XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

FELIX ARAUJO NETO

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos; Felix Araujo Neto; Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-402-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminal. 3. Proteção dos Direitos. 4. Políticas Públicas. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

A parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito - CONPEDI com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, da Universidade Católica de Brasília – UCB, do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e do Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, propiciou a realização do o XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, no período de 19 a 21 de julho de 2017, em Brasília/DF, com o tema "DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas".

No GT de Criminologias e Política Criminal II, foram apresentados dez trabalhos científicos de autoria de pesquisadores e pesquisadoras do Sistema Nacional de Pós-graduação brasileiro, que trataram das seguintes temáticas: a) criminalidade organizada; b) corrupção; c) recrudescimento penal; d) direito penal do inimigo; e) prisão cautelar; f) sistema prisional; g) delinquência juvenil; e, h) inter-relação entre direito penal e criminologia.

Os títulos dos artigos deixam bastante clara a inter-relação entre os mesmos, o que propiciou um debate muito rico entre os participantes presentes, além dos próprios autores e autoras, como se nota: DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA: UMA INTER RELAÇÃO; O DIREITO DE RESISTÊNCIA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: SOBRE A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL; FÁBRICA DE CÁRCERES: A PRISÃO COMO NEGÓCIO; OS NÚMEROS DA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA: DA POLÍTICA CRIMINAL DE "LEI E ORDEM" À BANALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR; GARANTIR A ORDEM PÚBLICA: DESAFIOS PARA ALÉM DA PRISÃO PREVENTIVA; O FENÔMENO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL ANALISADO A PARTIR DAS OBRAS "CAPITÃES DE AREIA" E "PIXOTE, A LEI DO MAIS FRACO"; CRIMINALIDADE ORGANIZADA: PRINCIPAIS MUDANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO; A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO ESTRATÉGIA INOVADORA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO; DA TEORIA DOS SISTEMAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA; DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA VISÃO CRÍTICA E COMPARATIVA DE EDMUNDO MEZGER, GÜINTER JAKOBS AOS DIAS ATUAIS.

A excelência científica dos artigos e a profundidade dos debates propiciaram a realização de três blocos de comunicações, cujos eixos centrais podem ser destacados como referentes à (1)

violência institucional e a seletividade penal; (2) criminalidade organizada; e, (3) análise crítica do direito penal do inimigo.

A representatividade do Sistema Nacional de Pós-graduação, na Área do Direito, restou contemplada, na medida em que os dois coordenadores e a coordenadora do GT, autores e autoras dos artigos são vinculados às seguintes instituições de ensino superior (IES): UNESP, UFG, UEPB, UFPA, FAMETRO, UCAM, UNIALFA, FUMEC/MG, FADIC, UFF, ESDHC, UCP, UNICAP, UFPE, UPF, UNISC, IBMEC/RJ, UFRJ, UFMS e UCDB.

Neste momento em que se encontra a sociedade brasileira, vivenciando diferentes espécies de crises, como a crise moral, a crise de representatividade do sistema político e das políticas públicas, a crise do sistema de segurança pública, a crise do sistema de justiça penal e a crise do sistema penitenciário. Essas crises não se resolvem com os fenômenos da inflação da legislação penal, nem com a ampliação do alcance penal e do aprisionamento, da busca do eficientismo penal, da superlotação carcerária, mas por meio das políticas públicas nos diversos setores e, particularmente, no amplo espectro do sistema penal. O papel do Direito, diante das crises e das desigualdades, reclama os aportes teóricos da Criminologia e da Política Criminal.

As contribuições dos autores e autoras de cada um dos artigos incluídos nesta publicação do CONPEDI são relevantíssimas e terão impacto na produção científica em relação às temáticas desenvolvidas, e se tornarão referência para as pesquisas de excelência na temática de "Criminologia e Política Criminal".

Esta contribuição final do Grupo de Trabalho n. 45, subscrita pelos três Coordenadores revela o compromisso com a qualidade da produção científica de pesquisadores e pesquisadoras da Área do Direito, fortalecendo o Sistema Nacional de Pós-graduação.

Brasília/DF, 19 a 21 de julho de 2017.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP)

Profª. Drª. Bartira Macedo Miranda Santos (UFG)

Prof. Dr. Félix Araujo Neto (UEPB)

DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA VISÃO CRÍTICA E COMPARATIVA DE EDMUNDO MEZGER, GÜINTER JAKOBS AOS DIAS ATUAIS

THE ENEMY'S CRIMINAL LAW: A CRITICAL AND COMPARATIVE VISION OF EDMUNDO MEZGER, GÜINTER JAKOBS TO CURRENT DAYS

Leila Cristina do Nascimento Alves [1]

Resumo

Edmund Mezger fundamenta as atrocidades cometidas no nacional socialismo com a dogmática penal seletiva binária. Posteriormente, Günter Jackobs desenvolve uma teoria propondo a utilização de um direito penal para o cidadão comum e outro para o delinquente perigoso. O objetivo desse estudo é comparar esses autores a partir da obra de Muñoz Conde. Foram utilizados os métodos jurídicos exploratório, e hipotético dedutivo. O resultado é a explanação sobre o tema, que demonstra certa semelhança entre essas teorias historicamente distintas. O estudo conclui ainda pelo perigo de adoção penais totalitárias e demonstra a existência de seletividade penal nos dias atuais.

Palavras-chave: Nacional-socialismo, Edmund mezger, Torres gêmeas, Guinter jakobs, Seletividade penal

Abstract/Resumen/Résumé

Edmund Mezger justifies the atrocities committed on national socialism with the selective criminal dogmatics. Later, Günter Jackobs develops a theory proposing the use of a criminal law for ordinary people and another for the offender dangerous. The aim of this study is to compare those authors from the work of Muñoz Conde. Legal methods were used, and hypothetical deductive work obligation. The result is the explanation of the theme, which demonstrates certain similarities between these historically distinct theories. The study concluded the danger of criminal totalitarian adoption and demonstrates the existence of criminal selectivity in the present day.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: National-socialism, Edmund mezger, Twin towers, Güinter jackobs, Penal selectivity

[1] Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em ciências penais pelo IEC-PUC/MG. Especialista em Direito Ambiental pela Estácio de Sá/RJ. Analista ambiental (FEAM/MG).

1. INTRODUÇÃO

O homem é um ser gregário, que necessita conviver com outros homens. A referida convivência muitas vezes se manifesta de forma conflituosa e desigual, sendo o direito, sobretudo o Direito Penal, necessário à organização da vida em sociedade pelo fato de dar limites à conduta humana. O direito penal que hoje é usado de uma forma subsidiária, como *ultima ratio* foi, em um passado recente da humanidade usado de forma errônea, auxiliando à constituição de estados totalitários, de emergência ou de guerra, a exemplo do que ocorrera na Segunda Guerra Mundial.

Como marco histórico do presente estudo adota-se a Republica de Weimar na Alemanha, e como marco teórico a dogmática proposta por Edmundo Mezger. Justifica-se a discussão a partir desta teoria por ser ela a adotada pela Alemanha Nazista de Hitler. Importa salientar que embora neste estudo sejam feitas várias críticas sobre as atrocidades cometidas neste período, não se pode deixar de reconhecer a contribuição que a mesma representa para a legislação, sobretudo penal e para a revolução científica.

Este estudo objetiva fazer uma explanação história sobre o tema, o que possibilita a verificação se há resquícios do Direito Penal do Inimigo desde os tempos remotos, quando a moral e os costumes eram usados como base para uma condenação penal. Há uma explanação do que aqui ousa-se dizer ser o marco teórico do Direito Penal do Inimigo: A República de Weimar da Alemanha, sua construção dogmática e a continuação da referida construção durante a Segunda Guerra Mundial por Adolf Hitler, Edmund Mezger e demais seguidores. Importa salientar que embora neste estudo sejam feitas várias críticas sobre as atrocidades e sobretudo, a teoria que justificou o nacional-socialismo, não se pode deixar de reconhecer a contribuição que a referida tese representa para a legislação, sobretudo penal e para a revolução científica.

A problemática surge ao se verificar que há semelhanças entre a seletividade existente no direito penal de Mezger e no direito penal dos dias atuais, pois este é ainda hoje seletivo, escolhendo quem irá punir em pelo menos dois momentos distintos: da criminalização primária (que ocorre com a elaboração de leis ainda no congresso nacional) como na criminalização secundária (que ocorre acontece com a persecução penal e em toda a sua aplicação através das agências jurídicas).

Pretende-se analisar a ofensa que o Direito Penal do Inimigo representa às garantias. Desta violação ocorre a necessidade da comparação da teoria de Edmund Mezger com a de

Guinter Jackobs, demonstrando a existência do resquício do Direito Penal do inimigo ainda hoje.

Foi utilizado o método jurídico exploratório, com a realização de pesquisas em fontes bibliográficas que analisam a temática do direito penal do inimigo, além do método hipotético dedutivo, partindo-se da premissa que o direto penal não evolui o suficiente, sendo ele até hoje seletivo, o que justifica uma análise jurídica sobre o tema. A escassez bibliográfica comparando a teoria do Mezger e do Jackobs justifica a escolha do tema proposto.

Ante o exposto, o objetivo deste trabalho é correlacionar estas teorias e fazer um levantamento histórico sobre o Direito Penal do Inimigo e demonstrar como sua ideia, ainda que forma parcial persiste na seletividade penal da atualidade.

O estudo é importante, pois permite a compreensão e uma análise crítica acerca do discurso utilizado no Direito Penal no sentido dele possibilitar a instauração do autoritarismo, considerando que este ramo do direito é um instrumento forte de manipulação e de tomada de poder, a exemplo do que foi feito por Hitler. Demonstra-se que a adoção de um direito penal máximo como também proposto por Jakob, em um outro momento histórico, é incapaz de resolver todas as mazelas da sociedade, e que a aplicação de um direito penal máximo com penas severas e alto rigor na punibilidade é um discurso muito perigoso. Deve-se sempre observar os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, antes de se optar por qualquer discurso.

2. DESENVOLVIMENTO

Desde os tempos remotos, no início da civilização em que os conceitos de moral e costumes eram usados como base para uma condenação, em que indivíduos eram levados à pena capital pelo simples fato de afrontarem os padrões culturais da época, verifica-se a existência do direito penal do inimigo.

Na bíblia, por exemplo, verificam-se passagens em que as pessoas, pelo fato de atentarem contra a religião, ou contra os bons costumes, eram estigmatizadas. Já se via o preconceito existente por pessoas que tinham, por exemplo, problemas de saúde. É o que se depreende do trecho do livro Levítico (1962, 14, 45-46) segundo a qual “quem for declarado leproso, deverá andar com as roupas rasgadas e despenteado, com a barba coberta e gritando: ‘Impuro, impuro! ’ Ficará impuro enquanto durar a sua doença. Viverá separado e morará fora do acampamento.”.

Apesar desta existência antiga do isolamento, como no caso das pessoas que tinham problemas de saúde, limita-se neste estudo a tratar da República de Weimar e sua continuação por Edmundo Mezger na Alemanha nazista, como marco histórico do trabalho. Como marco teórico é adotado o livro de Francisco Muñoz Conde, intitulado "Edmund Mezger e O Direito Penal de seu tempo. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional Socialismo." Isto por que o tema é muito extenso, e demonstrar e analisar, ainda que de forma sucinta, todos os exemplos históricos de perseguição inimiga, seria uma explanação sem fim.

2.1.Explanações sobre o marco histórico e teórico do presente estudo: A República Alemã de Weimer e o nacional-socialismo e a dogmática penal desenvolvida por Mezger.

A República Alemã de Weimar (1918-1933) é um período rico em construção dogmática acerca do direito penal do inimigo. Nesta fase, o antissemita, em sua luta apaixonada pelo Estado, descriminaliza e pune os judeus. Os judeus eram reconhecidos pelo seu físico, pela cor dos seus cabelos, por sua roupa, e discriminados pela sua crença religiosa e pelo seu estilo de vida.

Após a derrota alemã na primeira guerra mundial (1914-1918), em 1933, com a assunção do poder pelo partido nacional socialista, "iniciou-se na Alemanha uma série de reformas que visavam ao cumprimento das promessas levadas a efeito nas campanhas eleitorais." (GRECO, 206. P. 26).

Assim ao final da República de Weimar, ocorre à ascensão de Adolf Hitler ao Poder, o que leva a várias atrocidades, em um passado recente, cuja humanidade insiste em esquecer. Ocorre que não se pode deixar de lado que nesse período, iniciado pela República de Weimer, ocorrem grandes construções teóricas e dogmáticas, citando algumas: A instituição da pena de multa; do embrião de uma espécie de lei que regulamentava os direitos das crianças e do adolescente; origem da reforma do sistema penitenciário alemão; introduz a ideia da reabilitação penal; a distinção entre direito penal e criminologia; e elabora, dentre outras construções, a teoria do delito denominada neokantismo.(CONDE, 2005).

O Francisco Muñoz Conde revela que:

> Por outro lado, a Ciência Alemã do Direito penal alcançou naquela época o seu ponto culminante, elevando às mais altas cotas de elaboração intelectual a estrutura dogmática da teoria do delito, cujas bases haviam sentado já no princípio do século von Liszt e Beling. Nomes como os de Radbruch, M. E. Mayer ou Mezger, aplicando uma metodologia própria das ciências do espírito, na linha marcada já pela Escola sul-ocidental alemã no neokantismo (Windelband, Stammler, Rickert e Lask), elaboraram um sistema da teoria do delito em que cada uma de suas categorias básicas (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) se referiam a valores específicos derivados dos fins

> do Direito Penal, que o penalista teria que compreender, e não simplesmente observar ou descrever. (CONDE, 2009, p.2).

Esse período cria uma abertura para o crescimento científico, vez que o neokantismo começa a distinguir, nas palavras de CONDE (2009, p.3), "as ciências da natureza e as ciências do espírito". As primeiras estudam o objeto com observância a causa e consequência, persistindo em se encontrar aí uma explicação lógica; as segundas o fazem com a utilização de certa valoração, incluindo-se nesse escopo uma ciência jurídica.

Mezger, como vários outros penalistas da época, ao separar a dogmática da criminologia, considerando a última como ciência do ser, atenta a critérios sociológicos, psicológicos e biológicos, que colaboraram "com a reforma penal posta em marcha pelo regime nacional-socialista, como também, por darem uma cobertura pretensamente científica a leis e repressivas de caráter racista e a todo o sistema baseado na superioridade da raça ariana e na pureza do sangue". (CONDE, 2005, p. 4).

A teoria jurídico penal de Mezger, perigosa e justificadora das perseguições sócio-nazistas e facistas, influenciou não só a Alemanha e a Espanha, como também os demais regimes totalitários que vieram. Novamente é mister afirmar que embora possa parecer que ela tenha só essa influência negativa, a teoria traz importantes contribuições para a inovação científica, e dá importância à ecologia, esse é, aliás, é o entendimento de Luc Ferry:

> O romantismo, seguido do facismo e do nazismo, sempre denunciaram como fatal para as identidades nacionais ou para os costumes e as particularidades locais. O anti-humanismo destes últimos, explícito no plano cultural, foi acompanhado de uma preocupação com o arraigamento propício à eclosão de uma formidável atração pela ecologia. Parodiando a feliz fórmula de Marcel Gauchet, "o amor à natureza" dissimulava (mal) o ódio dos homens. (FERRY, 2009, p.27)

Aqueles pensadores que reconheciam essa contribuição dada por este período seja a ecologia, a evolução científica foram hostilizados, e muitas vezes proibidos de falar na Alemanha pós-guerra. Este país procurou por um breve período esconder o seu passado, e a memória do holocausto. Observa-se novamente na obra de Ferry (1951, p. 90-91) a vontade de se camuflar este período sombrio quando ele conta que as ideias de Singer foram interpretadas "como um verdadeiro apelo ao assassinato dos alienados (...)" e que "A honestidade intelectual, obriga, contudo, a que se constate que as teses de Singer não são, mais uma vez, uma consequência lógica e coerente dos pressupostos fundamentais do utilitarismo".

De fato a inovação científica e ecológica do período da barbárie nacional-socialista, deve ser considerado e os pensadores que assim o pensam não podem de forma alguma ser

completamente hostilizados. Hostilizá-los seria uma afronta à liberdade de expressão que deve ser defendida no século XXI. Até por que, se assim não o fosse feito, estaria convivendo com o risco de voltar a uma discriminação, vivendo uma controversa cíclica.

Ocorre que, de toda sorte, em um ideal humanista e garantista, os fins não podem justificar os meios. A esquizofrenia científica da época não pode ser tomada como justificativa para as atrocidades cometidas como feito pelo nacional socialismo. (CONDE, 2005).

Para esta teoria, os delinquentes eram separados em dois grupos distintos: ao primeiro grupo, composto por aqueles que eram tão somente imputáveis, era aplicada a pena; ao segundo grupo, composto por imputáveis perigosos e inimputáveis, era aplicada a medida de segurança, cumulativamente ou substitutivamente à pena. (CONDE, 2005).

Esse sistema era distribuído em duas escolas: uma, de Von Liszt, que acreditava não ser necessária a pena de morte porque os indivíduos perigosos eram neutralizados. Tal neutralização ocorria com a prisão perpétua ou com o trabalho forçado em campos de concentração, com pena de lesão corporal e perda de direitos políticos. Nesse período foi constituída também a prisão solitária, em cela escura e em jejum absoluto. (CONDE, 2005).

A outra escola, de Biding, dizia ser a gravidade da pena uma consequência da culpabilidade do sujeito, usando ideias abstratas. Afirmando que "o que se deve fazer é configurá-la de um modo mais contundente contra a 'reincidência criminal' e utilizá-la como forma de inocuização da 'ralé' criminal, agravando-a mesmo, se for preciso, no caso de reincidência até à prisão perpétua ou à pena de morte." (CONDE,2005, p.11).

Observa-se que ambas as escolas, de qualquer modo, pretendiam reforçar o caráter da pena, sendo importante ressaltar que esse sistema duplo reacionário só foi codificado em 1933, no advento do nazismo, apesar de sua construção ter sido feita na República de Weimar.

É importante frisar que Rardbruch, ministro alemão em 1922, na fundamentação de seu projeto, dizia ser imprescindível a intervenção do delinquente habitual, e afirmava claramente ser tal intervenção direito penal do autor, uma vez que não se considerava o fato, mas sim a culpabilidade e periculosidade. Mas, Rardbruch não defendia a indeterminação da pena em sentença, e sim, conforme o comportamento do sujeito na execução.

O nacional-socialismo não toma as precauções contidas no conceito do referido ministro, fazendo do critério duplo de análise de aplicação da pena uma fonte de terror, uma vez que aplica milhares de custódias de segurança, além da condução a campos de concentração, e do assassinato em campos de extermínio. Assim, não é forçoso afirmar que o nacional-socialismo continua a proposta da República de Weimar, se não vejamos:

> Não é difícil para o nazismo lançar mão dessas categorias e da culpabilidade pela condução da vida de Mezger. Deriva daí a procedência da conclusão de que o nazismo não efetuou a ruptura, mas sim foi a continuação da política criminal de Weimar, concretizando a histórica ideologia antiliberal alemã. Este processo, que transparentemente se percebe no caso alemão, se repete, com diferenças conjunturais, em quase todos os países que experimentaram ditaduras. (CONDE, 2005, p.16).

Nota-se que nos dias atuais, semelhante às ideias de Radbruch, não é permitida a imposição indeterminada da pena. Porém ao se tratar da medida de segurança, na maioria das vezes, a pena assume um caráter perpétuo, uma vez que o indivíduo permanece em internação, até que cesse a sua periculosidade. Tal perpetuação da pena é constantemente criticada pela doutrina, especialmente por Raul E. Zaffaroni. (2007).

A teoria usada na República de Weimar divide o crime em aspectos subjetivo e objetivo: o objetivo se incluía no injusto, isto é, na antijudicidade e na tipicidade; o subjetivo (relação psicológica do autor com o fato) na culpabilidade. Esta por sua vez se dividia em dolosa (quando intencional) e culposa (imprudente menos grave) (CONDE, 2005).

Isso traz sérias consequências para o direito penal, conforme explica o supracitado autor:

> De tudo isto se deduzia em Direito Penal uma consequência dogmática iniludível: a exclusão da responsabilidade pelo resultado ou responsabilidade puramente objetiva, é dizer, a erradicação do Direito Penal dos vestígios do antigo *versari in re illicita* excluindo a culpabilidade (ou melhor, as formas de culpabilidade) quando o resultado não era atribuível a uma atuação dolosa ou culposa de quem o havia causado. (CONDE, 2005, p. 19).

Essa contribuição é de suma importância, vez que em um primeiro momento, exclui-se a responsabilidade objetiva do agente, não lhe sendo imputável o fato pelo qual não agiu com dolo ou culpa.

Outra contribuição desta dogmática para os dias atuais é a consideração do erro de direito e do erro de fato como causa de isenção ou atenuação da responsabilidade criminal. A teoria da culpabilidade, considerando a antijuridicidade como um elemento da culpabilidade, dava a ela um aspecto mais amplo que o dolo, uma vez que nesse bastava o conhecimento da antijuridicidade e naquela, bastava que o indivíduo tivesse podido conhecer a antijuridicidade do seu fato. O erro invencível é para essa teoria causa de exclusão da culpabilidade e o erro vencível é causa da atenuação da culpabilidade. Essa redução, de acordo com a política criminal da época, e do enorme poder punitivo estatal, era tratada apenas como uma faculdade dos tribunais.

A evolução do conceito de culpabilidade, embora de extrema importância para um direito penal democrático e respeitador da dignidade, é contrária ao regime nazista. Por isso,

esse regime passa a adotar um sistema dualista em que a pena aplicada pode ser perpetuada ou complementada por uma medida de segurança indeterminada.

A noção vaga de periculosidade traduz uma concepção de Direito Penal do Inimigo presente no Estado nacional-socialista, vez que para "o delinquente perigoso e especialmente para o delinquente habitual que, com seu comportamento e sua forma de condução de vida (Lebensführungschuld)" é aplicado um direito penal sem limitações. (CONDE, 2005, p.26).

Criticando a ideia do antissemitismo e sua luta apaixonada pela pureza da raça ariana, Rogério Greco elucida que este projeto propunha para o delinquente perigoso:

> A castração dos homossexuais, a prisão por tempo indeterminado dos considerados antissociais, ou seja, das pessoas que tivessem um comportamento antissocial, a exemplo dos vadios, prostitutas, alcoólatras, praticantes de pequenas infrações penais, etc., sem que houvesse necessidade, inclusive, que tivessem praticado qualquer delito; a esterilização, a fim de evitar a propagação daqueles considerados associais e inúteis para a sociedade. (GRECO, p. 27).

Observa-se, sobretudo, que havia no período uma implicância com o estilo de vida, raça ou cor dos seres humanos. Os judeus, a título de exemplificação eram perseguidos pela sua crença religiosa, e a pena era estendida aos seus familiares, muitas vezes crianças que não tinham qualquer consciência do por que da sua perseguição.

Para o delinquente "ocasional, integrado no sistema, ainda que algumas vezes se afaste dele" era aplicado um direito penal com todas as garantias, respaldado no princípio da culpabilidade. (CONDE, 2005, p.26).

Este sistema dualista era aplicado não só pelos "juristas terríveis" que construíram a dogmática nacional-socialista como também por muitos que temiam a repressão: era necessário enquadrar-se a todo custo à dualidade imposta. Mezger, após a publicação em 1933 da "política criminal sobre os fundamentos criminológicos", nada mais fez a não ser pôr em prática suas ideias de adequação do direito penal ao povo e a raça, o que perdurou até 1945, com o fim da segunda guerra mundial.

Cumpre neste nesse ensaio ressaltar, a fim de se conhecer mais sobre o Mezger, que Beling, Binding, Frank e Von Lizt foram professores de Mezger. Especialmente no que diz respeito à Von Lizt, cabe ressaltar que sua teoria pregava que a política criminal tinha a tarefa urgente de controlar os delinquentes habituais, por tendência ou reincidentes. Esta tese vem a influenciar Mezger. Outra teoria que interfere em seu pensamento é a teoria retribucionista da pena de Binding, que sugere a utilização da pena como forma de neutralização da ralé. (CONDE, 2005).

Mezger escreve a Teoria Limitada do dolo, que não exige que o sujeito tenha a consciência de sua atitude dolosa para que lhe fosse imputada a pena. A imputação penal era por essa teoria fundamentada na culpabilidade pela condução de vida. Essa é a razão principal para que Welzel, acuse essa dogmática como a fim do nacional-socialismo de Hitler. (CONDE, 2005).

Em uma etapa posterior ao nacional socialismo, a partir de 1945, Mezger simplesmente esquece a sua dogmática e passa a considerar, conforme Beling o delito como conduta humana típica, culpável e antijurídica e o direito penal como um sistema jurídico de proteção aos bens juridicamente tutelados. (CONDE, 2005).

Importa salientar que, em um período mais recente Jackobs devenvolve uma dogmática em que a pena e as normas vigentes devem ser usadas em favor do sistema social, e conforme se pretende demonstrar, sua proposta, bem como as políticas americanas adotadas dos governos americanos de George W. Bush e no Governo Obama, antes e após o atentado às torres gêmeas do World Trade Center, são, de certa forma, semelhantes às utilizadas no nacional-socialismo, ressalvadas as devidas proporções.

2.2. O atentado ao World Trade Center e o Direito Penal do Inimigo proposto por Güinter Jackobs – a comparação com a dogmática de Mezger.

Em 11 de setembro de 2001: 19 homens sequestram dois aviões comerciais. Dois aviões se chocam contra as Torres Gêmeas do World Trade Center em Nova York, os prédios entraram em colapso, o que ocasionou a destruição desses edifícios e a morte de várias pessoas. O terceiro avião atinge o quarteirão das forças armadas americanas, o Pentágono em Washington DC. O quarto avião pretendia atingir o Capitólio Americano, mas graças ao esforço e o ato heroico dos passageiros daquele voo, ele foi derrubado em um campo do Estado da Pensilvânia. (9/11 MEMORIAL, 2017, *tradução nossa*).

Em decorrência destes atentados cerca de 3.000 pessoas morreram, incluindo neste número pessoas de 90 nacionalidades, dentre eles 3 brasileiros. A morte desses civis inocentes, a maioria trabalhadores do World Trade Center foi imputada ao grupo al Qaeda, cujo líder era o assassinado Osama Bin Lader (9/11 MEMORIAL, 2017, *tradução nossa*).

Güinter Jackobs (2007) desenvolve, na segunda metade dos anos 90, sua teoria acerca do direito penal do inimigo. Essa teoria ganha força após especialmente após os atentados com as Torres Gêmeas. Em um primeiro momento, é feita em sua obra uma distinção entre o direito penal utilizado para o cidadão e o direito penal do inimigo. Este pensamento pode representar

o retorno ao apelo, pelo menos em parte, da teoria proposta por Mezger, quando indivíduos como os Judeus eram perseguidos e condenados pela própria conduta, estilo de vida ou, condição em que se encontravam.

O primeiro brocado, direito penal do Cidadão, proposto por Jackobs, parte de uma visão garantidora, verificando-se "todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado". (GRECO, 2006, p. 26).

Esta diferença faz-se necessária, pois o inimigo quebra o contrato social e não corresponde a uma expectativa do sistema, de ver as normas fundamentais cumpridas. Jakobs é aluno de Welzel e desenvolve a tese segundo a qual "os inimigos são criminosos econômicos, terroristas, genocidas, delinquentes organizados, criminosos sexuais e toda sorte de infrações perigosas e de alto teor ofensivo". (LEITE, 2013, p. 7).

Güinter defende uma legislação de exceção a ser aplicada aos rebeldes ao sistema, com a aplicação do direito penal do autor:

> O inimigo é quem insiste permanentemente em se afastar do direito e não oferece garantias cognitivas de que vai ser fiel às normas. Exemplifica Jakobs o fatídico dia 11 de setembro de 2001 como um típico ato de inimigo. Elege-se o inimigo como aqueles sujeitos subordinados à legislação de exceção, definindo-se um evidente direito penal do autor, indiferente do grau de culpabilidade, reprovabilidade ou do bem jurídico afetado; seria então o agente pelo que é, desconsiderando-se o fato delitivo cometido. (LEITE, 2013, p.7).

Jackobs (2007, p. 22) afirma que a "denominação direito penal do inimigo (...) não pretende ser pejorativa", sendo este o indício de uma pacificação insuficiente. Não se pode discordar desta afirmativa, mas, com a *permissa vênia* não entende-se neste estudo que a solução para o direito penal está na atribuição de menor culpa para os sujeitos que conseguem se ressocializar após a prática delituosa, e uma maior culpa para os indivíduos que o supracitado autor denomina "rebeldes".

Ainda conforme Güinter Jackobs (2007, p. 22), "um direito penal do inimigo implica um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva.".

Os perigosos rebeldes desta teoria devem ser inocuizados. É defendida, em síntese a neutralização dos inimigos através de medida de segurança. Prima-se com esta teoria, pela execução penal fundada na prevenção especial negativa, exigindo-se que, para tanto ocorra a

exigência do cumprimento efetivo e integral da pena imposta, sem quaisquer garantias de execução. (Jackobs, 2007). Vejamos o entendimento de Rogério Greco sobre o tema:

> Como se percebe sem muito esforço, a semelhança entre o que pretende Jackobs, com sua distinção amigo/inimigo, em muito se assemelha ao projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista, capitaneado por Hitler. Dizer que a sociedade, na qual todos nós estamos inseridos, é composta por cidadãos ou inimigos, onde estes últimos devem receber tratamento diferenciado, como se houvesse um estado de guerra, é voltar a um passado, cuja a história a humanidade quer, na verdade, esquecer. (GRECO, 2006, p. 28).

A divisão da humanidade em duas classes, uma cidadã e outra inimiga legitima ao Estado a combater veementemente à segunda, a título de exemplificação, pode-se tomar a procura mundial insensata aos terroristas que se fortificou após os ataques das Torres Gêmeas em NYC.

Güinter Jackobs afirma que é direito-dever de todo cidadão fazer exigir o cumprimento de regras, e que se o indivíduo aceita a submissão às regras da sociedade tem que cumpri-las, não podendo se eximir do atendimento às regras gerais de convivência. (Jakobs, 2007).

As Nações após o atentado do World Trade Center se unem em combate ao terrorismo organizado. Algumas delas nunca enfrentaram esse tipo de problema, porém se veem motivadas a ajudar a solucioná-lo. A caça sem fim ao terror importa na ocorrência de danos (tanto materiais quanto físicos) a pessoas inocentes. Ai mora o perigo da veneração a esta perseguição, de que haja violação às garantias fundamentais. Essa noção de combate ao terror, a todo custo é depreendida do trecho abaixo:

> Como consequência de um câmbio na forma de terrorismo, teremos de imediato uma troca na forma de perseguir e julgar tais delitos, bem como uma preocupação mundial de tais feitos. Frente a estes atentados, qualquer Estado busca meios de prevenção para que estes não ocorram mais em seu território. Entretanto, o somatório de pavor e repúdio pelos feitos e seus responsáveis resultou em uma produção legislativa quase tão brutal como os próprios atos ocorridos. A resposta de países como os Estados Unidos frente ao terrorismo internacional desencadeou uma caçada a quaisquer pessoas que tenha, por mais longe que seja alguma conexão com qualquer tipo de organização terrorista, esquecendo-se de qualquer garantia, qualquer direito. A palavra de ordem era prender qualquer suspeito mediante a justificativa de que se lutava uma guerra contra o mal.(FERNANDES, p. 8, *tradução nossa*).

Desta forma, observa-se que a caça ao terror submete cidadãos comuns a situações de suspeita. Esta postura dos Estados é justidicada por outro problema: o inimigo da sociedade moderna é muitas vezes desconhecido, ou invisível. A solução proposta por Jackobs (2007) é a inocuidade destes inimigos, enquanto ao cidadão é aplicável outro direito penal.

Entende-se neste estudo que a adoção do Direito Penal do Inimigo é perigosa, pois fornece aos estados meios para garantir a segurança, e atuar de forma ativa, árdua, contra a criminalidade. Diz-se que é perigoso porquê justifica-se a atuação estatal por meio da própria conduta do agente infrator, podendo-se o Estado se tornar autoritário em excesso.

Cria-se com este sistema, uma falsa impressão de que se está dando segurança e proteção à sociedade, quando, na verdade, o que ocorre é a neutralização do inimigo através de princípios e regras extraídos das próprias circunstâncias em que os mesmos se encontram.

Faz-se necessário, para se concluir este estudo, a necessidade de se explanar um pouco sobre a perigosa seletividade penal que ainda existe nos dias atuais, na legislação brasileira, inclusive.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL GARANTISTA E SELETIVO EXISTENTE NO BRASIL

A Constituição da República de 1988 estabelece algumas garantias individuais, e no que se refere à tutela penal, criminaliza a tortura, o racismo, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e a tortura, conforme os artigos 5º, incisos III, XLII, XLIII, XLIV e XLVII.

De toda feita, nos dias atuais, como no nacional- socialismo e na teoria de Jackobs, o direito penal não se presta a apenas tutelar as garantias individuais, sendo um instrumento ainda de intervenção estatal na sociedade. Observa-se que esse tipo de intervenção esteja um pouco abrandada com a tendência atual de penas alternativas e substitutivas, não privativas de liberdade. (OLIVEIRA, 2004).

Verifica-se que atualmente, ainda há alguns resquícios da legislação penal do inimigo, vertentes pouco garantista na legislação moderna. Conforme explicita Alexandre de Moraes (2009, p.239) “em nosso país há alguns anos, foram editadas novas legislações que, invariavelmente, apresentam mecanismos e parâmetros penais e processuais diversos do modelo liberal-clássico.”.

Com essas novas legislações, além ocorrer uma especificidade da legislação penal, verifica-se o aumento de normas penais, uma espécie de infração legislativa. Observa-se ainda que, por vezes, há restrição ou supressão de garantias do acusado.

É mister fazer-se referência a alguns dados do Departamento Nacional do Sistema Penitenciário: Dois em cada três presos no Brasil são negros. Apenas dois por cento da população carcerária de todo o país possui ensino superior completo ou incompleto. O restante da população carcerária trata-se de analfabetos (6%); de alfabetizados sem cursos regulares

(9%); de pessoas com ensino fundamental completo (12%), ou incompleto (53%); cerca de 11% têm o ensino médio incompleto e 7% o tem de forma completa. (DEPEN, 2014).

Esses dados demonstram que, no Brasil, os destinatários da norma penal têm um perfil pré-determinado, especialmente no que tange à raça e ao nível de escolaridade. Isto demonstra uma certa seletividade do direito penal, especialmente considerando a criminalização secundária (a denúncia, o processamento e aplicação de penal propriamente dita). Greco (2006, p.155) escreve que: "O direito penal tem cheiro, cor, raça: enfim, há grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado. "

Não se sabe até que ponto a escolha que recai sobre aqueles que sofrerão a sanção penal nos dias de hoje está tão distante da que ocorria nos tempos em que se aplicavam as teses de Mezger ou, mais recentemente, de Güinter Jackobs, consideradas as devidas proporções. Vive-se no Brasil um sistema penal que não é totalitário ou sanguinatário, mas o delinquente é estereotipado, muitas vezes por pertencer a uma classe, raça ou ter determinado comportamento (como os terroristas).

Não se chega ao sistema de etiquetamento que era feito aos judeus, porém enquanto houver uma falsa ilusão que o direito penal é o "resolve-tudo" da sociedade, viver-se-á sob o resquício dos regimes totalitários outrora existentes.

Essa seletividade, feita por interesses dominantes seja na função estatal legislativa (criminalização primária) como na punitiva afasta cada vez mais o ideal do Direito Penal Garantista. O Direito Penal corre um risco de se tornar um símbolo, um forte instrumento de dominação de poder como outrora.

Atentendo-se a uma lógica conforme Dworking que "tornou-se célebre por propor, contra o positivismo jurídico formalista, uma noção de direito baseada não em um modelo de regras, mas em um conjunto de princípios que dariam fundamento à ordem jurídica como um todo" torna-se necessário considerar a aplicação de um direito penal garantista, com observância aos princípios penais como uma ferramenta para se evitar a adoção de totalitarismos. (SUZANO, 2016, p. 261).

4 . CONCLUSÃO

Mezger construiu uma dogmática que colaborou com a reforma penal nacional-socialista da Alemanha de Hitler. Seus estudos ficaram famosos por legitimarem a existência de leis repressivas e a implementação do caráter racista e da ideia de superioridade da raça ariana.

O nacional-socialismo separava os delinquentes em dois grupos: imputáveis, a quem era aplicada a pena; e inimputáveis e perigosos, aos quais eram aplicadas as medidas de segurança, cumulativamente à pena.

Neste período, as vontades individuais eram superadas em face das vontades coletivas, a raça ariana enaltecida e as vontades coletivas eram personificadas através do Füher, que ditava o direito. No regime autoritarista, a analogia do direito penal também era permitida. Tanto o crime quanto qualquer ação que atentasse contra o sentimento coletivo eram definidas em lei como passíveis de punição.

Por outro lado, em que pese as atrocidades cometidas com a aplicação da teoria de Mezger para fundamentar o nacional-socialismo, observa-se que este período propiciou uma certa evolução da dogmática penal. Havia ainda uma preocupação com o desenvolvimento das ciências naturais e com a ecologia.

Outra vertente de Direito Penal máximo, que pode ser comparada à dogmática de Mezger, por ser também seletiva é a Teoria defendida por Güinter Jackobs. A teoria do referido autor ganha realce após os atentados das Torres Gêmeas do World Trade Center, em 11 de setembro de 2001. Jackobs desenvolve uma teoria que não deixa de propor, em certa medida o retorno ao sistema binário já que aos indivíduos perigosos deve-se aplicar a inocuização, e ao cidadão de bem, comum, um outro direito: A sociedade não deve estar disposta a correr o risco de que os perigosos delinquentes não respeitem as regras. Ao cidadão é aplicado, pelo Direito Penal do Inimigo, outro tipo de punição, como castigo aos fatos cometidos. Tem-se a ideia que apenas os cidadãos comuns são capazes de retornar a cumprir a observância de regras da sociedade.

Este direito penal é extremamente perigoso, pois fornece ao Estado meios para garantir a segurança, justificando sua atuação através da conduta do inimigo ou da expectativa de que não venha este indivíduo cumprir regras. Corre-se o risco do retorno ao Estado totalitário, através da criação de uma falsa impressão de que a segurança e a proteção da sociedade podem ser obtidas simplesmente através do isolamento dos inimigos. As pessoas podem, por vezes, serem punidas pelas próprias circunstâncias em que se encontram, por parecerem serem terroristas. O garantismo penal é, desta forma, colocado em cheque neste sistema.

Nos dias atuais, embora haja vedação no Brasil de prisão perpétua, ou de pena de morte, ressalvado o Estado de Guerra, conforme orientação trazida pela Carta Magna, observa-se que existe uma certa seletividade penal na qual a criminalização especialmente secundária, atinge de uma certa forma, uma classe determinada, menos favorecida. Há, portanto, ressalvadas devidas proporções certa semelhança quanto à seletividade usada por Hitler no nacional-

socialismo e da dogmática de Mezger e à usada no Brasil nos dias atuais. Isso porque desde o momento do surgimento das leis, na criminalização primária e especialmente no momento da persecução e sua aplicação, vê-se que o direito penal adota ainda hoje um caráter seletivo. Os dados estatísticos do Sistema Penitenciário Nacional comportam esta afirmativa. Pode-se afirmar que se vive sobre o resquício de regimes totalitários outrora existentes.

Conclui-se que em uma última análise, considerando a lógica penal garantista, que não se pode concordar com a adoção completa do Direito Penal do Inimigo (ainda que seja na caça aos terroristas). Esta implementação traz riscos á sociedade que fiquem mais evidentes os resquícios dos Estados Totalitários como o fundamentado por Mezger no Nacional-Socialismo e o adotado por Güinter Jackobs após os atentados de 11 de Setembro de 2001.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Português. **A Bíblia Sagrada: contendo o velho e o novo testamento.** Rio de janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1962.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o Direito Penal do seu tempo**. 4.ed. Rio de janeiro: Lúmem Júris, 2005.

FERNANDES, Ignácio Nunes. **El Paradigma del Terrorismo entre Derecho Interno e Internacional: Los delitos de Terrorismo entre Derecho Interno y Derecho internacional em los alboles del siglo XXXI.** Madrid: Editorial Académia Española, 2012.

FERRY, Luc. **A nova ordem ecológica: A árvore, o animal e o homem**. 1951. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 2. Ed. Niterói: Editora Impetus, 2006.

JACKOBS, Güinter. **Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Gisele. **Breves considerações sobre o Direito Penal do Inimigo**. Revista Bonjuris, ano XXV. v. 25.n.2. Disponível em: < http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/Index.do> Acesso em: 16.Mai. 2017.

Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – *INFOPEN- JUNHO DE 2014.* Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf Acesso em: 16. Mai. 2017.

MEMORIAL 9/11. **Guide for visitors with children**. Disponível em: <https://www.911memorial.org/sites/default/files/Museum%20Guide%20for%20Visitors%20With%20Children.pdf> Acesso em: 20. Mai. 2017.

MORAIS, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PATRIOT ACT, **Uniting and Strengthening America by Providing Aproopriate Tools Required to Intercept and Obstruct of Terrorism Act of 2001**. USA: Government Publishing Office, Oct. 26, 2001. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf> Acesso em: 15. Mai. 2017.

SUZANO, Igor Machado. Comunidade de Princípios e Princípio Responsabilidade. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.13, n.27, p. 246-265, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de janeiro; Rvan, 2007, v.1.