

## A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO UMA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Caio César Tenório Garé<sup>1</sup>

Tatiane Bagagí Faria<sup>2</sup>

Resumo: A presente pesquisa tem como objeto de estudo a análise da teoria do Direito Penal do Inimigo sob a ótica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de modo a afastar a legitimidade deste modelo de atuação criminal por ser considerado inconstitucional em nosso ordenamento jurídico. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é tido como o norteador da conduta estatal, uma vez que garante ao indivíduo o mínimo de dignidade para viver em sociedade. Em contrapartida, o Direito Penal do Inimigo, que foi trazido à tona pelo jusfilósofo alemão Günter Jakobs, se apresenta com uma dogmática que visa dividir a sociedade em cidadãos e inimigos, apresentando um modelo de política criminal mais rigoroso para aquele considerado “inimigo”, uma vez que seu objetivo principal na prática da conduta criminosa é atentar contra o Estado Democrático de Direito. Este modelo de política criminal, entretanto, restringe as garantias individuais e concede um tratamento diferenciado em razão de seu comportamento social, ferindo normas constitucionais,

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito, área de concentração “Teoria do Direito e do Estado”, pelo Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP (UNIVEM), Membro do Grupo de Pesquisa Novos Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos (NODICO/UNIVEM). Advogado.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pela Univem – Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha.

especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que sua aplicação pelo Estado visa afastar a característica de cidadão do agente.

Palavras-Chave: Direito Constitucional, Direito Penal, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Estado Democrático de Direito; Direito Penal do Inimigo

## THE THEORY OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW AS AN ALTERNATIVE TO THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Abstract: The purpose of this study is to analyze the theory of the Criminal Law of the Enemy from the point of view of the Principle of the Dignity of the Human Person, in order to exclude the legitimacy of this model of criminal activity because it is considered unconstitutional in our legal system. The principle of the Dignity of the Human Person is regarded as the guiding principle of state conduct, since it guarantees the individual the minimum of dignity to live in society. On the other hand, the Criminal Law of the Enemy, which was brought to the fore by the German philosopher Günter Jakobs, presents itself with a dogmatics that aims to divide society into citizens and enemies, presenting a more rigorous criminal policy model for the one considered "enemy" since its main objective in the practice of criminal conduct is to attack the Democratic Rule of Law. This model of criminal policy, however, restricts individual guarantees and grants a differential treatment due to its social behavior, violating constitutional norms, especially the principle of the dignity of the human person, since its application by the State aims to remove the characteristic of of the agent.

Keywords: Constitutional Law, Criminal Law, Principle of the Dignity of the Human Person; Democratic state; Criminal Law of the Enemy

## INTRODUÇÃO



s direitos e garantias fundamentais assegurados hoje pela Constituição Federal percorreram árduos caminhos até serem positivados e respeitados pela sociedade, sendo necessário, no passado, muita luta para verem tais direitos dos cidadãos garantidos. Todavia, ao longo dos anos, a criminalidade tem crescido em níveis exorbitantes, fugindo, muitas vezes, do controle do Estado. Na mesma proporção, surgiram também novas teorias com o intuito de apresentar novos modelos de atuação criminal a fim de surtirem efeito no combate ao crime da atualidade. Dentre essas teorias, uma que vem ganhado destaque no âmbito jurídico nos últimos tempos é a teoria do Direito Penal do Inimigo, defendida pelo jus-filósofo alemão Gunter Jakobs, com a finalidade de dividir o Direito Penal em duas classes distintas: um modelo de atuação para os indivíduos considerados “cidadãos”, com respeito às garantias constitucionais; e uma política criminal totalmente punitiva em relação aos indivíduos tidos como “inimigos”, com a relativização de direitos e garantias processuais.

O problema surge no momento em que tal teoria passa a ser analisada sob a ótica dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico, uma vez que a dogmática apresentada por essa teoria objetiva anular as garantias asseguradas aos indivíduos, ao mesmo tempo em que os princípios básicos do direito penal impedem uma atuação estatal com penas degradantes, cruéis e que extrapolem a culpabilidade do agente.

Desta forma, de grande importância é o estudo desta teoria e sua análise face aos princípios fundamentais, no sentido de estabelecer critérios que possam resolver tal impasse, além de apresentar argumentos cabíveis no sentido de demonstrar a ilegitimidade da teoria em nosso ordenamento jurídico.

No desenvolvimento do presente trabalho fora utilizado o método de revisão bibliográfica e de leis. Ao final podemos perceber a ilegitimidade da teoria do Direito Penal do Inimigo, sendo considerada uma afronta ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como aos demais princípios e garantias fundamentais positivados no ordenamento jurídico pátrio.

## 1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A história de luta contra a opressão dos governos autoritários diante dos cidadãos sempre existiu, mas foi a partir da Idade Média que começou a tomar corpo à positivação desses direitos protetivos do ser humano. As reivindicações por liberdade e protestos contra o poder absoluto dos reis, resultaram na Carta Magna de 1215 que estabelecia direitos e garantias contra os desmandos do monarca. Apesar de tal movimento ter sido liderado pela elite inglesa, não há como negar que este foi o primeiro passo para a conquista dos direitos humanos.

Alguns séculos mais tarde, em 1628, na própria Inglaterra surgiu um movimento que resultou na *Petition of rights*, estabelecendo proibições contra o aumento de impostos sem autorização do parlamento. Outros documentos importantíssimos para a proteção do cidadão foi o *Habeas Corpus Act* de 1679, que garantia direitos aos injustamente presos e, também a *Bill of Rights* de 1689, que restringia o poder absoluto do soberano à vontade da lei. Pouco a pouco, alguns direitos foram tomando corpo e se tornando normas a serem seguidas pelos governantes.

Em 1787, cria-se a primeira constituição do mundo moderno, qual seja, a constituição dos Estados Unidos. Logo após, em 1789, como consequência da Revolução Francesa, é criado um documento que marca a história dos Direitos Humanos: A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, trazendo uma premissa de que todos os homens nascem livres e com direitos iguais. Essa declaração influenciou a edição de

constituições, reconhecendo vários níveis de direitos, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

A preocupação com os Direitos Humanos se intensificou após a Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945), o que permitiu a criação da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha foi a primeira a tratar da dignidade da pessoa humana como preceito fundamental, prevendo sua proteção em seu art. 1º, nº 1, declarando: "A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais", esse princípio foi expresso no ordenamento jurídico alemão para evitar atrocidades como as que os nazistas cometeram na Segunda Guerra Mundial.

Posteriormente, pelo mesmo motivo histórico, esse princípio veio tutelado no art. 1º da Constituição Portuguesa segundo o qual "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

Já na Constituição espanhola tem-se no artigo 10, nº 1: "A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social". (SILVA, 1998).

No ordenamento jurídico pátrio, a tutela desse princípio em nossa Carta Magna de 1988, teve como fundamento o desrespeito da pessoa humana praticado pelo regime militar no período em que estiveram no comando do país.

A partir destes marcos históricos, nos quais houve total desrespeito as garantias individuais do ser humano, foi que se viu a necessidade do estabelecimento desse princípio para nor-tear os sistemas existentes, conforme explica Rocha:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no

coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional. (ROCHA, p. 6)

No intuito de conceituar este importante princípio, o doutrinador Alexandre Morais ilustra:

Ao Estado cabe o dever de garantir a justiça e direitos de liberdade individual. A dignidade da pessoa humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos. (MORAIS, 2013, p. 33)

Com a proteção constitucional dada a esse princípio nas constituições dos Estados foi possível que os demais princípios fundamentais da pessoa humana pudessem surgir e ganhar força para serem tutelados dentro das constituições de diversos países.

O princípio da dignidade da pessoa humana aparece no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal brasileira da seguinte maneira:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

A partir do momento que esse princípio faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, estando resguardado pela Constituição Federal, todas as leis devem respeitá-lo:

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido

como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição. (ROCHA, p. 7)

Partindo desse entendimento não pode o legislador pátrio elaborar ou aprovar leis que contrariem tal princípio, pois elas estariam revestidas de total inconstitucionalidade, e por isso não podem ser aceitas e aplicadas no território nacional.

Não são apenas as leis que devem considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também as decisões político-administrativas devem respeitá-lo, pois ele também vincula as decisões dos governantes. Nesse sentido Rocha esclarece que:

Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções. (ROCHA, p. 8)

O Estado, ao criar suas políticas públicas, deve sempre buscar o bem-estar do homem, e para que isso aconteça deve, em primeiro lugar, respeitar sua dignidade, para que suas condutas estejam sempre revestidas de legitimidade. Na atual conjuntura social, na qual se vê diariamente atos de desrespeito à dignidade da pessoa, inclusive praticados pelo próprio poder estatal, é necessário cautela nas decisões legislativas e judiciárias, no intuito de não transformar esse princípio extremamente valioso em algo que permite a relativização em determinadas situações, como é o caso da adoção do Direito Penal do Inimigo em legislações internas, o que mitiga esse direito tão duramente conquistado pela sociedade através da história.

## 2. A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A primeira parte do trabalho buscou, de forma breve, conceituar o duro caminho enfrentado para que a sociedade conseguisse, ainda que recentemente, a introdução nas constituições

de direitos humanos. O foco agora passa a ser a teoria conhecida como o Direito Penal do Inimigo, que visa mitigar direitos de cidadãos tidos pelo Estado como perigosos.

O Direito Penal busca tipificar condutas, mas também tem sido utilizado como ferramenta para combater pessoas e modos de vida. Nessa ótica, têm surgido teorias para legitimar tal atuação estatal contra grupos ou condutas determinadas. O professor e filósofo alemão Günther Jakobs divulgou, na década de 1980, uma teoria própria intitulada Direito Penal do Inimigo, através da apresentação de seu artigo “*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*” (Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo).

Em apertada síntese, a teoria do renomado penalista alemão consiste em partilhar o Direito Penal em dois preceitos distintos, que englobam duas qualidades de seres humanos: uma atuação estatal para o cidadão, que deve contar com todas as garantias pessoais, pois este, mesmo criminoso, oferece abonação de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito; já o outro, o Direito Penal do Inimigo, apenso àquele não considerado cidadão, tido como ameaça constante e fonte de perigo para o Estado e suas instituições, não garantindo fidelidade à norma. Para esse último, o parâmetro constitui-se num direito penal com garantias mitigadas, visando à sua eliminação.

Jakobs fundamenta sua teoria nos moldes contratualistas, buscando amparo em Rousseau, Fichte, Kant e, também, em Hobbes, para defender a exclusão daqueles que rompem o contrato social:

[...] Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: '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 súditos, mas como inimigos'. (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 27)

De acordo com Jakobs, o Direito Penal atuaria de forma



distinta para o cidadão e para o inimigo, onde para o primeiro, haveria a intenção de reprimir fato já praticado, enquanto que, para o segundo, prevenir possível conduta criminosa. Nestes moldes, Juarez Cirino dos Santos ensina:

A pena para o cidadão seria uma reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir. A pena para o inimigo seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir. (CIRINO, 2012, p.2)

Nesse modelo de política criminal clássica, que, em regra, consiste no Direito Penal positivado em nosso ordenamento jurídico, o sujeito ativo da conduta tipificada como crime será punido em virtude dos atos por ele praticados no caso concreto, sendo levado em conta circunstâncias de periculosidade e características pessoais no momento da dosimetria da pena, após a verificação da culpabilidade do agente. Por outro lado, quando se passa a adotar uma política criminal com punição em razão do autor do crime, o fato em si praticado não se mostra tão relevante, mas sim a periculosidade do sujeito que cometeu o crime ou que tinha planos de cometê-lo. Assim sendo, explica Greco:

(...) o direito penal do autor, que se manifesta na forma de um direito penal de risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e até mesmo preparatórios, fato este que aumentaria a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta do indivíduo, mas também a sua lealdade ao ordenamento jurídico. (GRECO, 2015, p. 54)

A título de exemplo: um criminoso homicida comum será punido enquanto tal e com todos os direitos inerentes ao de cidadão, pois não está ameaçando o Estado. De outra feita, o chefe de uma organização terrorista não precisará cometer fato algum, uma vez que ele será punido pelo fato de “ser” essa possível ameaça.

Logo, o direito penal deixa de se preocupar com o fato

(que pune o agente pelo que ele fez) e transfere sua atenção para a qualidade do autor (penalizando o sujeito pelo que ele é, ou seja, segundo a sua periculosidade).

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito. (ZAFFARONI, 2007, p. 18)

Esse tipo de aplicação do Direito reprime condutas que não afetam qualquer bem jurídico, acabando por desacreditar os princípios que regem o estado democrático de direito.

Por direito penal “do inimigo” Jakobs designa um direito penal com o qual o Estado confronta pessoas que não são consideradas seus cidadãos, mas “inimigos” do Estado Democrático de Direito. O inimigo é um sujeito que, por meio de seu comportamento, sua atividade profissional ou mediante sua ligação a uma organização, assumiu uma postura duradoura de abandono do direito. O “inimigo” é alguém cujo modo de vida não permite qualquer segurança cognitiva sobre seus comportamentos pessoais e manifesta tal característica por meio de seus atos. (AMARAL, 2007, p.126)

Ademais, o inimigo será definido em razão de sua conduta tida como anormal dentro da coletividade, ou seja, em outras palavras, o comportamento criminoso que atente contra a ordem social será interpretado como um ato isolado de um indivíduo que não será, a partir desse momento, considerado “cidadão”. Neste esteio, o professor alemão explica:

(...) 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, MELIÁ, 2005,

p.49-50).

O fator predominante para definição de “inimigo” se encontra no comportamento de abandono em relação às normas de convívio social, apresentando condutas que contrariam a ordem social pré-estabelecida de convivência.

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. (...) Se a característica do “inimigo” é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de penas (JAKOBS; SÁNCHEZ, 2002, p. 149).

Alguns fatos ocorridos no início do século XXI nos EUA e na Europa foram incisivos para a construção do conceito de “inimigo” e a propagação do sentimento de guerra contra esses indivíduos, conforme disserta Zaffaroni:

(...) o atentado de 11 de setembro foi funcional para individualizar um inimigo crível. A partir do fato concreto e certo da morte em massa e indiscriminada, constrói-se a nebulosa ideia de terrorismo, que não alcança definição internacional e, por conseguinte, abarca condutas de gravidade muito diferentes, porém justifica medidas repressivas que permitem retomar a velha estrutura inquisitorial e alimentá-la com novos dados, correspondentes à violência criminal desencadeada a partir da intervenção nos países árabes. (ZAFFARONI, 2012, p. 65-66)

Para ser tratado como cidadão, basta que o indivíduo se amolde ao sistema social em que vive e apresente, ainda que de modo singelo, uma conduta de fidelidade ao Estado Democrático de Direito. O cidadão é o sujeito que pratica crimes considerados “normais”, uma vez que seu comportamento não visa desafiar a ordem social e jurídica, pelo contrário, o indivíduo conserva uma atitude considerada aceitável pela comunidade. Por outro lado, o inimigo adota um comportamento de

insubordinação jurídica, produzindo um estado de guerra contra a sociedade, desejando, como objetivo principal, desafiar o sistema social.

### 3. A AFRONTA AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PELO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Após percorrer o caminho da luta pelos direitos humanos com sua positivação nas constituições e o recente surgimento da teoria do Direito Penal do Inimigo, chegamos ao ponto principal deste trabalho: o Direito Penal do Inimigo afronta os princípios constitucionais e os direitos humanos?

O nosso país é um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição Republicana Federativa embasada em princípios e garantias fundamentais, devendo ser aplicados em todos os ramos do Direito, inclusive no penal. Dentre todos os princípios norteadores do âmbito jurídico, se destaca o princípio da humanidade, contido no artigo 5º, inciso III, da Carta Magna, que possui um valor muito simbólico, pois é o limitador da atuação estatal em relação aos indivíduos da sociedade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. (BRASIL, 1988).

Nesta seara, todos devem ser tratados de forma igualitária e a lei deve ser igual para todos os cidadãos, em respeito aos princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a Constituição Republicana Federativa do Brasil veda qualquer tratamento desumano ou degradante, incluindo, neste contexto, qualquer individualização ou pena severa como forma de pena por cometimento de crimes.

Visto isto, e levando em consideração as características do Direito Penal do Inimigo, conclui-se que este modelo de

política criminal é visto como inconstitucional em nosso ordenamento jurídico, uma vez que afronta diretamente os princípios básicos constitucionais e o Estado Democrático de Direito, e visa, objetivamente, efetuar uma divisão entre os cidadãos e inimigos, levando-se em conta a conduta praticada e a periculosidade do agente criminoso. Nesta seara, Sousa Lira e Calegari (2015, p. 716) ensinam:

O que parece notório é que a justificativa de garantir a segurança do Estado e de seus cidadãos acaba se sobrepondo aos direitos humanos e às garantias e direitos fundamentais daqueles indivíduos que representam uma “ameaça” ao Estado e à sociedade, perpassando pela adoção da Teoria do Direito Penal do Inimigo, que trata seres humanos como “não pessoas” e como inimigos do Estado, punindo-os e banindo-os da sociedade.

Além disso, o papel do instituto penal é, após uma violação da norma, agir de maneira repressiva no sentido de apresentar uma punição ao agente, de acordo com a gravidade da conduta por ele praticada, sem, contudo, violar os princípios norteadores do Direito Penal. Segundo o entendimento de Batista (2007, p. 99), a pena não visa fazer sofrer o condenado, nem desconhecer o réu como pessoa humana, sendo que esta ideologia é o embasamento do princípio da humanidade. Sua aplicação na interpretação e execução da lei é fundamental no sentido de que o Direito Penal cumpra com seu papel no ordenamento jurídico, que consiste em punir os agressores dos bens jurídicos tutelados na medida dos atos praticados por eles, de forma justa, evitando, ao máximo, danos à sociedade.

Apesar de, na atual conjuntura social, o sistema criminal se apresentar falido e distante de alcançar o objetivo que se propõe, qual seja, prevenir de forma efetiva a violação das normas e a lesão aos bens jurídicos, bem como reprimir o agente violador da lei e recuperá-lo de modo a reinseri-lo na vida em sociedade, necessário se faz uma busca por modernas formas de atuação, todavia, deve-se sempre levar em consideração o respeito aos direitos fundamentais do ser humano, que foram arduamente

conquistados ao longo da história. Deste modo, a teoria do Direito Penal do Inimigo é repreendida pela maioria da doutrina, que entende que, este tipo de política criminal não encontra legitimidade e afronta princípios supremos de todo cidadão. Para alguns estudiosos, adotar este sistema de imputação é o mesmo que desprezar a raça humana, tendo em vista o discurso de que, quem se encontra na situação de “inimigo”, pode ser excluído e eliminado da sociedade. (BUSATO, 2007, p.24).

É válido ressaltar que, embora o Direito Penal do Inimigo seja interpretado como inconstitucional, há implicações deste modelo de política criminal em nosso ordenamento jurídico por meio de leis que visaram endurecer crimes ou apresentar tipificação de novas condutas criminosas, como foi o caso do terrorismo, com o advento da Lei nº 13.260/2016. Neste sentido, ensina a doutrina:

De fato, a legislação brasileira em matéria penal e processual penal refletiu nos anos de 1990 uma política criminal de recrutamento, extremamente punitivista e derivada da opinião pública, exemplos claros são as leis nº 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e lei nº 9034/95 (Lei da Criminalidade Organizada), ou seja, o Direito Penal, servindo de panacéia para problemas sociais seríssimos, pois mais fácil alterar-se um artigo de lei que informar bem e educar a sociedade, daí a profusão de leis penais simbólicas. (BUSATO, 2011, p. 129).

Nesse sentido, a recente Lei nº 13.260 de 2016, regulamenta as condutas terroristas no Brasil, e utiliza-se de institutos caracterizadores do Direito Penal do Inimigo. As condutas terroristas começam a ser descritas a partir do artigo 2º:

Art. 2º. O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

[...] Pena – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Com base na passagem transcrita, para existir o crime de

terrorismo, é preciso que haja razões de xenofobia, discriminação ou preconceito, com a finalidade de provocar terror social ou generalizado. A expressão “terror social ou generalizado”, aliás, pode se referir ao medo causado por atos terroristas, conquanto trata-se de um termo vago, abstrato, genérico que fere o princípio da legalidade, permitindo arbitrariedades por parte do julgador, sendo passível de críticas a falta de minuciosidade do legislador para regular tal expressão.

Seguindo com o artigo 2º, pode-se extrair dele o bem jurídico protegido pela norma: a pessoa (vida e integridade corporal), a paz pública e a incolumidade pública. A expressão “expondo a perigo” que antecede os bens jurídicos no texto legal revela que o crime de terrorismo não exige dano concreto; isto é, a simples ameaça de lesão a bem jurídico já caracteriza o terrorismo. Portanto, há previsão de crimes de perigo abstrato na lei.

O artigo 5º prevê que será considerado crime a prática pelo agente de atos preparatórios ao terrorismo, quando demonstrada a sua intenção de consumação do delito.

Art. 5º. Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena – a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Em linhas gerais, o delito doloso é punido não apenas quando sua conduta se realiza totalmente; mesmo que a conduta não chegue a preencher todos os elementos típicos, ela será punida, como é o caso da tentativa: “É claro que essa etapa anterior deve ter alcançado certo grau de desenvolvimento, para que possa ser considerada típica, pois, do contrário, se perderia toda a segurança jurídica” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 298).

O artigo 5º da lei em estudo é, claramente, uma manifestação da tese do professor Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, pois há evidente previsão de punição a atos preparatórios antes mesmo de qualquer início de execução. Significa dizer que a

conduta do terrorista é tão grave que se pretende eliminá-lo previamente à prática de seus atos.

Ainda que o sistema criminal brasileiro se mostre ineficaz no que se propõe, adotar uma política totalmente repressiva e violenta não tende a ser uma solução para os problemas sociais, pelo contrário, pode ser visto como mais um instrumento estatal de desigualdade e injustiça social.

Sendo o Estado o detentor do poder de distinguir cidadãos e inimigos, um desvio de finalidade desta teoria é algo totalmente presumível, visto que, diante dos interesses sociais e econômicos do país, o poder estatal poderia utilizar dessa dogmática penal para atender interesses diversos do que simplesmente combater o crime.

Embora haja decorrências desta teoria em nossas leis recentes, que visam punir de forma simbólica e mostrar uma resposta à sociedade, este modelo de política criminal, se analisado sob a ótica do princípio da dignidade humana, é inviável, tendo em vista que a missão do Direito Penal se perderia em razão de uma atuação totalmente violenta e de porte de guerra contra o criminoso, realizando um verdadeiro retrocesso para a sociedade, uma vez que o Estado atuaria de forma discricionária, fato inadmitido em um Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

Ao longo do exposto, percorremos o caminho dos direitos humanos a partir do movimento constitucionalista com a inclusão de direitos e princípios a serem seguidos pelos países atuais.

Mas, diante da sensação de insegurança que a sociedade atual apresenta, novas formas de controle social são criadas. E a teoria do Direito Penal do Inimigo veio ganhando espaço. Nessa ótica, reconhecemos a tese do Direito Penal do Inimigo, do alemão Günter Jakobs, segundo a qual os direitos e as garantias



individuais são negados aos cidadãos considerados perigosos pelo Estado.

Oculto neste problema está a incapacidade do Estado de promover a segurança, portanto o instituto do direito penal se apresenta falho diante das mudanças sociais ocorridas e, principalmente, em relação ao aumento desenfreado da criminalidade, que além de violenta, se manifesta também, por outros meios, chamados de novos riscos penais. Em razão disto, surgiram no âmbito jurídico novas políticas de controle social visando apresentar um modelo de atuação mais rigoroso e eficiente.

A política criminal do Direito Penal do Inimigo, se baseia, resumidamente, em uma flexibilização dos direitos e garantias fundamentais em relação aos indivíduos determinados como “inimigos” como forma de manter a validade da norma e restabelecer a paz social. Isto implica em uma divisão dentro do Direito Penal, com uma política criminal voltada para os indivíduos considerados “cidadãos” e outra voltada para o “inimigo”, que poderá ser punido até mesmo pelos atos preparatórios.

Todavia, essa teoria é considerada uma afronta aos princípios constitucionais como o da Dignidade da Pessoa Humana, Isonomia, Igualdade, e principalmente aos direitos humanos, pois não respeita o mínimo necessário para a vida em coletividade, além de não recuperar o agente considerado “inimigo” que comete crimes.

A partir do momento que essa teoria realiza uma divisão entre os indivíduos de uma sociedade, repartidos entre cidadãos e inimigos, não pode ser considerada justa.

Por fim, entende-se que o instituto penal deve sim buscar adequação de suas normas para com a realidade social, objetivando manter sua missão de controle social, seu poder coercitivo e punitivo, porém não deve adotar um modelo de atuação que afronte os direitos fundamentais dos indivíduos.



## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal da Sociedade de Risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016*. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_, Paulo César. *O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão*. IN: MUÑOZ CONDE, F. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CIRINO, Juarez dos Santos. *A criminologia da repressão*. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 1979
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral - v. 1*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

- JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional*. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do Inimigo*. 1ªed. Editora Juruá, 2008.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28/10/2017.
- SILVA, José Afonso da. *Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*.1998. Disponível em: <<file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Meus%20documentos/Downloads/47169-94073-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29/10/2017.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª edição rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013,
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SOUSA LIRA, Cláudio Rogério; CALLEGARI, André Luís. Direito Penal antiterror: necessidade de definição jurídico-penal para a tipificação de terrorismo no Brasil. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 710-745, set./dez. 2015. Disponível em:

<<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/3494/pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual De Direito Penal Brasileiro – Volume 1: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2012.

ZAIM, Miguel Juarez R. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <http://www.legocursos.com.br/artigos-detalle.php?id=5>. Acesso em 04 nov. 2017.