



## A NOVA INQUISIÇÃO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA CONDUTA DE JUIZ INQUISIDOR CONSONANTE À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

Karine Silva Carchedi\*  
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer\*\*

### RESUMO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como detentor de legitimidade para a abertura de inquérito com o fim de investigar possíveis notícias fraudulentas emanadas contra a instituição, bem como seus ministros e familiares. Com supedâneo no método dedutivo, e lastreando-se em doutrinas e artigos científicos, a pesquisa objetiva analisar os possíveis pontos de inconstitucionalidade presentes na Portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019, e seu caráter processual penal inquisitivo, não adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e a forma como se coaduna com o direito penal do inimigo.

**Palavras-Chaves:** Supremo Tribunal Federal. Direito Penal do Inimigo. Inquisitivo. Garantista. Jakobs.

### THE NEW INQUISITION: THE SUPREME FEDERAL COURT AND ITS CONDUCT OF THE INQUISITING JUDGE CONSENTING TO THE THEORY OF ENEMY CRIMINAL LAW OF GÜNTHER JAKOBS

### ABSTRACT

Recently, the Federal Supreme Court has consolidated its legitimacy to open an investigation in order to investigate possible fraudulent reports against them, as well as their ministers and family members. With the support of the deductive method, and based on doctrines and scientific articles, the research aims to analyze the possible points of unconstitutionality present in Administrative Rule GP nº 69 of March 14, 2019, and its inquisitive criminal procedural character, not adopted by the legal order of the country, and the way in which it complies with the criminal law of the enemy.

**Keywords:** Supreme Court. Criminal Law of the Enemy. Inquisitive. Guarantor. Jakobs

### INTRODUÇÃO

Apesar de ser um modelo penal que deveria estar fadado ao fracasso, em razão de sua desconsideração pelos direitos fundamentais e humanos, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs, ainda se encontra incursa no Estado Democrático de

\* Bolsista Capes. Mestranda do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Vinculada ao grupo de pesquisa Globalização, Direito e Economia/CNPq. karine\_carchedi@hotmail.com

\*\* Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Vinculada ao grupo de pesquisa Globalização, Direito e Economia/CNPq. walkiriamf@terra.com.br



Direito atual, em meio a suas regras e princípios constantemente ceifados por essa política criminal.

Merece ser esclarecido que, de acordo com a teoria proposta por Jakobs, era sensato concorrer tanto o Direito Penal do Cidadão (voltado aos cidadãos ou pessoas) quanto Direito Penal do Inimigo (tidos como não-pessoas), ou seja, os inimigos são nada mais, nada menos, que, os indivíduos não dotados de caráter social comportamental, e desrespeitadores da normatização ofertada no ordenamento jurídico, concluindo-se que são fatores de perigo para a sociedade e Estado, devendo ser pelejados.

Tendo isso em vista, no Direito Penal do Cidadão, aquele que comete ato delituoso é apenado com direitos e garantias penais e processuais asseguradas pelo Estado, no Direito Penal do Inimigo, o “inimigo” é punido tendo todos seus direitos e garantias ceifados, concluindo-se que, sob os aspectos dessa teoria, o dito inimigo de Jakobs, toma um tratamento diferenciado do cidadão.

Nesse viés, o engendramento de tipos penais, e a consistência no processo oferecido aos pré-existentes, admitidos no Direito Penal do Inimigo, se opõe a essa linha do Direito Penal, por se atentar às ocorrências dos problemas criminais, e não com as suas justificações.

O ponto chave desta pesquisa aborda a visão crítica sobre o modelo de Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, esmiuçando a Teoria por ele elaborada, buscando registrar sua origem, conceito, significado, construção sócio-histórico-filosófica, e seus atributos medulares. No que tange à visão crítica, a proposta de Jakobs é combatida sob o argumento de que o Direito Penal do Inimigo não deveria sequer, ser tido como um Direito, mas sim como subterfúgio de tolhimento de direitos, uma vez que o que se renui, na proposta de Jakobs, é o agente como ele é, seu caráter, ele como pessoa, e não a culpabilidade criminal propriamente dita, dizimando princípios de garantias individuais constitucionais, penais e processuais desrespeitando o garantismo penal.

Subsiste uma verdadeira similaridade entre o modelo proposto por Günther Jakobs com o processo penal inquisitivo. Processo Penal Inquisitivo este que se caracteriza pelo fato de que todas as etapas do processo são realizadas pelo mesmo ente: o magistrado. Desta feita, o juiz que julgará o processo é o mesmo que investigará, dirigirá e produzirá provas, gerando uma grande insegurança jurídica no que tange a imparcialidade da decisão a ser prolatada, e



tratando o acusado como inimigo, assim como preceitua o modelo de Jakobs, ceifando-lhe todas as garantias penais e processuais, fundamentais e de direitos humanos.

No entanto, algumas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal têm trazido certa preocupação a todo o ordenamento jurídico pátrio. Recentemente, o referido Tribunal, em sede de Portaria, determinou que fosse o titular de possíveis inquéritos sobre todas as notícias fraudulentas, ofensivas ou ameaças contra o órgão, seus ministros, bem como familiares deles.

Tal decisão gera grande insegurança jurídica e caracteriza um sistema penal inquisitivo que não coaduna com o que preceitua nossa Constituição Federal e leis Infra-Constitucionais. Não somente isso, a dita portaria viola conteúdo constitucional, por quem deveria ser o maior guardião de nossa Constituição, tornando-se uma fonte de incertezas.

Por derradeiro, evidencia-se que inúmeros princípios do Estado Democrático de Direito são enxovalhados pelo modelo do Direito Penal do Inimigo proposto por Günther Jakobs, denotando-se ser um modelo que é plenamente antagônico aos moldes das garantias asseguradas pelo Estado, e que se vêem consagrados pelo sistema penal inquisitivo, que é base da recente portaria emanada pelo Supremo Tribunal Federal.

## **1 GÜNTHER JAKOBS E SEU MODELO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO**

De meados da década de 1970 até a atualidade, a teoria funcionalista é revelada pela dogmática jurídico-penal. Vertente esta que se caracteriza por uma inclinação a metodologia dos infinitos conceitos e princípios do Direito Penal dirigidos para os parâmetros da política criminal ou oriundos das finalidades da pena, especialmente da prevenção geral.

A idealização do sistema jurídico penal não deve se incorporar a dados inter-relacionados à ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc, mas tomar como norte as finalidades do Direito Penal (ROXIN, 2002, p. 205).

A idealização de funcionalismo denota diversas vertentes, tal qual a obra de Günther Jakobs que, disciplinada em castas sociológicas e direcionada por parâmetros de prevenção geral, difunde uma sistematização grandemente influída pelo aparato da teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.

Tendo isso como premissa, JIMÉNEZ (2006, p. 23-24) certifica se pode definir que todas as categorias do crime são proporcionais a manutenção de sua respectiva estrutura social,



pela ótica da teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann. Dessa forma, é rechaçado do modelo do naturalismo científico observado na teoria clássica do delito, assim como o modelo final da ação.

Nesta linha, uma nova concepção de ação é eleita por Jakobs, o qual passa a afirmar que a ação é tida como uma expressão de um sentido. Isso significa que mencionada expressão é vista como a causa evitável, pelo indivíduo, de certas consequências, ou seja, aquela que é dolosa ou dotada de imprudência e que poderia ser evitada, mas não foi. E o autor traz, ainda, que essas causas, que poderiam ser evitadas pelo indivíduo, são aquelas que não produziram resultados caso houvesse conduta, ou motivação, para que fossem evitadas (JAKOBS, 1992, p.14).

Jakobs justifica então uma necessidade de propor um novo modelo que fosse condizente com as circunstâncias sociais da época, em que após a corrupção do Direito sucedidas na Alemanha durante a era socialista, bem como nas suas experiências socialistas, seria de bom alvitre que diante do Direito se empregassem atitudes do Estado que não alimentassem ilusões, uma vez que se fosse considerado o binômio Direito/ciência, a política existente naquele momento, o tornaria frágil (JAKOBS, 2003, p. 02).

Greco, nesses aspectos, apontava dissensões entre o modelo finalista e o funcionalista, defendendo que no finalismo era irrelevante a valoração jurídico-penal, e consideravam-se questões apenas ontológicas quando tangesse a respeito de dolo ou culpa consciente, enquanto o funcionalismo mirava apenas a estrutura lógico-real da finalidade, tendo em vista que mesmo que subsista um fato, este trata de um problema jurídico e normativo. (GRECO, 2000, p. 233).

Nesta toada Jakobs destaca que a consciência individual não era o que resultava do direito penal, mas a comunicação. Ou seja, aqueles que eram personagens do processo não eram regidos por seus próprios sentimentos, mas eram regidos pelo clamor social. Assim sendo, a personalização dos sujeitos era elemento substancial para a sociedade e a liberdade. Dessa forma, a razão proporção estava no delito para as “falhas de comunicação” que pudessem existir, assim como a pena estava para a “manutenção da identidade social”. (JAKOBS, 2003, p. 44-45)

Resta claro, então, que Jakobs tenta afastar seja qual for a idealização de bem jurídico-penal e qualquer proporção valorativa. Ou seja, na visão dele, o bem jurídico-penal refere-se à inserta exigência escudar a rigidez normativa.



Vê-se ainda que Jakobs, através de suas afirmações incisivas, aduz que a constituição da sociedade se dá por meio de normas (regras de configuração) e não por determinados estados e bens (ainda que estes possam ser deduzidos, reflexamente, através das normas).

Assim sendo, no contexto de uma visão funcional-social, o Direito Penal só assegura que se possa contradizer aquilo que padeça de validade normativa. Em outras palavras, em se tratando de Direito Penal puro, somente se espera (expectativa) que a culpabilidade em determinada situação, não se consolide. Então, para Jakobs, quando se fala de bem jurídico-penal, deve-se pensar na angústia de tutelar expectativas normativas consolidadas.

E por assim dizer, quanto a relevância da manutenção das expectativas normativas, segundo Jakobs, se for considerado o tipo penal, analisado separadamente, com a conduta e pena, por exemplo, a garantia de punição não será efetiva em determinadas situações, principalmente quando essa conduta assola uma coletividade, tendo em vista que não é possível punir massivamente os agentes responsáveis por esse crimes, uma vez que o poder coercitivo do Estado não tem estrutura para ser aumentado indiscriminadamente. Desta feita, se a primeira parte, aquela que determina a conduta, cair por terra, por consequência, a parte que determina a pena cairá também. Primeiro porque a expectativa de uma norma de nada serve, e segundo porque, não poderá haver punição que seja regular sem um crime tipificado (JAKOBS, 2001, p. 54-55).

Nesta linha, o benefício da ótica do funcionalismo sistêmico, ressaltando que a atribuição do Direito Penal não se subsiste pela solidez do que se chama de atribuição a estado das/de coisas, ou seja, é irrelevante os bens ou as circunstâncias, mas sim as normas que moldam a sociedade. Isso porque são as normas que autorizam, ou que coíbem, as lesões, ou geram determinadas situações. Por assim dizer, o aspecto que rege, e molda, bem como cria a identidade da sociedade, são as normas.

Portanto, considerando a teoria funcionalista proposta por Jakobs, levando em conta o poder normativo e culpabilidade retro mencionados, pondera-se que a pena tem a atribuição de consolidar a norma, e escutar as expectativas.

Jakobs (2003, p.1) assegura em suas obras, justamente isso: “[...] o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”. E para isso reputa que a culpabilidade concebe “uma falta de fidelidade ao direito”, explicando o porquê da necessidade de impor a pena. Dessa forma, o indivíduo que pratica um ilícito penal tem



culpabilidade ao passo que a conduta não só preconiza uma falta de “animus” jurídico dominante – ilícita -, bem como quando o agente é responsável por tal falta.

Desse modo, a apreciação das teorias das penas até a visão de JAKOBS, a qual está intrinsecamente relacionada a teoria do delito, difundirá axiomas essenciais para regular de que maneira, por qual motivo e em que circunstâncias ele denunciou e posteriormente defendeu a legitimidade de um modelo diferente e excepcional de Direito Penal – ‘o Direito Penal do Inimigo’.

## **2 UMA VISÃO CRÍTICA À LUZ DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO AO MODELO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO PROPOSTO POR GÜNTHER JAKOBS.**

Primeiramente, merece ser ratificado o fato de o ‘Direito Penal do Inimigo’, ser uma ramificação do Direito Penal através do qual o Estado enfrenta seus “inimigos” (não pessoas) e não seus cidadãos comuns.

Importa trazer novamente à tona que o modelo penal de Jakobs é pautado pela “Teoria dos Sistemas Sociais” que tem como arrimo, conforme mencionado anteriormente, a comunicação, ou seja, a pessoa existe em virtude de sua relação social (CONTRERAS, 2004, p.693-720).

Nessa linha, Jakobs afirmava veementemente que os inimigos não são pessoas para ele, vez que se comportam de modo desviado. Assim, tratá-los como cidadãos de respeito, seria contraproducente, devendo serem combatidos, protegendo-se os cidadãos que agem de forma correta, prezando-se pela segurança. Então, o inimigo deve ser sumariamente excluído (JAKOBS, MELIÁ, 2005, p. 49-50).

Veja que Jakobs sustentava que a concepção de ‘pessoa’ se refere exclusivamente ao modo pelo qual se edifica o sistema social. E conceitua que aquele indivíduo que tem comportamentos desviantes, desconsiderando-se condutas aleatórias, mas a nível de personalidade, não se sente ameaçado pelo direito, desconsiderando-o, e ameaça a sociedade de uma forma geral, passando a ser um notório adversário, um inimigo.

A distinção entre pessoa e inimigo afigura-se sendo uma diferenciação descabida, e até mesmo desonesta, levando-se em consideração um Estado de Direito. Ou seja, seria uma comparação/distinção que transgrediria deveras os direitos humanos, quando falamos a nível internacional, e até mesmo direitos fundamentais, a nível interno. Todavia, ante ao panorama



apresentado seria impossível esquivar-se de tal discussão, possibilitando que se consolidasse um caos normativo-jurídico, impondo-se normas penais, como também normas processuais, de forma discricionária aos inimigos e aos cidadãos.

A vista disso, torna-se contraproducente que o direito penal já veja o indivíduo como inimigo por desestruturar a lógica dogmática do processo e da tipificação penal, através de uma antecipação da tutela penal, a punição de atos preparatórios, a relativização das garantias penais e processuais, como se fosse uma sentença antecipada, sem o devido curso legal.

No que tange ao criticismo sobre o Direito Penal Inimigo, podemos observar que a sociedade está amedrontada, e a medida paliativa para esse medo exalado é a pretensão punitiva do Estado. Em outras palavras, o Direito Penal se consolida como uma arma político-jurídica fins de se abater o dito “inimigo”, com o objetivo de vendê-lo, como um direito penal meramente voltado a publicidade.

Nessa linha, questiona-se o ‘Direito Penal do Inimigo’ baseado em sua estruturação sustentando que o Direito Penal do inimigo, não deixa de ser um mero Direito penal de autor, o qual pune o agente pelo seu caráter e não pela sua conduta fática. Outra crítica é que o direito penal está intrinsecamente ligado ao Estado Democrático de Direito. Em suas palavras: ‘Direito penal do cidadão é um pleonismo, enquanto Direito penal do inimigo é uma contradição’. Nessa linha, argumenta-se que não deveria sequer considerar o Direito penal do Inimigo como um Direito efetivamente, e sim como um meio de “retirada” de direitos. Isso porque o que de fato é repudiado no direito penal do inimigo é o seu “ser”, e não sua culpabilidade, levando ao pensamento de que as penas não sejam proporcionais, uma vez que é punível o caráter. Sendo assim, o Estado Democrático de Direito, junto ao garantismo penal e processual, bem como todos os princípios norteadores de direitos humanos e dignidade da pessoa humana, são plenamente ceifados, constituindo, dessa forma, a chamada Terceira Velocidade, que se consagra pela incursão de penas desrespeitando o garantismo penal. Ressalta que isso tudo é produto de um direito penal punitivista, no entanto, o que se denota é um Direito Penal do Inimigo amplamente inconstitucional (GOMES, 2004, p.03-04).

Vemos que na atualidade os tipos penais estão mais abrangente, sancionando-se não mais o fato típico propriamente dito, mas sim o autor em espécie, voltando-se a afirmação de Gomes quando disse que se pune não mais pelo fato, mas pelo que o agente é. Chegou-se a um ponto que a Justiça enxerga muito bem, e não é mais cega (imparcial), podendo até ser comparada a Inquisição A caça às bruxas, grosseiramente falando. É cristalino que o Direito



Penal do Inimigo preza por um processo onde a acusação não mais deve provar a culpa, mas sim o réu que deve provar que não o fez!

De toda sorte, as críticas emanadas, em sua maioria, atingem diretamente os modelos de Direito Penal que, à grosso modo, são tidos como vieses de um ‘Direito Penal do Inimigo’. Contudo e em outras palavras, pode-se observar que os argumentos são tão-somente eloquentemente dramáticos.

Do mesmo modo, salienta-se a relevância em se analisar sinteticamente a acepção de ‘Direito Penal do Inimigo’, o que enseja resolutos detrimento surtido ante sua carga ideológica e etimológica.

Subsiste também a teoria de que se Jakobs escolhesse qualquer outro nome para dar a sua teoria, ele não teria sido tão rechaçado. O que de fato leva a crer que a etimologia e palavras utilizadas para destacar sua Teoria foram, talvez, equivocadas por torná-la, de certa forma, agressiva (PRITTWITZ, 2004, p.49). Assim sendo, pode-se notar que talvez essa nomenclatura tenha sido proposital, para que realmente causasse alvoroço no campo Político-Jurídico, objetivando, em análise etimológica superficial, extirpar toda e qualquer garantia, penal ou processual, que pudesse ser dada ao “inimigo”, propendendo-se, assim como dita teoria de Luhmann, pela prescindibilidade em respeitar todo e qualquer direito constitucional, humano, processual e digno.

Visto isso, acertou Prittwitz (2004, p.42-43) em sua análise crítica no escopo evidente de Jakobs em “salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividindo o direito penal hoje em vigor num direito parcial ‘do cidadão’ e um ‘direito parcial do inimigo’”. Todavia, tal divisão está fadada a ruína, uma vez que “o direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo”, sendo, além disso, “totalmente impensável a reforma de uma parte do direito penal para voltar a um direito penal do cidadão realmente digno de um Estado de Direito”.

Testifica-se que a diferenciação de ‘pessoa’ e ‘inimigo’ utilizada por Jakobs com esteio na Teoria dos Sistemas de Luhmann é outra das inúmeras críticas feitas a sua Teoria. A exemplo disso temos acerca do conceito ‘inimigo-pessoa’, em que os “inimigos” não são considerados pessoas, que não haveria possibilidade de se saber quem era um cidadão digno, ou um inimigo, efetivamente. E que o Estado não poderia determinar condições capazes de promover uma segregação entre inimigos e cidadãos. Afinal, não poderia o Estado agir de



forma semelhante a esses inimigos. Suas atribuições estariam limitadas a legislar e sancionar, ou seria um Estado perseguidor, e criminoso.

### **3 O PROCESSO PENAL INQUISITIVO, SUAS SIMILARIDADES COM DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CONTRAPOSIÇÃO AO GARANTISMO PENAL.**

O Direito Penal e o Estado Democrático de Direito, busca, na teoria, um processo dotado de garantias penais e processuais, sejam elas justiça, dignidade ao acusado, imparcialidade, livre convicção do magistrado que o julga, legalidade, materialidade, contraditório, e princípio acusatório.

As premissas garantistas são argumentações prescritivas, tendo em vista que não vinculam o fato, o que determina o acontecimento dele. Quando falamos de Direito Penal, as garantias propostas pela legislação e princípios tem a função de ligação, afastando o uso abusivo do poder de pretensão punitiva do Estado.

No que se refere a expressão garantismo, em viés etimológico, pode-se delinear-lo, em primeiro lugar, como um “modelo normativo de direito”, no qual é tido como garantista a estrutura penalista que se concilie com as necessidades do Estado de Direito, versando sobre o emprego do modelo de suma legalidade, definido por paradigmas como poder de intervenção mínima, escopo de diminuição da violência, primazia da liberdade e delimitação do poder punitivo estatal. Em segundo lugar, sob a ótica de uma teoria jurídica crítica, antagônica ao positivismo dogmático, exaltando a diferenciação entre a normatividade e a realidade. Em um terceiro ponto, tem-se uma vertente filosófico-política, a qual determina que o Direito e o Estado resguardem bens e direitos individuais e coletivos. (FERRAJOLI, 2002, p.74-75).

Cumprir abordar que o garantismo penal aspira a elaboração de um modelo de disposição de normas que observe as exigências do Estado Democrático de Direito. Estado este que tem como paradigma uma democracia formalista e não substancialista, sendo, portanto, um recurso de se garantir plenamente os direitos fundamentais dispostos no sistema normativo.

Não somente isso, o garantismo penal demanda um direito penal mínimo, como última opção para se resolver os problemas trazidos pela vida em sociedade, prezando-se sempre pela proteção, liberdade e segurança da sociedade, mas que quando necessário, possa subsistir a intervenção efetiva desse Direito Penal de forma racional e idealista.



Tendo isso em vista, o direito penal de raiz libero-garantista, racional e funcionalista é aniquilado quando se interpõe o Direito Penal do Inimigo proposto por GüntherJakobs em virtude de tais atribuições se contraporem em seu modelo teórico.

Outrossim, tem-se que o garantismo penal apregoa que o Estado, de um modo geral, não pode ser exclusivamente responsabilizado pela criação e outorga de direitos e garantias fundamentais, penais e processuais, uma vez que esses direitos poderiam ser tolhidos a qualquer momento. Ademais, o supracitado garantismo anseia a redução da violência, bem como a ampliação das liberdades aos indivíduos. Enquanto isso, o Direito Penal do Inimigo tolhe tais direito e garantias e, ainda, valida e convalida o totalitarismo estatal, ferindo o Estado Democrático de Direito, acoimando o indivíduo por ser quem é e não pelas suas condutas.

Pode-se concluir, portanto, que o Direito Penal do Inimigo é uma grande ameaça ao Estado Democrático de Direito, e ao Garantismo Penal, e ao sistema acusatório, assegurado em nosso modelo de processo penal.

Sistema acusatório esse que assegura que o processo penal tenha seus personagens em cada fase, desde o inquérito pela polícia, à acusação, e ao julgamento do litígio com um juiz imparcial. Veja o que menciona Lênio Streck a respeito:

É o modo pelo qual se garante que não existe um “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o locus onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado. No fundo, é possível dizer que o sistema acusatório é a recepção do paradigma que proporcionou a grande revolução no campo da filosofia: o giro linguístico-ontológico, pelo qual os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito e, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na linguagem. Sendo mais simples: trata-se do fenômeno da invasão da filosofia pela linguagem. Em outras palavras: o sistema acusatório somente assume relevância paradigmática nesse contexto. Se nele colocarmos o “livre convencimento”, retornaremos ao inquisitorialismo. Portanto, trata-se de delinear qual é o papel do juiz [...] (STRECK, 2009, p. 120).

Já o sistema inquisitório, como diz seu próprio nome, remete a era da Inquisição, que, apesar dessa semelhança etimológica, não era objetivamente ligada a crime, e sim com o desvirtuamento daquilo que a igreja pregava.

A igreja, obviamente, como tinha um forte poder e influência na época do século XVI, não permitiria que outros credos de proliferassem, principalmente aqueles que a igreja via como pagãos, e que não coadunassem com as verdades inquestionáveis que a igreja pregava.



Portanto, todos aqueles que questionassem a realidade dogmática da igreja, estariam fadados a perseguição pelos inquisidores, que ceifariam-lhes as ideias, os credos, os questionamentos, a vida.

E em que momento adentra o direito? Naquela época, os “hereges” eram levados ao juiz inquisidor, cujo qual atuava em todos os momentos dos procedimentos, desde a parte investigativa até a parte da acusação, e julgamento. Exatamente o oposto do que acontece em nosso sistema acusatório. A vista disso, o sistema penal inquisitivo se caracteriza justamente pela falta de objetividade, ou seja, sua característica principal é ser subjetivo (LOPES JR., 2005, p. 162).

Veja que pelo âmbito da subjetivação, bastava-se um mero boato para que se instaurasse a investigação pelo juiz inquisidor, que dirigia o processo até sua sentença pela sua convicção. E isso acarreta grande insegurança jurídica uma vez que todas as provas produzidas seriam moldadas por aquele que julgaria. Resta patente a similaridade do modelo penal inquisitivo, em que mesmo juiz que julga é o que investiga, produz provas e acusa, com o modelo proposto por Günther Jakobs, que vê o acusado como inimigo, e não como pessoa, e o trata como culpado.

Portanto, a consolidação de um sistema penal inquisitivo dentro de nosso Estado Democrático de Direito geraria uma grande insegurança jurídica, vez que o processo se tornaria frágil e alinhavado pela parcialidade. Não há como se admitir que subsistirá um julgamento justo quando todos os caminhos percorridos no processo serão efetivados pelo mesmo ente, inclusive a sentença. A parcialidade se consagrará, e juntamente com ela, o Direito Penal do Inimigo terá espaço, depois de tanta luta para se assegurar garantias fundamentais, e direitos humanos, caindo por terra o garantismo penal, e conseqüentemente a justiça, que deixará de ser “cega”.

#### **4 O ESTABELECIMENTO DE INQUÉRITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DE GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A INQUISIDOR.**

Recentemente, mais precisamente no dia 14 de março de 2019, o Ministro Dias Tóffoli, atual presidente do Supremo Tribunal Federal, através da Portaria GP nº 69, determinou a abertura de inquéritos com o objetivo de se averiguar notícias de cunho fraudulento, ou ainda crimes contra a honra, bem como ameaças a todos aqueles que parte fossem do referido Tribunal, e seus familiares, assim como o órgão em si.



Desta feita, todas as notícias fraudulentas, denúncias caluniosas, possíveis ameaças e infrações dotadas de *animus caluniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, contra o Tribunal, seus membros e familiares, seriam investigadas com supedâneo no art. 43 e seguintes do Regimento Interno do órgão, soando como uma mordaza a opinião pública e liberdade de imprensa.

No entanto, não devemos esquecer que não se faz presente na Constituição Federal tal atribuição ao referido Tribunal, conforme artigo 102 e incisos. Assim, conclui-se que o Tribunal não tem competência para instaurar inquéritos, não tem competência para investigar, mesmo que preceituado em seu Regimento Interno, que em escala de hierarquia, se submete a Magna Carta.

É cristalino que tal portaria emanada pelo dito tribunal viola amplamente o princípio acusatório, e apesar de não ser princípio explícito na Constituição Federal de 1988, outros princípios, normas e valores preceituados nesta, asseguram que o Sistema Acusatório é o que prevalece. A fim de consolidar tal afirmação, temos o princípio do juiz natural, o qual estabelece que é o magistrado que processa e julga. Assim como é de competência do Ministério Público promover de forma exclusiva a ação penal pública, conforme art. 129, I, CF.

Veja, portanto, que a divisão de tarefas, preceituada pela Constituição Federal foi sumariamente ceifada pela Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, uma vez que implantou um sistema penal inquisitivo de forma claramente inconstitucional e extrapolando as competências inerentes ao Supremo Tribunal, predisposta da Carta Dirigente.

A vista disso, aquele que deveria ser o maior Guardião de nossa Constituição, e que deveria manter a sua essência garantista, respeitando princípios e valores nela inerentes, tornou-se o maior inquisidor, ao determinar que o próprio Tribunal iria investigar, processar e julgar determinados crimes cometidos contra o órgão e seus ministros.

Isso é inadmissível ao Estado Democrático de Direito, uma vez que ceifaria direitos e garantias fundamentais, e ainda, traria insegurança jurídica, abrindo precedentes, e instaurando um Tribunal de Exceção, uma vez que toda e qualquer decisão emanada pelo Supremo Tribunal dentro destes inquéritos, e possivelmente processos, não estariam dotadas de livre convicção, ceifando mais um princípio jurídico.



Além do mais, por não terem atuado as figuras processuais, em suas respectivas atribuições, o princípio explícito do devido processo legal também estaria abalado por tal portaria.

Em verdade, tal portaria deveria ser rechaçada, tendo em vista que não coaduna com nenhum dos preceitos jurídicos e do Estado de Direito.

Mas, tendo em vista que tal Portaria foi emanada do órgão máximo de nosso ordenamento jurídico, estamos de mãos atadas ante as inconstitucionalidades prolatadas por quem deveria proteger esses cidadãos dessas mesmas inconstitucionalidades.

Neste diapasão, tanto o ordenamento jurídico brasileiro se vê em plena insegurança jurídica, quanto os cidadãos se encontram envoltos de um processo penal inquisitivo, e de um direito penal nos modelos de Jakobs, que o vê como inimigo.

A inquisição está de volta, mas desta vez, na seara jurídica!

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo da pesquisa foi perpetrado que Jakobs defende que o Direito Penal do Inimigo deve entrelaçar-se sinergicamente no ordenamento jurídico do Estado, independentemente se os axiomas daquele afrontarão o Estado Democrático de Direito ou não, uma vez que defende inexoravelmente que o Direito Penal do Inimigo como Política Criminal, alegando que este não aniquila direitos e garantias dispostos pelo Estado se corretamente delimitado.

Importa dizer que as progressivas mutações da esfera penal, voltadas para a Política Criminal, tornaram menos rígido o garantismo penal e processual, no anseio de reduzir os perigos, acarretando maior repressão para todos os membros da sociedade de um modo geral, uma vez que se afastou plenamente o Estado de Direito.

A incursão do modelo de Günther Jakobs de Direito Penal do Inimigo dá a entender que se entra em um estado de guerra normativa, por ceifar direitos e garantias individuais e coletivas, constitucionais, penais e processuais. Isso se dá pelo tratamento diferenciado dado ao inimigo, tido como “não pessoa”, que beneficia o senso prático, ou seja, refere-se à eficiência da intervenção penal. Retrata um projeto político criminal que ajusta as diferenças sociais e propicia a exclusão social de certos indivíduos, ocasionando autoritarismo.

Ademais, restou demonstrado claramente que o Direito Penal do Inimigo se contrapõe ao garantismo penal, uma vez que possibilita o punitivismo atos anteriores aos atos executórios, efetivos do crime, para que pudesse debelar a periculosidade do inimigo,



aumentando-se as penas e a diminuindo-se ou suprimindo-se dos direitos e das garantias penais e processuais penais do inimigo.

Viu-se que o Direito Penal do Inimigo profana a isonomia por assentir a existência efetiva de dois tipos de Direito Penal, gerando uma desigualdade, tratamento diferenciado entre indivíduo e inimigo (“não pessoa”).

Foi ratificado que o fato de o ‘Direito Penal do Inimigo’, ser uma ramificação do Direito Penal através do qual o Estado enfrenta seus “inimigos” (não pessoas) e não seus cidadãos comuns, afinal, disse Jakobs que aquele que agisse de forma incompatível com o contrato social, não trazia a garantia de ser uma pessoa confiável, não tendo o direito de ser tratado como um cidadão comum. Cidadãos que deveriam ter direito a efetiva segurança. Excluía-se o inimigo. Sendo assim, para Jakobs a conceituação de ‘pessoa’ se dava tão somente pelo modo pelo qual se construía o sistema social.

A contenda em relação da genuinidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’ é uma decisão política, sendo quase nada jurídica. É vital poder distinguir quem deve ser classificado como ‘inimigo’.

Inúmeros princípios do Estado Democrático de Direito são transgredidos pelo Direito Penal do Inimigo, mostrando ser um modelo plenamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. E ainda, concluindo-se que perspectiva geral do Direito Penal na contemporaneidade é espelho da sociedade que ele representa. Assim sendo, o ‘Direito Penal do Inimigo’ é o espelho da crise da humanidade.

Deve ser ressaltado que o sistema penal inquisitivo se assemelha ao direito penal do Inimigo em inúmeros aspectos, tendo em vista que o “herege”, assim como no modelo penal e Jakobs, também é tido como um inimigo, justamente pelo fato de não sofrer um processo justo e com todas as figuras inerentes a ele.

Dessa forma, o juiz que julgará a causa no sistema penal inquisitivo será o mesmo que investigará, dirigirá e acusará. Ora, como se consagraria a livre convicção se o juiz atuaria em todas as esferas do processamento? Obviamente a sentença proferida nesse sistema penal está viciada pela parcialidade, e a livre convicção cairá por terra.

Não é permissível para um Estado Democrático que o individuo seja processado sem suas garantias penais e processuais, individuais e humanas. Veja que tanto o modelo de Jakobs quanto o Sistema Inquisitivo amputam garantias básicas.



Tendo isso em vista, muito se noticiou a respeito do Supremo Tribunal Federal, quando da Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, que determina que o referido Tribunal poderá investigar, processar e julgar determinados crimes cometidos contra o órgão, ministros e seus familiares, tornando-o um Tribunal Inquisidor.

Sem sombra de dúvidas, tal portaria tem caráter inconstitucional, tendo em vista que viola o princípio acusatório, bem como viola o artigo que determina as atribuições do referido tribunal, no caso art. 102 e incisos da Constituição federal de 1988.

Além disso, outros direitos e garantias constitucionais são ceifados por tal portaria constituindo um verdadeiro Tribunal de Exceção, calando a mídia e a opinião pública.

Um tribunal que deveria ser o responsável pela segurança jurídica, e deveria ser o modelo de respeito as normas e princípios constitucionais, ignora-os sumariamente. A quem recorre, então? É a dúvida que nos deixa sem resposta.

A verdade é que, pelo andar da carruagem, passamos a era na inquisição novamente. Mas desta vez, os dogmas da igreja foram superados, abrindo espaço para o embate jurídico.

Apenas é certo que tal decisão deve ser rechaçada. E ainda, que os direitos e garantias, constitucionais, penais e processuais, bem como todos os princípios do Direito, devem ser exaltados de forma a se concretizar um Estado mais justo, ou melhor dizendo, um Estado Democrático de Direito!

## **REFERÊNCIAS**

CONTRERAS, GuillermoPortilla. **El Derecho penal y procesal del enemigo. Lasviejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos, na obra “Dogmática Y Ley Penal - libro homenaje a Enrique Bacigalupo”**. Tomo I, Madri: Instituto Universitario de Investigación Ortega Y Gasset e Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., Cordenadores: Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel ZugarldíaEspinar, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, out. 2004. Disponível em cache:  
<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>. Acesso em: 06/04/2019





GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de 'Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal' de Roxin, Disponível em <[http://idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf)>, Acesso em: 06/04/2019

JAKOBS, Günter: **El concepto jurídico-penal de acción**. Conferência realizada em Madri, mai. 1992, Trad. Manuel Cancio Melía.

\_\_\_\_\_, **¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

\_\_\_\_\_, **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de Um Direito Funcional**. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, v. 6, Tradução: Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Organização e Tradução: André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli, 2005.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Algunos Planteamientos Dogmáticos em la Teoría Jurídica del delito en Alemania, Italia y Espana. **Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia** v. 34: 11-74, 2006.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 47, mar./abr. 2004, Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar. Trad. Luís Greco, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. 46 n. 183 julho./set. 2009.