



FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS ALVES FORTES

ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

LUIZ OTÁVIO VIEIRA BARBOSA

Prof^a Marta Xavier de Lima Gouvea

Além Paraíba/MG

2023



LUIZ OTAVIO VIEIRA BARBOSA

ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Monografia de graduação apresentada ao curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Forte como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a Marta Xavier de Lima
Gouvea

Além Paraíba/MG

2023



LUIZ OTAVIO VIEIRA BARBOSA

ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Monografia de graduação apresentada ao curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Forte como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^ª Marta Xavier de Lima
Gouvea

Aprovado em: _15_/_dezembro_/2023_

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª Marta Xavier de Lima Gouvea
Orientadora

Dra. Ana Clara de Moura Valente Lima

Dr. Marcus Vinicius Miranda Montes



RESUMO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada pelo jurista alemão Günter Jakobs em 1985, teve uma evolução interessante em sua aceitação e influência no campo do direito. Quando Jakobs apresentou essa teoria inicialmente durante uma palestra em Frankfurt, ela não atraiu muita atenção e passou praticamente despercebida pela comunidade jurídica. No entanto, as coisas mudaram drasticamente em 1999, quando Jakobs revisitou o tema durante uma palestra na Conferência do Milênio em Berlim. Nesse evento, a teoria do Direito Penal do Inimigo gerou imediata controvérsia e críticas, não apenas no próprio evento, mas também em vários países de língua portuguesa e espanhola. Foi nesse momento que a teoria ganhou notoriedade e começou a ser amplamente discutida e debatida. Uma característica notável dessa teoria é a distinção entre dois tipos de Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Segundo Jakobs, o Direito Penal do Cidadão mantém as normas, garantias criminais e limites ao poder de punição e investigação do Estado que são tradicionalmente assegurados a todos os cidadãos. No entanto, o Direito Penal do Inimigo se aplica aos "inimigos da sociedade" e permite que quaisquer meios, mesmo que não sejam legais, sejam utilizados para puni-los. Isso significa que aqueles que são considerados inimigos da sociedade podem perder garantias e proteções penais, como a presunção de inocência, a proibição de condenação sem provas, o princípio da legalidade, entre outros. A teoria do Direito Penal do Inimigo é altamente controversa e suscita muitos debates éticos e legais. Enquanto alguns argumentam que pode ser aplicável em casos de segurança nacional, legítima defesa ou contraterrorismo, outros a veem como uma ameaça aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. A aplicação prática dessa teoria, como no caso do Centro de Detenção da Baía de Guantánamo, mostra como os direitos individuais podem ser suspensos em nome da segurança nacional. No contexto do Estado Democrático de Direito, que busca proteger os direitos e a dignidade de todos os indivíduos, a teoria do Direito Penal do Inimigo levanta questões importantes sobre a possibilidade e a admissibilidade de sua aplicação. Essa teoria desafia os princípios fundamentais do direito penal e da justiça, e, portanto, é essencial analisá-la criticamente para determinar se ela pode ou deve ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa proposta tem como objetivo geral aprofundar o entendimento da teoria do Direito Penal do Inimigo, explorando os conceitos apresentados por Günter Jakobs. Além disso, a pesquisa busca analisar criticamente a influência dessa teoria no sistema jurídico brasileiro e examinar sua base filosófica subjacente. A metodologia envolve a pesquisa bibliográfica e documental, pois a teoria em questão é principalmente discutida em textos acadêmicos e documentos legais.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Estado de Direito. Günter Jakobs.



SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	INTRODUÇÃO À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	10
2.1	CONCEITUAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	10
2.2	CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	14
3	CONCEITUAÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DO INIMIGO NO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	16
3.1	CONTEXTO GERAL	16
3.2	QUEM É O INIMIGO DE JAKOBS? A NÃO-PESSOA E SEU FUNDAMENTO FILOSÓFICO	19
3.3	O INIMIGO NA SOCIEDADE DE RISCO.....	21
3.3.1	Terroristas	24
3.3.2	Imigrantes.....	26
3.3.3	Narcotraficantes.....	28
4	DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	29
4.1	INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	29
4.2	A LEI ANTITERROR BRASILEIRA: LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016	38
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
	REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

A Teoria do Direito Penal do inimigo surgiu em um trabalho do renomado jurista alemão Günter Jakobs, que o apresentou em 1985 durante uma palestra no Seminário sobre Direito Penal em Frankfurt. Inicialmente, esse conceito recebeu pouca atenção e praticamente nenhuma crítica. No entanto, em 1999, Jakobs retomou o tema durante uma palestra na Conferência do Milênio em Berlim, o que gerou imediata controvérsia e críticas tanto no evento quanto em diversos países de língua portuguesa e espanhola (MORAES, 2008).

Apesar das críticas negativas, Jakobs finalmente conquistou reconhecimento para sua teoria, que passou a ser amplamente discutida. É importante ressaltar, no entanto, que o pensamento apresentado por Jakobs em 1985 diferiu daquele proferido durante a Conferência do Milênio em Berlim em 1999. Segundo Silva (2013, n.p):

O discurso, que antes era de censura, reverte-se, em 1999, em defesa da criação de um Direito Penal destinado exclusivamente ao inimigo. O eminente autor citou que em muitos dispositivos alemães já havia indícios desta nova forma de aplicação do direito; destarte, a criação de um Direito Penal do Inimigo não seria ilegítima, visto que protegeria o Direito Penal tradicional – o destinado ao cidadão – de uma possível “contaminação”.

Sánchez (2002, p. 149) apresenta o conceito de inimigo da teoria de Jakobs:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização criminosa, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. [...] Se a característica do ‘inimigo’ é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos de penas.

Jakobs, segundo Moraes (2008), defende que o Direito Penal pode agir em relação ao inimigo antes mesmo deste cometer qualquer infração – antecipação da punibilidade -, sendo suficiente que represente um perigo para a sociedade. Assim, afirma Jakobs que: “O Direito penal do cidadão, mantém a vigência da norma. O Direito penal do inimigo (em sentido amplo) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 30).

A teoria do Direito Penal do inimigo, defendida pelo doutrinador alemão Günther Jakobs desde 1985, apesar de criticada pela doutrina penal moderna, vem ganhando espaço nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Sob argumentos de segurança nacional, legítima defesa ou contraterrorismo - o mal proclamado do século XXI - certas pessoas, a partir do momento em que são consideradas inimigas da sociedade ou do Estado, não teriam garantias e proteções penais que são assegurados a todos os indivíduos. Em nome da “defesa da sociedade”, as garantias penais mínimas estabelecidas pelas constituições e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a presunção de inocência, a proibição de condenação sem provas, o princípio da legalidade, a neutralidade do juiz, a proibição da tortura, bem como o impedimento da obtenção de provas por meios ilícitos, não se aplicariam aos proclamados “inimigos da sociedade”.

Jakobs propõe distinguir entre o Direito Penal do Cidadão, que se caracteriza pela manutenção de normas, garantias criminais e limites ao poder de punição e investigação do Estado, e o Direito Penal do Inimigo, voltado para o combate aos “perigos” sociais, que permite que quaisquer meios disponíveis, lícitos ou não, sejam utilizados para punir aqueles não cidadãos. Segundo Jakobs, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois polos de um mesmo mundo, e tornar visíveis duas tendências opostas em um único contexto jurídico-penal.

Diante do exposto, analisar criticamente a teoria do Direito Penal do Inimigo é de fundamental importância para se avaliar a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora esta Doutrina seja controversa e sujeita a críticas, a realidade mostra que, de fato, o Direito Penal do Inimigo tem sido sistematicamente aplicado em contextos de guerra - como na guerra do Iraque -, e sob a justificativa da segurança nacional - como o Centro de Detenção da Baía de Guantánamo. Esta prisão é um exemplo inequívoco de jurisdição para “combatentes irregulares” - suspeitos de terrorismo - que permite todo o tipo de exceções aos princípios constitucionais da persecução penal. Assim, há suspensão de direitos humanos mínimos em nome do combate ao terrorismo e da proteção da segurança nacional. Pergunta-se, então, qual é a possibilidade e a admissibilidade da teoria no ambiente do Estado Democrático de Direito, tutelador da dignidade da pessoa humana?

- Considerando que o Direito Penal atual é o Direito Penal de todos, não diferenciando

inimigo de cidadão, verifica-se um Estado em situação delicada, tendo em vista existir complexidade nos crimes, conseqüentemente, faz-se necessária a aplicação de um Direito Penal que diferencie inimigo e cidadão;

- O Estado não confere o devido tratamento ao indivíduo, conforme a gravidade de seus crimes cometidos;
- Há necessidade da aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, em virtude da sensação de insegurança causada e caos social que se instala hodiernamente em meio à sociedade.

Esta pesquisa tem como objetivo geral tecer considerações acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo, explanando os conceitos trazidos na obra de Günther Jakobs, bem como fazer uma análise crítica sobre ela. Os objetivos específicos são: conceituar o que é o Direito Penal do Inimigo, seu surgimento e evolução histórica; analisar a influência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro; abordar a base jusfilosófica do denominado Direito Penal do Inimigo.

A pesquisa caracteriza-se quanto aos objetivos como descritiva, pois descreve fatos e fenômenos de uma determinada realidade (SILVEIRA; CÓRDOVA, 2009). Quanto aos procedimentos, esta pesquisa é bibliográfica e documental.

Esta pesquisa apresentará, além da Introdução e Considerações Finais, os seguintes capítulos para atingir os objetivos propostos:

- ✓ **Introdução à teoria do Direito Penal do Inimigo:** será feita uma introdução à teoria do Direito Penal do Inimigo, abordando sua conceituação e características fundamentais. Será explorado como essa abordagem se diferencia do Direito Penal tradicional e como enfatiza a punição e controle dos indivíduos considerados inimigos da sociedade ou do Estado. Essa introdução servirá como base para a compreensão dos demais capítulos.
- ✓ **Conceituação jurídica e social do inimigo no Direito Penal do Inimigo:** este capítulo aprofundará a conceituação jurídica e social do “inimigo” no contexto do Direito Penal do Inimigo. Serão exploradas as noções de pessoa e cidadão segundo Günther Jakobs, destacando como o conceito de “não pessoa” é utilizado como fundamento filosófico para identificar aqueles que são considerados inimigos. Além disso, será discutida a relação entre o inimigo e a sociedade de risco, onde indivíduos

que não garantem a mínima segurança cognitiva em sua conduta são considerados inimigos potenciais.

- ✓ **Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro:** o foco será sobre a influência do Direito Penal do Inimigo na legislação penal brasileira, bem como se analisará a Lei Antiterror Brasileira: Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

2 INTRODUÇÃO À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 CONCEITUAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Apenas tendo contato com um dos diversos meios de comunicação de massa existentes (televisão, rádio, jornais e internet), é inevitável ver, ouvir ou ler alguma notícia, comentário, opinião ou discussão relacionada à sensação de insegurança experimentada pela população em relação a questões tão importantes como criminalidade, terrorismo e drogas, entre outras. Aparentemente, alcançar a segurança pública é um objetivo imediato e muito relevante para as autoridades.

Combater o medo de assaltos, homicídios, atentados terroristas, tráfico de drogas, imigração e, em última análise, tudo o que ameaça bens como propriedade, segurança e vida, tornou-se a maior demanda da população.

As várias pesquisas revelam que os níveis de criminalidade aumentaram; que as drogas são uma praga cada vez mais disseminada e nociva; que os países estão sendo inundados por imigrantes que estão tirando o emprego dos seus cidadãos e que, inclusive, são ignorantes e só lhes resta cometer crimes; que os terroristas podem atacar a qualquer momento e, conseqüentemente, é preciso estar protegido deles e de qualquer outra pessoa que coloque em risco a tão preservada e valorizada segurança.

Em resumo, dia após dia, por meio dos diferentes meios de comunicação, uma realidade social é apresentada, cheia de inseguranças, na qual, por exemplo, sair às ruas é abrir a possibilidade real de ser assaltado ou assassinado. Dessa forma, fica claro que a mensagem que se tenta transmitir é que a população deve se proteger daqueles que atentam ou possam atentar contra sua segurança pessoal ou a de seu entorno.

A população está cada vez mais consciente de que não basta apenas punir aquele que comete um crime, mas é necessário evitar, por meio de instrumentos eficazes, que ele seja cometido (JAKOBS, 2003). As autoridades devem responder à essa “necessidade social” de segurança. Para a população, a prisão é a solução mais eficaz, pois, em sua perspectiva, nos centros de reclusão, a erradicação de focos criminosos ou, caso contrário, potenciais focos de criminalidade se torna tangível. Dessa forma, consegue-se excluir da vida social aqueles que atentam contra os diferentes bens protegidos pela ordem jurídica nacional, onde a segurança é essencial.

Diante dessa demanda de segurança que a população faz ao Estado, a autoridade, utilizando os poderes detidos pelo Estado, responde e efetivamente promulga leis penais que sancionam aqueles que cometem crimes, aumenta as penas que esses criminosos devem receber, os prende diante da menor suspeita da possibilidade da prática de um crime e, como a ideia é que a segurança prevaleça sobre qualquer outro bem jurídico protegido, não importa o procedimento a que são submetidos ao serem capturados, nem se receberam um tratamento digno de acordo com um Estado de Direito, social e democrático, e muito menos se são realmente culpados, o importante é prevenir a ocorrência de um crime, de modo que a simples suspeita desse risco justifique uma punição severa.

A realidade descrita acima é o que tem sido internalizado, por meio dos diferentes meios de comunicação, na população, resultando na criminalização daqueles que foram excluídos e daqueles que se opõem ao pensamento neoliberal que hoje governa a sociedade. Essa criminalização, que ocorre diariamente por meio dos diversos meios de comunicação de massa, faz com que a população sinta que aqueles que se opõem ao sistema socioeconômico atual e aqueles que não estão incluídos nele estão ameaçando a segurança da sociedade como um todo, e, em última instância, se tornam inimigos dela. Assim, como consequência imediata, a população legitima as ações que a autoridade toma contra aqueles que prejudicam a sociedade, justificando até mesmo o desconhecimento de sua condição humana e, conseqüentemente, o desconhecimento e violação dos direitos humanos inerentes a esses indivíduos.

Como ilustrado, para proteger a segurança social, a autoridade, entre outras medidas, promulga normas penais tipificando novos comportamentos criminosos, aumentando as penas dos crimes e restringindo garantias processuais penais, ciente de que muitas dessas leis penais violam e transgridem a essência do princípio da legalidade e do último recurso do direito penal e, de forma muito especial e preocupante, os direitos humanos próprios de um Estado democrático e de Direito. Essas leis não passam de um anestésico para a sensação de insegurança da população e também não terão nenhum efeito real, pois não há implementação necessária para colocá-las em prática ou porque o objetivo de promulgá-las nunca foi implementá-las, mas sim dar uma resposta política à demanda por segurança pública. Todo esse sistema normativo, que se concentra pouco na punibilidade do fato e majoritariamente na do autor do fato, é o que a doutrina penal chamou de “Direito Penal do Inimigo” (SÁNCHEZ, 2002).

É inegável, diante da realidade esboçada anteriormente, que o Direito Penal do Inimigo possui um fundamento prático real. O incrível e inaceitável é que atualmente ele encontre respaldo doutrinário, ideológico e filosófico que lhe confira força.

Em maio de 1985, Günther Jakobs, por meio de uma apresentação feita ao Congresso dos Penalistas Alemães em Frankfurt, intitulada “Criminalização no estágio anterior à lesão de um bem jurídico” (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*), expôs, delineou e deu conteúdo doutrinário ao que ele mesmo chamou de Direito Penal do Inimigo, tornando-se seu principal representante (JAKOBS, 1997).

Do ponto de vista doutrinário, o Direito Penal do Inimigo teve duas fases. A primeira é aquela exposta no congresso em Frankfurt em 1985, onde é ilustrada uma concepção ampla desse tipo de Direito Penal ao relacioná-lo aos crimes de risco e aos crimes cometidos no âmbito da atividade econômica. A segunda fase é mais restrita e tem sido aplicada desde 1999. Ela se concentra em crimes graves que atentam contra bens jurídicos individuais, especialmente os crimes de terrorismo (JAKOBS; MELIÁ, 2007). Essa segunda fase é a que está em consonância com o objeto de pesquisa deste trabalho.

Conceituar o Direito Penal do Inimigo implica compreender e considerar como esse direito é criado, funciona e age. E para caracterizá-lo, é necessário analisar em quais pressupostos ele se origina. O Direito Penal do Inimigo trabalha com base nas normas penais, possui um forte sentido normativista e pretende sempre agir amparado por um arcabouço jurídico que o sustente, conforme também explicita Jakobs ao expor que “um Direito Penal do Inimigo implica um comportamento desenvolvido com base em regras, em vez de uma conduta espontânea e impulsiva” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 22).

É uma tendência dos sistemas que buscam hegemonia política, econômica ou social - absoluta - sem considerar aqueles que devem ser os sustentáculos de todo o sistema, ou seja, os cidadãos, as pessoas que compõem o Estado, buscarem legitimar sua atuação dentro de um quadro legal. O mesmo ocorre com o sistema neoliberal, que por excelência busca a hegemonia econômica, política e social absoluta, excluindo aqueles que supostamente representam uma ameaça ou perigo para a sociedade e seus fundamentos democráticos, ou seja, aqueles que discordam desse sistema por considerá-lo injusto e prejudicial à dignidade e igualdade das pessoas. Diante do exposto, é pertinente afirmar que o Direito Penal do Inimigo é a legitimação

jurídica da exclusão social, política, econômica e cultural desencadeada pelo sistema neoliberal¹.

O Direito Penal do Inimigo é um conjunto normativo expansionista que atua disfarçando os conflitos políticos e sociais subjacentes à ideologia neoliberal, com a intenção de cobrir com um véu de legitimidade as ações daqueles que o criam e se beneficiam da ideologia que o sustenta. Os criadores desse conjunto normativo criminalizam os conflitos políticos e sociais que o próprio sistema produz, ditando normas penais com uma facilidade surpreendente que visam atingir aqueles que, sendo vítimas do atual sistema socioeconômico, são transformados em agressores e, assim, atentam de forma real contra a democracia, o Estado de Direito, os princípios do Direito Penal Liberal, a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos humanos inerentes a elas (ZÍLIO, 2004).

Do ponto de vista doutrinário e nas palavras de Martín (2005, p. 2, tradução nossa), o Direito Penal do Inimigo é:

[...] uma manifestação clara das características do chamado 'Direito penal moderno', ou seja, da atual tendência expansionista do direito penal que, de maneira geral, formalmente resulta em uma ampliação das áreas de intervenção deste e, materialmente, de acordo com a opinião majoritária, em um desconhecimento, ou pelo menos em uma clara flexibilização ou relaxamento, e assim, um comprometimento dos princípios e das garantias jurídico-penais liberais do Estado de Direito.

A afirmação de Martín (2005) está diretamente relacionada à ideia anteriormente exposta, de que à medida que o sistema neoliberal foi sendo implementado na sociedade por meio do fenômeno da globalização - pressuposto necessário para a expansão e busca de hegemonia desse sistema -, o direito penal relativizou seus princípios normativos, chegando à sua supressão e abrindo caminho para o Direito Penal do Inimigo, conferindo assim a necessária legitimidade ao sistema que estava sendo imposto e que hoje prevalece. Isso resulta no esquecimento dos direitos humanos e dos princípios garantistas que o Direito Penal de um Estado Social e de Direito pressupõe, e, em última análise, no desprezo pela dignidade das pessoas.

¹ Faz-se referência ao sistema neoliberal com seu consequente sistema produtivo de livre mercado, pois é o sistema que atualmente nos rege, mas deve-se levar em consideração que qualquer que fosse o sistema que tivesse a característica de absolutista e que estivesse sendo legitimado por um suposta democracia representativa, seria passível de crítica, independentemente da ideologia por trás dela, pois o que importa é o respeito à dignidade das pessoas e a proteção de seus direitos humanos e não a afinidade que se tem com qualquer ideia político-social.

2.2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal do inimigo é um tipo de direito penal que, para a maioria da doutrina (MARTÍN, 2005), não possui o caráter de verdadeiro direito penal, entre outras considerações, por se dirigir a uma suposta não-pessoa - o que não é possível no direito penal - e por não reconhecer e, com isso, violar de forma categórica e absoluta a posição do ser humano como alguém digno de garantias inerentes e inalienáveis pelo simples fato de pertencer à natureza da espécie humana. Isso implica que representa o primitivismo e a regressão do Direito Penal Liberal, constituindo-se em um poderoso ataque aos Direitos Humanos, à Democracia e ao Estado de Direito.

Em termos gerais e a partir da perspectiva dos princípios do Direito Penal Liberal, o Direito Penal do Inimigo é uma técnica legislativa ilegítima tanto em sua prática quanto em seu fundamento doutrinário, fato que se manifesta ao analisar suas principais características. Estas são (MALAN, 2006; MORAES, 2008):

- i. Antecipação da punibilidade de atos que têm apenas caráter preparatório para futuros eventos. Condutas no estágio preliminar são criminalizadas devido à falta de segurança cognitiva apresentada pelo agente criminoso (inimigo). Isso também está relacionado à busca e proteção da segurança acima de qualquer outro bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico.
- ii. Desproporcionalidade das penas. A pena estabelecida para atos preparatórios não é reduzida em relação àquela fixada para os atos sancionados na etapa preliminar.
- iii. Restrição e até anulação de garantias e direitos processuais do acusado. Princípios como a presunção de inocência e o princípio da legalidade são violados. Além disso, o direito a um processo justo é violado, o que leva à transgressão dos diversos procedimentos estabelecidos para julgar um acusado. A tortura é até mesmo defendida.
- iv. As leis que compõem o Direito Penal do Inimigo não são normas penais, mas sim normas de “luta ou combate”. O inimigo é uma não pessoa contra a qual todo tipo de coerção física é permitida se o objetivo for obter segurança. O Estado está em guerra contra os inimigos.
- v. Restrição dos direitos penitenciários e endurecimento das condições de encarceramento dos inimigos. Isso se manifesta na forma como os internos são

classificados, nos requisitos para concessão de liberdade condicional, entre outros.

- vi. Redução da idade de responsabilidade criminal. A antecipação da punibilidade tem implicações na expansão do universo de potenciais inimigos, e assim o Estado cria normas para evitar que possíveis focos de criminalidade se desenvolvam, criminalizando não os atos cometidos, mas as pessoas que potencialmente possam cometer um ato contra a sociedade e sua segurança.

Em conclusão, pode-se afirmar que o Direito Penal do Inimigo é um tipo de legislação com fortes características autoritárias, que representa um estado de emergência permanente e constitui um ataque à democracia, ao Direito Penal Liberal, ao Estado de Direito, aos direitos humanos e à dignidade das pessoas.

3 CONCEITUAÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DO INIMIGO NO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal do inimigo tem sido definido como a criação normativa de exclusão e punitividade exacerbada realizada pelo Estado, que reúne o conjunto de normas penais que visam criminalizar não um ato, mas o autor - considerado como não pessoa - de um fato criminoso, quer tenha sido efetivamente praticado ou se suspeite da sua prática e que constitua uma ameaça constante para a segurança dos cidadãos e da sociedade em que vivem. É a legislação que penaliza a periculosidade dos sujeitos, que visa e que, por isso, tem por finalidade proteger a segurança dos seus cidadãos e, sobretudo, proteger a segurança da conservação e expansão do sistema que lhe dá sentido - o sistema neoliberal –, em detrimento das garantias e direitos fundamentais inerentes ao homem pela sua mera condição como tal.

3.1 CONTEXTO GERAL

O Direito Penal do Inimigo é consequência imediata, direta e necessária do processo em que nos encontramos universalmente.

Os pressupostos em que se baseia o Direito Penal do Inimigo são:

- a) As reivindicações absolutistas do sistema neoliberal: isso é entendido na perspectiva de que não é possível um Direito Penal não autoritário, como afirma Zaffaroni (2014). O sistema neoliberal precisa hegemonizar sua ideologia e punir quem não faz parte dela. A dissidência ideológica é categoricamente repudiada pelo neoliberalismo, razão pela qual são criadas legislações para combatê-las de acordo com essas necessidades, como a do Direito Penal do Inimigo.
- b) Eficácia preventiva do Direito Penal do Inimigo: a autoridade transmite à opinião pública que a dureza com que trata os inimigos tem efeitos preventivos eficazes. As sanções têm caráter preventivo – objetivo que na prática não cumprem – e por isso as penas são exemplares (legitimação pretendida pela autoridade) (MORAES, 2010).
- c) A sociedade em que se aplica o Direito Penal do Inimigo favorece a existência de um Estado de calamidade permanente, razão pela qual a legislação que se aplica tem essa característica de calamidade e excecionalidade.

- d) Necessidade de um Estado democrático legitimador: o Direito Penal do Inimigo obtém sua legitimidade da opinião pública. É isso que exige que a autoridade tome medidas para obter segurança ou para protegê-la. A legitimidade é obtida porque a própria autoridade cria um clima de insegurança fictícia na população para que esta apoie as medidas que serão tomadas contra aqueles que ela qualifica como inimigos.
- e) Criminalização exacerbada da violência social. Faz parte da criação de um ambiente de insegurança, risco e perigo social, político, econômico ou cultural. Qualquer um que gere um conflito social ou que tenha algum tipo de reivindicação social será considerado um inimigo porque a ideologia e os princípios predominantes são os impostos pelo neoliberalismo e são excludentes.
- f) Violação dos Direitos Humanos fundamentais quando há conflito entre direitos legais como a segurança e a liberdade. Há uma vulnerabilidade aberta dos direitos humanos em relação às necessidades de expansão do neoliberalismo.

O neoliberalismo supõe, como ferramenta necessária, a expansão de sua ideologia, de suas aspirações; é um sistema que por definição deve ser total e hegemônico, no qual tudo deve virar mercadoria para se estabilizar e crescer. É por isso que, inevitavelmente, para implantar sua estratégia de ação, tem necessitado de violência contra aqueles que o próprio sistema marginaliza, porque como bem diz Zaffaroni (2005, p. 197), “a exclusão - não a pobreza - gera maiores cotas de violência social, pois é em si uma violência estrutural”.

Essa marginalização não é contra aqueles que são explorados pelo sistema, já que o servem e são por ele dominados, mas sim contra os excluídos, contra aqueles que não são funcionais para o pensamento neoliberal porque não fazem parte do sistema produtivo. Nas palavras de Riquert e Palácios (2003, p. 3) e em relação à origem do Direito Penal do Inimigo, podemos dizer que “o sistema capitalista não pode ‘desenvolver-se’ pacificamente sem oposição, pois é basicamente um sistema baseado na exploração, e como tal - além da grande capacidade de ressignificar os sentidos das oposições a seu favor - é bastante compreensível que gere rejeições”.

Em termos gerais, o inimigo são os excluídos e opositores do atual sistema produtivo, pois existe uma possibilidade real de atacar a hegemonia do sistema neoliberal vigente. A exclusão gerada pelo sistema é tamanha que o número de inimigos cresce diariamente. Diante

dessa insegurança e risco, o sistema reage e se defende. A definição que Carl Schmitt faz, reforça essa ideia sobre o conceito de inimigo, afirmando que:

Inimigo é apenas um conjunto de pessoas *em combate* ao menos virtualmente, i.e., segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. O inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público*. (SCHMITT, 2008, p. 30).

Do exposto pode-se deduzir que os grupos humanos que se enfrentam ou lutam são do mesmo gênero, suposição que, em princípio e que doutrinariamente, o Direito Penal do Inimigo nega. Como explicaremos e analisaremos adiante, o sujeito a quem se dirige o direito penal do inimigo é um não-pessoa, que luta contra uma sociedade constituída por pessoas.

Os “inimigos”, ao contrário do que se pretende fazer pensar pelos diferentes meios de comunicação de massa e pelas mensagens “simbólicas” que são veiculadas por meio da criação de normas contra eles, não atentam contra a democracia, nem é seu objetivo que isso aconteça, ao contrário, são sujeitos que exigem, direta ou indiretamente, que a democracia seja efetivada. A exceção a isso são os terroristas, como será explicado mais adiante.

Para Jakobs e Meliá (2007), o Estado pode agir, usando seu *ius puniendi*, de duas maneiras contra aqueles que cometem crimes:

- a) Considerar que o ofensor é um cidadão, cujo tratamento implica em esperar que este exteriorize o seu fato para reagir de modo a confirmar a estrutura normativa da sociedade. Isso se chama lidar com o cidadão.
- b) Considerar que quem ofende é um inimigo, cujo tratamento implica interceptá-lo logo na etapa anterior e combatê-lo por causa de sua periculosidade. Isso se chama lidar com o inimigo.

Na tese de Jakobs, é muito relevante saber a que sujeito o Estado se defronta quando aplica uma pena ou uma ação penal (legislação penal), pois dela dependerá se aplica o tratamento de cidadão e, conseqüentemente, o Direito Penal do cidadão, que é pessoa, ou se, ao contrário, aplica o tratamento de inimigo e, conseqüentemente, o Direito Penal do Inimigo a quem é não-pessoa ou inimigo. Günther Jakobs, ao se referir ao inimigo, faz a diferença entre cidadão e não cidadão. O não cidadão é o inimigo. A diferença na prática é importante para

discernir o tipo de legislação que será aplicada a cada sujeito dependendo de sua categoria ou classificação: Direito Penal do Cidadão ou Direito Penal do Inimigo.

3.2 QUEM É O INIMIGO DE JAKOBS? A NÃO-PESSOA E SEU FUNDAMENTO FILOSÓFICO

Quem é o inimigo de Jakobs?

São indivíduos que na sua atitude, na sua vida econômica ou por meio da sua incorporação numa organização, provavelmente, distanciaram-se de forma duradoura, pelo menos decisivamente, do Direito, ou seja, não oferecem a garantia cognitiva mínima necessária para o tratamento como pessoa (JAKOBS, 2007).

A partir da conceituação de inimigo dada por Jakobs, fica evidente que a principal característica que confere ao inimigo a qualidade de tal é “que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa” (JAKOBS, 2007, p. 35).

Mas em que se traduz essa falta de garantias cognitivas mínimas? Gracia Martín (2005) a expõe de forma clara e concreta, afirmando que os inimigos de Jakobs têm uma atitude de:

[...] “negação frontal dos princípios políticos ou socioeconômicos básicos de nosso modelo de convivência” e, por isso, representariam “perigos que põem em questão a existência da sociedade”, ou violações de normas “relativas a configurações sociais consideradas essenciais, mas que são especialmente vulneráveis, para além das lesões dos direitos jurídicos de titularidade individual”. Em suma, então, os inimigos são indivíduos que se caracterizam, primeiro, porque rejeitam por princípio a legitimidade do ordenamento jurídico e perseguem a destruição dessa ordem e, segundo, como consequência disso, por sua especial periculosidade para o ordenamento jurídico, haja vista que tais indivíduos não oferecem garantias da mínima segurança cognitiva de um comportamento pessoal, ou seja, seu comportamento não é mais previsível segundo as expectativas normativas vigentes na sociedade. Em outras palavras: “se não houver mais a expectativa séria, que tem efeitos permanentes na orientação da conduta, de um comportamento pessoal - determinado por direitos e deveres -, a pessoa degenera até tornar-se um mero postulado, e em seu lugar surge o indivíduo interpretado cognitivamente. Isso significa, no caso do comportamento cognitivo, o aparecimento do indivíduo perigoso, do inimigo (MARTÍN, 2005, p. 7).

Um indivíduo torna-se um inimigo quando se afasta de forma duradoura da lei social que rege a sociedade a que pertence, como explica Jakobs.

O caminho que um indivíduo deve percorrer para se tornar um inimigo é dado pela reincidência, habitualidade, profissionalismo criminoso, mas especialmente por pertencer a organizações que afrontam a lei e exercer qualquer tipo de atividade que o vincule a elas

(MARTÍN, 2005). Jakobs reafirma esta ideia, ao expor que “existem muitas outras normas de direito penal que nos permitem apreciar que nos casos em que a expectativa de comportamento pessoal é frustrada de forma duradoura, diminui a vontade de tratar o delinquente como pessoa” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 38).

Quando o indivíduo cai em reincidência, ele renuncia à ordem jurídica a que aderiu por meio de seu consentimento ao pacto social. Portanto, inimigo é aquele que quebra o contrato social, aquele que o infringe de forma determinada e consciente e não pretende se retrair dessa conduta. Isso o priva de sua condição de pessoa e, conseqüentemente, ele não participa dos benefícios que esse caráter lhe concede (JAKOBS; MELIÁ, 2007).

Quem ataca o direito social deixa de ser membro do Estado e está em guerra contra ele. Esta é a ideia por trás da posição de Jakobs em relação ao inimigo. Essa concepção filosófica, típica do pensamento autoritário, é encontrada em pensadores como Kant, Rousseau e principalmente Hobbes. Zaffaroni (2014, p. 125-126) aponta que:

Hobbes não admite a resistência ao soberano, porque isso importaria em reintroduzir o *bellum omnium contra omnes* (a guerra de todos contra todos) e, precisamente por isso, quem resiste ao poder do soberano não é apendo, mas submetido à contenção forçada, porque não se trata de um *delinquente*, mas antes de um *inimigo* que, com sua resistência, reintroduz a guerra. Infligidos a alguém que é um inimigo declarado não podem ser considerados penas.

Para Hobbes, por mais grave que seja um delito, seu autor não é um *inimigo*; porém quem resiste ao soberano é *inimigo*, porque se torna *estranho* ou *estrangeiro* ao sair do contrato com seu próprio ato de resistência.

Não podem ser consideradas penas os danos infligidos a quem é um inimigo declarado. Posto que esse inimigo nunca este sujeito à lei, não pode transgredi-la. Ou então este sujeito a ela e declara não estar mais, negando em consequência a possibilidade de transgredi-la. Portanto, todos os danos que podem ser causados a ela devem ser entendidos como atos de hostilidade. Em uma situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer tipo de dano. Cabe concluir, pois, que se por atos ou palavras, consciente e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado, seja qual for a penalidade prevista para a traição, o representante pode legitimamente fazer-lhe sofrer o que considera correto. Ao negar a sujeição, negou as penas previstas pela lei. Deve, em consequência, sofrer como inimigo do Estado, ou seja, conforme a vontade do representante. As penas estão estabelecidas na lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, havendo-se tornado súditos por seus próprios atos, se rebelam e negam o poder do soberano por própria vontade.

Dar o rótulo de inimigo a um indivíduo não é identificá-lo, muito pelo contrário, essa caracterização significa inseri-lo em um processo de atribuição de perversidade ao demonizar seu comportamento, estilo de vida e origem social. Isso também é expresso por Cancio Meliá, ao afirmar que:

[...] a identificação de um infrator como inimigo pelo sistema penal, por mais que à primeira vista pareça uma qualificação como “outro” não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não implica declará-lo um fenômeno natural a ser neutralizado, mas, ao contrário, é um reconhecimento da competência normativa do agente pela atribuição da perversidade, pela sua demonização – e o que mais é Lúcifer do que um anjo caído? (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 96-97)

A Lei Penal do Inimigo demoniza ou sataniza o inimigo para justificar sua exclusão e dar legitimidade ao tratamento de não-pessoa que lhe é concedido.

Na tese de Jakobs contra o inimigo, a coerção física é legítima, pois como o inimigo é uma não pessoa, a legislação aplicada a ele é uma normativa de luta ou combate. Lesch, discípulo de Jakobs, é ainda mais categórico e negligente em sua consideração do inimigo, afirmando que, na medida em que o indivíduo aceita a ordem social, ele adquire o status de pessoa, e aquele que não aceita se torna automaticamente uma “criatura animal”, portanto, o ordenamento jurídico não deve ter qualquer tipo de consideração por ele e muito menos respeito por seus interesses (MARTÍN, 2005, p. 22)

A concepção de Jakobs sobre o inimigo e o Direito Penal do Inimigo é aberrante e atentatória aos direitos humanos e à dignidade da pessoa, pois os titulares do direito são as pessoas e não pode haver um direito penal que não seja direcionado a elas.

3.3 O INIMIGO NA SOCIEDADE DE RISCO

Não é estranho falar sobre risco. Hoje, em diversos lares e através dos diversos meios de comunicação, é comum receber mensagens que orientam as famílias a enfrentar o risco, a não ficar indiferentes a ele, até mesmo a combatê-lo. O objetivo é não sucumbir ao risco e qualquer situação que nos cause esse mal tão odiado por nossa sociedade atual deve ser enfrentado, combatido e excluído, para não dizer eliminado.

O medo do risco atingiu tais níveis que há alguns anos Ulrich Beck (2011), entre outros, se preocupa em analisar essa situação, caracterizando a sociedade que temos hoje. Ele a chamou de “A Sociedade de Risco”.

A sociedade de risco é consequência direta do medo do extermínio global. Tememos o que pode nos afetar a todos, não o que pode ser dividido em setores. Hoje os medos são globais, o risco já não é de alguns, mas de todos.

A bomba atômica, o buraco na camada de ozônio, a AIDS, as novas doenças, o câncer e, enfim, tudo que pode afetar a todos, estremece e produz medo. Os riscos estão além do que

pode ser gerenciado. O mundo está sobrecarregado. As crises sociais estão aumentando, os excluídos são cada vez mais e, em breve, não será possível atender às necessidades que os excluídos estão, indiscutivelmente, tentando reivindicar. O terrorismo e o crime podem afetar a todos e não há nada a fazer.

A principal característica da sociedade de risco segundo Beck é a onipotência do perigo, assim explicada em suas próprias palavras:

Até cerca de duas décadas atrás, nossa sociedade era absorvida pela questão do bem-estar e sua distribuição; no entanto, nos últimos tempos são as ameaças dos fenômenos naturais e os conflitos sociais que deles derivam que constituem cada vez mais o nosso principal foco de interesse. Ao contrário de outras, como cair de um cavalo ou morrer de tuberculose, a maioria dessas ameaças se caracteriza pela dificuldade de defini-las tanto do ponto de vista espaço-temporal quanto do ponto de vista social. Para explicar por meio de uma fórmula simples - embora um tanto grosseira -: a fome é hierárquica (nem na última guerra todos passaram fome também); a poluição atômica é igualitária e, portanto, “democrática”. Nitratos na água potável não diminuem na torneira de um CEO. Todos os danos, misérias e violências que os homens infligiram a outros homens foram concentrados nos “outros” - trabalhadores, judeus, negros, refugiados políticos, dissidentes, mulheres, etc. -, deixando os menos aparentes para os demais. Agora, porém, nos encontramos diante do “desaparecimento dos outros”, diante do desaparecimento de todas as nossas preciosíssimas possibilidades de distância: a distância desapareceu diante da contaminação atômica e química. A pobreza pode ser marginalizada, mas os perigos que derivam da era atômica e química, não – é exatamente aí que reside seu novo poder político e cultural. Essa é a onipotência do perigo que acabou eliminando as áreas protegidas e as diferenças da sociedade moderna (BECK, 2020, p. 6).

O risco que se corre ao dirigir um carro a 200 km/h é uma decisão própria, mas na sociedade de risco não há decisão quanto aos riscos que se quer correr, mas, ao contrário, eles estão aí e afetam involuntariamente a todos, embora tenham sempre a sua origem numa decisão humana. Uma consequência direta disso é o sentimento de insegurança experimentado por todos os membros dessa sociedade, que chegou a tal ponto que existe mesmo quando não há perigos reais a combater.

Tantos perigos exigem medidas para combatê-los. A segurança em termos objetivos e subjetivos tornou-se o principal objetivo dos governantes dos diferentes Estados do mundo. Tudo gira em torno de garantir que os cidadãos sintam que tudo o que pode ameaçá-los está sob controle. O Estado é obrigado a agir em prol da obtenção de segurança sem implicar uma intervenção significativa do Estado nos assuntos sociais.

O risco exige proteção daqueles que compõem o globo terrestre. Os Estados, para proporcionar essa proteção e alcançar a tão esperada segurança, recorrem a uma multiplicidade

de mecanismos. Um desses mecanismos de proteção é canalizado por meio da expansão do direito penal. Essa expansão nada mais é do que uma resposta política à aclamada proteção da segurança cidadã e mundial.

A demanda por proteção, como mencionado anteriormente, é canalizada pela expansão do Direito Penal. A resposta a essa demanda não considera os espaços nos quais a intervenção do Direito Penal é legítima, muito menos se a medida adotada é suficiente e adequada em relação ao cumprimento do princípio da necessidade e obtenção de resposta adequada para alcançar as soluções mais idôneas e eficazes para os problemas apresentados. Não considerar esses aspectos ou atacar perigos inexistentes pode conduzir à criação de uma legislação simbólica – direito penal simbólico (HASSEMER, 1991) – com efeitos nocivos para o ordenamento jurídico e para a sociedade em geral.

Na sociedade de risco, o direito penal caracteriza-se principalmente e em termos gerais pelo (BUERGOS, 2001):

- Alargamento das fronteiras do punível, havendo um aumento do que é passível de penalização, penalizam-se não só os fatos, mas também as pessoas.
- Intensificação da orientação para a prevenção, o que implica que a punibilidade seja antecipada a estados em que simplesmente não há crime e que aspectos tão subjetivos como meras intenções sejam sancionados.
- Muda o papel que o Direito Penal desempenha em um Estado de Direito. Agora seu objetivo é reduzir a insegurança e conseguir um controle cada vez maior dela. Com isso, o direito penal é instrumentalizado em prol da consecução de fins políticos relacionados ao sistema neoliberal que hoje predomina.

Mas, quem são as pessoas que personificam a ameaça à segurança nesta sociedade de risco em que vivemos? Quem é o alvo dessa nova lei penal instrumentalizada pelas forças políticas do sistema neoliberal que hoje impera, quem causa medo no cidadão e, portanto, se torna inimigo da sociedade? Os inimigos da sociedade de risco são terroristas, imigrantes e narcotraficantes.

3.3.1 Terroristas

Atualmente, os criminosos mais perseguidos globalmente são aqueles que são rotulados como terroristas. O nível de medo que esses indivíduos causam é tão grande que, no mundo, qualquer método para combatê-los é considerado necessário e legítimo, porque o objetivo é alcançar a tão desejada segurança. No entanto, se adotarmos uma postura democrática e de acordo com a lei, não podemos justificar qualquer tipo de mecanismo de perseguição contra esse tipo de pessoas, nem qualquer outra.

Não devemos ter a percepção equivocada de que o objetivo deste trabalho é absolver aqueles que praticam o terrorismo. Na verdade, entende-se de forma clara e categórica que o terrorismo é um crime que atenta de forma absurda contra os Direitos Humanos e, portanto, é totalmente punível, pois qualquer ato que afete esses direitos deve ser rejeitado tanto pela população quanto pelo direito, tanto nacional quanto internacionalmente.

O que se pretende aqui é destacar o que diferentes países, liderados pelos EUA, estão fazendo sob a justificção da luta contra o terrorismo. Embora, como mencionado anteriormente, o terrorismo seja totalmente condenável porque atenta contra os direitos humanos e a dignidade das pessoas, não é menos certo, nem menos aberrante que, sob a ‘nobre causa da luta contra o terrorismo’, os diferentes Estados do mundo pretendam violar os fundamentos de uma sociedade que protege, respeita e promove a dignidade das pessoas. Uma democracia não ideal, mas sim sólida, construída com base nos princípios de um Estado de Direito, não pode e não deve permitir abusos causados pela falta de respeito à humanidade como um todo.

O fato de os Estados do mundo justificarem os atos ocorridos no Iraque há alguns anos, ou os ocorridos em Guantánamo há décadas, entre outros, reflete a realidade do tratamento que os Direitos Humanos e a dignidade das pessoas recebem internacionalmente. Há um verdadeiro e cruel desprezo pelos direitos humanos e, indiscutivelmente, os Estados que se consideram democráticos não podem reagir contra aqueles que os atacam com medidas que não estejam de acordo com o regime de governo que eles próprios adotaram. É por isso que uma sociedade democrática que acredita na dignidade das pessoas e trabalha com base nos Direitos Humanos

não pode instituir um regime de exceção permanente para os criminosos. A resposta correta aos atos de terrorismo não deve ser o desconhecimento do que se pretende defender, ou seja, os direitos humanos, a democracia e a dignidade das pessoas, mas sim deve promover a prática efetiva e a proteção deles, pois somente dessa forma poderemos instaurar uma democracia real e um Estado de Direito. Portanto, a reação não deve ser a redução das garantias penais e processuais dos criminosos, muito menos a anulação dos direitos humanos e a negação da qualidade de pessoa e sua dignidade consequente que também são atribuídas àqueles que cometem crimes.

Em relação ao que foi exposto, e direcionado não apenas a terroristas, mas também a traficantes de drogas, imigrantes e outros a quem o direito penal do inimigo se dirige, Cancio Meliá (2007, p. 78) afirma:

Se isto é assim, quer dizer, se é certo que a característica especial das condutas frente às quais existe ou se reclama “Direito Penal do inimigo”» está em que afetam elementos de especial vulnerabilidade na identidade social, a resposta jurídico-penalmente funcional não pode estar na troca de paradigma que supõe o Direito Penal do inimigo. Precisamente, a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal “normal”. Assim, se nega ao infrator a capacidade de questionar, precisamente, esses elementos essenciais ameaçados.

O Direito Penal do Inimigo postula, entre suas características, a antecipação da punibilidade daqueles atos que têm apenas caráter preparatório para futuros eventos. Como consequência disso, na prática, diariamente ocorre uma criminalização dos suspeitos de cometer atos de terrorismo ou outros tipos de atos que essa legislação combate. Assim, em diferentes prisões dos Estados que optaram por utilizar esse tipo de legislação, encontramos pessoas privadas de liberdade apenas por pertencerem a uma determinada nacionalidade, crença religiosa, classe social ou raça étnica. A pergunta que surge é: onde ficaram o princípio da inocência, da proporcionalidade e da imputação? Inegavelmente, isso faz parte do processo de expansão e modernização do direito penal, em que a ‘inflação penal’ é uma constante.

Como mencionado anteriormente, não se pretende justificar uma falsa inocência em relação aos atos terroristas, mas também não se deve aceitar que se atribua a etiqueta de terroristas a atos que não o são, e muito menos que se castigue com um punitivismo exacerbado (como é feito com o terrorismo) aqueles que não possuem tal caráter. Não é compatível com

um sistema democrático preocupado com os direitos humanos, o Estado de Direito e a dignidade das pessoas exercer uma perseguição irracional, motivada pelo medo da população e pelos interesses daqueles que pretendem estabelecer um sistema absolutista. Esse tipo de perseguição só pode ser uma resposta a sistemas que buscam hegemonia política, social, econômica e cultural, e, portanto, uma sociedade inspirada nos direitos e na dignidade das pessoas não deve permiti-la.

As discussões doutrinárias sobre o que é terrorismo, como deve ser conceituado e quais bens jurídicos são afetados por ele são extensas. Sendo um fenômeno muito heterogêneo, com muitas facetas, é necessário ter uma consideração bastante abrangente sobre ele, o que é uma perspectiva bastante difícil de alcançar. Pode-se encontrar inúmeros escritos sobre essas questões e, no entanto, ainda não se chegou a uma definição legal do que é terrorismo.

3.3.2 Imigrantes

No início deste trabalho, foi dito que o inimigo para o Direito Penal do Inimigo são aqueles indivíduos que, em sua atitude, em sua vida econômica ou por meio de sua incorporação a uma organização, se afastaram provavelmente de maneira duradoura, pelo menos de forma decidida, do Direito (JAKOBS, 2007).

É complexo observar, a partir da definição de inimigo, como os imigrantes se encaixam no conteúdo desse conceito. É aqui que começamos a perceber que o elemento que caracteriza um sujeito como inimigo, mais do que se afastar provavelmente de maneira duradoura, pelo menos de forma decidida, do direito, é a marginalidade que os imigrantes possuem. Isso porque a USA PATRIOT ACT² não persegue os imigrantes que têm suas riquezas e contribuem

² A USA PATRIOT ACT (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act) é uma legislação dos Estados Unidos, aprovada em 26 de outubro de 2001, em resposta aos ataques terroristas de 11 de setembro daquele mesmo ano. Foi promulgada pelo então presidente dos EUA, George W. Bush, com o objetivo de aumentar os poderes de vigilância, investigação e aplicação da lei para combater o terrorismo doméstico e internacional.

Essa lei foi criada com a intenção de fortalecer as capacidades de inteligência e segurança dos Estados Unidos, permitindo que as agências governamentais, como o FBI (Federal Bureau of Investigation) e a NSA (National Security Agency), tivessem maior acesso a informações e dados pessoais dos cidadãos e não cidadãos. A PATRIOT ACT ampliou a autoridade do governo para realizar vigilância eletrônica, coletar informações de negócios e registros financeiros, monitorar comunicações e conduzir investigações sobre suspeitos de terrorismo. A USA PATRIOT ACT também gerou muitas críticas e debates em relação às questões de privacidade, liberdades civis e direitos individuais, pois algumas de suas medidas foram consideradas invasivas e excessivamente amplas, levantando preocupações sobre possíveis abusos de poder por parte do governo e agências de inteligência.

economicamente para o mercado do país que os acolhe de bom grado, mas, pelo contrário, os suspeitos são sempre aqueles que não possuem poder aquisitivo real, aqueles que chegam a um determinado país sem o visto adequado (que não lhes foi concedido porque não querem mais marginais dentro do país ao qual estão chegando), aqueles que ‘provavelmente’ terão que cometer crimes para sobreviver, aqueles que, aparentemente, não poderão contribuir em nada para a sociedade à qual desejam se integrar, pois não têm a cultura, a educação ou os bens necessários para serem considerados um bem para a sociedade que estão tentando alcançar.

Atualmente, há Estados que se orgulham de suas democracias inabaláveis. No entanto, a realidade é diferente, pois as pessoas que não são nacionais do país em que se encontram são discriminadas. Além disso, nesses mesmos Estados ‘modelos’, as pessoas são criminalizadas apenas por pertencerem a outra raça, religião, grupo social ou ideologia. Tudo isso, apesar das diversas legislações e normas existentes para a proteção dos Direitos Humanos. Vemos claramente que essa aberração é uma realidade. Não há outra razão, senão a marginalidade, que permita pensar que os imigrantes poderiam ser considerados inimigos. É a marginalidade que representam que os exclui da aplicação do Direito Penal do Cidadão. Eles são considerados um foco de perigo, não porque tenham cometido algum ato criminoso, mas porque representam o resultado do que o sistema neoliberal produz socialmente, ou seja, marginalidade, ignorância e baixaza (pelo menos para aqueles que legislam contra eles).

Em suma, os imigrantes se tornam inimigos nesta sociedade de risco por serem um foco de periculosidade social, mas essa periculosidade não tem outro fundamento senão o desprezo pela marginalidade. A marginalidade hoje produz insegurança e, como a função do direito penal do inimigo é combatê-la a qualquer custo, a maneira mais contundente é convertê-la em uma característica atávica que desumaniza as pessoas.

A existência, mesmo nos dias de hoje, de focos inquisidores e nazistas é um claro obstáculo para a sociedade em seu avanço na proteção e garantia dos Direitos Humanos. É totalmente incompreensível que, ao nos orgulharmos como sociedade de ter construído um Estado de Direito, democrático, respeitoso dos direitos humanos e da dignidade das pessoas, possamos conceber a desumanização de uma pessoa. Mas ainda mais aberrante é que essa desumanização (considerando-a como não-pessoa, ignorando até mesmo sua qualidade de ser

Ao longo dos anos, várias emendas e mudanças foram feitas na lei para responder a algumas das preocupações com a privacidade e garantir maior supervisão e controle sobre as atividades de vigilância e investigação. No entanto, a USA PATRIOT ACT continua sendo uma legislação controversa e continua sendo objeto de debates sobre balancear a segurança nacional com a proteção dos direitos civis e individuais.

humano merecedor de direitos inalienáveis) seja feita porque o sujeito a quem o direito penal do inimigo se dirige é considerado marginal.

Cancio Meliá (2007, p. 77) sustenta que o que confere especialidade aos fenômenos atacados pelo direito penal do inimigo é que:

se trata de comportamentos delitivos que afetam, certamente, os elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade das sociedades questionadas. Porém, não no sentido entendido pela concepção antes examinada – no sentido de um risco fático extraordinário para esses elementos essenciais –, mas antes de tudo, como antes se tem adiantado, em um determinado plano simbólico

Se seguirmos essa análise, podemos considerar que os imigrantes são inimigos porque o comportamento criminoso que realizam e que afeta elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade da sociedade atual é a marginalidade e a pobreza desses indivíduos. Essa é a conduta criminal que é atribuída aos imigrantes.

3.3.3 Narcotraficantes

A análise em relação ao motivo pelo qual traficantes de drogas são considerados inimigos está relacionada, por um lado, com o dano que o consumo de drogas causa aos indivíduos da sociedade, mas, por outro lado, tem a ver com o sistema neoliberal e sua proteção. O tráfico de drogas possui um mercado ilícito que, no entanto, gera lucros e riquezas de forma exorbitante. Esses lucros representam o poder obtido por aqueles que estão envolvidos no tráfico de drogas, pois, como mencionado anteriormente, aqueles que possuem riqueza têm poder e capacidade de decisão política e econômica.

Não se pode negar que os traficantes de drogas operam fora da lei e possuem uma enorme capacidade corruptiva, dado o acesso a recursos para tal. No entanto, parece claro que o motivo pelo qual uma legislação com características do Direito Penal do Inimigo é aplicada a eles é porque eles representam um foco de perigo para o mercado e os sistemas produtivos. Isso acontece porque a escala em que os traficantes de drogas atuam e produzem é uma forma de geração de riqueza que não está ao alcance dos grandes empresários, seja porque não desejam estar fora da lei e se tornar inimigos ou porque têm considerações morais que os impedem.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Nos anos 1980, o mundo mudou radicalmente, uma nova ordem se impôs, a princípio desconcertante, à medida que as nações criadas em Estados até então soberanos se revelaram cada vez menos capazes de controlar suas economias, seus mercados financeiros e suas moedas (ARNAUD, 2015).

Nesse período a configuração política mundial teve uma mudança profunda. Primeiro: assistimos à queda de quase todos os regimes autoritários na América Latina; segundo: ocorreu a desintegração quase completa do chamado “bloco socialista”. Apesar das diferenças entre esses dois processos de transformação, todos os países afetados por tal mudança enfrentam o problema de saber qual o papel que deve ser outorgado ao Estado? (DEUBEL, 2015).

A resposta a essa inquietação não pode ser extraída do contexto mundial de crise, que não é somente econômica, mas atinge também os modelos de regulação social tradicional, crise do Estado e de seu direito, inclusive nos países industrializados norte-americanos e europeus. O modelo de regulação social posto em prática nesses países influenciará a forma e o papel futuros do Estado (DEUBEL, 2015).

A ideia da globalização surgiu com a tomada de consciência do fato de que a sociedade contemporânea tornou-se uma sociedade de risco, que existem interesses comuns e que regulações tradicionais não realizam adequadamente a gestão desses interesses. Com efeito, o processo de globalização parece questionar a ordem mundial que utiliza o direito internacional para manter o equilíbrio entre os Estados soberanos. A globalização é um processo novo que está alheio às fronteiras tradicionais, em que os acontecimentos não se qualificam segundo as categorias de direito interno ou de direito internacional. Assim, inventou-se o termo “transnacionalização” (ARNAUD, 2005).

A distância crescente entre a legislação e a realidade, as dificuldades da aplicação dos programas estatais, a interpenetração entre os domínios públicos e privados provocam reflexões e ensaios de novas práticas administrativas, jurídicas e políticas (DEUBEL, 2015).

O direito internacional já foi caracterizado pelo seu fraco poder de coerção, hodiernamente institui-se cada vez mais como um princípio normativo superior, que permite aos cidadãos de determinado Estado reivindicar sua aplicação ou denunciar sua violação pelo referido Estado (DUNN *apud* DEUBEL, 2015).

Neste contexto, o Estado pode ainda manter o poder tradicional e as funções que exercia daquele que “diz-o-direito”? Na realidade, sua verdadeira função tornou-se a de definir as regras do jogo e harmonizar os comportamentos dos atores econômicos e justamente neste contexto que vai intervir a governança que, ao nível estatal, se exercerá como uma das estratégias destinadas a preservar a identidade de uma comunidade nacional contra as agressões exteriores (MIRANDA; CAPELLER, 2017).

Existe dificuldade de se aceitar a legislação internacional junto às leis internas do Estado moderno; sendo assim, as teorias jurídicas conseguem influenciar de maneira mais eficaz o direito interno desses Estados?

Como dito, o direito penal do inimigo apresentado em 1985, mais bem descrito em 1999 e legitimado em 2003 por Jakobs, alcançou maior visibilidade após os atentados de 11 de setembro de 2001, onde teve início a guerra ao terror desenvolvida pelos Estados Unidos da América e seus aliados contra os prováveis causadores daqueles atentados. Diante disso, diversas legislações antiterror no mundo passaram a sofrer influência do direito penal do inimigo, a saber (SILVA, 2016):

- ESPANHA: penas desproporcionais nos casos de tráfico de drogas e terrorismo; delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros; novo regime de prolongação de penas para até 40 anos.
- FRANÇA: nova lei de segurança cotidiana, ampliando o poder policial de intervenção na esfera de liberdade pessoal do cidadão; estendeu a competência do Estado para intervir e controlar a comunicação de possíveis terroristas.
- INGLATERRA: após os atentados terroristas de 7 de julho de 2005, a polícia britânica teve poderes de atirar para matar com o intuito de proteger (isso resultou no assassinato do brasileiro Jean Charles de Menezes em 23 de julho de 2005).
- EUA: foi criado o *Patriot Act*, que corresponde a um abrangente pacote legislativo antiterror que viola uma série de liberdades individuais, como por exemplo, a permissão de monitoramento de registros de bibliotecas para saber quem recebeu empréstimo de determinados tipos de livros; foi criado o Estatuto do Combatente

Inimigo que permitiu às autoridades norte-americanas manter um indivíduo indefinidamente preso e privá-lo de todos os direitos que poderia ostentar perante a Justiça Civil, sobretudo os de ter um advogado e receber visitas.

- **BRASIL:** a criação da Lei 13.260/2016 com a punição de atos preparatórios que não atingem o bem jurídico tutelado, caracteriza-se a possibilidade de adiantamento da intervenção penal, o que leva à tentativa de implementação de um direito penal que atinja atos futuros, dando um caráter preventivo ao fato a ser punido.

Neste contexto globalizado, o Estado brasileiro, que organizou dois grandes eventos mundiais do esporte (a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro de 2016), sofreu grande pressão internacional para que aprovasse uma legislação antiterror capaz de responder a um possível ataque terrorista; foi sancionada então a Lei 13.260, de 16 de março de 2016.

Diante de uma governança global, os governos nacionais dos Estados soberanos têm trabalhado com a emersão de teorias de um direito penal máximo em suas legislações internas, teorias que “facilitam” a condução desses governos, mas que ofendem as constituições desses Estados, o que levam a protestos pela mudança dessas constituições democráticas, evidenciando um nítido retrocesso do desenvolvimento social e jurídico daquele Estado.

Essas mudanças constitucionais influenciadas por novas teorias de uma governança internacional, as quais disseminam, por exemplo, o medo de ataques terroristas, prepara o sistema jurídico interno para uma nova norma que se ajuste com uma legislação global, o que vem provocando forte reação por parte das populações desses países, que elegem governos nacionalistas posicionados contra a globalização. “A globalização estaria perdendo força e da mesma forma tudo aquilo que se protagonizou com o processo de governança global” (MIRANDA; CAPELLER, 2017, p. 89).

O Brasil vem sofrendo influência do Direito Penal do Inimigo em sua legislação, como se pode constatar a seguir no Quadro 1:

QUADRO 1 – Influência do Direito Penal do Inimigo na Legislação Brasileira

LEI BRASILEIRA	CARACTERÍSTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOBRE A LEI BRASILEIRA
<p>Lei nº 6.368/76 Substituída pela Lei nº 11.343/06, que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de drogas e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.</p>	<p>As penas impostas ao inimigo não olham para o passado, para aquele delito que cometeu o autor e sim para o futuro, para o que ele poderá fazer, para o perigo que ele representa para sociedade e que necessita ser neutralizado, ou seja, é um direito penal prospectivo, o inimigo será punido pela sua periculosidade e não pela sua culpabilidade, ele deve ser punido como uma medida de segurança da sociedade constante do direito penal do inimigo, já ao cidadão será imposta uma pena prevista no direito penal do cidadão.</p>	<p>Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena-reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.</p> <p>Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. (Lei nº 11.343/06)</p>
<p>Lei nº 7.565/86 Que se denomina a “Lei do Abate”.</p>	<p>O que se protege é a norma no direito penal do inimigo e não um determinado bem jurídico, abrindo-se a possibilidade de uma antecipação da punibilidade, levando a norma a tipificar até mesmo os atos preparatórios, criar tipos de mera conduta e perigo abstrato com a finalidade de combater o perigo que determinados indivíduos representam.</p>	<p>Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim; II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; III - para exame dos certificados e outros</p>

LEI BRASILEIRA	CARACTERÍSTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOBRE A LEI BRASILEIRA
		<p>documentos indispensáveis; IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21); V - para averiguação de ilícito. § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (ênfase acrescentada) § 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório.</p>
<p>Lei nº 8.072/90 Que dispõe sobre os crimes hediondos, e determina restrições de natureza penal e processual penal a estes delitos.</p>	<p>Os direitos e garantias individuais são relativizados ou mesmo suprimidos, com o intuito de investigar e “proteger” a sociedade dos crimes que estariam sendo engendrados pelo suposto inimigo, utilizando-se uma legislação de luta ou combate ao inimigo</p>	<p>Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (Vide Súmula Vinculante) I - anistia, graça e indulto; II - fiança e liberdade provisória. II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007) § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007) § 2º (Revogado pela Lei nº 13.964, de 2019) § 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007) § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960,</p>

LEI BRASILEIRA	CARACTERÍSTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOBRE A LEI BRASILEIRA
		de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007).
<p>Lei nº 9.034/95 Que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (modificada pelas Leis nº 9.303/96 e 10.217/01 e substituída posteriormente pela Lei nº 12.850/13)</p>	<p>O que se protege é a norma no direito penal do inimigo e não um determinado bem jurídico, abrindo-se a possibilidade de uma antecipação da punibilidade, levando a norma a tipificar até mesmo os atos preparatórios, criar tipos de mera conduta e perigo abstrato com a finalidade de combater o perigo que determinados indivíduos representam.</p> <p>Os direitos e garantias individuais são relativizados ou mesmo suprimidos, com o intuito de investigar e “proteger” a sociedade dos crimes que estariam sendo engendrados pelo suposto inimigo, utilizando-se uma legislação de luta ou combate ao inimigo.</p>	<p>Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. § 2º Esta Lei se aplica também: I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. (Redação dada pela lei nº 13.260, de 2016)</p>
<p>Lei nº 10.826/03 Que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o</p>	<p>O que se protege é a norma no direito penal do inimigo e não um determinado bem jurídico, abrindo-se a possibilidade de uma antecipação da punibilidade, levando a norma a tipificar até</p>	<p>Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou</p>

LEI BRASILEIRA	CARACTERÍSTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOBRE A LEI BRASILEIRA
<p>Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crime e dá outras providências</p>	<p>mesmo os atos preparatórios, criar tipos de mera conduta e perigo abstrato com a finalidade de combater o perigo que determinados indivíduos representam.</p>	<p>munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.</p>
<p>Lei nº 10.792/03 Que altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado.</p>	<p>A imposição de penas desproporcionais visando a periculosidade do agente e a proteção da norma penal, não levando em consideração o bem da vida atingido ou até mesmo o bem que nem ao menos foi atingido, pois o que contraria o princípio da lesividade da norma penal, que proíbe a incriminação de condutas que não atinjam o bem jurídico, ou seja, só existiria crime quando houvesse ofensa concreta ao bem jurídico.</p>	<p>Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; II - recolhimento em cela individual; III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a</p>

LEI BRASILEIRA	CARACTERÍSTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOBRE A LEI BRASILEIRA
		<p>participação do defensor no mesmo ambiente do preso. § 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave. § 2º (Revogado). § 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal. § 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso: I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade; II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário. § 6º A visita de que trata o inciso III do caput deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de vídeo e</p>

LEI BRASILEIRA	CARACTERÍSTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO SOBRE A LEI BRASILEIRA
		vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário. § 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do caput deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos.
<p>Lei nº 13.260/16 Que dispõe sobre o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.</p>	<p>O que se protege é a norma no direito penal do inimigo e não um determinado bem jurídico, abrindo-se a possibilidade de uma antecipação da punibilidade, levando a norma a tipificar até mesmo os atos preparatórios, criar tipos de mera conduta e perigo abstrato com a finalidade de combater o perigo que determinados indivíduos representam. Os direitos e garantias individuais são relativizados ou mesmo suprimidos, com o intuito de investigar e “proteger” a sociedade dos crimes que estariam sendo engendrados pelo suposto inimigo, utilizando-se uma legislação de luta ou combate ao inimigo.</p>	<p>Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista: Pena-reclusão, de cinco a oito anos, e multa. Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. § 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo: I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade. § 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.</p>

Fonte: Elaborado pelo autor (2023)

4.2 A LEI ANTITERROR BRASILEIRA: LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016

A Constituição Federal, em seu Art. 5º, XLIII, que é uma norma penal constitucional, chamada ainda de cláusula de criminalização, necessitava de regulamentação, que foi realizado pela Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, a qual tipifica o crime de terrorismo.

O projeto da referida lei antiterror brasileira foi duramente criticado por Amerigo Incalcaterra, do Escritório para a América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), segundo o qual o projeto de lei brasileiro incluiria disposições e definições demasiadamente vagas e imprecisas, não sendo compatível com a perspectiva das normas internacionais de direitos humanos, o que abriria uma margem muito ampla de discricionariedade na hora da aplicação da lei no futuro, podendo causar arbitrariedades.

O referido representante acrescentou que há necessidade de serem garantidos os direitos às liberdades de reunião e associação pacífica e a liberdade de expressão, entre outros, na luta contra o terrorismo, e as disposições da futura lei antiterror por si só não garantem que ela não seja usada contra manifestantes e defensores de direitos humanos. É preciso verificar até que ponto a crítica de Amerigo Incalcaterra se mantém, eis que foi acrescido o § 2º ao Art. 2º, da Lei nº 13.260/16, que define o que é o terrorismo e o que não pode ser assim considerado:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa;

Pena reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 2º **O disposto neste artigo não se aplica** à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei (grifo nosso).

Portanto, todas as manifestações que tenham por objetivo demonstrar uma insatisfação com determinado governo não poderão ser interpretadas como atos de terrorismo, e tão somente como manifestações políticas, religiosas, sindicais, que expressem a defesa de direitos constitucionalmente assegurados a todos os brasileiros e estrangeiros. Logicamente, que essas manifestações não podem ser realizadas com o intuito de causar terror para ir além da mera manifestação de insatisfação e passar a realizar ações criminosas previstas no §1º do mesmo artigo, ou seja, o direito constitucional de livre manifestação não pode servir para que sejam praticados atos terroristas.

Ainda no Art. 2º, em seu §1º, ocorreu uma omissão no inciso V – “atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa”, pois faltaram outros bens a serem tutelados pelo referido dispositivo legal, tais como a dignidade sexual e a liberdade individual, como bem salientou o Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon, em 19 de junho de 2016, quando afirmou que a violência sexual é um crime reconhecido como uma tática deliberada para controlar e intimidar comunidades e para forçar as pessoas a saírem de suas casas³. É uma grave violação do direito internacional humanitário e dos direitos humanos, praticada por grupos armados como o ISIL, o Boko Haram e outros, que estão usando a violência sexual como uma forma de atrair e reter integrantes, bem como uma maneira de gerar receita; são exemplos terríveis do uso desse tipo de violência como uma tática do terrorismo.

A lei antiterror brasileira não faz referência à necessidade de que haja um grupo estruturando a execução do ato terrorista, o Art. 2º menciona um ou mais indivíduos, demonstrando que o legislador brasileiro aceita a figura do terrorismo individual. Não é razoável a possibilidade da existência de um terrorismo individual, pois há necessidade de uma organização complexa para que se configure um ato terrorista, uma estrutura organizacional capacitada ao alcance dos objetivos do terrorismo, portanto, pode-se entender o terrorismo individual como um crime impossível, conforme o Art. 17 do Código Penal (CALLEGARI *et al.*, 2016).

³ Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2016/06/1554871>. Acesso em 20 Ago. 2023.

No caso do crime de terrorismo, há que se saber qual é o bem tutelado pela norma ou se é uma norma de ordem preventiva ou de precaução penal? Para Zaffaroni “uma lei ou uma sentença que pretenda impor normas morais, cominando ou aplicando pena por um fato que não lesione ou exponha a perigo o direito alheio, é ilícita (...)” (ZAFFARONI et al., 2017, p. 226).

No direito penal, deve ser respeitado o princípio da lesividade, “segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo” (ZAFFARONI et al., 2017, p. 226).

O direito penal tem por missão a proteção de bens jurídicos, por meio da cominação, aplicação e execução das penas. Dentro de uma sociedade dividida em classes, o direito penal protegerá as relações sociais ou interesse sociais escolhidos pela classe dominante, mesmo que aparentem certa universalidade. O direito penal possui ainda uma “missão secreta” nessas sociedades, que são os efeitos sociais não declarados da pena (BATISTA, 2007).

Os bens jurídicos tutelados pela lei antiterror brasileira são aqueles indicados por ela em seu Art. 2º: a vida e integridade corporal; liberdade individual; patrimônio; paz pública e incolumidade pública, são nesses dois últimos que surgem as maiores questões a serem analisadas, devido a sua conceituação indeterminada. Hungria (1958, p. 163) define paz pública como “o sentimento coletivo de paz que a ordem jurídica assegura.” Prossegue, afirmando que é uma “situação de alarma no seio da coletividade, isto é, a quebra do sentimento geral de tranquilidade, do sossego, de paz, que corresponde à confiança na continuidade normal da ordem jurídico-social. Para Roxin (2008, p. 51):

Um bem jurídico similarmente pouco claro é a “paz pública”, cuja “perturbação” eventual o legislador quer prevenir através dos já mencionados dispositivos sobre a incitação contra um povo e demais alguns outros. Tem-se, porém, de pensar que também todas as outras proibições penais, como a contra as lesões corporais, o furto etc., protegem a paz pública, que seria perturbada se tolerassem tais comportamentos. Mas elas só o fazem indiretamente, como consequência da proteção de bens jurídicos bem mais concretos (como a integridade física e a propriedade), e somente na medida em que a convivência humana seja prejudicada por um comportamento que contrarie a norma penal. Nestes crimes, não se precisa recorrer à paz pública como bem protegido, e tampouco há quem o faça.

A incolumidade pública é o conjunto de bens jurídicos e interesses correlatos de proteção penal à vida, à integridade física das pessoas, à segurança e à saúde comuns ou públicos (SILVA, 2006).

No Art. 3º da referida lei está previsto: “Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista.” Quando se prevê punição a um indivíduo que integra uma organização, ele está sendo punido pelo que ele é, integrante daquela determinada organização, e não pelo que ele efetivamente realizou, é o que podemos chamar de Direito Penal do Autor, que lembra o regime nazista, onde as pessoas eram punidas porque eram judeus, ciganos, homossexuais, etc. Entretanto, nossa lei antiterror foi promulgada em plena vigência de um regime democrático de direito, o que é um contrassenso e que corrobora a ideia de que o Direito Penal do Inimigo invade nossa legislação. Nesse dispositivo, percebe-se a influência do Direito Penal do Inimigo, dentro de uma de suas principais características que é a proteção da norma jurídica ao invés do bem jurídico, ou seja, optou-se por uma política criminal de combate ao terrorismo através de um direito prospectivo, que lança os olhos para o futuro tentando prever o que determinada pessoa vai fazer. Não estamos diante do Direito Penal do Fato, pois o fato não ocorreu, no entanto já temos o autor.

No Direito Penal do Fato, a Lei e a sanção representam apenas a resposta ao fato individual, e não para toda a conduta da vida do autor ou para os perigos futuros que se esperam dele. No entanto, há Lei Penal do Autor quando a pena estiver ligada à personalidade do autor e é a sua associação e o grau da mesma que decide sobre a sanção (ROXIN, 2008).

O Art. 5º da Lei Antiterror Brasileira prevê a possibilidade de punição dos atos preparatórios a tudo aquilo que está definido como terrorismo no Art. 2º da mesma lei:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

O que é “propósito inequívoco de consumir tal delito”? Se um indivíduo é muçulmano, participa de uma rede social restrita dos seus companheiros de religião, onde discutem os rumos da fé mulçumana, e por curiosidade ou por alguma pesquisa acadêmica ou mesmo para escrever uma obra de ficção, ele pesquisa como fazer uma bomba na rede mundial de computadores, ele passa a ter um propósito inequívoco de praticar um ato terrorista? Parece evidente que a nova Lei antiterror brasileira dá margem a várias interpretações, o que pode causar arbitrariedades e até mesmo injustiças.

A pena cominada aos atos preparatórios corresponde ao delito consumado (reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência) diminuída de um quarto até a metade. Essa punição é uma exceção ao entendimento dominante de que a punibilidade somente surge a partir da prática do primeiro ato de execução do crime, punir a cogitação e um ato que nem sequer ameaçou o bem jurídico tutelado torna-se atentatório ao princípio da lesividade, o que poderá dar margem a erros na interpretação do referido dispositivo, correndo-se o risco de punir uma pessoa pelo que ela é e não pelo que ela efetivamente tenha feito, caracterizando o direito penal do autor, se opondo ao direito penal do fato, sendo mais um dispositivo da Lei 13.260/16, que foi impactado pelas bases filosóficas legitimadoras da guerra antiterror proposta pela doutrina do direito penal do inimigo de Jakobs.

Além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, 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 do tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento (ZAFFARONI et al., 2017, p. 133).

Como regra os atos preparatórios não são puníveis, exceto quando o ato for reconhecido como um tipo penal autônomo, ou seja, quando o legislador o defina como ato executório de outro delito, e não somente como preparação de um delito que poderá ou não ser executado, por exemplo, como é o caso do Art 286, do Código Penal (incitação ao crime), 288, do Código Penal (associação criminosa), ou ainda, no caso do Art. 17, da Lei nº 10.826/03 (Comércio ilegal de arma de fogo), adquirir uma arma de forma clandestina para realizar um roubo a uma joalheria, mesmo que o roubo não ocorra, o agente, conforme o estatuto do desarmamento, poderá ser punido pelo ato de preparação ao roubo, que foi a aquisição clandestina da arma.

No *caput* do Art. 5º, temos a possibilidade de punição de atos preparatórios, ou seja, uma antecipação da aplicação da Lei penal, caracterizando um Direito Penal do Inimigo, já que

as penas impostas ao inimigo não olham para o passado, para o crime cometido pelo autor, mas sim para o futuro, para o que ele poderá fazer, para o perigo que ele representa para sociedade e que necessita ser neutralizado. Em outras palavras, é um direito penal prospectivo, o inimigo será punido pela sua periculosidade e não pela sua culpabilidade, abrindo-se a possibilidade de uma antecipação de tutela, levando a norma a alcançar os atos preparatório, com a finalidade de combater o perigo que determinados indivíduos representam.

Ainda com relação aos atos preparatórios, o Art. 10, da referida lei antiterror, prevê que: “Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”, o que evidencia incoerência, pois a desistência voluntária e o arrependimento eficaz são institutos penais que possuem como principal pressuposto o início da execução do crime, o que, em se tratando de atos preparatórios de um crime que irá ocorrer no futuro, ainda não se iniciou.

No percurso do *iter criminis*, o que acontece antes da preparação de um crime é a cogitação, que é impunível, pois ninguém pode ser punido por apenas pensar em algo. O Art. 15 do Código Penal prevê que o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados, porém no caso do Art. 5º da Lei Antiterror Brasileira, o delito está na fase dos atos preparatórios para execução, o que inviabilizaria tal dispositivo.

Diante disso, Meliá (2007, p. 108) declara que:

Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito Penal orientado na “atitude interna” do autor. Isto cristaliza na necessidade estrutural de um “fato” como conteúdo central do tipo (Direito Penal do fato em lugar de Direito Penal do autor).

Mesmo que utilizando a “ponte de ouro”, de Franz Von Liszt⁴, se pudesse desistir da preparação de um crime, o arrependimento eficaz ficaria prejudicado, uma vez que esse se liga ao exaurimento dos atos de execução do crime, dentro da chamada tentativa perfeita, em que o

⁴ No caso de desistência voluntária e de arrependimento eficaz cria-se *em favor do autor uma causa pessoal de isenção da pena*. A razão pela qual esta causa pessoal de exclusão de pena encontra-se na própria finalidade da pena: a pena cumpre uma função preventiva, que, no caso, a atitude do autor demonstra não ser necessária. Por isto o direito penal estende esta “ponte de ouro” ao delinquente (ZAFFORINI; PIERANGELI, 2011, p. 609).

agente executa todos os atos para a realização do delito; logo há uma incompatibilidade total entre a o arrependimento eficaz e o crime que está apenas sendo preparado. Fica evidente que o legislador penal vem ampliando a tutela penal para algo que ocorre antes do início da execução do delito.

O direito penal cede ao desejo comum de dominar o futuro, visto que aparenta ser preenchido pelas dúvidas sociais dominantes na sociedade hodierna, o que é conflitante com as capacidades da atuação penal. Isso apenas reforça o seu caráter simbólico, contribuindo de forma crescente com a incredulidade que se origina da incompetência de satisfazer os objetivos que intenciona realizar com a lei penal expansionista. Dessarte, a referida lei penal se apresenta compatível com o punitivismo da atual intervenção penal, que muitos resultados negativos produz (CALLEGARI *et al.*, 2016).

Sintetizando, o Direito Penal do Inimigo possui um amplo adiantamento da punibilidade, ou seja, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva, isto é, pune fatos futuros, ao invés de ser retrospectivo, como seria natural, e punir fatos que já ocorreram. Sendo assim, a punição de atos preparatórios do crime de terrorismo enquadra-se perfeitamente nas características do Direito Penal do Inimigo de Jakobs.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal do inimigo foi exposto pela primeira vez durante uma Jornada de Direito Penal em Frankfurt, em 1985, pelo penalista Günter Jakobs.

Como visto, nesse início de desenvolvimento de sua teoria, Jakobs afirmava que os dispositivos legais do Direito Penal do Inimigo não poderiam, em hipótese alguma, contaminar o Direito Penal do Cidadão, ou seja, haveria um Direito Penal do Inimigo e um Direito Penal do Cidadão. Distinção que é criticada por Zaffaroni, que o acusa de desconhecer a dinâmica do poder, pois se for concedido espaço ao Estado policial, esse o utilizará e se expandirá até atingir o Estado absoluto. Na caracterização do Direito Penal do Inimigo, foi enfatizado como um dos principais aspectos a antecipação da punibilidade, como forma de prevenir e neutralizar os perigos pelo qual passam os cidadãos na sociedade moderna, podendo ocasionar a supressão de direitos e garantias fundamentais, sobretudo as relacionadas ao processo penal, o que é inconstitucional, pois como visto não se pode retroceder com relação aos direitos fundamentais, ou seja, somente podemos avançar, não pode haver qualquer medida tendente a extinção de um direito fundamental.

Dessarte, fica evidente que o Direito Penal do Inimigo fere a Constituição Federal ao tratar diferentemente seus cidadãos, separando os cidadãos dos não-cidadãos, atingindo o princípio da igualdade de nossa constituição.

Conclui-se que o Direito Penal do Inimigo possui como principais características as seguintes:

- a) as penas impostas ao inimigo não olham para o passado, para aquele delito que cometeu o autor e sim para o futuro, para o que ele poderá fazer, para o perigo que ele representa para sociedade e que necessita ser neutralizado;
- b) o que se protege é a norma no Direito Penal do Inimigo e não um determinado bem jurídico, abrindo-se a possibilidade de uma antecipação da punibilidade, levando a norma a tipificar até mesmo os atos preparatórios, criar tipos de mera conduta e perigo abstrato com a finalidade de combater o perigo que determinados indivíduos representam;
- c) a imposição de penas desproporcionais visando à periculosidade do agente e a proteção da norma penal, não levando em consideração o bem da vida atingido ou até mesmo o bem que nem ao menos foi atingido, contrariando o princípio da

- lesividade da norma penal, que proíbe a incriminação de condutas que não atinjam o bem jurídico;
- d) os direitos e garantias individuais são relativizados ou mesmo suprimidos, com o intuito de investigar e “proteger” a sociedade dos crimes que estariam sendo engendrados pelo suposto inimigo, utilizando-se uma legislação de luta ou combate ao inimigo;
 - e) no Direito Penal do Inimigo aplicam-se novos institutos penais e processuais penais que são contrários à Constituição Federal, pois criam dois direitos: um direito penal para o cidadão e outro direito penal para o inimigo.

Uma crítica que se faz à teoria de Jakobs é a de saber quem é o inimigo, quem deve perder seus direitos de cidadão, quem deve ser excluído? A resposta é que o inimigo é um indivíduo que por meio do seu comportamento, atividade profissional ou vinculação a uma organização, abandonou o Direito de forma duradoura, ou seja, não de forma incidental.

A legislação brasileira sofreu influência do Direito Penal do Inimigo, como se pôde constatar no quadro relacionando as características do Direito Penal do Inimigo com os dispositivos das Leis: 7.565/1986, 8.072/1990, 10.792/2003, 10.826/2003, 11.343/2006, 12.850/2013, e 13.260/2016.

A Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, a qual tipifica o crime de terrorismo, regulamentando o Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, sofreu muitas críticas relacionadas à imprecisão de seus dispositivos. Em seu Art. 2º, a nova lei antiterror brasileira não faz referência à necessidade que haja um grupo para a prática do ato terrorista, basta um único indivíduo executando o crime para que possa ser considerado um ato terrorista punível, ou seja, o legislador brasileiro optou por aceitar o terrorismo individual, o que é criticado por parte da doutrina, para a qual há necessidade de uma organização complexa para que se configure um ato terrorista, uma estrutura organizacional capacitada ao alcance dos objetivos do terrorismo, entendendo ainda o terrorismo individual como um crime impossível, conforme o Art. 17 do Código Penal Brasileiro.

A lei antiterror brasileira (Lei nº 13.260/2016) tutela os seguintes bens jurídicos: a vida e integridade corporal; liberdade individual; patrimônio; paz pública e incolumidade pública, são nesses dois últimos que surgem as maiores questões a serem analisadas, devido a sua conceituação indeterminada. Conforme abordado no segundo capítulo, o Art. 3º da Lei nº

13.260/2016 prevê o crime de promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista. Toda vez que se pune um indivíduo por integrar uma determinada organização, pune-se pelo que ele é e não pelo que ele tenha feito, ou seja, ele está sendo punido apenas por integrar uma determinada organização. O referido artigo demonstra a influência do Direito Penal do Inimigo, pois optou-se por um combate ao terrorismo através de um direito prospectivo, que lança os olhos para o futuro tentando prever o que determinada pessoa vai fazer. Não estamos diante do direito penal do fato, já que o fato não ocorreu; no entanto, já temos o autor.

A punição dos atos preparatórios que está prevista no Art. 5º da Lei nº 13.260/2016 é uma exceção ao entendimento dominante de que a punibilidade somente surge a partir da prática do primeiro ato de execução do crime, pois, tendo em vista que o bem jurídico sequer foi ameaçado, fere o princípio da lesividade. Mais uma vez corre-se o risco de punir um indivíduo pelo que ele é e não pelo que ele efetivamente tenha feito, caracterizando o direito penal do autor, se opondo ao direito penal do fato, sendo mais um dispositivo da Lei 13.260/2016, que foi impactado pelas bases filosóficas legitimadoras da guerra antiterror proposta pela doutrina do Direito Penal do Inimigo de Jakobs.

Em última análise, a discussão em torno do Direito Penal do Inimigo destaca a necessidade de equilibrar a segurança da sociedade com a preservação dos princípios fundamentais do Estado de Direito. O desafio reside em encontrar uma abordagem que combata eficazmente ameaças à ordem pública sem comprometer os valores democráticos e os direitos humanos. Portanto, a análise crítica dessa teoria continua sendo fundamental para avaliar sua aplicabilidade no contexto de um Estado Democrático de Direito que busca preservar a dignidade da pessoa humana e a igualdade perante a lei.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, A. J. **Globalização e Direito**. Impactos nacionais, regionais e transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BATISTA, N. **Introdução crítica ao Direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª Ed. 2007.
- BECK, U. **La Irresponsabilidad Organizada**. Traducción: Elisa Renau. Biblioteca Omegalfa, 2020.
- BECK, U. **Sociedade de risco**. Rumo a outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BUERGO, B. M. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- CALLEGARI, A. L. *et al.* **O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de terrorismo**: de acordo com a lei 13.260/2016. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2016.
- DEUBEL, A. N. R. O DIREITO EM CRISE: FIM DO ESTADO MODERNO? In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2015.
- FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.
- HASSEMER, W. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. **Pena y Estado**, 1991, n. 1, p. 23-36.
- HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 163.
- JAKOBS, G. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: **Estudios de derecho penal**. Traducción al castellano y estudio preliminar: Henrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid: UAM, Civitas, 1997.
- JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. Tradução André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- JAKOBS; G. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. Tradução André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MALAN, D. R. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 228, mar./abr. 2006.
- MARTÍN, L. G. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del enemigo. **Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología**, n. 07-02, p. 02:01-02:43, 2005.
- MELIÁ, M. C. Direito Penal do Inimigo? In: JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. Tradução André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- MIRANDA, J. A. A.; CAPELLER, W. M. L. Sociedade Global, Direito e Política: uma análise do panorama atual da governança. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho-PR, Brasil, n. 27, p. 65-94, 2017.
- MORAES, A. R. A. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008.
- PIMENTEL, A. O método da análise documental: seu uso numa pesquisa historiográfica. **Cadernos de Pesquisa**. São Paulo, n. 114, p. 179-195, 2001.
- ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51.
- SÁNCHEZ, J-M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Série as Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SCHMITT, C. **O conceito do político**. Teoria do Partisan. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SILVA, I. C. **O direito penal do inimigo**. Núcleo de Direito Humanos. Universidade Unisinos, 2013. Disponível em: <http://unisinos.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em: 10 Abr. 2023.
- SILVA, K. C. **Direito Penal do Inimigo**: Aspectos jusfilosóficos e normativos. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.
- SILVEIRA, D. T.; CÓRDOVA, F. P. A pesquisa científica. In: GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. (org.). **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- ZAFFARONI, E. R. **En Torno de la Cuestión Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- ZAFFARONI, E. R. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Volume I - Parte Geral. 9. Ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ZÍLIO, J. L. Do Direito Penal de Classes ao Direito Penal do Estado Social e Democrático de Direito. In: FRANÇA, L. A.(org.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011. p. 11-54.



FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS ALVES FORTES

Acadêmico(a): Luiz Otávio Vieira Barbosa

Título

da

Monografia:

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Declaro que o conteúdo do Trabalho de Conclusão de Curso por mim elaborado e defendido junto à Banca Examinadora não contém partes que configuram plágio parcial ou total, cuja autoria não pertença exclusivamente a mim. Assim, sendo, está a Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Fortes mantida pela Fundação Educacional de Além Paraíba, eximida de quaisquer responsabilidades inerentes a direitos autorais de terceiros sobre o trabalho ora defendido, responsabilizando-me pelo seu inteiro teor e pela veracidade das declarações ora prestadas.

Além Paraíba, 15 de dezembro de 2023.