

O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DE DIREITO

José Cândido da Silva¹

Fernando Henrique da Silva Horita²

Resumo: Tem este artigo científico o objetivo de analisar o Direito Penal do Inimigo, sua inserção no Estado de Direito bem como sua relação com os princípios constitucionais. O Direito Penal do Inimigo é uma teoria idealizada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, onde a proposta desse, é que haja um tratamento diferenciado no julgamento da criminalidade, a exemplo dos terroristas e outros criminosos considerados graves. Diferenciaria, portanto, o Direito Penal do Cidadão do Direito Penal do Inimigo, onde aquele teria seus direitos e garantias preservados, mantendo seu status de cidadão, e este por sua vez, não gozaria do status de pessoa, não sendo garantido a ele o devido processo legal, em consequência da prática de delitos habituais e profissionalmente, ficando desprotegido constitucionalmente. Neste caso seria analisado o grau de periculosidade que o criminoso apresenta, o risco à segurança da sociedade, e não o fato

¹ Bacharel em Direito. Graduado pela Faculdade de Sinop – MT – FASIP.

² Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), sendo bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Foi Diretor Nacional de Direitos dos Pós-Graduandos da Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG/Gestão 2014-2016) e Diretor de Relações Públicas Internacionais da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito (FEPODI/Gestão 2013-2015). Atualmente é docente de Direito na Faculdade FASIPE; membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

criminoso em si. Para tanto, o método utilizado fora o hipotético dedutivo, com uma análise qualitativa e pesquisa bibliográfica. Enfim, a proposta de Jakobs tem gerado muitas críticas entre os doutrinadores penalistas, criminalistas, bem como os defensores dos direitos humanos, questionando a compatibilidade dos princípios constitucionais com o Direito Penal do Inimigo no Estado de Direito; uma vez que poderia ocorrer a supressão das garantias fundamentais, ou até mesmo o seu desaparecimento.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo, Estado de Direito, Princípios Constitucionais.

THE LAW OF THE ENEMY IN THE RULE OF LAW

Abstract: It has this scientific article the objective of analyzing the Criminal Law of the Enemy, its insertion in the State of Right as well as its relation with the constitutional principles. The Criminal Law of the Enemy is a theory idealized by the German lawyer Gunther Jakobs, where the proposal of this, is that there is a differential treatment in the judgment of the criminal, like the terrorists and other criminals considered serious. It would therefore differentiate the Criminal Law of the Citizen from the Criminal Law of the Enemy, where he would have his rights and guarantees preserved, maintaining his status as a citizen, and this citizen would not enjoy the status of a person, not being guaranteed to him the due Legal process, as a consequence of the practice of habitual and professional crimes, being constitutionally unprotected. In this case it would be analyzed the degree of dangerousness that the criminal presents, the risk to the security of society, and not the criminal fact itself. For this, the method used was the hypothetical deductive, with a qualitative analysis and bibliographical research. In short, Jakobs' proposal has generated much criticism among criminologists, criminologists and

human rights defenders, questioning the compatibility of constitutional principles with the Criminal Law of the Enemy in the Rule of Law; Since it could lead to the suppression of fundamental guarantees or even to their disappearance.

Keywords: Criminal Law of the Enemy; Rule of Law; Constitutional principles.

INTRODUÇÃO



Direito Penal se desenvolveu gradativamente ao longo dos anos, e o ser humano progrediu com ele, ambos sempre andaram juntos, pois desde os primórdios até a atualidade, o crime nunca se apartou, está presente no dia a dia da humanidade.

Dessa forma, no intuito de dar segurança ao cidadão, em casos de lesão a algum bem tutelado, o Direito Penal tem legitimidade para aplicar as sanções quando houver necessidade.

Gunthen Jakobs, desenvolveu a teoria do Direito Penal do Inimigo com a intenção de solucionar o avanço da criminalidade, pois este tem sido um dos mais graves problema da sociedade, mais notadamente as organizações criminosas e os crimes de terrorismo. Estes devem ser combatidos como inimigos, segundo Jakobs, pois desafiam constantemente o Estado não observando as leis, e causando desequilíbrio à vida em sociedade. Diante disso devem ser combatidos como inimigos, terem suas garantias afastadas, e automaticamente retirar-lhes o seu status de pessoa. Nesse diapasão, a pesquisa terá como escopo precípua verificar que em um Estado de Direito ocorre a teoria do Direito Penal do Inimigo.

A antecipação da punibilidade é a principal base da Teoria de Jakobs, enfatizando sempre a aplicação de penas diferenciadas, não brandas, ao indivíduo considerado inimigo. Não lhe

assegurando nenhuma garantia, estabelecida no Estado Democrático de Direito, razão que o presente artigo não goza de destacar uma vigente democracia estatal, pelo contrário, destaca-se apenas a vigência de um Estado de Direito. Assim, a metodologia que será usufruída foi a do método hipotético dedutivo, com uma análise qualitativa, sendo que a pesquisa será bibliográfica.

O texto dividiu-se em três seções. No primeiro momento deste estudo examina-se o Direito Penal do Inimigo, seu conceito e sua contextualização histórica e filosófica, pontuando sobre suas finalidades e a quais indivíduos está direcionado. Em segundo ponto, estuda-se a impossibilidade de inserção do Direito Penal do Inimigo no Estado de Direito; e finalmente, faz-se uma abordagem dos vestígios desse Direito no ordenamento jurídico brasileiro.

1. DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO GUNTHER JAKOBS

Diante do aumento da criminalidade em alguns países, o Estado sofre pressão por parte de seus cidadãos, que exigem medidas mais rígidas, objetivando a erradicação da violência. Assim, alguns juristas penalistas têm disseminado a ideia de criação de um novo direito penal, o *Direito Penal do Inimigo*. Este diferenciaria o cidadão comum do indivíduo eleito inimigo da sociedade, que seria tratado com normas mais severas, isto é, não teria direito as garantias legais.

O Direito Penal do Inimigo, proposto por Gunther Jakobs – jurista penalista alemão, tem o condão de aplicar um tratamento diferenciado para alguns infratores considerados inimigos do Estado, aqueles que cometem crimes graves a exemplos dos terroristas, criminosos econômicos, delinquentes organizados e autores de infrações penais perigosas. A estes, não seria aplicada penas, mas sim, medidas de contenção. De fato,

Essa terminologia foi apresentada por Jakobs, em meados da década de 1980, para designar um conceito doutrinário e um

postulado político-criminal compatíveis com determinados dispositivos de Direito Penal, que, por suas características, estruturam um particular corpus legal punitivo aparentemente alheio aos princípios, garantias e fins do Direito penal Liberal. (PRADO, 2010, p. 117).

As ponderações de Günther Jakobs manifestam um Direito Penal com conjunto de leis rigorosas que dispõem em combater o sujeito eleito adversário da sociedade. Em manifestação recente, o jurista alemão argumenta não ter apresentado a propositura de um ordenamento jurídico novo, apenas trouxe à baila a realidade já existente em diversos países que inseriram e utilizam normas rígidas em suas legislações.

Em concordância com o desempenho de Jakobs, o Estado dispensaria aos criminosos dois tratamentos, ter-se-iam dois Direitos Penais, um para o indivíduo considerado um inimigo e outro para o cidadão. Este, sofreria a reação do Estado, ou seja, seria reprimido quando a paz social fosse prejudicada pela exteriorização de sua conduta, aquele, seria interceptado previamente por sua conduta e periculosidade e combatido como inimigo, pois demonstra contrariedade as normas jurídicas, infringindo a estrutura do Estado. Assim, leciona Jakobs:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 27).

Portanto, parece interessante ressaltar que se considera que apenas em um Estado de Direito constituído observa-se ocorrência de delitos. Portanto, o agente delituoso está presente no Estado moderno, como um cidadão, que por sua conduta infringiu a norma vigorante e, por este ato deve ser chamado a compensar o dano, não como inimigo.

Este seria o Direito Penal de todos, ou seja, do cidadão,

mesmo quando tido como delinquente não deixa de ser uma pessoa, ainda que ataque a vigência de leis estabelecidas. Este indivíduo não seria considerado inimigo do Estado, sendo-lhe plenamente assegurado todas as garantias penais e processuais, bem como o direito ao devido processo legal, dando -lhe a oportunidade de igualar-se com a sociedade. Este sujeito manteria seu status de pessoa, ainda que cometesse algum delito seria aceito como um fato normal, o Estado não o veria como inimigo.

O Direito Penal do Inimigo está voltado para aqueles indivíduos que se aproveitam do sistema globalizado para cometer crime e atentar contra bem jurídico da coletividade, a exemplo dos crimes organizados como tráfico de drogas e de pessoas, o terrorismo, atentado à ordem econômica, delitos sexuais, etc. Nesse diapasão,

Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de “delitos sexuais e outras infrações penais perigosas”, assim como, em geral, no que tange aos “crimes”. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 34, 35).

Jakobs, em sua teoria, ressalta que a pessoa tem direitos e deveres, mesmo que venha cometer um ato ilícito será amparada pelas garantias processuais e penais vigentes, até que seja determinada uma pena pelo ato cometido, ao contrário, não é concedido nenhum direito ao indivíduo que apresenta um comportamento que não inspira segurança, e contra este instaura-se um processo com ações coativas até que lhe seja imputada medidas assecuratórias.

Ao classificar um indivíduo como sendo inimigo, o Estado não aplica a ele um Direito Penal retroativo, mas sim preventivo, observando não sua culpabilidade, mas o que poderá vir a infringir. Ao inimigo é estabelecida uma medida de segurança, e não pena. O que caracteriza o indivíduo como inimigo da sociedade, é a sua periculosidade. Vejamos uma observação sobre tal fato:

Portanto, o Direito penal reconhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão esperando-se até exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro lado, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 37).

O Inimigo do Estado é identificado pela proporção do crime que ele comete, pela repulsa dos atos delitivos, seu envolvimento com o crime organizado, que o diferencia do criminoso comum, por isso se faz necessário uma reação para coibir a constata violação das normas pela sua conduta delitiva. Com efeito,

A ideia reitora do Direito Penal do inimigo é mesmo de antecipação da reação penal como combate ou defesa aos perigos futuros, operando-se pela retirada das qualidades essenciais do indivíduo que lhe conferem o status personae. Em termos abstratos, Jakobs cinde normatividade e facticidade, indicando aquela ao cidadão, àqueles que se dignam ao estado de pessoa, e direciona tratamento puramente fático seletivo e contingente – “hostil” – ao inimigo, àquele que não mais deve ser encarado como pessoa pelo sistema jurídico-penal. (DINIZ, 2012, p. 108).

A divisão do Direito Penal do Cidadão e do Direito Penal do Inimigo, conforme Jakobs, tem como finalidade a garantia do Estado de Direito ao cidadão, e a obrigação e dever de manter o equilíbrio e zelar pela paz social é do Estado, mesmo que para isso seja necessário coagir o inimigo com rigor, pois a segurança é um direito do cidadão. Por outro lado,

Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, como também o Estado não deve trata-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança dos demais. Portanto, no entender de Jakobs, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado ‘Direito Penal do Inimigo’ (MORAES, 2009, p. 191).

O Direito Penal do inimigo, mostra-se um legítimo Direito Penal de extrema repressão, onde o cidadão perde seu status de pessoa, e o objetivo das penas é garantir o seguimento da

sociedade em detrimento da atitude tomada pelo indivíduo eleito inimigo, pensando na reparação da vigência da norma, em um segundo plano.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em um Congresso realizado na cidade de Frankfurt, no ano de 1985, surge o conceito de Direito Penal do Inimigo, quando o alemão Günther Jakobs, um dos maiores penalistas da história, faz uma elucidação afirmando que excepcionalmente haveria necessidade de ser separado o Direito Penal em Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal dos Cidadãos:

Na afamada conferência de maio de 1985 em Frankfurt am Main, Gunther Jakobs anuncia o problema do inimigo no debate das ideias penais, assemelhando-se a um direito de emergência contra as “fontes do perigo” ao bem jurídico. Ali já surgia a cisão entre um direito penal de proteção do bem jurídico contra o inimigo e um direito penal de proteção da liberdade do cidadão (DINIZ, 2012, p. 107).

Na época não houve grande repercussão em relação ao tema, porém, em 1999 na Conferência do Milênio, realizada em Berlim, os juristas reagiram criticamente diferente, causando expressiva atenção. Por sua vez,

Em 1999, com a institucionalização e aparente legitimação desses novos parâmetros, em vez de simplesmente legitimá-los e adotá-los (como pretendem fazer crer alguns apressados críticos), Jakobs parece concluir que o retrocesso aos paradigmas exclusivamente clássicos seria impossível. Dessa forma, advertiu para a necessidade de se delimitar e diferenciar dois modelos de Direito Penal – “do cidadão” e “do inimigo”, de forma a evitar a completa contaminação do modelo de inspiração iluminista (MORAES, 2009, p. 185).

Um dos acontecimentos que estimulou Jakobs a propagar sua teoria do Direito Penal do Inimigo, foi o ataque ao *World Trade Center* e ao Pentágono em 11 de setembro de 2001, terroristas pôs abaixo as Torres Gêmeas usando aviões das empresas

América Airlines e da *United Airlines*. Para Jakobs, os autores de um fato como este, deve ser tratado como inimigo do estado, e devem ser-lhe aplicadas penas diferenciadas dos demais indivíduos.

Na Alemanha, em março de 2005, realizou-se um congresso para debater a respeito do tema. O Direito Penal de terceira velocidade foi o modelo seguramente defendido por Jakobs, argumentando que não há que tratar como pessoa o sujeito desviado de comportamento, mas deve ser combatido como sendo inimigo. Jakobs, sustenta cabalmente em suas análises recentes, o combate ao inimigo. Percebe-se que,

A essa altura Jakobs trabalha com dois “tipos ideais”: o cidadão e o inimigo. Essa divisão polariza as duas tendências entre aqueles que recebem o tratamento de pessoa e os inimigos, fontes de perigo, ou meios para a intimidação de terceiros. O Direito penal do cidadão reage à desestabilização normativa que performa a sociedade; o Direito Penal do inimigo aciona o combate ao perigo (DINIZ, 2012, p. 116).

Os fundamentos filosóficos do Direito Penal do Inimigo defendido por Jakobs, originou-se há muitos anos, pois teses com figuras de pessoas reputadas como inimigas já eram fomentadas e desenvolvidas por antigos pensadores e filósofos como Kant, Hobbes, Rousseau e Fichte.

Ao publicar a obra *Contrato Social*, Jean-Jacques Rousseau, afirmou que as pessoas inteligentes, que por sua livre e espontânea vontade decidissem fundar uma dada sociedade, presutando a esta obediência em respeito à vontade comum, a vontade geral seria expressada pelo Estado como sendo uma unidade. Assim, ao infringir o contrato social, o malfeitor deixaria de ser membro do Estado, e por estar em guerra com este, deveria morrer como inimigo, não sendo considerado um cidadão.

Assegurou Fichte que quem desligar-se do *contrato cidadão*, abandonando-o, não sendo cauteloso, perde todos os seus direitos, tanto de cidadão, quanto de ser humano, ficando sem nenhuma garantia.

Em seu contrato de submissão, demonstrando em aparência de igualdade de direito Hobbes defendeu que mesmo sob a forma de violência, deve ser entendida como uma metáfora e não como um contrato, prevendo que Estado em seu processo de auto-organização, não seja perturbado por seus “futuros” cidadãos. Em caso de uma alta traição, a situação é diferente: “Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 27).

O contrato como intenção reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, foi idealizado por Kant, no qual, qualquer cidadão teria autorização de impelir os demais a admitir-se em uma constituição cidadã. Em caso de oposição, desacordo ou violação à norma estabelecida no “estado comunitário-legal”, deve abandoná-lo; “em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser “tratado”, como anota expressamente Kant, “como um inimigo” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 28,29).

3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO DE DIREITO³

O Direito Penal do Inimigo tem sido apresentado de certa forma, como uma eficiente solução para o direito penal, porém, muitos juristas acreditam que o fim daquele, será o rompimento da estrutura do Estado de Direito e, conseqüentemente a supressão de direitos e garantias fundamentais asseguradas aos cidadãos nesse Estado.

Sem dúvida que a sociedade enfrenta diversos problemas

³ Os autores do presente artigo compreendem que não há a vigência de um Estado Democrático de Direito, pelo oposto, há existência de um Estado de Direito; a democracia se encontra como um paradigma à ser encontrado e efetivado.

sociais e situações complexas, porém, a ideia de buscar solução no Direito Penal para todos os problemas deve ser extinta, o Estado precisa prover outras formas para sanar a deficiência de suas políticas públicas, como bem leciona André Luiz Callegari:

Há uma ideia generalizada que o direito penal pode cumprir determinadas funções que deveriam ser destinadas a outros ramos do ordenamento jurídico, porém, como o Estado é ineficiente para a resolução de determinados problemas sociais, sempre se vale do instrumento ameaçador que constitui o direito penal. (...) deste modo, o direito penal se transforma em um instrumento ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e elevação qualitativa e quantitativa do nível da pena) e simbólico (...). No interior desse processo, o eficientíssimo penal tenta fazer mais eficaz e mais rápida a resposta punitiva limitando ou suprimindo garantias substanciais e processuais que foram estabelecidas na tradição do direito penal liberal, nas Constituições e nas Convenções Internacionais (CALEGARI, 2008, p. 468).

Observa-se, portanto, que no Estado de Direito, onde o cidadão tem seus direitos e garantias estabelecidos em leis, é impossível que seja dispensado um tratamento que não o isonômico a toda pessoa humana. Não existe a possibilidade nesta forma de Estado de se criar um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que o atual Estado de Direito brasileiro, a título de exemplificação, está alicerçado no princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, como bem leciona Luiz Gracia Martín:

Na medida em que o Direito Penal do Inimigo for apenas força e coação físicas para imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser invalidada e deslegitimada de modo absoluto. O horizonte da democracia e do Estado de Direito não pode abarcar nenhuma coexistência entre um Direito Penal para cidadãos e um Direito Penal para inimigos. O Direito Penal do inimigo não tem lugar no horizonte da democracia e do Estado de Direito, porque só no horizonte de uma sociedade não democrática e de um Estado totalitário é imaginável a emergência de um Direito Penal do inimigo (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 156).

O Estado de Direito sofre afronta, no momento em que Jakobs em sua teoria despersonaliza o indivíduo, negando-lhe, desse modo, a dignidade da pessoa humana e ferindo a princípios constitucionais. Fernando Capez localizando a teoria com o Estado Democrático de Direito conduz o saber para o entendimento de que:

Sem esse conteúdo, a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos da dignidade humana. A norma penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social (CAPEZ, 2008, p. 6).

É inexecuável no Brasil, a inclusão do Direito Penal do Inimigo, posto que este se contrapõe aos princípios dispensados ao Estado Democrático de Direito garantido pela Constituição Federal de 1988. Para deixar a compreensão mais clara, importa saber a divergência entre o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito. Com efeito, conceitua-se Estado de Direito como sendo aquele em que está vigente a exposição de direitos e garantias dos cidadãos, a repartição de poderes e o domínio das leis. Por sua vez, o Estado Democrático é aquele que garante, ainda que indiretamente, que todos participem da vida política, podemos dizer que é o Estado de Direito evoluído. É, portanto, um modelo de Estado com base em uma Constituição material, que garante a igualdade a todos.

É certo que, o Estado de Direito como forma ideal, foi conquistado ao longo dos anos com muitas lutas, e não pode em razão da dificuldade de se pôr em prática, ser deixado de lado, pois seria como demolir seus alicerces. O Direito Penal poderia com isso perder a direção. Assim leciona Roberto Delmanto Júnior:

Restam, sem dúvida, violadas normas constitucionais elementares de todos os Estados Democráticos de Direito, bem como

o Direito Internacional dos Direitos Humanos, assegurados mediante tratados internacionais como o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos de Nova Iorque, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção de Genebra, entre outros. Afasta-se, enfim, de tudo o que foi conquistado em séculos de evolução do direito penal e do direito processual penal: a garantia da legalidade estrita, o direito penal vinculado a uma conduta efetivamente praticada pelo sujeito e não a sua 'personalidade', o conceito de antijuridicidade material (...), o que faz indagar, enfim, consoante afirma, por derradeiro, Munoz Conde, seria o 'Direito penal do Inimigo' mesmo direito penal? Sem dúvida, não é o direito penal que estudamos (DELMANTO JUNIOR, 2008, p. 464).

Conflituante é com a Constituição Federal e os princípios nela firmados, o Direito Penal do Inimigo. Intolerável no Estado Democrático de Direito, o inimigo ser classificado como inimigo, e ao invés de ser um sujeito de direito, passa a ser objeto, ou é visto como coisa, sem garantias penais, nem processuais. À vista disso, surge questionamentos quanto a possibilidade de em nossa época a sociedade comportar-se com dualidade de ordenamentos jurídicos; o ser humano, ainda que infrator, tratado como um inimigo ou um irracional pelo Estado.

A teoria do Direito Penal do Autor é característica do Direito Penal do Inimigo, o indivíduo é punido, não pelo seu proceder, mas, pelo que ele é. A teoria admitida no atual Estado de Direito é a do Direito Penal do Fato, onde a conduta praticada é que define a proporcionalidade da punição. Conforme entendimento de Capez até mesmo em um Estado Democrático de Direito:

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal há de ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam, passando o tipo penal a ser uma categoria aberta, cujo conteúdo deve ser preenchido em consonâncias com os princípios derivados deste perfil político-constitucional. Não se admitem mais critérios absolutos na definição dos crimes, os quais passam a ter exigências de ordem formal (somente a lei pode descrevê-los e

cominar-lhes uma pena correspondente) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito) (CAPEZ, 2008, p. 7).

“Todos são iguais perante a lei”, é o que reza o artigo 5º da Constituição Federal, legitimando, desta forma, o princípio da igualdade. Firmado nesta cláusula pétrea, o Estado Democrático de Direito não suporta separar inimigos e cidadãos. Por isso,

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direito, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, (...). (MORAES, 2016, p. 48).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 6º, traz que: “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”. Diante desse texto, não há chance de tirar do indivíduo o seu *status* de pessoa, além de que, o Direito penal é regido pelo princípio da dignidade humana, deste, emana os demais fundamentos do ordenamento jurídico. Com efeito,

Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descuidando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto (CAPEZ, 2008, p. 9).

Não há possibilidade de um Direito penal do cidadão e um Direito penal do Inimigo, dentro de um Estado de Direito ou dentro um Estado Democrático de Direito. Este último comporta apenas um Direito penal, que seja lastreado pelo princípio da dignidade humana, e que o observe e obedeça-o, quando da criação do tipo e assentamento da conduta do tipo.

4. VESTÍGIOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A interferência do Estado deve ser a mínima possível na vida do cidadão, esse é o entendimento dos defensores da teoria do Direito Penal mínimo, destacando sempre que o Direito Penal deve ser a *última ratio*, no entanto, com a difusão do Direito Penal do Inimigo pelo mundo, o Brasil, no desejo de combater criminalidade, e dar segurança a sociedade, trouxe para dentro do seu ordenamento jurídico, traços deste Direito Penal.

Fica demonstrada claramente, características do Direito Penal do Inimigo, no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei do Abate, na Lei dos Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado e no Regime Disciplinar Diferenciado – RDD.

Dispõe o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que:

A considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem; (BRASIL, 1988).

Os crimes hediondos estão descritos na Lei 8.072 de 1990, no seu artigo 1º, o rol é taxativo, porém, temos também os crimes equiparados a hediondos, quais sejam: tráfico, tortura e terrorismo.

Demonstrado está, vestígios do Direito Penal do Inimigo, na lei de Crimes Hediondos, quando este se vale do poder coercitivo para tentar refrear o crime, porém, a coação não tem trazido muito efeito. O parecer de alguns estudiosos é de que o problema está na desigualdade social ocasionada pela desestabilização do Estado.

A Lei do Crime Organizado, evidencia o Direito Penal do Inimigo, quando dá ao Estado, poder de restringir direitos e garantias da pessoa. Sigilos que a Constituição protegia foram disponibilizados pela antiga Lei 9.035 de 1995. Proibiu apelar

em liberdade, proibiu a liberdade provisória com ou sem fiança, e o cumprimento da pena iniciaria sempre em regime fechado.

Com a entrada em vigor da nova Lei do Crime Organizado – Lei nº 12.850 de 2013, ficou esclarecido o conceito de organização criminosa, porém, as medidas permitidas por esta lei, ressalta claras semelhanças com a teoria de Jakobs.

A Lei nº 9.614 de 1998, Lei do Abate, foi criada para incorporar no artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica o parágrafo 2º, o qual ficou descrito da seguinte forma:

Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito a medida de destruição, no caso dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

A violação dos direitos fundamentais pela Lei do Abate se concretiza quando esta não respeita a vida, não oportunizando a ampla defesa, nem contraditório, muito menos processo legal, que são princípios fundamentais garantidos na Carta Magna. A Lei do Abate traz implicitamente a pena de morte, pena esta, que só é autorizada em caso de guerra declarada.

O Regime Disciplinar Diferenciado foi inserido na Lei de Execuções Penais – Lei 7.210 de 1984 - pela Lei 10.792 de 2003. O artigo 52 da Lei 7.210 ficou descrito da seguinte forma:

Art. 52. A prática de fato prevista como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol;

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros,

que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeita de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Portanto, o preso que praticar um crime doloso ou falta grave terá que cumprir regime disciplinar isoladamente por quase um ano, observando os direitos e as restrições. Desta feita, o Direito Penal do Inimigo, demonstra-se na Lei 10.792 de 2003, vez que, o Regime Disciplinar Diferenciado estabelece a punição do preso pelo Direito Penal do autor e, não pelo Direito Penal do Fato. Uma verdadeira afronta aos direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, ao Estado de Direito.

Depreende-se que as leis supracitadas ferem normas e princípios constitucionais positivados na Constituição Federal brasileira de 1988; quando restringem direitos e garantias, ficando dessa forma demonstrada no ordenamento jurídico brasileiro, a nítida presença do Direito Penal do Inimigo lesionando o Estado de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decurso dos séculos, a humanidade sempre foi protegida pela lei. Estas com o passar do tempo foram sendo renovadas e adequadas, a depender, da necessidade social. Aos poucos ergueram-se as leis objetivas, dando ao Estado a manutenção e o controle do direito de punir. As normas penais surgem no cenário jurídico com a função de prevenir as condutas delituosas, e logo à frente o garantismo penal é inserido nesse contexto. A atribuição do Direito Penal garantista é de controle social no dia a dia dos cidadãos, desta forma, o equilíbrio e a ordem da sociedade se dá por intermédio de sanções penais, instituídos por políticas públicas humanísticas, tendo em vista a reinserção do indivíduo no meio social. Assim, o escopo precípua da pesquisa

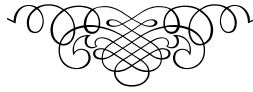
era compreender que o Direito Penal do Inimigo fere o Estado de Direito.

Gunther Jakobs com sua tese de dualidade de Direito Penal – Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo, diverge totalmente do Direito Penal do Estado de Direito, pois, enquanto um torna certo os direitos e garantias do cidadão o outro lhe tira sua condição de pessoa.

A teoria de Jakobs é recepcionada por muitos como retrógrada; aceitar a teoria do Direito Penal do Autor – o indivíduo é punido pelo que ele é, e não pelo fato punível cometido -, dando margem a repressão desmedida, seria um retrocesso prejudicial as conquistas sociais.

A punição antecipada defendida e pregada pelo Direito Penal do Inimigo, tem sido alvo de muitas críticas no meio jurídico e social. Questiona-se também o tratamento diferenciado ao sujeito eleito inimigo, a vedação da ampla defesa e do contraditório, que não lhes são assegurados, desrespeitando com isso princípios constitucionais. O fato de o cidadão perder o seu status de pessoa e ser considerado coisa, é inaceitável e inadmissível no Estado Democrático de Direito e a situação fática de não cumprir as regras impostas pelo Estado, seria inadmissível perante um Estado de Direito. Assim, faz-se necessário que os Estados defendam tais direitos, pois não é admissível a sanção de forma arbitrária e discricionária, fundamentando assim seus atos.

Logo, conclui-se, que é incompatível a inserção de um Direito Penal do Inimigo no Estado de Direito, pois este preza pelo cumprimento de direitos e garantias positivadas e, consequentemente, asseguradas aos cidadãos.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. *Constituição Federal, 05 de outubro de 1988*. Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 05, de outubro de 1988.
- CALLEGARI, André Luiz. *Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 867. p. 453-469. jan. 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, volume 1: parte geral (arts.1º a 120) / Fernando Capez. -12. Ed. de acordo com a Lei n. 11.466/2007. – São Paulo; Saraiva, 2008.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Do iluminismo ao “direito penal do inimigo”*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 97. p. 453-464. mar. 2008.
- DINIZ, Eduardo S. *Inimigo e Pessoa no Direito Penal*. São Paulo, SP: LiberArs, 2012.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- JAKOBS, Gunther, *Direito Penal do inimigo: noções e críticas* / Gunther Jakobs, Manoel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional/ Alexandre de Moraes*. – 32. ed. rev. e atual. Até a EC nº 91, de 18 de

fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal*, Curitiba: Juruá, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120/ Luiz Regis Prado. – 9. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.