

**DIREITO PENAL DO INIMIGO - BREVE REFLEXÃO - Marcella de Lourdes de Oliveira Ribeiro Mansano**

A Juíza Substituta da 45ª Seção Judiciária, com sede na Comarca de Santo Antônio da Platina, **Dra. Marcella de Lourdes de Oliveira Ribeiro Mansano**, escreveu sobre o direito penal do inimigo.

Confira-se, então, o texto intitulado "**DIREITO PENAL DO INIMIGO - BREVE REFLEXÃO**", de autoria da citada Magistrada:

É inegável que a sociedade contemporânea sofre com o aumento da criminalidade e a ineficácia do aparato estatal em combatê-la. Muito se discute acerca da repressão ao crime, mormente ao crime organizado, mostrando-se relevante o debate sobre a adoção de medidas conjuntas que reduziriam as liberdades individuais em nome da segurança coletiva, denominadas, pelo jusfilósofo Günter Jakobs, de Direito Penal do Inimigo.

Não se pretende, e nem seria possível, o esgotamento do tema neste espaço; a proposta é apenas um despertar ao debate livre de definições pré-concebidas e pouco refletidas acerca de um pequeno extrato da obra jakobsiana.

De início, mostra-se relevante mencionar que a discussão acerca do tema tem como pressuposto o pragmatismo ínsito à Teoria Funcionalista do Crime, ontologicamente distinta do finalismo adotado pelo Código Penal vigente no País. Não nos cabe, neste momento, traçar todas as distinções entre os sistemas – mormente se tratarmos do funciona

funcionalismo teleológico de Roxin - mas importa apresentar dois pontos cruciais para a discussão: a função da Pena e o conceito de pessoa em Jakobs.

Hegel, frequentemente arrolado pela doutrina como teórico absolutista, da pena ao lado de Immanuel Kant, exerceu grande influência na obra do jurista Günther Jakobs. Kant, enquanto partidário da retribuição moral, defendia que a pena atende uma necessidade absoluta de justiça, derivada de um imperativo moral incondicional<sup>1</sup>, independentemente de sua utilidade. É justamente neste ponto em que reside o absolutismo kantiano, uma vez que a pena é considerada um fim em si mesmo, bastando sua simples aplicação para a realização da justiça.

Diferentemente de Kant, Hegel pregava a retribuição jurídica como caráter preponderante da pena, sustentando que sua função não é a de atender a um mandato absoluto de justiça mas, sim, uma exigência da razão. Na concepção hegeliana, o delito é uma violência contra o Direito e a pena uma violência que anula a violência do delito, isto é: a pena é a negação do delito que, por sua vez, é a negação do direito. Destarte, sendo a pena a negação da negação do direito, passa a ser, segundo os preceitos lógico-formais, sua afirmação.

Jakobs, por seu turno, considera como função primordial da pena a prevenção geral positiva, como defende a maioria da doutrina, sustentando que o papel da pena é afirmar positivamente a validade da norma por meio da intimidação, correção, neutralização e retribuição. A punição ao infrator consiste na afirmação da validade da

norma, que seria posta em dúvida caso não houvesse repreensão estatal após o cometimento do delito. Pode-se inferir, então, que, no âmbito funcionalista sistêmico, a pena serve para validar a confiança na norma jurídica, orientando o indivíduo para o exercício da fidelidade ao Direito. Impor a pena ao infrator, de acordo com os ditames jakobsianos, significa obrigá-lo a suportar suas consequências.

Feita a breve explanação acerca da função da pena, cumpre-nos agora delinear os aspectos principais do conceito de pessoa. Ao contrário do que se propaga, acreditamos que a proposta de Jakobs não seja de despersonalização do indivíduo, uma vez que a construção exclusivamente normativa da personalidade é utópica e irrealista.

O que o jurista alemão propõe não é a exigência de que o indivíduo atue positivamente para alcançar a condição de cidadão; ao contrário: propugna a abstinência de comportamentos voltados ao desmantelamento do ordenamento jurídico e dos preceitos sociais básicos para que determinado indivíduo não seja considerado inimigo. Não é prerrogativa do Estado, assim, apontar a condição de "cidadão" ou "inimigo", mas ao agir individual caberá demonstrar o arbítrio do agente em encaixar-se em determinada categoria.

A contraposição entre cidadãos e inimigos - considerando estes como "não-pessoas" - exige uma análise jusfilosófica do conceito, extrapolando o âmbito político-criminal. O próprio Jakobs, contudo, oferece análise apurada acerca dessa oposição: *"Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o*

*Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria a segurança das demais pessoas" (2009, p. 40).*

À primeira vista é possível interpretar que o mestre alemão exige *segurança cognitiva* para que se possa considerar um indivíduo como pessoa ao afirmar que *"só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal"* (2009, p.43). À primeira vista poderia concluir-se que Jakobs não considera o indivíduo como *persona a priori*, necessitando de uma prova a respeito desta condição, consistente em uma ação negativa: a de não ameaçar o Estado.

Contudo, após uma leitura atenta das afirmações de Jakobs, deparamo-nos com o fato de que a suposta exigência para que o indivíduo seja considerado cidadão é tão somente de uma **inação**. E mais: ao contrário do que se pode depreender de uma leitura desatenta da premissa posta, esta não-ação em si não consiste em abster-se de ameaçar o Estado, mas em um não-agir de forma a manter intacto o tecido social acobertado pelo ordenamento jurídico.

Vejamos:

*"Atender aos fundamentos da presunção de comportamento futuro conforme à lei é uma obrigação de entregar [Bringschuld], elementar de todo cidadão, pois apenas no caso de existência fundamentada dessa presunção - e somente os próprios cidadãos têm condições de realizar tal fundamentação - é possível que os cidadãos se relacionem entre si de maneira livre e sem receios. A personalidade efetiva orientadora não se realiza sozinha ao ser postulada, mas, pelo contrário, ela exige*

determinadas condições. Por isso, a proposição 'todo homem tem por direito a pretensão de ser tratado como pessoa' é incompleta; deve-se ser estipulado também quem tem que produzir as condições de efetivação dessa personalidade. É evidente que a preocupação com um embasamento cognitivo abrangente se encontra, de todo modo, nos encargos da pessoa, como se se tratasse da realização de certa forma segura da fidelidade ao direito. O preceito correto deve ser: 'todo aquele que ao menos de alguma forma realiza fidelidade segura ao direito tem a pretensão de ser tratado como pessoa', e quem não dá provas dessa realização será então hetero-administrado [fremðverwaltet], ou seja, não será tratado como pessoa" (JAKOBS, 2009, p. 58/59) (grifei).

A inspiração de Jakobs, por sua vez, tem claras matizes hobbesianas. O iluminista procurou justificar a concentração do poder absolutista com a ficção do contrato social, segregando aqueles que porventura perturbassem a auto-organização do poder central, os chamados "alto traidores". O jurista alemão busca, nesta distinção, compatibilizar a proposição de Hobbes acerca do delinquente cidadão e do alto traidor com a sociedade contemporânea, observando que o delinquente cidadão busca apenas vantagens individuais e não deve ser tolerado, enquanto o alto traidor merece ser tratado como inimigo por "combater o princípio", colocando em dúvida o todo, o estamento social (JAKOBS, 2009 p. 37).

Obviamente, Jakobs reconhece que nem todos os conceitos e formas propostas por Hobbes podem ser transportados para a atualidade sem sofrer nenhum tipo de deturpação, mas assinala que "(...) não é de se esperar que as ideias de Hobbes, formuladas

*há mais de 350 anos, deixem-se transportar, uma a uma, para o presente, não obstante continue sendo correta a percepção de que um adversário potencial, enquanto inimigo, deve ser, de fato, diverso de um cidadão com falhas mais passageiras” (JAKOBS, 2009, p. 37).*

Contrariando postulados garantistas, Jakobs sustenta sua posição e afirma que não pretende, com sua obra, estigmatizar os indivíduos como inimigos, afirmando que isto se evidencia pela observação da realidade fática. O jurista, assim, não toma para si qualquer responsabilidade prescritiva, mas se coloca como mero compilador de conceitos normativos preexistente, numa tentativa de descrever quem são os inimigos diante do sistema jurídico (JAKOBS, 2009, p. 27).

Nesse ponto, importante salientar que o conceito de inimigo, no contexto do sistema proposto, não pode ser confundido com o de criminoso habitual. O primeiro, com sua conduta racional e consciente, ataca direta e propositalmente o cerne do ordenamento jurídico, enquanto o criminoso habitual atinge com seus atos apenas a vigência da norma, que pode ser mantida através da aplicação da pena, segundo os preceitos funcionalistas sistêmicos.

Jakobs sustenta, então, que ao inimigo deve ser dispensado tratamento processual penal distinto daquele despendido ao cidadão, fundamentando a tese no fato de que o inimigo nega, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico e está pronto para destruí-lo. A conduta do inimigo não se constitui mera negação da norma vigente, mas atuação voltada à devastação de todo ordenamento - tal fato, sob a ótica funcionalista sistêmica,

justificaria a atuação firme do Estado, com a supressão de direitos individuais em nome da manutenção da ordem social.

Diante de todo o exposto, nota-se que o desafio – além da correta compreensão da teoria explanada – é a adequação do sistema proposto por Jakobs aos ditames constitucionais brasileiros. Além da confluência teórica entre o sistema jakobsiano e o ordenamento pátrio, mostra-se necessária a realização de uma minuciosa análise da política criminal vigente, trazendo a discussão também para o campo pragmático.

Num país em que meio milhão de pessoas perderam a vida de forma violenta na última década<sup>2</sup> e em que líderes de facções criminosas controlam, de dentro da prisão, seus caudatários<sup>3</sup>, urge refletir, discutir e diagnosticar os vícios do atual modelo de Justiça Criminal.

1 Chamado "imperativo categórico Kantiano".

2 <https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio-30-vezes-maior-do-que-europa-22747176> - acessado em 29/10/2018 às 17:48h.

3 <https://opinio.estado.com.br/noticias/geral,uma-tragedia-nacional,70002459762> - acessado em 30/10/2018 às 18:42h.

#### **Referências Bibliográficas básicas:**

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do**



**Inimigo.** Organização de Luiz Moreira e Eugênio Paccelli de Oliveira. Tradução do alemão por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.** 4ª ed, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

MELIÁ, Cancio. DIEZ, Gómez-Jara (coordenadores). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión - vol. 2.** Madrid: Edisofer, 2006.