

**CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO DO VETOR NORTE**

DIREITO, ESTADO E PENA

A532

Anais do Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line]
organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael
Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-136-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Estado e Sociedade no mundo pós pandemia.

1. Vetor Norte. 2. Resumos Expandidos. 3. Direitos Humanos. 4. Tecnologia. 5.
Autonomia Privada. 6. Direito do Trabalho. 7. Direito Penal. I. Congresso Internacional de
Direito do Vetor Norte (1:2020 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO, ESTADO E PENA

Apresentação

ANAIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO VETOR NORTE – 2020

Os estudos sobre Estado, Integração, Direitos Humanos, Trabalho, Autonomia Privada, Tecnologia e Pena foram objetos centrais nas salas de apresentações e debates, no Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte, nos dias 21 e 22 de Outubro de 2020.

O tradicional Congresso de Direito do Vetor Norte, com sede em Belo Horizonte, Minas Gerais, teve a sua primeira edição internacional e integralmente virtual. A equipe de organização se empenhou para realizar um evento ainda melhor do que nos anos anteriores, em que pese a delicada situação globalmente enfrentada, em decorrência da Pandemia de COVID 19.

A coragem em se realizar o Congresso de Direito do Vetor Norte em 2020, ainda que virtualmente, demonstra o compromisso com a pesquisa jurídica, de modo a cumprir seu papel de encontrar soluções para superação desse momento de crise, bem como e, principalmente, construir pontes que viabilizem a retomada da vida social, buscando consolidar uma sociedade democrática e plural.

Como frutos dos esforços dos organizadores do evento e dos diversos pesquisadores que submeteram suas pesquisas, o Congresso Internacional de Direito do Vetor Norte apresenta as publicações dos quatro Grupos de Trabalho, a seguir descritos.

O sucesso do GT1 – Estado, Integração e Direitos Humanos, foi tamanho que precisou ser subdividido em três salas virtuais, sendo coordenadas respectivamente pelos professores Sérgio Luiz Milagre Júnior, Tania Alves Martins e Mayra Thais Andrade Ribeiro; Raquel Santana Rabelo Ornelas, Williander Salomão e Vinícius Biagioni Rezende; Rosemary Cipriano da Silva, Isabel Prates de Oliveira Campos e Josiene Souza. Os temas perpassaram pelos direitos das crianças, igualdade de gênero, violência contras mulheres, proteção dos direitos fundamentais, liberdade de expressão, impactos da pandemia da COVID 19, entre tantos outros. Cabe frisar que os trabalhos apresentados no GT1 são extremamente relevantes para a pesquisa em Direito no país, demonstrando notável rigor metodológico e técnico, além de originalidade.

O GT 2 – Direito, Estado e Trabalho, coordenado pelos professores Jonas Thadeu de Almeida Sousa, Bruno Burgarelli Albergaria Kneipp e Pedro Henrique Carvalho Silva, discutiu, entre outras coisas, os direitos trabalhistas constitucionalmente previstos, o fenômeno da uberização, as implicações da pandemia no direito do trabalho e a reparação histórica da desigualdade social na seara trabalhista, sendo que, todos os resumos expandidos do referido GT foram desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea e necessária para a mudança de paradigmas.

O GT 3 – Direito, Autonomia Privada e Tecnologia, coordenado pelos professores Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende, Bruno Paiva Bernardes e Cintia Moreira Gonçalves, foi marcado por temas como a necessidade de alfabetização digital, os impactos da revolução da internet, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, os abusos algorítmicos, audiências por videoconferência, herança digital, privacidade no âmbito tecnológico e contratos de direito privado na lei da pandemia brasileira. O GT demonstra, claramente, os novos desafios na temática para o século XXI, incentivando a racionalidade crítica, a fim de se encontrarem soluções.

Por fim, o GT 4 – Direito, Estado e Pena, coordenado pelos professores Renata Esteves Furbino, Cristian Kiefer da Silva e André de Abreu Costa, ressaltou a importância de melhorias no sistema penitenciário e a função de ressocialização da pena, bem como tratou sobre as prisões na pandemia, o direito penal do inimigo, a influência da mídia no tribunal do Júri, a investigação defensiva e diversos temas atuais e importantes para o cenário jurídico e social brasileiro.

Observa-se, pelo alto nível dos trabalhos apresentados, que a pesquisa jurídica está se amoldando às novas necessidades, nascidas do cenário de enfrentamento à COVID 19 e que a presente publicação coletiva traz uma visão enriquecedora para o Direito. Assim, fica o convite para uma prazerosa e indispensável leitura dos resumos expandidos apresentados de forma comprometida pelos pesquisadores, fomentando o pensamento crítico para viabilizar a concretização de preceitos e garantias do Estado Democrático de Direito.

Rayssa Rodrigues Meneghetti

Raphael Moreira Maia

Fabício Veiga Costa

**UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA, COMPARATIVA E TELEOLÓGICA
ACERCA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

**A BRIEF ANALYSIS ABOUT THE "LAW OF THE ENEMY" IN THE
HISTORICAL, COMPARATIVE AND TELEOLOGICAL PERSPECTIVES.**

**Heitor José Pinto Santhiago
Alisson Thiago de Assis Campos ¹
José Aluísio Neves da Silva**

Resumo

A pesquisa tem como objetivo analisar, sob uma perspectiva histórica, comparativa e teleológica, como se dá a aplicação prática do Direito Penal do Inimigo. Ao final da pesquisa, foi possível constatar que o surgimento do Direito Penal do Inimigo e sua consequente aplicação prática se deve aos vácuos de poder deixados pelos Estados após o fim da Guerra Fria, sua ocupação por entes não estatais (inimigos), e a tentativa dos Estados em combater sistematicamente esse problema. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método indutivo.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo, Günther jakobs, Direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze, from a historical, comparative and teleological perspective, how the “Law of the Enemy” is applied in practice. After the research it was possible to verify that the emergence of the theory and its applications is due to the vacuums of power left by the States after the end of the Cold War, which generates occupation by non-state entities (enemies), and the attempt by the States to systematically combat this problem. The research is of theoretical and bibliographic kind, following the inductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law of the enemy, Gunther jakobs, Criminal law

¹ Orientador

INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo é tema relevante no estudo das ciências penais, sendo objeto de diversas análises e controvérsias. A teoria foi criada pelo jurista alemão Günther Jakobs e defende que existem 02 (dois) Direitos Penais: o "Direito Penal do Cidadão" (voltado para aqueles, que embora tenham cometido crime, não o fazem de maneira recorrente) e o "Direito Penal do Inimigo" (voltado para indivíduos perigosos e que, conseqüentemente, tornam-se inimigos do Estado, por ameaçar toda sua estrutura). Desse modo, conhecer sua origem histórica justifica a pesquisa, notadamente porque trata-se de um termo que surgiu na década de 1980 e que ainda exerce influência na aplicação do Direito Penal em diversos países.

O objetivo do presente trabalho é responder ao seguinte questionamento: quais os fatores responsáveis pelo surgimento do Direito Penal do Inimigo, resultando na sua aplicação, diretamente ou indiretamente?

A pesquisa se justifica em razão da análise do cenário internacional, sobretudo diante dos atentados terroristas do início do Século XXI, os quais desencadearam uma série de ações praticadas por grupos extremistas paramilitares. Tais ações culminaram na atuação de grandes potências internacionais, que agindo de maneira incisiva, aplicaram o "Direito Penal do Inimigo".

O que se busca, então, é analisar, através de método interpretativo histórico, teleológico e comparativo, não apenas os fatores que levaram ao surgimento do "Direito Penal do Inimigo", demonstrando como alguns Estados, com enfoque no Brasil e EUA, sofreram influência dessa teoria. Para isso, lançou-se mão da análise documental e bibliográfica. O método foi o indutivo.

CONTEXTO HISTÓRICO

De modo simplificado, pode-se dizer que o Direito Penal do Inimigo foi exposto pela primeira vez, durante a Jornada de Professores de Direito Penal de Frankfurt, em 1985, sendo resultado de uma série de acontecimentos, tais como o crescimento do tráfico internacional de drogas, o terrorismo e a criminalidade organizada (MUNÖZ, 2012, P. 43). É importante lembrar que antes disso, mais precisamente durante o Terceiro *Reich*, (1933-1945), quando o partido nazista governou a Alemanha, já se tinha a ideia de que, dentro da sociedade germânica, existiam inimigos (judeus, ciganos, alcoólatras,

comunistas...), de modo que à estes eram aplicadas as mais abusivas sentenças, como o fuzilamento ou envio a campos de concentração, sendo que alguns doutrinadores, como Francisco Muñoz Conde, acreditam se tratar de um antecedente ideológico do Direito Penal do Inimigo (MUNÓZ, 2012, P. 57 à 64).

Desde os primórdios da humanidade, se observou a presença daqueles considerados perigosos e marginalizados (inimigos do grupo social). Na Idade Média, por exemplo, os reinos cristãos tratavam os chamados “pagãos” como verdadeiros rivais da fé católica. Em um passado mais recente, observou-se que diversos Estados tinham interesse em combater grupos considerados como ameaças à nação, como o Exército Republicano Irlandês (IRA), no Reino Unido, ou a Organização Pátria Basca e Liberdade (ETA), na Espanha.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e início da Guerra Fria, um novo modelo de conflito surgiu (Quarta Geração dos Conflitos Armados). Em um cenário dominado por duas grandes potências (URSS e EUA), as disputas de poder geraram uma série de conflitos armados, perpetuando hostilidades presentes até os dias, como os conflitos em Israel, Iraque, Irã e Afeganistão, por exemplo.

Após o fim da Guerra Fria, alguns Estados passaram a centrar suas atenções na luta contra oponentes “não estatais”, como cartéis de drogas e/ou grupos extremistas. Nas palavras de Carlos Alberto Pinto Silva, General do Exército Brasileiro:

Em todo o mundo, militares se encontram combatendo oponentes não estatais, tais como: a Al-Qaeda, o Hamas, o Hezbollah e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, entre outros, e em quase em toda parte o Estado está sendo derrotado.” (...) (...) “Após o final da Guerra Fria e o desmantelamento do sistema bipolar, novos atores apareceram no cenário internacional. São organizações que ocupam o vácuo de poder que o Estado não pôde cobrir. As máfias locais, os senhores da guerra, movimentos separatistas, as organizações terroristas e o crime organizado, buscaram desenvolver sua influência à margem do Estado. Estes grupos, mais ou menos organizados e coordenados, tratam de diluir-se e confundir-se no meio da população civil local, chegando, em alguns casos, a controlar o próprio Estado. (SILVA, 2007, P. 03).

Muitos desses grupos se dedicam à atividade criminosa de maneira profissional, organizada e extremamente lucrativa, controlando suas próprias forças de segurança. Esse fenômeno é muito observado no continente americano, especialmente no Brasil, com as grandes facções criminosas, no México e na Colômbia, com os grandes cartéis de drogas.

Nesse contexto de embate entre o Estado e as forças “paramilitares”, Günther Jakobs propôs que deveriam existir dois direitos penais: um deles voltado ao para exercer o *ius puniendi* àqueles cidadãos que cometem delitos eventuais (Direito Penal do Cidadão); e o

outro voltado para os indivíduos extremamente perigosos e que colocam em risco a própria existência do Estado (Direito Penal do Inimigo). Por essa razão, os cidadãos que, eventualmente, cometerem crimes, terão assegurados seus direitos e garantias, enquanto os inimigos sofrem uma restrição dessas mesmas garantias a fim de que seu potencial ofensivo seja neutralizado.

APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Antes de entender como se dá a aplicação do Direito Penal do Inimigo é preciso compreender a concepção do “inimigo”. Nas palavras de Gunther Jakobs, o inimigo é:

um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais; já o antigo delinquente habitual “perigoso” segundo §20 do Código Penal Alemão), ou em sua ocupação profissional (delinquência econômica, delinquência organizada e também, especialmente, tráfico de drogas), ou principalmente através de uma organização (terrorismo, delinquência organizada, novamente o tráfico de drogas ou o já antigo “complô de assassinato) ou seja, em qualquer caso, de uma forma supostamente duradoura, abandonou o direito e portanto, não garante o mínimo cognitivo de segurança do comportamento pessoal e demonstra este déficit através de seu comportamento. (JAKOBS, 2004, p. 59).

Percebe-se, então, que o Direito Penal do Inimigo se direciona àquele que abandona o Direito, dando as costas para o Estado. Desse modo, por não se vincularem à ordem jurídica (não subscreverem subjetivamente os ideais de um país), esses inimigos perdem as garantias fundamentais, sendo vistos como verdadeiros rivais a serem eliminados.

No caso brasileiro, o art. 5º da Constituição Federal traz mandados de criminalização específicos e possibilitam o tratamento diferenciado àqueles que praticam determinados crimes, os quais pode ser inafiançáveis, insuscetíveis de graça, anistia, indulto ou imprescritíveis. (v.g. art. 5º, incisos XLIII e XLIV). Tal fato, por si só, não permite a supressão de garantias processuais. No entanto, o que se observa é a diminuição de direitos para aqueles que incidem em determinadas condutas, o que denota o maior enfoque do Estado brasileiro em punir com maior rigor alguns tipos penais específicos.

Essa predileção pela punição de crimes específicos fica ainda mais evidenciada quando se analisa o teor da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), em que a sistemática de política criminal adotada conferiu um tratamento mais rigoroso aos traficantes, possibilitando a aplicação de penas alternativas a usuários de drogas. Tal fato fica ainda mais evidente se a legislação atual for comparada com a antiga Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76), já revogada, que permite concluir pela ocorrência de um aumento das penas. Nesse sentido, é pertinente e

seguro afirmar que a legislação tem o escopo de reprimir a prática do tráfico com maior intensidade, apresentando-se como resposta a um cenário ocupado por grandes facções criminosas.

Segundo Fernanda Souto Perfeito (2019, p. 25), essa modificação legislativa seria uma influência do Direito Penal do Inimigo no Brasil, na medida em que instrumentaliza um tratamento diferenciado ao traficante, elegendo-o como um adversário a ser derrotado. Essa influência, no entanto, é mais sutil e se reveste, ao menos em sua forma, de uma faceta mais consentânea com o direito democrático.

O que se observa, no entanto, é que em outros países, como no caso dos Estados Unidos, a aplicação do Direito Penal do Inimigo é mais explícita. É que, e tomou corpo após os atentados de 11 setembro de 2001, sobretudo através do *Patriotic Act*, quando o presidente George W. Bush, declarou guerra ao terror. Segundo o presidente americano, as normas estabelecidas tinham o objetivo de unir e fortalecer os Estados Unidos, criando instrumentos apropriados para combater a figura dos denominados “terroristas”¹. Por outro lado, o ex-coordenador nacional para segurança norte-americana Richard A. Clarke relata que ocorreu, na verdade, é que o “... governo Bush politizou o antiterrorismo como um meio de assegurar vitórias eleitorais (...) distorcendo o Islã e transformando-o numa nova ideologia do ódio”. (CLARKE, 2004, p. 13)

Ao tratar sobre a aplicação do *Patriotic Act*, João Paulo Vani observa que:

Dividido em dez medidas, o Ato Patriótico diminui os direitos civis do cidadão; amplia o poder das agências governamentais; exige mais rigor das instituições bancárias, de modo a evitar lavagem de dinheiro; autoriza o reforço da segurança nas fronteiras; fortalece as CNS - Cartas de Segurança Nacional - instrumento por meio do qual pode-se exigir a entrega de informações e documentos relacionados a uma pessoa em investigação; permite que seja fornecido auxílio financeiro a famílias de vítimas de terrorismo; autoriza o aumento da verba para ampliação de compartilhamento de informações entre agências governamentais de cumprimento da lei; amplia a lista de crimes considerados atos de terrorismo, como ataque a sistemas de transporte coletivo, uso de armas biológicas, apoio a terrorismo e ataques a computadores; permite a criação de método de compartilhamento de informações entre a inteligência nacional americana e as agências governamentais e, em sua última seção, o Ato Patriótico discorre ainda sobre outras cláusulas. (VANI, 2020, P. 65).

Percebe-se, então, que a aplicação das normas americanas contra os denominados terroristas foi implacável. Uma série de prisioneiros foram feitos e mantidos na Baía de

¹ Considerando os motivos pelos quais se declarou essa verdadeira guerra aos terroristas, e considerando os ensinamentos do professor Gunther Jakobs, é possível denominar esse tipo de indivíduo como inimigo, segundo a visão norte-americana da época.

Guantánamo, em Cuba², onde direitos foram suprimidos, havendo sérios relatos de tortura e demais abusos (LIMA, 2019).

Nesse sentido, é importante lembrar as discussões do “Caso Rasul” no qual 12 (doze) cidadãos kuwaitianos e 02 cidadãos australianos foram capturados por tropas norte-americanas no Afeganistão e levados para a Base Naval de Guantánamo e as do “Caso de Salid Ahmed Hamdam”, cidadão do Iémen, acusado por ser o motorista particular e guarda-costas do terrorista saudita Osama Bin Laden. (DE MORAES, 2011, p.6-7).

Em ambos os casos não foi reconhecido qualquer direito aos presos, senão o de recorrer ao Instituto do *Habeas Corpus*, conforme entendimento posterior fixado pela Suprema Corte. Iniciou-se, aí, um embate entre poderes, já que o entendimento jurisprudencial foi posteriormente derrubado pelo Congresso Norte-Americano, através da aprovação do “*Detainee Treatment Act*” (Lei de Tratamento ao Detento), que delegou a competência para apreciação de *Habeas Corpus* dos detentos de Guantánamo apenas ao “Combatant Status Review Tribunals (CSRT), uma comissão militar que se encarregaria de analisar os casos. (DE MORAES, 2011, p.8). No entanto, a Suprema Corte entendeu que o ato feria as Convenções de Genebra, razão pela qual seriam ilegais. Assim, fixou novamente a competência do judiciário norte-americano para análise dos pedidos. (DE MORAES, 2011,p.9). Tal fato se tornou um marco da defesa de direitos individuais na guerra contra o terror.

Com tais análises, pode-se considerar que os atos do governo norte-americano instrumentalizaram a teoria criada por Gunther Jakobs, instituindo o Direito Penal do Inimigo com vistas a mitigar direitos daqueles que foram considerados terroristas pelo governo dos Estados Unidos.

CONCLUSÃO

Após o término da pesquisa foi possível constatar que o surgimento do Direito Penal do Inimigo e sua consequente aplicação prática se deve aos vácuos de poder deixados pelos Estados após o fim da Guerra Fria, sua ocupação por entes não estatais (inimigos), e a tentativa dos Estados em combater sistematicamente esse problema. Após os estudos, é seguro afirmar que o Direito Penal do Inimigo influenciou normas penais e processuais,

² A região foi adquirida pelos EUA no ano de 1903, e até os dias atuais, pertencem ao país, sendo utilizada como prisão de prisioneiros de guerra dos EUA. Por não ser amparada por nenhuma convenção internacional, não há como obter informações concretas sobre o que ocorre por lá, embora existam muitas denúncias de tortura e outras violações dos direitos básicos dos presos.

sendo aplicado de maneira implícita ou explícita, como método de combate à esse tipo de criminoso.

No caso brasileiro, a influência do Direito Penal do Inimigo é mais sutil, e ainda que haja a predileção do legislador pátrio em punir determinados criminosos, o certo é que a implementação dessa “perseguição” ocorre de maneira implícita. Por outro lado, nos Estados Unidos esse combate é mais explícito e incisivo, não deixando margem para dúvidas ou construção de narrativas.

O que se evidencia, por fim, é que mesmo em cenários no qual se observa intenso combate entre o Estado e os seus inimigos, há necessidade de defesa de direitos individuais, inclusive em observância às normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos (como as convenções de Genebra).

REFERÊNCIAS

CLARKE, Richard A. **Contra Todos os Inimigos**: Por dentro da guerra dos EUA contra o terror. São Paulo: Francis, 2004.

DE MORAES, Ana Luisa Zago. **Guantánamo na Suprema Corte dos Estados Unidos**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 6, n. 1, 2011.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor. **Direito Penal Esquematizado-Parte Geral**. Saraiva Educação SA, 2012.

JAKOBS, Gunther. “**La ciência penal ante los retos del futuro**”. In: ESER; HASSEMER; BURKHARDT. La ciência del derecho penal ante el cambio del milênio. Trad. De Teresa Manso. *Op. cit.*, p.59.

LIMA, Lioman. O que faz da prisão mantida pelos EUA em Guantánamo a mais cara do mundo. BBC News. 29 de set. de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49804838>. Acesso em 09 de out. de 2020

MUNÕZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do Inimigo**: Tradução de Karyna Batista Sposato. 1ª Edição. Curitiba: Juruá Editora, 2012

PERFEITO, Fernanda Souto. A influência do Direito Penal do Inimigo no combate ao tráfico de drogas sob perspectiva da Lei nº 11.343/06. 2019. Disponível em:

SILVA, Carlos Alberto Pinto. **Guerra Assimétrica: adaptação para o êxito militar**. Coleção Meira Mattos: revista das ciências militares, n. 15, 2007.

SOUZA, Maria de Fátima Marinho de et al. **Análise da mortalidade por homicídios no Brasil**. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 16, n. 1, p. 7-18, 2007.

VANI, João Paulo. **O DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-LITERÁRIA ACERCA DOS JULGAMENTOS AOS NAZISTAS E DO ATO PATRIÓTICO.** Revista Themis• Ano, v. 1, n. 60, p. 01, 2020.