apenas enxergada pelos partidários da corrente garantista extremada, é catalogada como ofensiva ao “não retrocesso”.

⁷ Interessante apontar até mesmo na passagem do emérito Professor português que o conceito de “homem”, antes de se tratar de algo “achado na natureza”, refere-se, assim como assinalou Jakobs, a uma norma jurídica (personalidade como conceito normativo).

Por conseguinte, as críticas ao Direito penal do inimigo que, como na maioria dos artigos brasileiros que se propõem a analisar a teoria, baseiam-se numa ofensa abstrata aos “direitos fundamentais” como um todo⁸ ou no “princípio do não retrocesso” (dito de forma explícita ou não) não conseguem ultrapassar um nível mínimo de discursividade a permitir uma construção dialógica. Não respondem às perguntas simples, por exemplo, colocadas no presente artigo (se é possível um sistema criminal existir sem a distinção proposta por Jakobs; e se o sistema criminal brasileiro, na prática, opera com tal distinção), preferindo se colocar, numa distância segura, alheios à realidade. Percebe-se, assim, em diversos artigos escritos sobre o tema, afirmações calamitosas como “O Direito Penal talvez nunca tenha sido tão ameaçado quanto nos atuais tempos” (DELMANTO JÚNIOR, 2008, p. 453) ou “o equilíbrio entre o direito e a política nunca se fez tão importante quanto nesse momento de emergência penal, em que se reclama ações imediatas do Estado no combate à criminalidade”. (MACHADO, 2009, p. 130)⁹.

Calcados na lógica prospectiva da proibição do retrocesso, vários artigos pautam suas considerações à teoria de Jakobs nesse “perigo de haver um futuro nefasto” em que o convite à exceção do Direito penal do inimigo se estenderia a todo o campo do Direito penal

⁸ A amplitude e o viés desses direitos dependem, obviamente, de quem, qual momento e qual interesse está sendo defendido.

⁹ A ideia de “momento de encruzilhada” entre um Direito Penal de preservação das aquisições da evolução histórica da humanidade (princípio do não retrocesso) e o retorno ao passado de um Estado policial nazi-fascista é verificada em vários artigos. Citamos, como exemplo, Busato (2007, p. 316-317): “Vivemos em um momento em que o Direito penal deparou-se com uma encruzilhada. A dimensão política e a contundência que são suas características levaram-no a converter-se em um instrumento de permanente utilização por parte dos detentores do poder, como forma de, a um só tempo, responder a uma induzida sensação de insegurança social e demarcar claramente os espaços sociais correspondentes a distintas classes de pessoas. Tudo em obediência a interesses de discursos que transformaram a ideia de risco em ponto de referência para a organização político-criminal, gerando o que se convencionou chamar de Direito penal do inimigo, ou Direito penal do terror. Quiçá a própria banalização da violência em tempos modernos tenha contribuído para a abertura deste espaço ou, por outro lado, também pode ser que o emprego institucionalizado de um instrumento de controle mais violento tenha estimulado a prática de mais violência. O que veio primeiro nesse círculo vicioso é coisa indefinível. O certo é que, cada vez mais, estamos nos batendo contra um inimigo oculto, que não sabemos exatamente quem é, e que ao final, pode ser identificado como nós mesmos”.

do cidadão. Vale a citação de trechos de trabalhos que denotam a afirmação:

O caos instaurado nos sistemas de segurança pública contemporâneos desemboca no aparecimento do estado de emergência penal. Emergência esta que não se liga ao conceito de crise, mas sim para algo que repentinamente surge, desestabilizando o status quo, desafiando os padrões normais de comportamento e a manutenção das instituições sociais e políticas. [...] Por sua vez, Ferrajoli afirma a existência de duas espécies simultâneas de emergência: a primeira se refere à legislação de exceção no tocante à Constituição e às alterações legislativas dos procedimentos criminais; já a segunda, de volta à jurisdição de exceção degradada face à legalidade alterada. [...] Fato é que a política, aproveitando a eficiência do discurso de ‘guerra à criminalidade’, termina por disseminar o pensamento de que na busca pela segurança social deve-se abdicar enquanto durar o estado de emergência de algumas liberdades individuais. Entretanto, essas medidas, ditas temporárias, aos poucos terminam por se infiltrar nos ordenamentos, retirando as liberdades civis dos cidadãos sem que estes se dêem conta. (MACHADO, 2009, p. 117; 127-128).

Isso fica claramente demonstrado em nosso país como as legislações próprias de emergência, que visam ‘acalmar’ a população ou ‘conter’ um determinado tipo de criminalidade, porém, trazem sob um manto cinzento a supressão de direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Política. Veja-se, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, onde o caráter publicitário ganhou força, porém, não se demonstrou uma efetividade com a edição da referida lei. [...] Assim, a contaminação de uma legislação de exceção referida no início deste trabalho é clara em determinadas leis [...]. Infelizmente a desordem do Estado tem proporcionado a abertura destes novos caminhos que não se coadunam com um Estado Democrático de Direito e caberá aos operadores do direito a leitura correta das leis vigentes, mas sem eficácia diante de nossa Carta Política. (CALLEGARI; MOTTA, 2008, p. 467; 469).

As pessoas envolvidas com as drogas, olhadas e etiquetadas como usuário/dependente e traficantes são tratadas como inimigos. Perdura-se um estado bélico contra os que não se encaixam no modelo das “pessoas de bem”. O discurso martela que as guerras são cirúrgicas, assépticas e que só tem inimigos como

alvos. Quem é o inimigo? O enfoque da nova legislação alimenta a lógica de que é o ser humano, um não-cidadão diminuído em seus direitos e garantias. É o que Jakobs determina como Direito Penal do Inimigo. Por esta vertente o Direito Penal é justificado por um perene estado de emergência, transformando-se o Direito Penal em espécie de Direito de Guerra. Não é surpresa, mas sim uma obviedade que o substrato que leva ao desenvolvimento do Direito Penal do inimigo provoca o surgimento do Processo Penal do inimigo. Ambas as facetas (penal e processual) estão muito bem agasalhadas na Lei 11.343-06. O substancial aumento de pena privativa de liberdade para o ‘traficante’, a criação de novos tipos penais e a vedação de direitos contemplados na Constituição Federal são a síntese do esqueleto legislativo. (BIZZOTTO; RODRIGUES, 2007, p. ix).

Sem a pretensão de exaurir todo e qualquer artigo escrito no Brasil sobre o Direito penal do inimigo, apresentamos, neste momento, um consolidado que visa a demonstrar o teor das considerações que os juristas nacionais costumeiramente fazem sobre a teoria.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (2005, p. 3-4) elenca diversas críticas à tese do Direito penal do inimigo. Verifique-se que todas embasam-se numa concepção não jurídica de que os juristas “conhecem o melhor caminho de evolução da humanidade”. Seriam elas:

- a. O que Jakobs denomina Direito Penal do inimigo [...] é nada mais que um exemplo de Direito Penal do autor [...];
- b. se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser o vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que ‘Direito Penal do cidadão é um pleonismo, enquanto Direito Penal do Inimigo é uma contradição’. [...];
- c. não se reprovava (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas [...];
- d. é um Direito Penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito Penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo ...);

e. o Direito Penal do inimigo não repele a ideia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados);

f. não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica “de guerra” (de intolerância, de “vale tudo” contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito;

g. perdem lugar as garantias penais e processuais;

h. o Direito Penal do inimigo constitui, desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais;

i. é fruto, ademais, do Direito Penal simbólico somado ao Direito Penal punitivista (Cancio Meliá). A expansão do Direito Penal [...] é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Esse Direito Penal “do legislador” é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como “produto” o tal de Direito Penal do inimigo;

j. as manifestações do Direito Penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onda punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva; fruto disso é o Direito Penal do inimigo);

k. mas esse Direito Penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sítio);

l. a criminalidade etiquetada como inimiga não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causa grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado);

m. logo, contra ela só se justifica o Direito Penal da normalidade (leia-se: do Estado de Direito);

n. tratar o criminoso comum como “criminoso de guerra” é tudo de que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do “vale tudo”) conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade.

Além das críticas enumeradas, Gomes (2005, p. 4-5) ainda informa qual teria sido “a reação de Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo” aduzindo, em linhas gerais:

De tudo quanto foi resenhado em relação ao pensamento de Zaffaroni, pode-se concluir: desde 1980, especialmente nos EUA, o sistema penal vem sendo utilizado para encher os presídios. Isso se coaduna com a política econômica neoliberal. Cabe considerar que desde essa época vem se difundindo o fenômeno da privatização dos presídios. Quem constrói ou administra presídios precisa de presos (para assegurar remuneração aos investimentos feitos). Considerando-se a dificuldade de se encarcerar gente das classes mais bem posicionadas, incrementou-se a incidência do sistema penal sobre os excluídos. O Direito Penal da era da globalização caracteriza-se (sobretudo) pela prisionização em massa dos marginalizados.

Os velhos inimigos do sistema penal e do estado de polícia (os pobres, marginalizados etc.) constituem sempre um “exército de reserva”: são eles os encarcerados. Nunca haviam cumprido nenhuma função econômica (não são consumidores, não são empregadores, não são geradores de impostos). Mas isso tudo agora está ganhando nova dimensão. A presença massiva de pobres marginalizados nas cadeias gera a construção de mais presídios privados, mais renda para seus exploradores, movimenta a economia, dá empregos, estabiliza o índice de desempregado etc. Os pobres e marginalizados finalmente passaram a cumprir uma função econômica: a presença deles na cadeia gera dinheiro, gera emprego etc.

Como o sistema penal funciona seletivamente (teoria do labelling approach), consegue-se facilmente alimentar os cárceres com esse “exército” de excluídos. Em lugar de ficarem jogados pelas calçadas e ruas, economicamente, tornou-se útil o encarceramento deles. Com isso também se alcança o efeito colateral de se suavizar a feiúra das cidades latino-americanas, cujo ambiente arquitetônico-urbanístico está repleto de esfarrapados e maltrapilhos. Atenua-se o mal-estar que eles “causam” e transmite-se a sensação de “limpeza” e de “segurança”. O movimento “tolerância zero” (que significa tolerância zero contra os marginalizados, pobres etc.) é manifestação fidedigna desse sistema penal seletivo. Optou claramente pelos pobres, eliminando-lhes a liberdade de locomoção. Quem antes não tinha (mesmo) lugar para ir, agora já sabe o seu destino: o cárcere. Pelo menos agora os pobres cumprem uma função socioeconômica! Finalmente (a elite político-econômica) descobriu uma função para eles.

Antes de apresentarmos nossa visão em relação às considerações de Luiz Flávio Gomes, cabe afirmar que, diante do que foi exposto, existe uma necessidade de distinção entre argumentos jurídicos e de política criminal. Enquanto os argumentos jurídicos permitem, de alguma maneira, sua contraposição discursiva, aqueles de política criminal são fadados a um debate estéril no campo do Direito. Em outro momento, talvez num próximo artigo focado especificamente nos aspectos sociológicos e econômicos da criminologia crítica, poderiam as considerações relativas à abordagem social do problema ser devidamente pormenorizadas.

Nesse diapasão, temos que as críticas elencadas nos itens “i” (o DPI é fruto do Direito Penal Simbólico e Punitivista); “j” (é fruto do consenso atual da direita e da esquerda punitivas); “l” e “m” (a criminalidade inimiga não chega a colocar “realmente” em risco o Estado vigente) e a “reação de Zaffaroni” (o DPI é fruto de um processo histórico inadequado do ponto de vista da “evolução” da humanidade) não possibilitam a discussão, no presente artigo, acerca da inexistência de oportunidade de contradição, tratando-se de mera opinião dos criminólogos Luiz Flávio Gomes e Eugenio Raúl Zaffaroni.

Além disso, devemos descartar os apontamentos sem nenhum conteúdo, utilizados na retórica vazia das belas palavras apontados nos itens “b” (O Direito Penal do Cidadão é um pleonismo, enquanto o Direito penal do inimigo é uma contradição); “f” (a lógica de guerra não se coaduna com o Estado de Direito) e “n” (tratar o criminoso como inimigo é o que ele necessita para questionar a legitimidade do sistema e isto destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático). Tais afirmações não contêm informações (além da opinião do autor), sendo meramente um belo agrupamento de palavras cuidadosamente selecionadas.

Noutra ponta, como sói acontecer nos artigos de juristas brasileiros que tratam sobre o tema, as críticas que podem ser abordadas são efetivadas de forma tão genérica e abstrata que dificultam um diálogo produtivo. Nesse sentido, podemos asseverar que os diversos argumentos de Jakobs, trazidos na parte inicial do presente artigo, não foram abordados por Luiz Flávio Gomes. Assim, como já citado alhures, entre o Direito Penal de Guerra e o Direito Penal do Cidadão, existem inúmeras manifestações que se pautam na posição de indivíduo em detrimento à de cidadão. Diferentemente do que se crê na leitura dos artigos brasileiros sobre o tema, nenhum sistema no mundo existe sem a convivência dessa mescla de dispositivos.

Logo, como se pode vislumbrar claramente, não se opta por um Direito penal do inimigo puro ou um Direito penal do cidadão puro. O que se busca, com a teorização do Direito penal do inimigo, é entender e, se possível, legitimar posições jurídicas adotadas pelo legislador como resposta a novas demandas que se apresentam ao Direito Penal.

Nesse sentido, podemos traçar breves linhas (em virtude da abstração dos argumentos apresentados) no que tange às demais críticas colocadas pelo autor. Genericamente, as críticas de Luiz Flávio Gomes se referem a um suposto “modo de ser” que o Direito Penal “deve ter”. Obviamente que tais considerações não encontram respaldo jurídico, uma vez que o Direito Penal apenas deve limitações às restrições jurídicas (constitucionais) e não à dogmática (principalmente importada da Alemanha e da Itália).

Desse modo, não há nenhuma consistência em se apontar como crítica ao Direito penal do inimigo a suposta característica de ele ser um Direito penal do autor (“a”); de ser calcado na periculosidade (“c” – e não na culpabilidade) e de ser prospectivo (“d” – em lugar de retrospectivo). Inicialmente, quanto aos itens elencados, verifica-se que o autor faz uma idolatria desnecessária aos dogmas doutrinários do Direito Penal. Em realidade, o Direito Penal deve se adequar às novas necessidades sociais e sua restrição só pode ser imposta pela Constituição.

Além disso, a leitura feita por Luiz Flávio Gomes é flagrantemente parcial, bastando apontar os evidentes equívocos em sua interpretação. Assim, no que tange ao Direito penal do inimigo se tratar de um Direito penal do autor, além de isto não o tornar “imprestável”, não se trata da punição de grupos selecionados pelos critérios vedados pela Constituição¹⁰. Quando se permitem medidas mais gravosas em relação a determinados grupos de crimes, isso não os faz, *de per se*, um grupo “perseguido” pelo Estado. Tal pode ser claramente identificado na diferença entre a opção (de política criminal) pela punição mais severa dos judeus¹¹ (o que seria considerado um exemplo de Direito penal do autor *stricto sensu*) em comparação à

¹⁰ A própria Constituição informa os grupos de seleção pejorativa vedada: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (grifo nosso). Note-se que a seleção desses mesmos grupos, visando à obtenção de objetivo maior, é possibilitada (como, por exemplo, nas ações afirmativas). Percebe-se claramente o quão vazia é a afirmação abstrata de imprestabilidade da teoria por se tratar de “Direito penal do autor”.

¹¹ Esse enviezamento da leitura é facilmente notado na principal crítica brasileira ao Direito penal do inimigo – o suposto “fato” de tratar-se de ramo explícito de Direito penal do autor. Veja o leitor as seguintes passagens: “Para encerrar, naquilo que interessa ao referencial teórico deste ensaio, é suficiente ter em mente a seguinte síntese do que foi exposto: a proposta reacionária de Jakobs de um Direito penal do inimigo demanda a diferenciação dos seres humanos em categorias distintas para legitimar práticas punitivas desiguais, com o objetivo de manter a ordem jurídica apesar de suas contradições em nome de uma ameaça indefinida”. (DIETER, 2009, p. 140). “Em rigor, a faceta mais sombria desta edificação teórica reside, precisamente, na ambigüidade e no viés autoritário dos critérios de definição hegemônica daquilo que seria o verdadeiro ‘inimigo’, obedecendo meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades econômicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político”. (CARVALHO, 2007, p. 90).

punição mais severa dos crimes do colarinho branco ou dos crimes hediondos (feita pela própria Constituição da República).

Não existe um “grupo” no sentido empregado pelos autores que abominam o Direito penal do autor constituído pelos criminosos do colarinho branco. São criminosos que praticam o mesmo delito, tão somente isto. Não se pode, pela evidência das próprias situações, arguir que a opção do legislador em punir severamente determinado “crime” ofenderia o sacramento da necessidade da existência de um “Direito penal do fato”.

Da mesma maneira, a leitura de que se trata de um Direito Penal prospectivo em detrimento do dogma moderno da retrospectiva consiste, novamente, numa leitura parcial das lições de Jakobs. O adiantamento do momento usual em que as condutas adquirem relevância penal, por si só, não constitui argumento jurídico capaz de eivar de inconstitucionalidade tal dispositivo (mais uma vez, verifica-se claramente o amor e o apego inesgotáveis aos dogmas importados). As disposições que indicam a punibilidade de atos preparatórios existem há muito¹², sendo pacificamente aceitos pelos operadores do Direito. Mais uma vez, diferentemente do que se faz pensar da leitura desavisada das críticas ao Direito penal do inimigo, Jakobs não prega a punição aos pensamentos dos indivíduos e sim, pura e simplesmente, a vetusta fórmula de, em certos casos de relevância, punir os atos preparatórios¹³.

Exatamente na mesma trilha temos que o problema da periculosidade e da culpabilidade foi erroneamente abordado por Gomes. Em verdade, a noção de culpabilidade-periculosidade encontra-se permeada em vários dispositivos legais apontados pelo mestre alemão (medida de segurança, prisões provisórias, medidas preparatórias etc.).

¹² Por exemplo, temos a previsão dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do CPB); petrechos para falsificação (art. 291; art. 294 CPB), além de diversos outros em que se pune o perigo de lesão ao bem jurídico material, independentemente de sua efetiva ocorrência (obviamente o caso dos inúmeros crimes de perigo previstos em toda a legislação penal).

¹³ Mais uma vez cabe o aviso de que a teoria de Jakobs visa a buscar uma legitimação discursiva de dispositivos penais já existentes e considerados válidos pelos juristas alemães. Sua proposta não é a criação de um “Código Penal do Inimigo” e sim entender como, no Estado Democrático Alemão, os operadores do Direito fazem atuar, na prática quotidiana, disposições pautadas, aparentemente, em alicerces diversos.

Nem mesmo a pena cominada aos crimes comuns está calcada unicamente na reprovabilidade do agente, havendo, indiscutivelmente, o aspecto das teorias mistas relativas (função preventiva negativa – claramente calcada na periculosidade do agente). Ademais, como dito anteriormente, a periculosidade se daria pela prática de certos fatos específicos, previstos pelo legislador como indicativos da prevenção de uma provável situação evitável. Não se pode afirmar, dessa feita, que a noção de culpabilidade e reprovabilidade esteja totalmente perdida pelo critério claramente preventivo a que se propõe o Direito penal do inimigo. A importância de certos bens jurídicos (como o cuidado com o erário – crimes do colarinho branco; o combate ao terrorismo; a proteção à criança e ao adolescente – tráfico de pessoas; tráfico de drogas etc., entre outras condutas escolhidas pelo legislador) torna a prevenção preferível em relação à repressão.

Por fim, temos que Luiz Flávio Gomes afirma que o DPI não repele a noção de penas desproporcionais (“e”) e de que perdem lugar as garantias processuais e penais (“g” e “h”), o que só seria constitucional em tempos anormais (“k” – estado de defesa e de sítio). No que tange ao abandono do princípio da proporcionalidade, tal se mostra totalmente improcedente, sendo certo que o Direito penal do inimigo se calca na necessidade de punição *mais severa* a atos considerados *mais graves* à sociedade. A tônica da proporcionalidade é, justamente, o pilar central da teoria.

Em relação à crítica de que haveria uma diminuição das garantias processuais e penais, o que só seria possível em tempos de exceção, concordamos, em parte, com Gomes. Mais uma vez, entretanto, cremos que sua visão demonstrou-se enviesada. Como já dito à exaustão, o professor alemão busca encontrar a legitimidade filosófico-jurídica de dispositivos já aceitos pela práxis jurídica alemã. Dessa feita, quando se fala de um Direito penal do inimigo, trata-se do conjunto de normas já consideradas como constitucionais pelos juristas de determinada soberania. Não se refere, portanto, a um objetivo da diminuição constante de garantias até o ponto em que estas se tornem inconstitucionais.

Na realidade, entre a situação da inconstitucionalidade flagrante e o da garantia plena, existe um espectro de situações que podem ocorrer. Dessa feita, nem toda diminuição de garantia será inconstitucional (por exemplo, temos que a prisão temporária ou a interceptação telefônica pode ser utilizada em alguns crimes, enquanto em outros, tal não é possível). Logo, concordamos parcialmente com Luiz Flávio Gomes simplesmente no óbvio ululante: o Direito penal do inimigo não é uma justificação *a priori* para se interpretarem normas inconstitucionais como se constitucionais fossem. Assim, o limite explícito – a Constituição (e somente ela – e não a idolatria acéfala aos dogmas importados do Direito Penal Moderno) – deve ser respeitada a todo tempo – inclusive nos momentos de exceção.

Importante frisar, nesse momento, a ideia trazida no último parágrafo, uma vez que a rejeição completa, no Brasil, da teoria trazida por Jakobs é normalmente justificada por uma leitura estrambótica garantista de que qualquer redução de garantias processuais levaria a uma inconstitucionalidade¹⁴. Observe-se que a teoria do Direito penal do inimigo não visa a reverter o Estado de Direito, criando um estado de exceção constante. O que Jakobs prega explicitamente (conforme pormenorizado na parte inicial do presente artigo) é que demandas sociais atuais geram necessidades diferenciadas do Direito Penal, que não mais pode ser tratado como um monobloco indivisível embasado na dicotomia – traço característico da modernidade (“tudo/ nada”; “garantismo/ punitivismo”; “autor/ fato”; “culpabilidade/ periculosidade”; “retrospectivo/ prospectivo” etc.).

4. Conclusão

Inicialmente, deve se responder ao questionamento anteriormente efetivado: independentemente da aceitação ou não das ideias do Direito penal do inimigo, na prática, ele existe e é aplicado no Brasil?

Antes de nos atermos à resposta da indagação proposta, há que se tomar um posicionamento explícito: pela função seletiva e fragmentária do Direito Penal, associada à sua característica ínsita refletida

¹⁴ Poderíamos chamar essa tendência de leitura extremada do “Princípio do não-retrocesso”.

na *ultima ratio*, em qualquer lugar do mundo, não existe a possibilidade de atuação do sistema criminal sem a adoção da distinção apontada por Jakobs cunhada de “Direito penal do inimigo” e “Direito penal do cidadão”. Entretanto, como o próprio autor alemão apontou, tal não significa, *de per se*, que existirão dois conjuntos de normas estanques e explícitos, característicos de cada “ramo” do Direito Penal.

Na realidade, na lição de Jakobs, temos o entremeado das duas características por todo o sistema (como na prisão preventiva, na medida de segurança etc.), sendo certo que em determinadas searas (*e.g.* combate ao terrorismo) os traços do conjunto “inimigo” se tornam mais evidentes. Verifica-se, conforme já assinalado, que não se trata de um “Direito penal do autor”, e sim da opção política do Estado em combater mais veementemente determinadas condutas (e não determinadas pessoas).

Partindo dessa constatação que se coloca a cada Estado, da impossibilidade de combater igualmente em severidade “todas” as condutas tidas como “criminosas”, algumas serão consideradas mais perniciosas que outras, incidindo sobre aquelas diversas restrições procedimentais e materiais. Nesse diapasão, a Constituição brasileira previu explicitamente diversas situações de condutas que, por opção política visando ao desestímulo de tais ações, possuem um tratamento diferenciado mais gravoso, cuja pormenorização foi delegada ao legislador infraconstitucional.

Dessa feita, não há dúvida de que os crimes hediondos (entre outros), por escolha do constituinte, devem ser tratados de forma mais severa. Nesse sentido, o texto constitucional é claro: “Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Da mesma forma, prevê o art. 5º da CF88 (que, por sinal, estipula os direitos e garantias fundamentais), em seus incisos XLIV e LXII que “constitui crime inafiável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem

constitucional e o Estado democrático” e que “a prática do racismo constitui crime inafiável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. (grifo nosso).

Ainda, na senda da explicitação de que a própria Norma Máxima não apenas pode, mas efetivamente estipula linhas mestras de atuação (normas programáticas de eficácia contida e aplicabilidade imediata) em política criminal, temos a severidade e o rigor direcionados àqueles que cometem atos de improbidade administrativa. Citamos, então, os §§ 4º e 5º do art. 37 da Carta Magna: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” e “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Note-se que, apesar de a Constituição prever consequências negativas relevantes aos praticantes de improbidade, cuidou o constituinte de pormenorizar a seara cível da questão, o que nos permite inferir, pela menção expressa do texto, que, em primeiro lugar, como invariável em todo o mundo, não se pretende que a Constituição seja capaz de exaurir toda e qualquer previsão de política criminal (não apenas no campo dos crimes contra a administração pública e conexos, mas em todos os campos). Além disso, razoável se inferir que, normatizando civilmente mais duramente em relação a tais condutas, há a indicação de que o constituinte traçou mais um campo de atuação de rigor criminal acentuado em relação aos mesmos atos conexos.

Dito de outra forma: não apenas o constituinte cria políticas criminais mais severas em relação a certos delitos de forma explícita (como os citados dispositivos do art. 5º), como o faz de forma implícita (como no art. 37, §§ 4º e 5º). Tal não exaure a função do legislador infraconstitucional, que deve obedecer a esses ditames máximos e, a todo momento, complementá-los com necessárias adequações em relação às novas peculiaridades da vida social.

Dessa feita, devemos explicitar a posição dificilmente contestável, porém escusa e indiretamente combatida nas entrelinhas dos garantistas extremados, de que a adoção de políticas criminais mais severas em relação a determinadas condutas é algo que não apenas não ofende nenhum princípio constitucional (como o imaginário “princípio do não retrocesso”), como é necessariamente realizada por todos os Estados e, em muitos casos, como no Brasil, tal possui mesmo a previsão do próprio texto Maior.

Além dessa verificação inicial de que a escolha de política criminal mais ou menos gravosa em relação a determinadas condutas é algo imanente a qualquer sistema criminal no mundo, devemos, mesmo por obrigação ética, reconhecer que o Direito penal do inimigo já existe na prática brasileira.

Qualquer operador prático e contumaz do sistema criminal sabe muito bem que, em todas as delegacias e presídios espalhados pelo Brasil, existe o que podemos chamar de um “público preferencial de atuação do aparato repressivo”. Logo, independentemente de concordarmos ou discordarmos com a “teoria” do “Direito penal do inimigo”, devemos admitir que, na práxis forense penal, existe muito claramente a figura do “inimigo”.

Tal constatação, antes de nos lançar a discussões estéreis que não levam a nenhum lugar, permite-nos concluir pontos essenciais não apenas ao estudo do Direito Penal, mas efetivamente próprios à crítica do papel do sistema e de seu operador.

Nesse momento, já se percebe com toda clareza que a “teoria” de Jakobs, muito mais que acadêmica, refere-se à descrição de um sistema real, e não do simbólico representado na mistura de opiniões e convicções dos “doutos” juristas que dizem o que é apropriado ou não aos rumos evolucionários da humanidade. O Direito penal do inimigo é, antes de mais nada (e, antes de ser propositivo), descritivo de uma realidade existente. A partir do momento em que admitimos que essa realidade existe e permeia necessariamente qualquer sistema criminal, podemos considerar seriamente a questão e a crítica quanto à sua justeza.

Essa teoria de legitimação do já existente pode então, no Brasil, levar ao estudo sério de quais ações e quais grupos seriam os escolhidos na praxe criminal como “inimigos”. Sem a pretensão de traçarmos uma resposta definitiva ao problema proposto, até mesmo porque não nos utilizamos de dados estatísticos no presente artigo (e sim de um conhecimento da prática penal – em verdade acessível a qualquer cidadão esclarecido quanto à contemporaneidade brasileira), sabemos que os maiores clientes do sistema criminal (inimigos) estão reunidos em poucos agrupamentos facilmente detectáveis.

Como traço norteador de nossa abordagem perfunctória, temos que os criminosos que são efetivamente alcançados pelo sistema criminal estão, geralmente, incluídos em, ao menos, dois dos seguintes grupos: i. Pessoas que não possuem assessoria jurídica financeiramente interessada e eficiente; ii. Pessoas que praticaram crimes violentos (exemplos mais comuns: roubo; latrocínio; homicídios em série ou em grupos de extermínio; extorsão mediante sequestro etc.); iii. Pessoas ligadas em qualquer nível às atividades do tráfico de drogas; iv. Pessoas que possuem passagens criminais ou condenações anteriores e não conseguem provar um laço social relevante (na prática, considerado como família estruturada, emprego e residência fixa).

Obviamente que os critérios propostos acima apenas visam a apontar o “inimigo” usual do sistema criminal brasileiro, não tendo a pretensão de exaurir todos os casos em que as pessoas se quedam aprisionadas. Além disso, cabe frisar que não nos detivemos a uma outra variável importantíssima: o papel da mídia na criação de casos que, sem sua participação, seguiriam a regra sistemática da impunidade. Ao assinalarmos a existência de um inimigo real e necessário ao funcionamento de qualquer sistema criminal, podemos, então, discutir se tal prática (real) ocorre de acordo com a prescrição (simbólica), das linhas mestras traçadas na Constituição. Mais uma vez, vale sublinhar a importância de assumirmos o inimigo como algo inerente ao sistema, uma vez que, trazendo essa desagradável realidade para a discussão aberta, fazem-se possíveis as críticas às opções políticas de nossa sociedade.

Nessa esteira, temos que, conforme foi acima anotado, cremos que a Constituição brasileira apontou, em suma, que existe uma necessidade de nosso Estado coibir mais severamente alguns tipos de conduta (como os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, a ação de grupos armados contra a democracia, o racismo e os crimes contra o erário e a administração pública – entre outros que uma análise sistemática da Constituição permite – como os contra a infância, meio ambiente etc.). Interessante destacar, entretanto, que tal severidade só tem sentido se associada aos ditames máximos da própria Constituição.

Por conseguinte, apenas há razão na punição severa do tráfico de drogas (ou outra conduta qualquer eleita pela política criminal) se a prática dessa atuação sistemática constituir na possibilidade de o Estado lograr êxito na direção de “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (cf. CF88, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – art. 3º). Passa a ter outro sentido, então, segundo a crítica proporcionada pelo Direito penal do inimigo, a expressão “combate ao tráfico de drogas” (ou outros combates), visto que tal, agora, não mais pode se resumir a “guerra aos pobres” ou “ocupação de favelas”, e sim à dura legislação e à sua aplicação (com a interpretação judicial concernente) mais duramente voltadas às atividades que não permitem a consecução dos objetivos fundamentais da República.

Sabendo e aceitando perfeitamente o inimigo escolhido pelo constituinte e legislador, há a possibilidade de se perceber que muito mais relevante que a relativamente fácil consecução de um mandado de busca e apreensão em uma residência da favela deveria ser o deferimento do acesso a dados econômicos, fiscais e telefônicos de criminosos, em tese, ligados ao financiamento do tráfico de drogas e suas necessárias ligações ao Estado institucionalizado.

Da mesma forma, considerando a miséria como fator criminógeno e, ao mesmo tempo, o direcionamento Constitucional multicitado, podemos perceber que a cada lesão ao erário (incluindo aí as lesões indiretas – como nos casos de trocas de favores e influência), torna-se cada vez mais difícil o combate à criminalidade violenta e à repetição das tragédias da pobreza.

Veja-se que não se coloca a miséria como única causa da criminalidade, e sim como importante concausa. Dificilmente algum autor argumentará que não existe relação estatística entre bolsões de miséria e altas taxas de criminalidade violenta. Poucos autores, entretanto, defendem que há a necessidade de que a legislação, a aplicação e a interpretação jurídicas devam estar comprometidas ao combate de condutas que dificultam ou mesmo impedem a plena arrecadação e aplicação de recursos públicos em políticas públicas apropriadas (ou, dito de outra forma, a escolha dos crimes contra o erário público como “inimigos” dos objetivos da República).

Nesse ponto, torna-se evidente que as enormes resistências dos juristas brasileiros à teoria de Jakobs pautam-se no estranhamento gerado pela escolha de termos considerados como “*tabus*” aos operadores que se preocupam unicamente em trabalhar no simbólico, esquecendo-se, propositalmente, do real. O atual momento pelo qual passa o Brasil, estando escancarada a impunidade, a injustiça e a ineficiência do sistema criminal, principalmente no que tange aos delitos contra a administração pública e congêneres do colarinho branco, produz a condição propícia à reflexão a respeito de qual o melhor papel a ser adotado pelo sistema criminal na construção de uma sociedade que efetivamente se coloque mais perto dos objetivos fundamentais da República (art. 3º da CR/88).

A teoria de Jakobs, caso discutida e adotada abertamente como instrumento de política criminal e de acordo com os ditames constitucionais, poderia gerar indagações. Seria ela um fator de instabilidade e temor de um passo no caminho de um Estado policaiesco, calcado na perseguição a grupos injustamente perseguidos? Ou seria um instrumento de transparência do que pretende e quer o aparato repressivo estatal, possibilitando meios mais gravosos a condutas consideradas mais perniciosas? Acredito que o atual estado de coisas em que se encontra o Brasil, perceptível a qualquer cidadão, jurista ou não, que nota claramente a total e completa impunidade e inadequação do sistema criminal, já nos apresenta pistas de qual resposta podemos adotar como mais consistente e adequada a nossa sociedade.

5. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer*: impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Brasport, 2010.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Sistema Criminal e Ética na Modernidade Contemporânea: problemáticas de atuação crítica em um sistema poético e perverso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 884, p. 413-432, jun. 2009.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Corrupção e Irritação das Decisões Judiciais sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14. 1º e 2º sem. 2004. p. 35-49.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Fundamentos filosóficos do Sistema Penal como embaixadores da aplicação coercitiva diferenciada calcada num Direito Penal do autor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 874, p. 429-444, ago. 2008.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de drogas*: comentários à lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Porto Alegre, v. 14, n. 62, p. 107-133, set./out. 2006.

BUSATO, Paulo César. Quem é seu inimigo, quem é você? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 66, p. 315-372, mai./jun. 2007.

CALLEGARI, André Luiz; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 867, p. 453-469, jan. 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Homo Sacer da baixada: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 85-119, abr./jun. 2007.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Do iluminismo ao 'Direito Penal' do Inimigo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 869, p. 453-464, mar. 2008.

DIETER, Maurício Stegemann. O Direito Penal do Inimigo e 'A Controvérsia'. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 9, n. 32, p. 135-150, jan./mar. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). *Revista Jurídica Unicoc*, Ribeirão Preto, Ano II, n. 2, 2005. ISSN 1807-023X.

JACKOBS, Günther; MELLÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la Sociedad*. México: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 200-201.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e Política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 9, n. 33, p. 111-134, abr./jun. 2009.

(AUTOR CONVIDADO)