

A COMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM A FILOSOFIA DO DIREITO DE IMMANUEL KANT

Mariana Vechiato de Melo (IC) e Carlos Eduardo Nicoletti Camillo (Orientador)

Apoio: PIBIC CNPq

RESUMO

O presente trabalho tem como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica, com objetivo principal analisar o embasamento jurídico-filosófico de Günther Jakobs na obra de Immanuel Kant, verificando a possibilidade de existência de um inimigo para o Direito nos moldes propostos pelo autor, uma vez que Kant faz menção ao inimigo no caso daqueles que se recusam a abandonar o estado de natureza e adentrar no estado civil, de modo que representam uma ameaça constante para os demais. Contudo, apesar de Kant mencionar a possibilidade de se excluir os inimigos da sociedade, ele não faz previsões sobre como ocorreria, tampouco compreende como uma pena, enquanto Jakobs propõe consequências penais para aqueles reconhecidos como inimigos. Sendo assim, se pretende verificar no que consiste a fundamentação do autor na obra de Kant, de modo a analisar se é possível pensar em cidadãos (no estado civil) e inimigos (no estado de natureza) convivendo dentro do mesmo sistema jurídico, para posteriormente verificar se a custódia de segurança proposta por Jakobs se aproxima de alguma maneira da teoria retributivista da pena em Kant, bem como se o tratamento destinado aos inimigos encontra algum suporte na filosofia do direito kantiana.

Palavras-chave: Günther Jakobs. Direito penal do inimigo. Immanuel Kant.

ABSTRACT

This work aims to analyze Günther Jakobs' juridical-philosophical influence on Immanuel Kant's work by verifying the possibility of an Enemy in law, using the literature review as a research methodology, since Kant conceives the Enemy in as those who refuse to abandon the state of nature and take part in the juridical state, as they represent a constant threat to others. However, although Kant mentions the possibility of elimination of the Enemy from society, he didn't predict how this would occur, nor did he understand it as a punishment, whereas Jakobs proposes criminal consequences for those recognized as Enemies. Therefore, this work intends to verify Jakobs' influence on Kant's work by analyzing if it is possible to conceive the coexistence of citizens (in the juridical state) and enemies (in the state of nature) in the same legal system. Further, it will be verified if the security measures proposed by Jakobs is somehow related to Kant's theory of punishment, as well as if how Enemies should be treated is supported by kantian philosophy of law.

Keywords: Günther Jakobs. Theory of Enemy Criminal Law. Immanuel Kant.

1. Introdução

Um dos traços mais significativos das sociedades na era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, cenário em que surge o fenômeno de expansão do Direito Penal, caracterizado pela visão de que o direito penal é o único instrumento eficaz de pedagogia político-social, servindo como mecanismo civilizatório, isto é, afastando o seu caráter de *ultima ratio*, e atribuindo a responsabilidade de proteger todos os interesses fundamentais da sociedade [SILVA SÁNCHEZ, 2002, p.33].

Nesse contexto, o direito penal do inimigo¹ aparece como um de seus principais expoentes, apresentando-se como uma variação da prevenção geral positiva e, inspirado pelo simbolismo penal, Günther Jakobs usa da incerteza do comportamento social para caracterizar uma sociedade de risco, que necessita de neutralização [HASSAMER, 1991, p. 28].

Para tanto, o autor apresenta uma fundamentação jurídico-filosófica a fim de embasar a existência do inimigo para o Direito Penal, partindo do pressuposto de que Kant defende a possibilidade de obrigar qualquer pessoa com quem se mantém relações recíprocas a sair do estado de natureza e ingressar no estado civil, tendo em vista que a mera permanência no estado de natureza e, portanto, sem lei, representa uma ameaça constante, sendo assim, aquele que não se deixa obrigar a entrar no estado civil pode ser tratado como inimigo.

Contudo, a concepção de Jakobs passa a ser criticada pelo seu viés utilitarista, característico do fenômeno de expansão do Direito Penal, em sentido oposto às ideias defendidas por Kant em sua teoria da pena. Isso se dá em razão do direito penal do inimigo sobrepor a pretensão político-criminal por segurança social em detrimento das garantias individuais [CALLEGARI, 2017, p.54], viabilizando a instrumentalização do criminoso e a negação do seu caráter essencial de pessoa e, por consequência, afastando proteções constitucionais fundamentais, com a finalidade de garantir a manutenção da paz social.

Sendo assim, considerando que Kant não explicita quais seriam as exatas consequências jurídico-penais direcionais aos inimigos, enquanto Jakobs apresenta a custódia de segurança como a pena dirigida ao inimigo, o presente trabalho, utilizando-se da metodologia de pesquisa bibliográfica, tem como objetivo verificar a compatibilidade entre o

¹ Cumpre esclarecer que não se desconsidera a discussão acerca do direito penal do inimigo como conceito afirmativo-legitimador, descritivo ou como conceito denunciador-crítico, entretanto, no presente trabalho a posição adotada será a de Luis Greco [2005, p.246], que compreende que nenhuma das possibilidades referidas são possíveis, sendo assim, trata-se de uma proposição formulada por Jakobs.

modelo defendido por Jakobs e seu embasamento jurídico-filosófico em Kant, bem como analisar se há de fato uma aproximação entre o inimigo referido pelos dois autores.

2. O inimigo *versus* o cidadão

De início, Jakobs desconstrói a noção de que todos os seres humanos estão vinculados pelo Direito, afirmando que essa é uma proposição ilusória, e somente seria verdadeira se Direito constituísse a configuração social de maneira que dirigisse a conduta das pessoas, caso contrário, existe apenas como um mero postulado, sem possibilidade de concretização na sociedade. Partindo desse raciocínio, em situação similar à do Direito, existe a pessoa, ambos enquanto instituições e que, no caso da pessoa, deixando de existir uma expectativa séria de um comportamento pessoal – composto por direitos e deveres –, ela degenera até converter-se em um mero postulado e, por consequência, em seu lugar surge um indivíduo perigoso, o inimigo.

Nesse cenário o autor conclui que existem duas tendências opostas dentro do mesmo contexto jurídico-penal, o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão; sendo a pena, enquanto coação, destinada somente àqueles considerados cidadãos, enquanto aos inimigos reserva-se a custódia de segurança.

Para Jakobs o ato de delinquir tem um significado específico: desautorização da norma, um fato que ataca a sua vigência, sendo assim, a pena apresenta-se como resposta à afirmação do autor, a punição demonstra que a tentativa de atentado contra a norma é irrelevante e que ela mantém a sua vigência, portanto, a pena é tomada no sentido hegeliano de contradição à quebra da norma [SAAD-DINIZ, 2012, p.72].

Logo, negar a vontade do autor através da pena confere a ele o tratamento como pessoa, visto que a necessidade dessa negação só existe no caso de quem tem capacidade para compreender a razão da sanção penal, portanto, aqueles que não a possuem são indivíduos perigosos e que devem ser neutralizados por meio da custódia de segurança [JAKOBS, 2018, p. 22-23]. Contudo, em princípio, nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico, Jakobs afasta da abrangência do direito penal do inimigo aqueles criminosos com baixo grau de periculosidade, dirigindo sua proposição para o âmbito de luta contra criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada e dos delitos sexuais.

Ademais, também cabe observar que a proposição de que no Direito todo ser humano tem o direito de ser tratado como pessoa também não encontra suporte dentro da teoria de Jakobs, o mais adequado seria afirmar que “todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico

com certa confiabilidade tem o direito a ser tratado como pessoa”, portanto, é possível que se perca o *status* de pessoa [JAKOBS, 2018, p.59].

A referida capacidade de compreensão da importância de agir de acordo com o direito é denominada de capacidade cognitiva, e está relacionada com a expectativa de um comportamento pessoal, de que as pessoas podem confiar que as outras se comportarão de acordo com o direito, sem infringir as normas. Então, se a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada, em razão do indivíduo se afastar de maneira duradoura do direito, ele passa a não apresentar garantia mínima necessária que para um tratamento como pessoa.

Diante disso, depreende-se que Jakobs refere-se à pessoa enquanto um termo técnico, que designa o portador de um papel, daquele cujo comportamento conforme a norma se confia e se pode confiar, portanto, ser pessoa não é a expressão de subjetividade do portador desse papel, ao contrário, é a representação de uma competência socialmente compreensível [JAKOBS, 2003, p.50].

3. Sobre a fundamentação jurídico-filosófica do inimigo

Cumprе esclarecer que Jakobs não inova ao propor consequência jurídico-penais diferentes a depender do indivíduo alvo da persecução penal. Em semelhante sentido, Mezger, no contexto pós Segunda Guerra Mundial, formulou um Projeto de Lei para o tratamento aos “estranhos para a comunidade”, em que previa para essas pessoas a reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração, castração, esterilização e até mesmo a morte, sem nenhum processo, garantia jurídica e controle judicial [MUÑOS CONDE, 2010, p. 141].

Entretanto, apesar do direito penal do inimigo ser comumente é associado à aproximação de ideias nacional-socialistas, apresentando uma problemática semelhança a certas concepções de Mezger [GRECO, 2005, p.233], a fundamentação dos autores para embasar a existência de pessoas excluídas do direito é diversa, sendo que Jakobs compreende, em síntese, que a condição de inimizado passa a existir quando o delinquente se afasta do direito permanentemente, por meio da sua recusa em seguir o ordenamento jurídico, de modo que se torna um perigo para a manutenção da ordem social.

Para tanto, o autor encontra em Kant o suporte filosófico para justificar o tratamento diferenciado para aqueles que representam uma ameaça à segurança da sociedade, argumentando que a existência de um inimigo para o direito não é uma novidade, tendo em vista que existem previsões semelhantes em autores contratualistas, como Fichte, Rousseau, Hobbes e Kant.

Sendo assim, Jakobs se apropria da obra de Kant [JAKOBS, 2018, p.27] para embasar a possibilidade de existência de um inimigo para o direito penal:

Em seu escrito «Sobre a paz eterna», dedica uma extensa nota, ao pé de página, ao problema de quando se pode legitimamente proceder de modo hostil contra um ser humano, expondo o seguinte: «Entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva [da] segurança [necessária], e lesiona, já por este estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (*statu iniusto*), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança». Consequentemente, quem não participa na vida em um «estado comunitário-legal» deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser «tratado», como anota expressamente Kant, «como inimigo».

Dessa maneira, o autor compreende que a hipótese defendida por Kant propõe que aquele que se recusa a sair do estado de natureza é um foco de perigo, constituindo uma ameaça para a coletividade, isto é, um perigo latente para a manutenção da ordem social, sendo assim, não é preciso que o sujeito manifeste sua periculosidade mediante uma conduta ativa para que se possa proceder hostilmente contra ele, mas basta que se encontre em estado de desrespeito ao estado de juridicidade da vida comunitária [POLAINO-ORTS, 2014, p.53].

O inimigo é, portanto, alguém que perturba as relações da sociedade mediante seu comportamento perigoso, de maneira que perde o *status personae*. Sendo assim, a exclusão da personalidade torna-se o percurso para a superação do perigo [SAAD- DINIZ, 2012, p.67], tendo em vista que dessa maneira é possível descartar determinados direitos e garantias fundamentais, a fim de facilitar a persecução penal, a punição e exclusão do inimigo da sociedade.

4. O inimigo no estado de natureza

Ao considerar que o inimigo se encontra no estado de natureza, a aplicação de uma pena semelhante à dos cidadãos não é factível, porque trata-se de um estado desprovido de direito (*status iustitia vacuus*), onde quando existe um direito controverso (*ius controversum*), não há o reconhecimento de um juiz competente para emitir uma sentença com força de lei [KANT, MS VI, p. 312; 2019, p. 118], de forma que qualquer reação daquele que é lesionado se confundiria com vingança [DEL VALLE, 2008, p. 9].

Dessa forma, Jakobs apresenta a custódia de segurança, enquanto instrumento de neutralização do perigo, como a providência adequada para aqueles que não se encontram em um estado civil-jurídico, contudo, deve-se esclarecer que, apesar do *status* pré-jurídico do inimigo, a custódia de segurança ainda assim é compreendida por Jakobs como uma instituição jurídica, entretanto, de um “Direito em outro sentido” [JAKOBS, 2018, p. 28], e a sua legitimidade decorre do direito que o Estado tem de procurar segurança frente a esses indivíduos, bem como do direito que os cidadãos têm de exigir que o Estado tome medidas adequadas para garantir sua segurança.

Contudo, como aponta Perez del Valle [2008, p. 3], apesar das críticas que foram formuladas sobre essa interpretação de Jakobs sobre a obra de Kant, no sentido de que a teoria do direito kantiana é caracterizada pela fundamentação em um Estado de Direito sem exceções, de modo que só seria possível pensar em inimigos no estado pré-jurídico, há na própria nota de rodapé referida por Jakobs a previsão de existência de um inimigo e de sua exclusão, de modo que tais críticas não devem prevalecer.

Entretanto, na obra de Kant não há um desenvolvimento de quais seriam as exatas consequências jurídicas-penais da exclusão daqueles que se recusam a ingressar no estado civil. Sendo assim, o que se deve analisar é a possibilidade, para Kant, de conceber um inimigo nos moldes propostos por Jakobs.

De início, como esclarece Byrd [1989, p.198], Kant compreende que a sociedade civil é uma instituição necessária para garantia dos direitos individuais, sendo que por tal razão, qualquer pessoa pode obrigar a outra a abandonar o estado de natureza e adentrar na sociedade civil. Ademais, o Direito Penal é um instrumento destinado à sua preservação, portanto, qualquer crime é uma violação dessa sociedade e representa um retorno ao estado de natureza.

Contudo, quando se fala da passagem do estado de natureza para o estado civil, deve-se considerar que não se trata de um fato histórico, mas uma hipótese, e por tal razão também não se pode dizer que Jakobs interpretou incorretamente Kant nesse ponto:

Com razão enfatiza Jakobs que o pacto social não é outra coisa senão um modelo regulador da fundamentação e limitação do poder do Estado, porque como fato real é impossível. Em resumo: em qualquer caso, para Kant não há um pacto social como fato histórico, o pacto é uma hipótese para a fundamentação metafísica da teoria do direito. Precisamente por esse motivo não se deveria utilizar do argumento denominado cronológico em nenhum dos seus dois sentidos: se não há um momento histórico determinado para afirmar que foi selado o pacto, não é possível dizer que alguém que já estava dentro não pode sair dele, como não se pode afirmar que quem não entrou não pode ser excluído. [DEL VALLE, 2008, p. 4]

Sendo assim, as críticas no sentido de que não seria possível imaginar uma sociedade com inimigos e cidadãos convivendo, uma vez que eles estariam em momentos diferentes, ou seja, antes do pacto social (estado de natureza) e depois do pacto social (estado civil), também não deve prevalecer, porque não se trata de um conceito temporal.

Portanto, o que se observa é que há uma aproximação entre os autores, já que na proposição de Jakobs o inimigo é justamente aquele que por meio de seus crimes abandona o estado civil, passando a viver no estado de natureza e, logo, por se tratar de um estado de insegurança, representa uma ameaça para a sociedade.

Neste ponto pode-se argumentar que Kant defende, de maneira semelhante ao Jakobs, que o crime incapacita quem o comete de ser cidadão [KANT, MS VI, p. 331; 2019, p.137], contudo, inicialmente já é possível notar uma relevante diferença: o reconhecimento da condição deste inimigo para o Kant só pode ocorrer por meio de um julgamento e do direito [KANT, MS VI, p. 329-330; 2019, p. 136], enquanto o inimigo nos moldes de Jakobs é constituído antes de qualquer intervenção judiciária, sendo assim considerado justamente por não apresentar garantia cognitiva de que se comportará de acordo com o Direito.

Portanto, o que se pode concluir é que o inimigo referido neste ponto por Kant na *Metafísica dos Costumes* não se aproxima com aquele desenvolvido por Jakobs a partir da nota de rodapé extraída de sua obra, uma vez que no direito penal do inimigo o criminoso não é assim entendido em razão da condenação criminal em si, mas por sua própria personalidade e pelo sentimento de perigo que ele desperta perante a sociedade.

5. Considerações sobre as teorias das penas

Uma característica essencial do direito penal do inimigo é a desproporcionalidade das penas, que se manifesta no adiantamento da punibilidade, na medida em que prevê a criminalização de condutas em estado prévio, tornando punível os atos preparatórios, isso sem qualquer distinção entre tentativa e consumação que torne possível a diminuição de pena para os crimes tentados [GRACIA MARTÍN, 2005, p. 100]. Portanto, a interceptação do inimigo no estado prévio demonstra que não se trata de um direito penal do fato, mas do autor, porque, como indica Meliá [2006, p. 29], a responsabilidade penal é fundada na sua periculosidade individual ou coletiva, e não na conduta criminosa de fato praticada, sendo assim, o indivíduo é apenado pelo risco social que ele representa.

Entretanto, nesse ponto, no que diz respeito à imputação jurídico-penal, a culpabilidade, enquanto princípio limitador do poder punitivo do Estado, remonta sua origem desde Kant e Hegel na dogmática alemã, de modo que Roxin [2006, p. 72] compreende por culpabilidade o agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Contudo, a

culpabilidade na teoria de Jakobs confunde-se com a própria necessidade de prevenção, que justifica a aplicação de uma pena, de modo que Roxin [2006, p. 144] contesta tal proposição:

Esta concepção deve ser rechaçada, uma vez que do conceito de culpabilidade ela conserva unicamente o nome; em verdade, ela já o abandonou, fundamentando a imputação subjetiva unicamente nas necessidades de prevenção geral. Como ainda pretendo explicar, não nego que a imputação subjetiva seja influenciada também por exigências de prevenção geral. E inaceitável, porém, reduzi-la a esta dimensão, admitindo a culpabilidade e a punição unicamente porque, para dizê-lo com Jakobs, tal pareça socialmente útil para um "exercício de fidelidade ao direito", pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. Tal instrumentalização viola a dignidade humana, não podendo já por este motivo fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada.

Portanto, o que se conclui é que Jakobs se afasta do conceito de culpabilidade, seja no caso da pena dirigida ao inimigo ou ao cidadão, substituindo-o por um paradigma funcional que tem a fidelidade ao direito como único conteúdo. O que reflete diretamente na finalidade da pena, que busca exclusivamente neutralizar o perigo para a manutenção da ordem social, no caso do inimigo e, para tanto, o criminoso é instrumentalizado a fim de garantir a estabilização dos interesses sociais, ignorando-se um dos princípios norteadores do direito penal: a dignidade humana [CERVINI, 2012, p. 109].

Neste ponto, cabe observar que a teoria retributiva da pena em Kant, nas últimas quatro décadas, assumiu uma posição marginalizada na dogmática penal, isso porque acreditava-se tratar-se de uma concepção superada [SAAD-DINIZ; POLAINO-ORTS, 2012, p. 188], entretanto, não muito tempo depois, a doutrina kantiana passou a ser analisada por outra perspectiva, em especial no que diz respeito à proporcionalidade das penas.

A teoria da pena de Kant oferece uma limitação à aplicação da pena, porque não permite conceber punições nos moldes propostos por Jakobs, em que as sanções ultrapassam o limite da culpabilidade do agente, decorrendo da sua periculosidade, sem qualquer análise do fato criminoso em si, o que, propositalmente, atinge os fins latentes do direito penal do inimigo: os efeitos preventivos da pena [SAAD-DINIZ; POLAINO-ORTS, 2012, p.167].

Nesse sentido, cabe observar que Kant compreende que somente o direito de retaliação (*ius talionis*) oferece os critérios adequados para se chegar à pena justa, de modo que se deve determinar uma punição na mesma medida do injusto cometido, a partir da análise da qualidade e a quantidade do crime [KANT, MS VI, p. 332; 2019, p. 138]. Logo,

adotando essa concepção, conclui-se que a pessoa é punida em decorrência da sua conduta e, ainda mais relevante, sua punição é proporcional ao fato praticado.

Portanto, a pena nos moldes kantianos deve ser destinada ao criminoso unicamente pela razão de ter cometido um crime, jamais como um meio para fomentar outro bem, seja para ele mesmo ou para a sociedade [KANT, MS VI, p. 331; 2019, p. 137], sendo que o princípio da retribuição na teoria da pena de Kant determina que tipo de punição é adequada para dissuadir cada indivíduo de cometer uma ofensa específica e, ainda mais, garante que a quantidade de punição imposta será em menor nem maior do que a gravidade da ofensa cometida [BYRD, 1989, p. 195].

Entretanto, a teoria da pena de Jakobs vai ao encontro do posicionamento de Kant, porque, no caso do cidadão, a pena tem a finalidade de manter a vigência da norma, enquanto aquela direcionada aos inimigos, tem como objetivo combatê-los e neutralizar o perigo que eles representam. Sendo que, no caso do inimigo, o autor sugere que a pena pode ser pensada como uma “custódia de segurança antecipada” [JAKOBS, 2018, p. 36], ou seja, quem não é entendido como pessoa, mas como um ente perigoso a ser contido, pode ser interceptado já no estado prévio, sem a necessidade uma conduta ativa que caracterize lesão a um bem jurídico.

Sendo assim, a diferenciação entre inimigo e pessoa reflete no âmbito da punibilidade de maneira que a pena para o cidadão decorre da necessidade de reafirmação do direito, reprimindo condutas realizadas no passado (ponto de vista retrospectivo), enquanto para o inimigo, a pena se dirige para proteção da sociedade, mediante a prevenção de futuros atos lesivos (perspectiva prospectiva) [POLAINO-ORTS, 2014, p.37].

Portanto, o que se observa é que o funcionalismo penal de Jakobs é caracterizado pelo caráter preventivo e de necessidade de neutralização de perigos, de forma que o inimigo é punido em razão da conveniência da sua punição para a sociedade, uma vez que ele representa um risco para a manutenção da ordem, então é afastado do convívio social por meio da aplicação da custódia de segurança.

Neste ponto, Schunemann [1991, p.709-710] observa que, apesar das tendências preventivas do direito penal contemporâneo, a pena não pode fundar-se somente na necessidade de prevenir atos criminosos, devendo também encontrar sua legitimação do ponto de vista valorativo racional, como expresso na teoria da pena de Kant: ninguém pode ser tratado simplesmente como instrumento para a imposição de uma pena.

Ademais, Kant defende que a justiça deixa de ser justiça quando se entrega por um preço qualquer [KANT, MS VI, p. 332; 2019, p.138], logo, não seria adequado concluir que a

custódia de segurança destinada ao inimigo, com a finalidade de neutralizar o perigo que ele representa e manter a ordem social, está de acordo com o pensamento kantiano.

Logo, no que se refere aos fins da pena e os moldes de sua aplicação, não há qualquer similaridade entre o direito penal do inimigo e o pensamento de Kant, de modo que a fundamentação jurídico-filosófica do autor se restringiu a embasar a possibilidade de existência de um inimigo para o Direito na obra de Kant, mas sem considerar sua teoria da pena.

6. O direito penal do inimigo enquanto expressão do direito penal simbólico

O medo da criminalidade tornou-se inerente às pessoas nas sociedades contemporâneas, de modo que a insegurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, deve oferecer uma resposta [SILVA SÁNCHEZ, 2002, p.47], logo, o direito penal do inimigo apresenta-se como uma possível solução, em virtude do modelo penal de Jakobs favorecer o caráter simbólico de demonstração de poder do Estado, de apaziguamento da população e até mesmo a satisfação da necessidade de atuar perante a criminalidade [HASSEMER, 1995, pp.7-8].

No caso, o simbolismo relaciona-se com o processo de criminalização das condutas, na medida em que o legislador confere especial importância à mensagem que deseja comunicar à sociedade com a aprovação e aplicação das normas [MELIÁ, 2006, p. 11]. Sendo assim, o Direito Penal simbólico apresenta-se como uma tendência de promulgação de legislações formuladas com objetivos diversos daqueles invocados pelo legislador, onde há uma oposição entre a realidade e aparência da lei, entre a função latente e a manifesta do Direito Penal [HASSAMER, 1991, p. 22].

O que se observa é que fenômeno do simbolismo penal se apresenta no direito penal do inimigo a partir da estratégia de desenvolvimento da identidade do cidadão em contraposição àquela do inimigo [MELIÁ, 2006, p. 10]:

(...) o Direito penal simbólico não identifica apenas um determinado "fato", mas também (ou: sobretudo) um determinado tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência do direito penal - deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas de curto prazo dos agentes políticos - busca a construção de uma determinada imagem da identidade social mediante a definição dos autores como "outros", como não participantes dessa identidade. E parece claro que isso requer também traços vigorosos de punitivismo exacerbado, que se intensifica, principalmente quando a conduta em questão já está ameaçada de punição. Portanto, o direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraterna. O que emerge de sua união pode ser examinado a seguir: o direito penal do inimigo.

Sendo assim, quando se pune o inimigo com medidas excepcionais, e antes mesmo da lesão ao bem juridicamente tutelado, a mensagem que se pretende comunicar à sociedade é a de que o direito do cidadão de exigir que o Estado tome medidas para assegurar a sua segurança está sendo observado, e que o perigo, personificado pelo inimigo, está sendo combatido [JAKOBS, 2018, pp. 28-29].

Portanto, o que se observa é a utilização do inimigo como instrumento para atingir fins de política criminal, de forma que a custódia de segurança é aplicada não em consequência de um ato lesivo, mas pela conveniência da aplicação dessa modalidade de pena para garantir a manutenção da ordem social por meio da neutralização dos riscos, uma vez que excluído da sociedade, o inimigo não pode mais perturbar as relações sociais com o seu comportamento perigoso.

Logo, ao punir o inimigo com penas desproporcionais e antes mesmo da consumação de um crime, também se atinge o objetivo de comunicação com as outras pessoas, tendo em vista que se confirma a mensagem de que o Estado está agindo para combater a criminalidade, de forma que as pretensões da sociedade por segurança são atendidas.

Contudo, quando se passa a considerar um criminoso como inimigo, uma vez que ele representa um risco à ordem social e deve ser combatido com medidas excepcionais, seu caráter de pessoa é negado, pois, como observa Zaffaroni [2007, p.19], a essência da anulação da condição de pessoa deriva da própria razão que a sustenta: o tratamento do criminoso enquanto um foco de perigo que deve ser contido.

Neste ponto, Jakobs deixa de observar a máxima enunciada por Kant: o ser humano, e em geral todo ser racional, existe como finalidade em si mesmo, e não como um mero meio de uso arbitrário para essa ou aquela vontade [KANT, GMS IV, p. 428; 2018, p. 70], uma vez que o inimigo é utilizado como um instrumento de política criminal, o que para Kant não pode ser admitido, porque ainda que o direito penal do inimigo representasse um avanço para o enfrentamento aos crimes, nenhum benefício para a sociedade pode se sobrepor ao valor de um indivíduo, uma vez que sua liberdade inata o protege absolutamente de qualquer interferência social, independentemente do proveito que poderia ter para o resto da sociedade [BYRD, 1989, p. 196].

Sendo assim, o que se observa que o direito penal do inimigo está intrinsicamente relacionado com o simbolismo penal e o avanço do punitivismo, sobrepondo questões de política criminal ao respeito à humanidade do criminoso, de modo que neste ponto se pode concluir pela incompatibilidade do inimigo formulado por Jakobs com a filosofia do direito de Kant.

7. Considerações finais

Inicialmente, no que diz respeito à existência do inimigo, é possível verificar que o embasamento jurídico-filosófico de Jakobs em Kant é adequado, apesar das críticas formuladas à sua interpretação. Uma vez que Kant refere-se à exclusão daquele que se recusa a abandonar o estado de natureza e, em razão disso, torna insegura a convivência com aqueles que se encontram no estado civil, é possível que Jakobs se utilize dessa passagem para desenvolver seu conceito de inimigo.

Contudo, Kant não prevê a exclusão da sociedade enquanto uma pena criminal para o inimigo, ao contrário do que foi proposto por Jakobs com a custódia de segurança, então, quando se passa à análise da possibilidade da aplicação dessa pena ao inimigo, a conclusão é de que não está em consonância com a teoria da pena de Kant, tendo em vista que no direito penal no inimigo as penas são aplicadas em razão da personalidade do autor, com o objetivo de neutralizar o perigo que ele representa, sem qualquer vinculação com a proporcionalidade entre a conduta e a sanção aplicada, o que afronta diretamente a posição defendida por Kant.

Entretanto, Kant também menciona a existência de um inimigo no caso daqueles que assim se encontram em razão da prática de um crime, contudo, em nada se aproxima à teoria de Jakobs, em virtude de o modelo kantiano só admitir o reconhecimento de alguém como inimigo após o julgamento por um juiz competente para tanto. De modo diverso, Jakobs considera como inimigo qualquer indivíduo que se não tenha fidelidade ao direito, isso sem que seja necessário um julgamento prévio para assim enquadrá-lo.

Ademais, o caráter retributivo da teoria da pena em Kant apresenta um óbice à desproporcionalidade das penas aplicadas aos inimigos, isso porque se deve considerar a quantidade e a qualidade da ofensa, para que se aplique uma pena na mesma medida, então, inviável a proposição de Jakobs, que propõe o adiantamento da punibilidade, por meio da custódia de segurança, com fundamento no perigo que o inimigo representa, ainda que no estágio prévio de consumação do crime.

Por fim, na teoria de Jakobs, o inimigo é tratado como um meio para garantir a manutenção da ordem social, bem como para apaziguar e satisfazer as pretensões punitivistas de uma sociedade que vive constantemente com medo da criminalidade. Portanto, vai de encontro com o imperativo categórico de Kant que determina que nenhuma pessoa pode ser usada como um meio para atingir qualquer fim, pois existe como finalidade em si mesmo.

Ante o exposto, conclui-se que é possível observar, à primeira vista, que Jakobs apropriou-se de Kant para a formulação de sua teoria, em especial no que diz respeito à possibilidade de existência de um inimigo para o Direito, entretanto, quando analisada as previsões de Jakobs aos inimigos, depreende-se que há uma incompatibilidade com a filosofia do direito kantiana.

Referências bibliográficas

BYRD, B. Sharon. Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution. *Law and Philosophy*, vol. 8, no. 2, 1989, pp. 151–200. JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/3504694. Acesso em: 14 jul. 2021.

CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal e Funcionalismo: um novo cenário da Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CERVINI SANCHEZ, Raúl. Derecho penal del enemigo y dignidad de la persona humana. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 46, p. 104-122, fev./mar.. 2012. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=94642. Acesso em: 31 jul. 2021

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 87-150, 2005. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76019. Acesso em: 31 jul. 2021.

GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 7, 2005.

GÖSSEL, Karl Heinz. Réplica al derecho penal del enemigo: sobre personas, individuos y personas del derecho. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 11-36, 2006. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76784. Acesso em: 31 jul. 2021.

HASSAMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 6. Ed. – 3. triagem, Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, Norma y Persona (en una teoría de un derecho penal funcional)*, 1. ed, Tradução: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid, Civitas, 1996.

KANT, Immanuel: *Gesammelte Schriften*. Preussische Akademie der Wissenschaften, Bd. VI, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 203-493. *Metafísica dos costumes*. Tradução: Cléia

Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2019.

_____. Gesammelte Schriften. Preussische Akademie der Wissenschaften, Bd. VIII, *Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf*, p. 345-386. A paz perpétua. Um projeto Filosófico. Tradução: Artur Mourão, Coimbra: *LusoSofia*, 2008.

_____. Gesammelte Schriften. Preussische Akademie der Wissenschaften, Bd. IV, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 385-446. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018.

MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿"derecho penal" del enemigo? 2ª Ed., Madri: Editorial Civitas, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo. Revista Penal, Valencia, n. 26, p. 139-150, jul.. 2010. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=78525. Acesso em: 30 jul. 2021.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2008. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

POLAINO-ORTS, Miguel. Lições de direito penal do inimigo (Coleção Diké, VI). São Paulo: Editora LiberArs, 2014.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Inimigo e pessoa no direito penal. São Paulo: Editora LiberArs, 2012.

SAAD-DINIZ (org.); POLAINO-ORTS (org.). Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: Editora LiberArs, 2012.

Schünemann, Bernd. La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal. Conferência na Universidade Complutense. Tradução para o espanhol: Margarita Martfnez de Escamilla, 1991.

SACK, Fritz. El derecho penal del enemigo: ¿un camino hacia una política criminal diferente?. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminologia, teoría y praxis, Buenos Aires, 5/6, n.4, p.129-158, 2007. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=104883. Acesso em: 11 ago. 2021.

PRITTWITZ, Cornelius. Derecho penal del riesgo y derecho penal del enemigo. Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, Turrialba, n. 6, p. 18 p.,

anual. 2014. Disponível em:
http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134634. Acesso em: 10 ago. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal, 2.ed, Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007