

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

ANA CAROLINA OLIVEIRA DE QUADROS

ANÁLISE AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

MARÍLIA

2014

ANA CAROLINA OLIVEIRA DE QUADROS

ANÁLISE AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Carlos Ricardo Fracasso

MARÍLIA

2014

QUADROS, Ana Carolina Oliveira de Quadros

Análise ao Direito Penal do Inimigo/ Ana Carolina Oliveira de Quadros; orientador: Prof. Dr. Carlos Ricardo Fracasso. Marília, SP: 2014.

51 páginas.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Democracia. 2. Inimigo. 3. Penal.

CDD:



Ana Carolina Oliveira de Quadros

RA: 46146-6

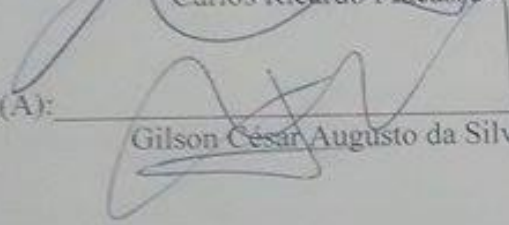
Análise ao Direito Penal do Inimigo

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R. para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 8,5

ORIENTADOR(A):  _____

Carlos Ricardo Fracasso

1º EXAMINADOR(A):  _____

Gilson César Augusto da Silva

2º EXAMINADOR(A): _____

Lucas Daniel Ferreira de Souza

Marília, 01 de dezembro de 2014.

Dedico esse trabalho a todos que me ajudaram a alcançar esta conquista, em especial a meu amigo Marcos Gomes Escobar e Dr. Orlando Machado da Silva Júnior, e também a todos que acreditam em um mundo melhor e que mantêm um ideal de Justiça, tendo como guia a Liberdade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço antes de mais nada a Deus, pois sem ele nada teria sido possível, aos meus pais: Paulo Rogério de Quadros e Denise Aparecida Oliveira de Quadros e irmãs: Ana Paula Oliveira de Quadros e Ana Flávia Oliveira de Quadros, por acreditarem em mim e por serem meus melhores amigos. Ao meu professor e orientador Carlos Ricardo Fracasso, pelas irretocáveis orientações no desenvolvimento desta monografia, pelos “puxões de orelha” e pelas inesquecíveis aulas de Prática Penal. No mais agradeço a todos meus amigos e companheiros que, de certa forma, me ajudaram nesta jornada, não poderei mencionar nomes para não cometer uma injustiça, pois são tantos e certamente me esqueceria de mencionar um ou outro.

“Não vos hei de pedir pedindo, senão protestando e argumentando, pois este é o direito e a razão de quem não pede favor, senão justiça”.

Pe. Antônio Vieira

QUADROS, Ana Carolina Oliveira de. **Análise ao Direito Penal do inimigo**. 2014. 52 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito)- Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

A presente monografia tem a finalidade de estudar a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo doutrinador alemão Günther Jakobs, apresentando sua definição, sua proposta de ordenamento jurídico-criminal, os antecedentes filosóficos que a ela se assemelham, o confronto do Direito Penal do Inimigo com o que se entende por Estado Democrático de Direito, demonstrar como essa teoria pode influenciar a sociedade contemporânea, o quão ela seria prejudicial caso tivesse a devida eficácia e delimitar as finalidades da pena, tanto na Teoria de Jakobs, como no Estado Democrático de Direito. Ainda demonstrar como tal teoria fere de maneira absurda os principais Princípios Constitucionais. Esse tema foi escolhido para evidenciar a importância da manutenção de um Estado Democrático de Direito que assegura a seus indivíduos garantias constitucionais e proteção aos direitos fundamentais e quão perigoso, injusto e abjeto seria se o Direito Penal do Inimigo conquistasse legitimidade dentro de qualquer ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Penal. Inimigo.

QUADROS, Ana Carolina Oliveira de. **Análise ao Direito Penal do inimigo**. 2014. 52 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito)- Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

ABSTRACT

This thesis aims to study the theory of the Criminal Law of the Enemy, designed by German theoretician Günther Jakobs, presenting its definition, its proposed legal and criminal system, the philosophical background that she resemble the clash of the Criminal Law enemy with what is meant by a democratic state, demonstrating how this theory can influence contemporary society, how it would be detrimental if it had the proper efficacy and define the purposes of punishment, both in theory Jakobs, as in the Democratic State right. Also demonstrate how such a theory hurts absurdly major Constitutional Principles. This theme was chosen to highlight the importance of maintaining a democratic state that ensures individuals their constitutional guarantees and protection of fundamental rights and how dangerous, unjust, abject would be if the Criminal Law of the Enemy conquered legitimacy within any legal system.

Keywords: Criminal Law. Enemy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Apud: Citado por; conforme.

D.C.: Depois de Cristo.

TSN: Tribunal de Segurança Nacional.

ONU: Organização das Nações Unidas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 - DO DIREITO PENAL DO INIMIGO (Teoria de Günther Jakobs).....	12
1.1 Características e fundamentos.....	12
1.2 Finalidade.....	18
1.3 Negativismo.....	21
1.4 Base filosófica.....	24
CAPÍTULO 2 - DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO AMEAÇA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	
2.1 Estado Democrático de Direito X Direito Penal do Inimigo.....	27
2.2 Finalidade da pena no Estado democrático de direito.....	30
2.3 Princípio da Intervenção Mínima do Estado X Direito Penal do Inimigo.....	33
2.4 Princípio da Intervenção Mínimo X Direito Penal do Inimigo.....	35
CAPÍTULO 3 - DIREITO PENAL DO INIMIGO NA PRÁTICA	38
3.1 O Direito Penal do Inimigo no Brasil.....	38
3.2 Direito Penal do Inimigo no mundo.....	42
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Esse trabalho é referente ao estudo do Direito Penal do inimigo, teoria defendida pelo doutrinador alemão Günther Jakobs desde 1985, e que vai contra o que se define por Estado Democrático de Direito.

Günther Jakobs faz distinção entre quem é considerado “cidadão” e quem é considerado “inimigo”, dentro de uma sociedade, sendo que aquele que for definido como inimigo não será considerado um sujeito de direito e, sim, um sujeito a ser combatido e segregado, deixando de possuir qualquer garantia jurídica ou processual penal. O autor cita como exemplo de inimigo os criminosos que atentam contra a ordem econômica, os terroristas, os líderes de organizações criminosas, e outras infrações penais que possam desestabilizar uma sociedade.

Ou seja, Jakobs defende a formação de duas categorias de Direito Penal, sendo uma aplicada aos cidadãos, que embora sejam pessoas que apresentem riscos a sociedade, o autor entende que não voltarão a delinquir, e os inimigos, que são aqueles que apresentam tal risco e grandes probabilidades de voltarem a delinquir novamente.

Pretende então com sua teoria, manter a paz na sociedade, fazendo com que os cidadãos sintam-se seguros e não com um sentimento de medo e impunidade.

Destarte este trabalho tem como objetivo a demonstração da impossibilidade da adoção de um Direito Penal voltado para o Inimigo em um Estado Democrático de Direito, onde devem ser observados e mantidos os princípios da Legalidade, da Humanidade, da Proporcionalidade, da Dignidade da Pessoa Humana bem como os Direitos Fundamentais e garantias constitucionais.

CAPÍTULO 1 – DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 Características e Fundamentos do Direito Penal do inimigo (Teoria de Günter Jakobs).

A Teoria do Direito Penal do inimigo surgiu em trabalho do doutrinador alemão Günter Jakobs, que foi demonstrada em 1985 numa palestra em Frankfurt, no Seminário sobre Direito Penal sendo que de início tal conceito recebeu pouca publicidade e conseqüentemente pouca, ou quase nenhuma, crítica. Porém em 1999, Jakobs empregou novamente o conceito de Direito Penal do inimigo, numa palestra na Conferência do Milênio em Berlim, sendo imediatamente criticado por todos os presentes, e em diversos países de língua portuguesa e espanhola (MORAES, 2008, p.181).

Mesmo que negativamente Jakobs enfim teria sido notado por sua teoria e assim conseguido grande repercussão. Porém seu pensamento exposto em 1985 não foi o mesmo que o proferido em 1999 na Conferência do Milênio em Berlim.

O discurso, que antes era de censura, reverte-se, em 1999, em defesa da criação de um Direito Penal destinado exclusivamente ao inimigo. O eminente autor citou que em muitos dispositivos alemães já havia indícios desta nova forma de aplicação do direito; destarte, a criação de um Direito Penal do Inimigo não seria ilegítima, visto que protegeria o Direito Penal tradicional – o destinado ao cidadão – de uma possível ‘contaminação’ (SILVA,2013).

Segundo Sánchez o conceito de inimigo da teoria de Jakobs, seria o seguinte:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização criminosa, 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 de penas (SÁNCHEZ, 2002, pag.149).

Para Günther Jakobs, o Direito Penal pode atuar, em relação ao inimigo, antes mesmo deste ter cometido qualquer infração, bastando ser perigoso para a sociedade, adotando-se, assim, a antecipação da tutela penal e o chamado Direito Penal do autor (MORAES, 2008, pag. 258-260).

Assim, afirma Jakobs que o “Direito penal do cidadão, mantém a vigência da norma. O Direito penal do inimigo (em sentido amplo) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.” (JAKOBS, 2007, p. 30).

Portanto o que se entende por Direito Penal do inimigo é que independentemente de o inimigo ter cometido um crime ou não ele já será considerado inimigo pelo simples fato de oferecer alguma periculosidade para a sociedade.

De tal forma entende Prado:

O Direito Penal do inimigo é um Direito Penal de *exceção*, feito regra. Trata-se de uma construção teórica fundamentada essencialmente na distinção entre *cidadãos* e *não-cidadãos* (ou inimigos) que, no âmbito dogmático, consiste na própria separação entre *pessoas* e *não-pessoas*, conduzindo à distinção entre dois pólos de regulação normativa penal, coexistentes no ordenamento jurídico: um dirigido ao cidadão e outro ao inimigo. Desse modo, de um lado, o Direito Penal do cidadão define e sanciona delitos cometidos por pessoas de forma *incidental*, ou seja, delitos que representam um abuso nas relações sociais de que participam. Assim, o cidadão oferece a chamada "segurança cognitiva mínima", ou seja, a garantia de que se submetem ao preceito normativo e, por isso, são chamados a restaurar a sua vigência por meio da imposição sancionatória. Por essa razão, esses indivíduos continuam a ser considerados *pessoas* e, portanto, *cidadãos* aptos a fruir de direitos e garantias assegurados a todos que partilhem desse *status*. O Direito Penal do inimigo, de seu turno, dirige-se a indivíduos que, por seu comportamento, externam uma pretensão de ruptura ou destruição da ordem normativa vigente e, portanto, perdem o *status* de pessoa e cidadão, submetendo-se a um verdadeiro Direito Penal de exceção, cujas sanções têm por finalidade primordial não mais a restauração da vigência normativa, mas assegurar a própria existência da sociedade em face desses indivíduos. O Direito Penal do inimigo tem como uma de suas marcantes características o combate a *perigos*, por isso representa, em muitos casos, uma antecipação de punibilidade, na qual o "inimigo" é interceptado em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade. Para ele, não é mais o homem (= pessoa de 'carne e osso') o centro de todo o Direito, mas sim o sistema, puramente sócionormativo (PRADO,2009).

De início, vale esclarecer, que o Direito Penal não deve ser utilizado para resolver todos os problemas sociais e sim alguns em específico, sendo que com políticas de autoritarismo e excesso de severidade em algumas leis, os problemas podem em tese intensificarem-se.

O Direito Penal do inimigo é uma proposta jurídica onde o Estado confronta não apenas os seus cidadãos, mas tão somente seus inimigos (aqueles que não se encontram em nosso sistema normativo), punindo-os severamente, ou em alguns casos, até antecipando a sua punição, restringindo totalmente sua liberdade de agir, advinda de sua presunção de inocência e tirando deles diversas garantias e direitos fundamentais.

Como já dito anteriormente o Direito Penal do inimigo não está diretamente ligado ao crime praticado, mas sim a periculosidade deste “inimigo” e seu contato com o meio, sendo que assim seu tratamento deve ser diferenciado, assim como sustenta Marcelo Xavier afirma que:

[...] Jakobs estrutura sua teoria na opção do indivíduo de não se submeter ao sistema normativo, decidindo por uma ruptura com o contrato social de modo que, não se submetendo ao sistema, a este não pertence. A consequência é que as normas do sistema não se aplicam ao “dissidente”, aplicando-se outras. Aquele que não é fiel ao sistema, rejeitando-o por total, não é pessoa, pelo contrario, é uma “não pessoa”, ou seja, o conceito puramente normativo de dignidade humana leva a classificar pessoas e “não pessoas”. Estes representam um perigo aos demais, justificando-se o tratamento diferenciado a ele dispensado. (CRESPO, 2009)

Para Jakobs, quem possui as características de um “inimigo” deve ser considerado uma “não pessoa” (um perigo social que deve ser neutralizado), devendo desta forma ser tratado como um verdadeiro inimigo do Estado, criando assim uma divisão dentro do Direito, diferenciando o Direito Penal do cidadão comum e o Direito Penal do inimigo. Essa divisão para muitos é inviável e do ponto de vista constitucional e normativo (ZAFFARONI, 2007, p.18).

Encontra-se portanto a seguinte definição para inimigos;

Quem seriam as ervas daninhas da sociedade atual? Ou em outras palavras quem seria, se for possível admiti-lo, o inimigo? Entendemos que seria aquele ao qual as chamadas legislações de emergência são destinadas *indiretamente*, que se tornaram mais visíveis após crimes de destruição maciça e indiscriminada ocorridos em 11.09.2001. Falamos em uma destinação indireta ou mediata à medida que compreendemos como destinatários diretos ou imediatos das referidas leis emergenciais à própria população (COSTA, 2012, p.05).

Ou seja, Jakobs causa grande polêmica com sua teoria, causando uma grande sensação de que o Direito Penal do inimigo seria uma teoria um tanto injusta, pois divide a população, formando dois tipos de Direito Penal.

Como já citado em um primeiro momento (1985), houve poucas as críticas a essa teoria e foi discutido mais o aspecto dogmático entre o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal do cidadão. Porém em um segundo instante, surgiram inúmeras críticas referentes à obscuridade de tal teoria. Apenas com as manifestações de 1999, as críticas começaram a surgir na Alemanha e em diversos países.

Assim o desenvolvimento de tal teoria se dá pela diferenciação entre as pessoas, ou seja, as que se inserem adequadamente na sociedade, as pessoas “de bem”, que cumprem as leis vigentes, estão conscientes de seus deveres e obrigações dentro da sociedade, fazendo com que esta prospere e os inimigos, que são pessoas ou grupos que não cumprem as leis, que são perigosas e que por isso devem ter um tratamento diferenciado na sociedade, sendo estas classificadas como verdadeiros inimigos do povo e da sociedade.

Desta forma afirma Eugenio Raul Zaffaroni:

[...] O sendo comum mais elementar indica que a limitação dos direitos de todos os cidadãos para conter o poder punitivo que se exerce sobre estes mesmos cidadãos não pode ser eficaz. A admissão resignada de um tratamento penal diferenciado para um grupo de autores ou criminosos graves não pode ser eficaz para conter o avanço do atual autoritarismo cool no mundo, entre outras razões porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos ab initio quem são essas pessoas. O poder seletivo está sempre nas mãos de agências que o empregam segundo interesses conjunturais e o usam também com outros objetivos. [...] Consequentemente, o que está efetivamente em discussão é saber se os direitos dos cidadãos podem ser diminuídos para individualizar os inimigos, ou seja, passa-se a se discutir algo

diferente da própria eficácia da proposta de contenção. [...] Caso se legitime essa ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isso ocorrer, o Estado de direito terá sido abolido (ZAFFARONI, 2007, p. 191-192).

Tais inimigos seriam, portanto os personagens principais de certos tipos penais, certos crimes, que geram a insegurança pública, podendo levar uma sociedade ao caos. Seriam então os crimes contra a ordem econômica, os crimes sexuais, os traficantes, os homicidas, os terroristas e participantes do crime organizado (MACHADO, 2009, p.112).

Ou seja, não são levados em consideração os motivos nem as circunstâncias de tais crimes, e tão somente o seu perigo em abstrato, analisando genericamente cada crime. Trata-se de um tratamento desigual e desumano.

Ainda vale salientar que para ser autor de qualquer um dos crimes acima citados, o sujeito deve ter efetivamente praticado, como preceitua o art 4º do Código Penal brasileiro, “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Porém, de acordo com a Teoria do Direito Penal do inimigo, para evitar o dano futuro, seria preciso utilizar-se da prevenção, sendo que se deve caracterizar previamente os possíveis Inimigos, e assim os “excluir” da sociedade (NEUMANN, 2007, p. 159-1161).

Por tal motivo ele acredita que os inimigos sejam tratados de forma diferenciada, assim como sustenta Luis Flavio Gomes:

Como devem ser tratados os inimigos? o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ‘ainda que de modo juridicamente ordenado. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas) (GOMES, 2004, p. 02).

Ao analisar tal pensamento vemos que o mesmo vai contra o princípio constitucional da presunção de inocência que através de norma constitucional, segundo o ordenamento brasileiro preceitua no inciso LVII do artigo 5º que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Também contraria de forma drástica o princípio *in dubio pro reo*, que se encontra implícito no artigo 386 inciso II do Código de Processo Penal: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

Assim Jakobs defende pela prevenção do crime através da antecipação da punibilidade, e também o aumento de penas e sua aplicação mais severa, a eliminação de diversas garantias constitucionais e processuais do Inimigo como forma de neutralizá-lo e assim garantir a paz social. (MORAES, 2008, p.196)

Assim o que diferenciaria o inimigo e um cidadão comum é não só o fato de ele ter cometido o crime, como também seu comportamento social, ou seja, o inimigo é aquele que de alguma forma se distancia, por algum motivo, das normas jurídicas.

Jakobs e Meliá fazem referência a Rousseau, Hobbes e Fichte para afirmar que ‘o *status* de cidadão, não necessariamente, é algo que se possa perder’, dando especial destaque aos chamados ‘crimes de alta traição’, nos quais o indivíduo se volta contra o Estado e o obriga. Nesta senda concluem: ‘Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa’ (CABETE, apud JAKOBS e MELIÁ, 2013, p.60).

Afirma Jakobs que “o Estado moderno vê no autor de um fato normal, não um inimigo que deve ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que mediante sua conduta infringiu a vigência da norma e que por isso é chamada a equilibrar o dano à vigência da norma.” (JAKOBS, 2003, p.35).

Como analisado, o Cidadão Comum, pode também ser o autor de ilícitos penais segundo esta teoria, porém, diferente do inimigo, o cidadão teria consciência do ilícito que cometeu, sendo assim possível reparar seu dano e retratar-se, e voltar novamente a agir de acordo com as normas jurídicas, mantendo a sociedade “equilibrada” e próspera.

De acordo com o jurista Luiz Flávio Gomes, as características do Direito Penal do inimigo são:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade (GOMES,2004).

Paulo Queiroz sustenta quais são as diferenças entre cidadão e inimigo:

a) o inimigo não é pessoa, mas inimigo (não pessoa), logo a relação que com ele se estabelece não é de direito, mas de coação, de guerra; b) o direito penal do cidadão tem por finalidade manter a vigência da norma; o direito penal do inimigo, o combate de perigos; c) o direito penal do cidadão reage por meio de penas; o direito penal do inimigo por meio de medidas de segurança; d) o direito penal do cidadão trabalha com um direito penal do fato; o direito penal do inimigo, com um direito penal do autor; e) por isso, o direito penal do cidadão pune fatos criminosos; o direito penal do inimigo, a periculosidade do agente; f) o direito penal do cidadão é essencialmenterepressivo, o direito penal do inimigo, essencialmente preventivo; g) por essa razão, o direito penal do cidadão deve se ocupar, como regra, de condutas consumadas ou tentadas (direito penal do dano), ao passo que o direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal, para punir atos preparatórios (direito penal do perigo); h) o direito penal do cidadão é um direito de garantias; o direito penal do inimigo, um direito antigarantista (QUEIROZ, 2005, P.45).

O que Jakobs espera com sua teoria é “manter a ordem”, ou seja, punir os inimigos até mesmo antes de eles terem cometido o fato delituoso, punindo de maneira repressiva, opressiva e severa. E desta forma dividir a sociedade em cidadãos comuns e

inimigos, sendo esta segunda categoria recriminada apenas por seu perigo abstrato e não por seu perigo concreto ou pelo crime praticado.

1.2 Finalidade do Direito Penal do inimigo

Segundo Luiz Flavio Gomes, as principais características do Direito Penal do inimigo para Jakobs são:

(a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.) (GOMES,2004).

Desta forma sua intenção seria que o Direito Penal fosse dividido em dois, o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo, tendo que haver dois ordenamentos distintos, sendo um mais severo que o outro.

De acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquentes ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa

que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia (GOMES, 2004).

Para Jakobs então o Direito Penal não seria tão somente com a finalidade de proteger bens jurídicos, seria, portanto, uma medida extrema de prevenção, onde mesmo não havendo bem jurídico a ser tutelado o Estado deva agir.

Desta forma, entende que o Direito Penal seria um instrumento público a serviço do Estado e não uma medida que deveria ser tomada em último caso, quando os demais ramos do Direito não pudessem atuar.

Fica claro o caráter desumano, já que, ao cidadão comum estaria reservado todas as garantias penais e processuais comum, porém para o inimigo, tais garantias seriam abrandadas ou até abolidas, e esta abolição de garantias se daria ao fato de que o inimigo seria alguém que, constitutivamente, em seu ser e pensar, não se predispõe, ou melhor, se opõe deliberadamente a toda ordem jurídica vigente (CABETTE, 2013, p.60).

Assim de alguma forma deixa de haver a proteção aos direitos humanos, tornando um direito injusto e preconceituoso.

Yuri Frederico Dutra, sustenta de tal forma:

Para Jakobs a primordial função do direito penal seria a proteção da norma e, portanto, da sociedade, e só indiretamente a proteção de bens jurídicos. Explica o doutrinador alemão que não é possível obter a pacificação social através do direito penal tradicional, sendo indispensável o direito penal da exceção, que se obstina em restabelecer e proteger a norma jurídica. Ainda, continua explanando que não denomina o criminoso como pessoa, posto que os transgressores justifiquem sofrer maior rigor na punição e execução da pena como forma de mantê-los fora da sociedade sem ter vistas à ressocialização ou reinserção social (LEITE apud DUTRA, 2013).

No mesmo sentido:

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o direito penal do inimigo, desconsiderando-se as contrariedades internas da teoria é uma proposta voltada a impedir a *destruição* do ordenamento jurídico (concepção funcionalista) e, conseqüentemente, da sociedade. É uma teoria concebida como resposta à criminalidade que, em razão do seu teor ofensivo, põe em risco as estruturas sociais (MORAES, 2008, p.

09)

Aparentemente a intenção de Jakobs é separar os inimigos dos cidadãos, e desta forma conseguir manter a ordem, ou seja, dar a sociedade a garantia de que “as fontes do perigo” (os inimigos) estarão sob domínio e cuidado do Estado, dando desta forma, uma “tranquilidade” aos cidadãos.

Ou seja, ao tratar os inimigos de forma diferenciada ele acredita que conseguirá conter a criminalidade de maneira mais eficaz, seria uma possibilidade de o Estado evitar, punindo antes mesmo da prática do crime, o suposto infrator. Sendo assim o Estado aplicaria uma “medida de segurança” e não uma pena.

1.3 Negativismo da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

A Teoria do Direito Penal do inimigo teve e ainda tem vários críticos, tanto por parte dos estudiosos de direito, filosofia, sociologia, etc, como também por parte de pessoas totalmente leigas. Até porque, afirmar que o Estado não possui o dever de respeitar os seres humanos é um choque para qualquer cidadão.

Afastando qualquer dúvida que possa existir, é preciso dizer que, num Estado em que se protejam os direitos fundamentais, a tese da existência de um direito penal para punir o inimigo, ao lado de um direito penal para punir o cidadão, é completamente absurda. Não se pode de maneira alguma concordar com um direito que apenas negue direitos, isso é concordar com o totalitarismo, é abolir o controle social, mesmo que falho, e instituir a opressão, em que serão inimigos todos aqueles que quiserem os donos do poder (SIQUEIRA, 2010, p. 06).

Por isso vê-se em vários textos a comparação desta Teoria com o nazismo, fascismo ou comunismo, já que foram épocas onde a dignidade da pessoa humana em nada foi respeitada.

Afinal, o direito penal do inimigo é, já por definição, aquele que se pune sem reconhecer o limite de que o homem é um fim em si mesmo, mas sim atendendo unicamente às necessidades de prevenção de novos delitos de parte daquele que é considerado perigoso. A afirmativa de Jakobs, de que ainda assim não é possível fazer com o inimigo o que se bem quiser, pois ele seria dotado de ‘personalidade potencial’, de modo que não seria permitido ultrapassar a medida do necessário, não é uma solução, mas justamente o problema. Afinal, quem é tratado apenas segundo considerações de utilidade e necessidade não é uma pessoa, e sim uma coisa. Aqui seria tão impossível falar em limites morais absolutos quanto o é no trato com quaisquer objetos do direito das coisas, entre os quais o autor foi claramente jogado (GRECO, 2005, p. 100).

Nesta citação da Revista Brasileira de Ciências Criminais, fica claro o pavor que se tem ao tentar entender como de fato, funcionaria, caso esta teoria fosse realmente aplicada na prática.

Não se é possível identificar se seria uma prevenção geral negativa ou uma intimidação por parte do Estado, porém, qualquer uma dessas seria intolerante e nada humanitária.

Afinal, a palavra inimigo é tão carregada valorativamente, que parece muito difícil empregá-la apenas para descrever. A mera utilização da palavra já parece criar automaticamente divisões e polarizações, que começam a envolver até mesmo aquele que supostamente descreve em sua irresistível dinâmica. De modo quase que natural, vê-se aquele que acaba de utilizá-la forçado ou a legitimar a atribuição da qualidade de inimigo, ou a denunciá-la criticamente. Por isso não podemos estar surpresos como o fato de que Jakobs, apesar de repetir que esta apenas descrevendo, na verdade, seja entendido por quase todos como alguém que esteja já legitimando. (GRECO, 2005, p. 103).

Ou seja, mesmo que a palavra inimigo seja sempre utilizada por nós, até mesmo no cotidiano, no caso em questão é diferente, seja por se tratar de direito penal, no qual somos diretamente interessados, ou por se tratar de dignidade da vida humana.

Também os crimes e as penas não são fenômenos que não podemos observar de longe, pois nos interessa diretamente como cidadãos, já que ninguém quer ser vítima

de crime, ser injustamente acusado de um, ou até mesmo quando o pratica não quer ser acusado de forma mais grave apenas pelo seu papel na sociedade.

Desta forma nota-se que Jakobs não consegue se colocar no lugar do inimigo, mas tão somente no lugar da vítima, isso fica nítido em seu livro quando ele afirma:

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, 2007, p. 49).

Devemos analisar que quem vê o criminoso como inimigo não o reconhece como pessoa, mas se coliga ao autoritarismo e se torna seu orador.

Em uma crítica ao Direito Penal do inimigo, [Saulo Henrique Silva Caldas](#) afirma o seguinte:

Mas, *mutatis mutandis*, se ‘bandido bom é bandido morto’, e se ‘direitos humanos é para humanos direitos’, o que dirão os justiceiros sociais que deflagram essa frase nos fóruns, nas esquinas, nos sites de relacionamento, com relação àqueles ‘bandidos’ como:

- 1) Robin Hood —que roubava dos ricos opressores, desafiava as autoridades constituídas, e dava para os pobres marginalizados?
- 2) Troy Anthony Davis —um negro acusado de assassinar um policial ‘branco’, no Texas, e que apesar de “sérias dúvidas” sobre a procedência das acusações foi condenado à morte e executado em novembro de 2011, após densa luta internacional contra a aplicação dessa pena irreversível? Possivelmente, foi vítima de um sistema judicial corrompido por questões raciais e étnicas;
- 3) Joana d'Arc —marginalizada e condenada à morte na fogueira, na época dos grandes suplícios públicos, ela foi acusada de heresia e assassinato, além de sequer ter direito de ir se defender durante dez sessões de julgamento. Além disso, foi presa em uma cela escura e vigiada severamente por vários soldados. Séculos mais tarde, a história lhe fez justiça, mas Joanna era, em seus dias, ‘bandida boa, bandida morta’, sem ‘direitos humanos’ porque ‘não era uma humana direita’ aos olhos de seus algozes.
- 4) Jesus Cristo e o apóstolo Paulo —sem mais delongas, foram considerados promotores de sedições perante o Império Romano. Em seus dias, experimentaram açoites e prisões severas, torturas delirantes, e a pecha de ‘bandido bom, bandido morto’, sem direitos humanos porque não foram considerados pela sociedade de sua época, e nem pelas autoridades, como ‘humanos direitos’. Séculos depois, a história lhes fez justiça.
- 5) Os Judeus na Alemanha —foram considerados ‘bandidos’ pela

doutrina nacional socialista, que lançou as bases do ‘Direito Penal do Inimigo’, fomentando no coração da sociedade alemã que toda miséria, tragédia social, violência, desemprego etc advinha da má influência dos judeus no Estado Alemão. Logo após, baixaram-se leis (‘Leis de Nuremberg’, 1935 d.C) considerando que ‘judeus’ não eram ‘cidadãos’ e não podiam receber atendimento médico em hospitais públicos. Portanto, não tinham ‘direitos humanos’, pois não eram considerados ‘humanos’ pela gente daquele Estado (CALDAS, 2012).

As críticas ao Direito Penal do inimigo são incontáveis, já que são totalmente em desfavor a uma grande parte de princípios constitucionais que foram conquistados ao passar dos tempos, com muitas lutas.

Além disso, percebemos que ao possuir o *status* de cidadão, a pessoa não está em uma situação normal de um ser humano, mas sim gozando de um benefício, uma concessão do Estado, sendo assim, você não nasce com o direito de ser cidadão, o Estado que decide se você é um ou se enquadra entre os inimigos. Assim não se trata apenas de um direito desumanizador mediante um adestramento de conduta, mas uma invasão total do ser humano, de seus pensamentos, idéias e sentimentos (CABETE, 2013, p.60).

Luís Greco tem a seguinte conclusão a respeito do Direito Penal do inimigo:

Com isso chegamos ao resultado de que o conceito de direito penal do inimigo não pode pretender um lugar na ciência do direito penal. Então não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador-afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário (GRECO, 2005, p. 112).

Desta forma vemos clara a posição dos estudiosos a respeito desta teoria, que podemos considerar desumana e autoritária.

1.4 Base filosófica

É de se observar que a base filosófica de Jakobs se encontra nas obras de Rousseau e Fichte principalmente quando define como inimigo aquele que rompe com o contrato social, e o criminoso por não se adaptar á sociedade pode ter sua qualidade e direitos de cidadão suprimidos (DUTRA, 2013, p. 08).

Contudo quando analisamos o pensamento de alguns filósofos nota-se que o conceito inicial do Direito Penal do inimigo, proposto por Jakobs, já foi citado e descrito por eles de alguma forma.

Rousseau define os “inimigos” como sendo alguns delinquentes, distinguindo-os de cidadãos e negando-lhes a condição de cidadão comum por serem desprovidos de moral. Afirmava ele que:

[...] todo malfeitor, ao atacar o direito social, converte-se com seus delitos em rebelde e traidor da pátria; deixa de ser membro dela ao violar suas leis, e até a combate. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se mata o culpado, isso é feito em razão de sua condição de inimigo, e não de cidadão. Os procedimentos, o juízo, são as provas e a declaração de que rompeu o pacto social e de que, por conseguinte, já não é membro do Estado. Pois bem, como ele se reconheceu como tal, ao menos no que concerne à resistência deve ser separado daquele mediante o desterro, como infrator do pacto, ou mediante a morte, como inimigo público; porque um inimigo assim não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito de guerra consiste em matar o vencido (MARTÍN, 2007, p.98).

Porém há diferenças evidentes no pensamento e na distinção que cada um dos filósofos fazem sobre o tema, enquanto Rousseau distingue o criminoso que tende a ser o Inimigo, e estabelece que o Cidadão seria aquele que respeita as normas vigentes, Hobbes e Kant afirmam que o termo inimigo deveria ser utilizado para caracterizar apenas autores de delitos graves, sendo assim, um mero delinquentes poderia fazer parte da categoria de cidadão, sendo responsabilizado por seus danos, e por isso fazendo parte da esfera de cidadãos (GREGO, 2004, p.19).

O que mais se aproxima da teoria atual do Direito Penal do inimigo seria Hobbes ao definir inimigo como aqueles que ainda encontram-se no estado de natureza, pois nesse estado, a própria existência humana, encontra-se em constante perigo pois não há devida limitação a sua liberdade e um ordenamento jurídico. Para constituírem uma sociedade coesa e sair desse estado precário de natureza, os homens devem firmar o contrato social, um Estado com suas normas e limitações e todos aqueles que fazem parte desse pacto e formam a sociedade seriam os cidadãos que substituíram as leis naturais, pelas leis da razão (RIBEIRO, 2006, p. 57-60).

Kant também possui pensamentos os quais caracterizam alguns sujeitos como inimigos ao preceituar que:

[...] Podem ser considerados inimigos aqueles que, ou não tenham entrado no estado civil-legal ou o tenham abandonado, e, desse modo, permanecem no estado de natureza ou regressam a ele. O estado de natureza representa uma constante ameaça; é um estado de periculosidade do indivíduo que se encontra nele porque não oferece aos demais a suficiente segurança cognitiva de um comportamento pessoal. O simples fato de um homem se encontrar no estado de natureza o converte em inimigo, e isso é suficiente para legitimar a hostilidade contra ele, mesmo quando não tenha realizado uma lesão de fato, pois a mera omissão de hostilidade ainda não é garantia de paz (MARTÍN, 2007, p. 101).

Kant também diferencia cidadãos e inimigos quando refere-se à Paz Perpétua, afirmando a obrigação que ao homem é feita de situar-se num Estado de Paz, e que o sujeito que preferir estabelecer-se abaixo das leis de uma sociedade, ameaçando assim a convivência próspera entre as pessoas, deveria ser tratado como inimigo (ANDRADE, 2006, p. 62-64).

Ou seja, de certa forma, muitos filósofos, em algum momento, já citaram ou destacaram a teoria do Direito Penal do inimigo, seja elogiando, criticando ou apenas analisando o pensamento de Jakobs.

Desta forma é possível notar que a filosofia está sempre presente no direito, inclusive no direito penal, onde estamos diretamente falando de seres humanos e seus comportamentos em sociedade, no caso da teoria de Jakobs, estamos ligado diretamente a estrutura deste ser humano, não apenas a seu comportamento.

CAPÍTULO 2 - DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO AMEAÇA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

2.1 Estado Democrático de Direito X Direito Penal do inimigo.

O chamado Estado Democrático é de tal forma definido:

O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito (SANTOS, 2014).

Assim sendo, afirma Ivan Amorin:

O Estado deve ser não só criador, mas também servidor da lei. Isso significa que não devem governar os homens: devem governar as leis! 'A government of laws and not of men', proclama o art.30 da Constituição de Massachusetts de 1780. O Estado submetido ao próprio direito foi denominado Rechtsstaat (Estado de Direito), segundo o termo cunhado na Alemanha nas primeiras décadas do século XIX. O termo indica a oposição entre o Estado submetido ao direito positivo, no intuito de garantir aos indivíduos seus direitos (AMORIN,2011).

Ou seja, Estado Democrático de Direito privilegia totalmente a liberdade dos indivíduos na medida em que eles respeitem os Direitos fixados por cada Estado, cumprindo com suas obrigações e possuindo as garantias individuais que são tuteladas pelo Direito.

Todos os indivíduos se submetem a soberania do Estado, porém existem aqueles indivíduos que não se submetem as regras do Estado, e são esses indivíduos que Jakobs intitula de Inimigos, ou seja, aqueles que não cumprem os requisitos mínimos para serem considerados Cidadãos inseridos num ordenamento jurídico, devem ser

excluídos da sociedade por representarem perigo e risco aos demais cidadãos que se inserem no ordenamento jurídico (MENDES, 2011 apud JAKOBS, 2004, p. 46-68).

É notório que o Direito Penal do inimigo, e a divisão entre cidadãos e inimigos é contrária ao conceito e fundamentos do Estado Democrático de Direito, pois exclui as pessoas consideradas inimigas do Estado, rotulando e segregando, e desta forma eliminando suas garantias individuais e cerceando seus Direitos Fundamentais.

A princípio, instaurar esse sistema (Teoria do Direito Penal do inimigo), seria garantia essencial para o Direito Penal do Cidadão prosperar.

Neste contexto, não resta dúvida de que a possibilidade de constituição de um Direito Penal do Inimigo se afigura terrível ‘ameaça para os princípios e garantias do Estado de Direito’, uma vez que qualquer Direito Penal que se pretenda democrático ou aceitável no contexto de um Estado de Direito deve tratar todo homem como pessoa responsável, e não pode ser lícito nenhum ordenamento que estabeleça regras ou procedimentos de negação objetiva da dignidade do ser humano, sob hipótese alguma (COBETTE, apud CONDE, 2013, p. 60).

De acordo com o significado do Estado Democrático de Direito, independente do grau de ilicitude que uma pessoa apresenta, do tipo penal a ela inserida e dos crimes que ela comete ou cometerá, ninguém pode ser taxado de inimigo, e ser assim excluído do Sistema Jurídico, tendo suas liberdades restringidas e garantias arrancadas, por isso o Direito Penal do inimigo conflitua com o Estado Democrático de Direito, pois nele, as garantias e direitos individuais estender-se-ão a todos os indivíduos, indistintamente.

O pensamento de Günter Jakobs vai contra os princípios e garantias estabelecidas na Constituição da República, pois o Estado Democrático de Direito tem como base vários princípios extremamente importantes, sendo assim, um indivíduo não deve ser tratado como inimigo do Estado suprimindo-lhe garantias, sendo tratado como um animal selvagem sem direito a ampla defesa e ao devido processo legal.

Torna-se claro, portanto, que em um Estado Democrático de Direito, deve-se sempre preservar e proteger todas as garantias que foram, ao logo dos tempos, adquiridas pelos cidadãos. Analisando-se o tema sob o ponto de vista constitucional, a dignidade da pessoa humana é fundamento de um Estado Democrático de Direito e está disposta expressamente no artigo 1º, III e no artigo 5º, caput e X. Com isso

verifica-se que a utilização do Direito Penal do inimigo viola, além dos direitos fundamentais, os princípios penais e processuais penais constitucionais garantidores de um Estado Democrático de Direito. No entanto, há casos de uso das ideias de Günther Jakobs no Brasil, mesmo que de maneira velada (KINJO FILHO, 2013).

Encontramos uma classificação do Estado Democrático de Direito que demonstra o quanto ele é importante para todo e qualquer cidadão.

O Estado de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno (AMORIN, 2011).

Os Direitos Fundamentais consistem em uma conquista da humanidade, que deve ser protegida, promovida e até melhorada pelo Estado. Seria um retrocesso a mitigação dos Direitos Fundamentais simplesmente com o objetivo de punir mais facilmente aqueles que violarem as leis. Agindo dessa forma, cria-se um verdadeiro estado de polícia que é incompatível com o Estado de Direito.

Desta forma, a respeito dos Direitos Fundamentais, discorre o Dr. Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira:

O tratamento diferenciado dado pela doutrina de Jakobs ao inimigo choca-se com o princípio da presunção de inocência, pelo que o acusado só será considerado culpado quando contra ele pesar uma sentença condenatória definitiva. Portanto, a presunção de inocência é impedimento a que a liberdade de certo indivíduo seja restringida até que se tenha certeza de sua responsabilidade, salvo em caso de situações excepcionais (por exemplo, prisão preventiva e prisão temporária). Gustavo Badaró destaca, aliás, que "o princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana". Desse modo, é de se dizer que o desrespeito ao princípio da presunção de inocência anda de mãos dadas com o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Eduardo Ferrari, no mesmo sentido, observa: "De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, nenhum cidadão pode ser sancionado desnecessária ou ilimitadamente, devendo haver restrições temporais máximas quanto à sua punição, respeitando-se o homem e seus atributos no instante da enunciação e aplicação dos preceitos primários bem como das sanções penais". Assim, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio máximo do Estado Democrático de Direito, deve ser sempre respeitada, sob a possibilidade de que, se o poder estatal não a respeitar, seja nula qualquer condenação, a tomar

por base o brocardo *nulla poena sine humanitate* (SIQUEIRA, 2010, p.10). (grifos nossos).

A lógica adotada pela teoria em estudo faz com que ocorram excessos por parte do Estado, levando-se a uma conjuntura de extrema injustiça, o que acaba por destruir a maior parte de nossos princípios vigentes, colocando em risco o Estado Democrático de Direito.

Conclui-se que o Direito Penal do inimigo é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que o *jus puniendi* do Estado não pode ser exercido de forma discricionária, encontrando seus limites nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, preservando-se, assim, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2.2 Finalidade da pena no Estado Democrático de Direito.

A prisão, hoje em dia, é uma forma eficaz de controlar a criminalidade, sendo assim, vista como uma pena, imposta a pessoa que cometeu um crime, sendo considerada perigosa, devendo ali permanecer até que tenha se ressocializado, ou seja, até que esteja novamente apta a conviver em sociedade.

Desta forma explica:

Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares (JÚNIOR, 2006, p.164).

Por conta disto, as prisões devem proporcionar aos detentos estudos, trabalhos internos, profissionalizações, entre outras atividades, que ensinem a eles um padrão mínimo para se viver em sociedade de forma organizada.

Muito embora o propósito do cárcere seja, de certa forma, na teoria, eficiente, não se pode desconsiderar que na prática isso não chega perto de virar realidade em nosso país.

As prisões, atualmente, têm em suas populações, facções criminosas, as quais contam com diversos tipos de personalidades, criminosos que cometeram diversos delitos de maior ou menor potencial ofensivo, onde estes muitas vezes se misturam, dividem celas, sem a menor diferenciação do grau de periculosidade do delito cometido.

Jakobs nos ensina sobre as prisões, porém, salvo melhor juízo, de maneira equivocada que:

Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade, Um exemplo do primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo, um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por atrás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a corresponde ao autor de uma tentativa de homicídio,³⁶ já quando funda a associação ou leva a cabo as atividades dentro destas, isto é, eventualmente anos antes de um fato previsto com maior ou menor imprecisão. Materialmente é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina pena (JAKOBS, 2007, p. 37).

Portanto concluímos que não é nada razoável colocar criminosos de menor potencial ofensivo, que talvez nem fossem para estar detidos e apenas cumprindo alguma pena restritiva de direitos, mas que se encontram “enjaulados” apenas pelo fato de serem apresentados como inimigos da sociedade, junto com criminosos altamente perigosos e talvez sem nenhuma chance de ressocialização.

De fato isso seria além de injusto, uma maneira nada eficaz de ressocialização, já que o meio em que iriam estar não seria nada propício para tal.

Desta forma estaria violando a finalidade das prisões, que é a de ressocialização do criminoso para novo convívio em sociedade.

Segundo Foucault, as prisões tem o fim:

Em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação — que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício — até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em ‘mil mortes’ e obtendo, antes de cessar a existência, *themostexquisite agonies* (FOUCAULT, 1987, p. 34).

Com efeito, “o suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas”, bem como, Foucault também nos ensina: “a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle.” (FOUCAULT, 1987, p. 34).

Neste diapasão, temos que nos excessos dos suplícios, neste caso, de pena, se investe toda a economia do poder. Nota-se, portanto, que tal processo incriminador acontecia de modo clandestino, com a ocultação dos fatos tanto a coletividade quanto ao sujeito acusado, o que para Jakobs, seria o inimigo.

“O processo se desenrolava sem ele ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação” (FOUCAULT, 1987, p. 35).

Destarte, ao suposto criminoso, era vedado o direito de defesa, o conhecimento ou identificação dos seus denunciadores, o acesso aos autos e documentos do processo, no que se referia à acusação, a possibilidade de ver-se assistido por um advogado, mesmo que dativo, e o consubstanciasse ampla defesa técnica na defesa da imputação incriminadora.

E ao julgador, contudo, cabia-lhe o poder para acatar todos os tipos de acusações, mesmo as anônimas, interrogá-lo de forma meticulosa e insinuosas.

Ele constituía sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta, sob a forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovavam; só encontravam o acusado uma vez para

interrogá-lo antes de dar a sentença. A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo (FOUCAULT, 1987, p. 36).

João Marcel Araujo de Souza, nos ensina sobre Foucault no que se refere as prisões.

Para o autor, a prisão é a única que surge como a mais eficaz forma de punição, sendo o melhor meio de castigar um indivíduo.

Sendo regida por três princípios: o isolamento, o trabalho e a duração do castigo.

Embora tenha sido considerada como um grande fracasso, a prisão judiciária hoje em dia é tida como a principal forma de punir. Os princípios constitucionais do direito de punir são conhecidos há anos, porém nunca demonstrou certa eficácia. Mesmo com o trabalho, a progressão de pena, a divisão dos presos de acordo com a gravidade do crime, a prisão ainda continua sendo o mesmo sistema falho que é. O objetivo do estabelecimento prisional nunca foi ressocializar o indivíduo e sim promover a manutenção da criminalidade, aumentando a produção de crimes nas classes mais inferiores. A prisão em si não passa de uma reles instituição falida, sem mesmo conseguir cumprir seu principal dever (SOUZA, 2011).

Diante do exposto é evidente que no que refere-se a um Estado Democrático de Direito, em tese, a pena possui a finalidade ressocializadora, restaurativa, onde o indivíduo possa reestruturar-se após ter cumprido a pena a ele estabelecida. A pena com o intuito de restaurar os valores perdidos do criminoso, para que ele tenha a opção de reintegrar-se na sociedade da melhor maneira possível.

Se a finalidade da pena seguir os parâmetros propostos por Günther Jakobs, esse indivíduo que cometeu o delito será tratado de tal forma, que dificilmente ele conseguirá obter uma nova chance de reintegração social, e será realmente segregado do meio social.

E desta forma realmente se tornará um Inimigo, porém um inimigo que o próprio Estado fez.

2.3 Princípio da Individualização da Pena X Direito Penal do Inimigo.

Assim também vale ressaltar o que o artigo 59 do Código Penal nos garante:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Desta forma fica evidente que a teoria de Jakobs fere agressivamente tal princípio, onde só há que se falar em duas categorias de pessoas, os cidadãos e os inimigos, violando tal artigo, fazendo um julgamento sem levar em conta nada do que é definido em lei.

Segundo Guilherme de Souza Nucci;

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto. A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como se pensante adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve á pena pré-estabelicida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida injusto (NUCCI, 2013, p.38).

Também nossa Constituição Federal assim define:

O processo individualizador da pena deveria desdobrar-se em três etapas: na primeira o juiz fixa a pena de acordo com as circunstâncias judiciais, na segunda leva-se em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes legais e na terceira as causas de aumento ou de diminuição de pena. Esse é o sistema que deverá ser respeitado pelo juiz ao calcular a pena imposta ao réu na sentença condenatória, em atenção à norma constitucional que obriga a lei a regularizar a individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Portanto o Princípio da Individualização da pena serve para que cada cidadão seja julgado de maneira distinta, o juiz fica assim obrigado a compreender a situação, compreender a causa do crime e o criminoso, assim como a vítima, segundo Nucci este é modo mais útil e adequado de se aplicar a sanção penal.

Alguns autores acreditam que este princípio anda lado a lado com o direito penal do inimigo, ao afirmar que cada pessoa deva ter um tratamento diferente pelo magistrado.

As circunstâncias judiciais ficam a cargo da análise discricionária do juiz, diante de determinado indivíduo e das características do caso concreto, o que configura mais uma aplicação do Direito Penal do Inimigo na legislação. Com essa excessiva discricionariedade dada ao magistrado, cabe somente a este decidir quem é ou não 'punível' por essas circunstâncias judiciais, uma vez que não são estas elencadas exhaustivamente em lei, sendo apenas fornecidos parâmetros de identificação (KINJO FILHO, 2013).

Porém, apesar de haver alguma semelhança entre estes, suas particularidades são mínimas, como já dito, o Direito Penal do inimigo tem a intenção de criar dois tipos de Direito Penal, já o Princípio da Individualização da pena tem a finalidade de analisar cada criminoso e as circunstâncias que o levaram a cometer tal delito, para que não seja praticado uma injustiça, antagônico ao Direito Penal do inimigo que visa julgar qualquer pessoa considerada inimigo da mesma maneira.

Ou seja, a finalidade dos dois é totalmente distinta, enquanto um (Individualização da Pena) visa não cometer uma injustiça, tratando como criminoso aquele que se analisarmos profundamente tenha agido com algum motivo justo, o outro (Direito do inimigo) visa a injustiça, ou seja, tratar desigualmente aqueles que entenderiam ter uma propensão a criminalidade.

Além disso, a Individualização da Pena tem por objetivo utilizar o Direito Penal como última medida, ou seja, em casos extremos, onde os demais ramos do direito não se encontram eficazes, já o Direito Penal do inimigo, visa punir o inimigo antes mesmo de que tenha praticado o crime.

O Direito Penal para ser considerado a *ultima ratio* (última opção), instrumento derradeiro da força estatal de contenção e composição dos

mais sérios conflitos existentes, precisa abster-se de posturas radicais. De nada adianta a criminalização exagerada, tornando o delito toda e qualquer lesão a bem jurídico protegido, uma vez que seria invadir em demasia a vida privada do indivíduo, promovendo o inadequado gigantismo punitivo do Estado, incompatível com a proteção as direitos e garantias individuais prometidas pelo texto constitucional. Ser humano sem vida privada, sem intimidade assegurada, enfim, sem liberdade mínima para agir, pensar e inclusive errar, é pessoa infeliz e tolhida na sua natural maneira de existir (NUCCI, 2013, p. 330).

Desta forma observa-se que o Direito Penal do inimigo é apostado ao Princípio da Individualização da Pena, devendo este último ser sempre aplicado a cada caso, deste modo as injustiças com toda certeza serão minimizadas.

2.4 Intervenção Mínima do Estado X Direito Penal do inimigo.

Podemos considerar o Direito Penal como um instrumento de proteção dos bens jurídicos a ele tutelado e dos valores mais relevantes na sociedade. É necessária forma de coação estatal, garantindo assim a ordem pública e a melhor manutenção do Estado. Assim, sua presença nas relações sociais deve de ser a menor possível. “O princípio da intervenção mínima consiste que o Direito Penal só deve ser aplicado quando houver extrema necessidade, mantendo-se como instrumento subsidiário (*ultima ratio*) e fragmentário (CAPEZ, 2012)”.

Na intervenção mínima, a pena deve ser usada como último recurso, e como recurso coercitivo e não como meio a impedir futuros delitos.

Conforme anotações do Professor Carlos Vico Mañas:

deve-se considerar o fenômeno da profusão legislativa, verificando em uma incontrolável e interminável sucessão de leis, muitas das quais, embora versando sobre os assuntos mais díspares, utilizam-se da pena criminal em equivocada perspectiva sancionatória do direito penal (MANÃS, 1994, p.47).

Diferente dos demais ramos do direito, o Direito Penal é tido como a última *ratio* por prestar-se a tutelar, apenas, assuntos que atinjam profundamente a Instituição do Estado, visto que seus instrumentos beiram a desconsideração de muitas das garantias constitucionais. A não observância dessa peculiaridade do Direito Penal pode trazer prejuízos que muito dificilmente poderão ser reparados.

Sobre essa questão, o Professor Carlos Vico Mañas ensina que:

[...] a tipicidade não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato legal de crime. A ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal. [...] De acordo com o princípio da intervenção mínima, com o qual se relacionam as características da fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes. [...] Embora não presente em texto legal, o princípio da intervenção mínima, de cunho político-criminal, impõe-se ao legislador e ao intérprete, por sua compatibilidade com outros princípios jurídico-penais dotados de positividade, e com os pressupostos políticos do estado democrático de direito.[...] A idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente sem exceção toda e qualquer infração deriva do mito da plenitude do ordenamento jurídico e não encontra amparo no moderno pensamento filosófico nem na realidade da prática penal. A subsidiariedade do direito penal, por seu turno, resulta de sua consideração como ‘remédio sancionador extremo’, que, portanto, só deve ser ministrado quando outros se revelem ineficientes. [...] A utilização do direito penal nas hipóteses em que outros procedimentos sejam suficientes para reinstaurar a ordem jurídica não dispõe da legitimação da necessidade social, produzindo efeitos que contrariam os propósitos objetivos do direito. [...] O direito penal, por imperativo do princípio da intervenção mínima, não sanciona toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que produzam graves conseqüências e resultem de ações especialmente intoleráveis. [...] o chamado princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da subsidiariedade ou necessidade, é corolário inafastável da legalidade estrita, como forma de tentar

restringir ou, até mesmo, eliminar o arbítrio do legislador, no momento da confecção das normas penais incriminadoras [...] Afinal, vivemos a época do Direito Penal Humanitário, inaugurada desde os idos tempos do Marquês de Beccaria, em que não basta a máxima *nullum crimen sine praevia lege*, pois, como destacou Gian Domenico Romagnosi, com muita propriedade ‘o Estado, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar figuras delitivas e instituir penas vexatórias à dignidade humana (MAÑAS, 1994, p. 54-60).

Deve-se levar em consideração que o Princípio de Intervenção Mínima não é sinônimo de impunidade ou falta de justiça, pois a Intervenção Mínima leva em considerações outras medidas, menos rígidas, de acordo com o crime cometido.

Penas alternativas muitas vezes seriam a solução que poderia fazer um infrator iniciante retroceder e arrepender-se de seu ato, e não tornar-se um infrator mais perigoso do que já era (como ocorre com a maioria dos presos que se misturam indistintamente nas prisões, e por isso as prisões popularmente ficam conhecidas como “Escola do Crime”).

Assim conclui-se que a Teoria de Jakobs vai contra o Princípio da Intervenção Mínima do Estado, pois, ao taxar o indivíduo como inimigo, o Estado estará agindo diretamente a até antes mesmo de ter cometido o crime.

CAPÍTULO 3 – DIREITO PENAL DO INIMIGO NA PRÁTICA.

3.1 O Direito Penal do inimigo no Brasil.

Em nossa Constituição Federal de 1988 existem garantias para todas as pessoas de forma igualitária, ou seja, sem distinção alguma, não existindo de nenhuma forma a categoria dos Inimigos, tal Constituição preceitua no artigo 5º, caput:

“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.”

No mesmo artigo há quatro incisos que são relevantes no que tange às garantias constitucionais e processuais penais que resguarda os direitos dos acusados. Nesses incisos consta que:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Atualmente, interpretando o Direito Penal do inimigo de Jakobs, esses inimigos seriam, no Brasil, membros de organizações criminosas, por exemplo, que vem crescendo de forma progressiva cada vez mais elaboradas e modernamente organizadas, possuindo normas e regras internas que são seguidas fielmente por seus integrantes, os quais sofrem sanções e penalidades caso não as cumpra.

Cada uma classificada de acordo com suas “funções”, praticando atentados contra policiais, contra a organização do Estado, comando do tráfico de drogas.

Conclui-se então que em sua concepção seriam esses os inimigos no Estado brasileiro atual. Ou então seriam simplesmente as pessoas nascidas neste meio, que possuem tendência a praticar tais delitos tidos como perigosos, pessoas que, basicamente, não possuam muitas alternativas para o desenvolvimento natural, sem tendência a criminalidade.

Porém tal distinção não é legítima em nosso ordenamento atual, apesar de já termos visto no Brasil algumas situações que se aproximam do que Jakobs ensina.

Como exemplo disso podemos notar que a partir da instauração da República até 1935, foi regulamentado penalmente os chamados crimes contra a segurança do Estado, onde eram regulamentadas penas para quem praticasse crimes contra a segurança interna da República mas em nenhuma prática desses crimes, a sanção seria prisão perpétua ou pena de morte (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 264).

Também podemos citar a promulgação de 1936 a Lei nº 244, criando o Tribunal de Segurança Nacional (TSN) que foi:

[...] subordinado à Justiça Militar e encarregado de aplicar a Lei de Segurança Nacional aos crimes políticos, que, até então processados e julgados pela Justiça Federal, passaram a ser de competência desse tribunal. Contestadíssima, a legitimação deste novo órgão jurisdicional teve de ser reforçada no texto da Constituição de 1937, em que foi inserida, no inciso 17 do artigo 122, a seguinte previsão: “Os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processos e julgamento perante tribunal especial, na forma que a lei instituir. Típico tribunal de exceção, o TSN era composto por juízes civis e militares escolhidos diretamente pelo presidente da República e deveria ser ativado sempre que o país estivesse sob ‘estado de guerra’. A criação do TSN estava ligada à repressão dos envolvidos no fracasso levante comunista de novembro de 1935, organizado pela Aliança Nacional Libertadora. A função do tribunal era processar e julgar, em primeira instância, as pessoas acusadas de promover atividades contra a segurança externa do país e contra as instituições militares, políticas e sociais. Entre setembro de 1936 e dezembro de 1937, 1420 pessoas foram por ele sentenciadas (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 267).

Outro Decreto-Lei surge em 1938, decreto-lei nº 341, o qual instaura a pena de morte como sanção para: crimes contra a segurança externa como os crimes de *insurreição armada, guerra civil, saque, depredação, devastação ou “quaisquer atos com o fim de suscitar o terror”*.

Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a personalidade internacional do Estado; a ordem política, assim entendidos os praticados contra a estrutura e a segurança do Estado, e a ordem social, como tal considerada a estabelecida pela Constituição e pelas leis relativamente aos direitos e garantias individuais e sua proteção civil e penal, ao regime jurídico da propriedade, da família e do trabalho, à organização e ao funcionamento dos serviços públicos e de utilidade geral, aos direitos e deveres das pessoas de direito público para com os indivíduos, e reciprocamente.

Art. 2º Caberá pena de morte nos seguintes crimes:

- 1) tentar submeter o território da Nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro;*
- 2) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;*
- 3) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;*
- 4) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;*
- 5) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;*
- 6) insurreição armada contra os poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;*
- 7) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, si esta sobrevem em virtude deles;*
- 8) praticar devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições;*
- 9) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República.*

§ 1º A pena de morte, nos casos dos incisos 1º a 7º, será aplicada aos cabeças; aos demais, pena de prisão por trinta anos.

§ 2º Nos casos dos incisos 8º e 9º, a pena de morte será aplicada aos autores como aos cúmplices.

§ 3º A pena de morte será executada por fuzilamento em uma das prisões do Estado, designada pelo ministro da Justiça e Negócios Interiores. A menos que este determine o contrário, a execução não será pública.

Medidas em face dos imigrantes começaram a surgir, pois eles também eram considerados perigo para o Estado por serem sempre relacionados a movimentos

comunistas, Vargas sancionou inúmeras medidas para limitar a participação desses imigrantes na economia e na sociedade, como limitar suas atividades e participações políticas e não poderem ter nenhuma participação na atividade pública do Estado.

As normas emanadas pelo governo Vargas em relação a estes imigrantes italianos, aos imigrantes alemães e junto com eles aos japoneses foram duríssimas. Uma estratégia que tentava impor controles sistemáticos das atividades não só no âmbito político, mas também no âmbito social, comercial e cultural. Restrições às liberdades civis e políticas que tentavam sobretudo fazer com que o velho imigrante e seus descendentes rompessem definitivamente os vínculos com a pátria de origem.

Tal fenômeno atinge o seu ápice já com a emanção dos Decretos-Lei nº 3911, de 9 de dezembro de 1941, e nº 4166, de 11 de março de 1942. Baseados na Lei de Segurança nacional, dispunham sobre o fechamento de todas as escolas italianas e alemãs, financiadas principalmente pelos respectivos consulados e por congregações religiosas. Dessa mesma forma, ordenavam a imediata abertura de inquérito policial contra os seus diretores e coordenadores didáticos. O Decreto-Lei nº 4166/42, em particular, confiscou um percentual dos depósitos dos 'súditos do Eixo' existentes em bancos brasileiros, a título de compensação pelas perdas sofridas pelo Brasil na guerra, e na liquidação extrajudicial de todas as empresas de certo porte que fossem de propriedade de italianos, alemães ou japoneses. Normas posteriores proibiam os imigrantes de trabalhar em grandes empresas brasileiras, de se aproximarem de áreas litorâneas, de possuírem rádios com os quais pudessem ouvir notícias dos países de origem. Do mesmo modo, vários foram os imigrantes italianos, alemães e japoneses, agricultores e operários, chamados aos comissariados de polícia para explicar o porquê de não terem ainda pedido a naturalização (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 290).

Como pode-se ver, o Brasil em algumas épocas não seguiu as características do Estado Democrático de Direito, e usou de penas severas, exclusão das garantias constitucionais e processuais penais para punir seus inimigos, aqueles indivíduos que teoricamente seriam uma ameaça ao ordenamento vigente, ao Estado e a manutenção dele.

Há alguns autores que acreditam que ainda hoje o Brasil não siga o modelo de Estado Democrático e sim o Direito Penal do inimigo;

No ambiente carcerário divisamos melhor o modo como o Estado Brasileiro agasalha o método fascista e nazista de punir os 'inimigos do Estado'. Com uma ressalva: aqui no Brasil o discurso político é de

que vivemos num Estado Democrático de Direito. Lá na Itália (fascista) e na Alemanha (nazista), ao menos o discurso era franco e totalitário. Aqui no Brasil o discurso é camuflado: na Lei tem ‘dignidade humana’, ‘presunção de inocência’, ‘respeito à integridade física do preso ou condenado’ etc. Na prática, temos tratamentos como torturas técnicas, alimentação inadequada, isolamentos, despojo de instrução acadêmica e informações sociais, inexistência de política de ressocialização eficaz etc. O que justifica a prática ser diferente da teoria, no Brasil? Não há outra resposta: é exatamente a inculcação do Direito Penal do Inimigo, e dos provérbios populares (bandido bom é bandido morto; direitos humanos para humanos direitos, etc) na mente dos julgadores, das autoridades públicas, dos agentes de segurança pública etc (CALDAS, 2012).

Atualmente o Brasil, Estado Democrático de Direito, leva em consideração as garantias constitucionais e processuais de todo e qualquer indivíduo, independente do grau de periculosidade que ele oferece a sociedade.

O Brasil ainda padece com a impunidade, e por isso os verdadeiros inimigos da segurança pública agem indiscriminadamente na sociedade como facções criminosas, traficantes de drogas, e contrabandistas de alto escalão.

Existem ainda os “inimigos” que se escondem através de seus status na sociedade e assim agem livremente, esses são os sujeitos ativos de praticas de crimes contra o patrimônio, contra a economia, criminosos que se escondem atrás da pessoa jurídica e assim agem livremente enquanto a mídia e o senso comum, confundem-se, caracterizando como principais vilões da sociedade, muitas vezes os criminosos menores, que praticam crimes de menor potencial ofensivo.

Como pode-se notar ao retomar um período da história do Brasil, nem sempre o Estado Democrático de Direito foi garantido constitucionalmente como ocorre atualmente.

Nessa época no Brasil, era claro a utilização de preceitos os quais Jakobs, posteriormente enunciaria. Nesse caso, a aplicação excessiva das penas era um preceito evidenciado. Tais penas eram tão severas, chegando ao ápice, de ser legitimada a pena de morte para aqueles considerados inimigos do Estado e da ordem pública.

3.2 Direito Penal do Inimigo no mundo.

Vários autores afirmam que, em diversas épocas, no mundo todo, já houve o Direito Penal do inimigo, não propriamente dito, mas suas características, senão muito parecidas se tornavam praticamente idênticas, ou seja, Jakobs em nada inova com sua teoria, apenas reafirma um pensamento que já fora julgado inadmissível pela sociedade.

Chama atenção como a idéia de inimigo está constantemente presente na história da humanidade. O que não eram as Cruzadas senão a guerra contra a propagação da fé dos inimigos? O que não eram, dentre outros, os povos germânicos para os romanos senão que inimigos, ou, melhor seria dizer, bárbaros? O que não eram os opositores ao regime militar ditatorial na América Latina, e não só os políticos, como também os ideólogos, músicos, jornalistas, escritores e outros intelectuais, senão inimigos? O que não eram os judeus e os homossexuais para o nacional-socialismo de Hitler senão inimigos? O que não são para qualquer indivíduo ou nação que queira se impor sobre outros, impor a sua concepção de democracia, o seu modo de vida, a sua ideologia, a sua religião, senão inimigos aqueles que ora tentam subjugar? E o que não são para os mouros, bárbaros, opositores, judeus, homossexuais e colonizados os seus algozes senão que inimigos? (SIQUEIRA, 2010, p.08).

Conclui-se o autor coloca como inimigo aqueles que são indesejados em uma sociedade, aqueles que não devem ser considerados cidadãos por sua própria situação de desvantagem, e assim não devam receber os benefícios dados pelo Estado.

O pensamento de Jakobs, e a utilização do termo inimigo para distingui-los de cidadãos é teórico.

Nenhum país assumiu esse pensamento de forma direta e legítima, porém, ele tem alto grau de periculosidade que pode refletir diversos atos que aconteceram e acontecem constantemente no mundo, que justificam guerras, invasões, preconceitos e segregações.

Por exemplo na idade média, século XIII, atrocidades foram cometidas durante a Santa Inquisição. Assim, pessoas foram presas, condenadas e muitas vezes queimadas em plena praça pública sob o contexto de atentarem contra a Igreja Católica e o Direito Canônico.

Outro exemplo claro desta forma de Direito pode ser encontrada antes mesmo da teoria de Jakobs:

A tese de um cabo chamado Adolf Hitler gerou um livro chamado "Mein Kampf" MINHA LUTA que fez surgir uma nova ordem mundial que ajudou a subjugar a humanidade não tolera o horror e o holocausto! Seis milhões de judeus morreram (dos quais, 1,5 milhão de crianças); três milhões de homossexuais, ciganos, comunistas, deficientes físicos, negros e testemunhas de Jeová também foram dizimados. O mais chocante: tudo foi feito com base na lei, ou seja, Direito Penal do Autor tudo para justificar seus "modus operandis", hoje conhecido como Direito Penal do Inimigo e também desenvolveu o Direito Processual Legalista ou Segregador: atrocidades, injustiças e vergonha palavras tiradas do Trabalho de Silva Sanches. Mas no tempo do nazismo vivia-se ainda sob o império do Estado liberal (Estado de Direito puro e simples). Confundia-se lei com Direito. Estado de Direito era, na verdade, estado de legalidade. Confundia-se também vigência com validade da lei texto de Luiz Flavio Gomes (LFG, 2008) grifos nossos.

Conclui-se desde o começo dos tempos encontra-se a idéia de Direito Penal do inimigo, onde o Estado de alguma forma, age de maneira preconceituosa com o pretexto de manter a ordem, a paz na sociedade.

Porém outro exemplo difundido atualmente de como esse pensamento evidenciou-se ocorreu em 2002, quando o atual Presidente dos Estados Unidos, George W. Bush invadiu o Iraque com a denominação de que esta invasão seria a mais triunfante guerra contra o terrorismo em defesa da manutenção da Paz.

O termo "eixo do mal", que agrupa os países: Irã, Iraque e Coreia do Norte, foi o termo utilizado pelo ex presidente dos Estados Unidos, George W. Bush em 2002, para caracterizar os países "inimigos" dos Estados Unidos, e justificando a Invasão no Iraque como sendo a Guerra contra o terrorismo.

Em seu discurso, Bush definiu:

O nosso objetivo é prevenir os regimes que apoiam o terror de ameaçarem a América ou os nossos amigos e aliados com armas e destruição massiva. Alguns destes regimes têm estado bastante quietos desde o 11 de Setembro. Mas sabemos a sua verdadeira natureza. A Coreia do Norte é um regime armado com mísseis e armas de destruição massiva, enquanto esfomeia os seus cidadãos. O Irão persegue agressivamente estes armados e exporta terror, enquanto uns poucos não eleitos reprimem a vontade dos iranianos

pela liberdade.

O Iraque continua a mostrar a sua hostilidade por toda a América e a apoiar o terror. O regime iraquiano planeou fabricar antraz, gás de nervos e bombas nucleares para matar milhares dos seus próprios cidadãos - deixando os corpos de mães amontados por cima dos seus filhos mortos. Este é um regime que acordou na existência de inspectores internacionais [no seu país] - e depois deportou-os. Este é um regime que tem algo a esconder do mundo civilizado. Estados como estes, e os seus aliados terroristas, constituem um eixo do mal, armados para ameaçarem a paz no mundo. Por procurarem armas de destruição massiva, estes regimes são um perigo grave e crescente. Eles podem dar estas armas a terroristas, dando-lhes os meios para combinarem os seus planos. Eles podem atacar os nossos aliados ou tentar chantagear os Estados Unidos. Em qualquer um destes casos, o preço da indiferença seria catastrófico (BUSH, 2002).

Respaldado nessa denominação, os Estados Unidos com aliança com a Inglaterra e outros países, chamada Coalizão, invadiu o Iraque em Março de 2003, por meio de ofensivas terrestres e aéreas, bombardeando Bagdad, e em virtude da pouca resistência local, capturando o então governante do Iraque, Sadam Hussein (FINATI, 2008, p. 11-12).

Desde o início da invasão, Bush alegava que o motivo era achar armas de destruição em massa que supostamente existiam naquela região e que segundo Bush, representaria perigo ao seu país abalado desde o atentado de 11 de Setembro. Essa invasão foi realizada sem a aprovação do Conselho de Segurança da ONU, mas teve o apoio de alguns países como Itália, Portugal, Espanha e Reino Unido.

Um ano após a ocupação, por não ter encontrado as armas de destruição em massa, o Presidente Bush muda seu discurso e afirma que a ocupação ocorreu para libertar o Iraque da opressão de Sadam Hussein e para promover a Democracia e a Paz Mundial. Esse discurso é um tanto quanto incontroverso, pois durante a invasão e a ocupação milhares de civis foram mortos durante a intervenção bélica, e o então governante do Iraque, Sadam Hussein, após ser preso e julgado foi enforcado no dia 30 de dezembro de 2006 apesar de muitos apelos contrários a essa execução, incluindo a Anistia Internacional, União Européia e diversos outros países (FINATI, 2008, p. 16).

Até hoje, nenhuma arma de destruição em massa foi encontrada no território iraquiano e a dissolução dos grupos terroristas também nunca ocorreu (esses grupos terroristas eram contrários a Sadam Hussein por serem xiitas, enquanto Sadam Hussein era sunita), por isso, o pretexto utilizado para a invasão torna-se contraditório,

pois ao mesmo tempo em que as armas de destruição em massa não foram encontradas, o Iraque não ficou totalmente liberto dos grupos terroristas.

Vê-se claramente que Bush considerava o líder iraquiano como sendo inimigo de seu país, e sendo inimigo, deveria ser neutralizado (ou melhor dizendo, eliminado). Foi o que ocorreu. O inimigo foi morto, eliminado do cenário mundial sob as alegações de manutenção da Paz Mundial, mas no entanto, no território iraquiano até hoje não há prosperidade pois guerrilhas e ações terroristas ainda perduram. A derrubada do regime de Saddam Hussein e a subida ao poder dos clérigos religiosos teve diversos efeitos colaterais, dentre os quais, a perseguição a Cristãos e outras minorias religiosas (FALK, 2004, p.160).

E desta mesma maneira o Direito Penal do inimigo continua existindo, de maneira não expressa, põem visível no mundo todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que após o sucinto estudo sobre as informações que definem o chamado direito penal do inimigo, que este, na forma em que foi apresentado no trabalho, de acordo com o pensamento de Jakobs, apresenta grave contrariedade com os desígnios do direito penal, em especial ao modelo aplicável em um Estado Democrático de Direito, que seria o estado ideal do Direito.

Desta forma, como mencionado, Jakobs inicia sua trajetória afirmando que o ordenamento jurídico, na forma do direito penal do inimigo, possibilita a criação de uma ordem social, na medida em que prevê que os inimigos devam ser tratados de forma diversa e assim contidos pelos Estado.

Jakobs também vincula seus contextos ao caráter social do ordenamento jurídico, demonstrando que o caráter punitivo do direito penal teria que possuir a função de manter a ordem nas relações sociais.

Desta forma a lei positivada não mais deve compreender a finalidade social da norma, mas sim um elemento externo, ao qual só os inimigos estejam incluídos, denominado risco social.

Jakobs aponta dois círculos de direitos aplicáveis em um único texto jurídico; o primeiro, direito penal do cidadão, restrito aos delitos cotidianos, as pessoas que não julgadas criminosas, apenas cometeram algum delito porém não voltaram mais a delinquir, e o segundo, o direito penal do inimigo, aplicável aos demais casos, ou seja, aquele que possuem alguma preponderância a criminalidade e muito provavelmente voltaram a delinquir.

A idéia encontra suporte na concepção de vários filósofos, em especial no contratualismo de Jean-Jacques Rousseau a respeito das organizações sociais, em que a vontade do Estado representa a vontade geral, assegurando as liberdades individuais.

Buscando acolhimento nos argumentos de Fichte, por exemplo, Jakobs reforça sua idéia sobre o ordenamento jurídico e confirma ainda mais a distinção entre aqueles que se vinculam ao Estado e os que não se submetem ao ordenamento jurídico vigente, os inimigos, considerados não possuidores de personalidade.

Jakobs volta-se às idéias de ao tratar os inimigos como tais, a criminalidade iria diminuir ou até de certa forma cessar, já que os verdadeiros autores dos crimes estariam sendo contidos pelo Estado.

Importante lembrar, também, que o Direito Penal do inimigo, com o intuito de prevenção especial, na modalidade negativa, busca a eliminação de perigos, a satisfação da paz na sociedade.

Conseqüentemente, se os instrumentos coercitivos não têm como objetivo

prevenir as condutas tidas como ilícitas, então seria possível afirmar que carecem de finalidade social e, portanto, são ilegítimos.

Diante de todos esses fatos expostos e dos principais argumentos sustentados por Jakobs, se torna possível afirmar que o direito penal do inimigo apresenta contrariedades que, a princípio, não conferem o suporte necessário à doutrina.

Nos moldes em que foi proposto, o direito penal do inimigo de Jakobs, além de não cumprir a finalidade das normas penais, é muito capaz de desencadear graves injustiças, em face da subjetividade presente no sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIN, IVAN Gerade. 2011. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <www.jus.com.br/artigo/20310/notas-sobre-o-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 06 out 2014.

ANDRADE, Regis de Castro. **Kant: a liberdade, o individuo e a republica**. Em Weffort, Francisco C. (Org). Os clássicos da política, vol. 2 IIª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del12848.htm>. Acessado em 15 out 2014.

-. Código Penal, 1940. < <http://www.planalto.gov.br/penalcodigo/decreto-lei/del12848.htm>>. Acessado em 15 out 2014.

-. Decreto Lei nº 341 de 1938. < <http://www.planalto.gov.br/penalcodigo/decreto-lei/del12848.htm>>. Acessado em 15 out 2014.

BUSH, George W. **Discurso do estado da União de 2002**. jul 2014 Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Eixo_do_mal> Acesso em 11 out 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Direito Penal do Inimigo; Totalitarismo, eliminação e tortura**. 1º de julho de 2013. Revista Jurídica Consulex. Ano XVII. N° 395.

CALDAS, Saulo Henrique da Silva. 2012. **Direito Penal do Inimigo está baseado no totalitarismo**. <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-14/saulo-caldas-direito-penal-inimigo-baseado-totalitarismo>>. Acesso em: 12 out 2014.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal do Inimigo e Direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais/ vol. 862/ p. 426/ ago 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 1, 2012

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Direito Penal do Inimigo: sobre o que estamos falando?**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n 196, mar/2009. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em 20 set 2014.

COSTA, Fernanda Otera. **Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo**. Revista brasileira de ciências criminais/ vol. 94/ 2012/ p. 57/ jan 2012.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal**: Revan, 2006.

FALK, Richard. **Qual o futuro do sistema de prevenção à guerra da Carta das Nações Unidas? Reflexões sobre a guerra do Iraque**. Revista Direito e democracia: Universidade Luterana do Brasil – Ciências Jurídicas ,nº 1, v.5 1º semestre de 2004, p 261-262.

FINATI, Érika. **Os Direitos Humanos no mundo**. MPD Dialógico: revista do Movimento do Ministério Público Democrático. nº 21, v.5, out. 2008, p. 11-12.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Trad: Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flavio. Data da publicação 27/09/04.
<www.lfg.com.br/public_html/article.phd?story=20040927113955798&mode=print>.
Acesso em: 01 out 2014.

GOMES, Luiz Flavio, 2008, <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080124161748738&mode=print>. Acesso em: 13/10/2014.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e SAKAI, Rita Becca. **Terrorismo e Direito Penal**. Revista da faculdade de direito de São Bernardo, n 14, ano 14.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas**. Tradução André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo, 2006.

KINJO FILHO, Wilson. 2013, <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-penal-do-inimigo-no-brasil-e-sua-compatibilidade-com-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal>>. Acesso em: 09 out 2014.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Breves considerações sobre o Direito Penal do inimigo**. Out/2014. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11543>. Acesso em: 18 outubro 2014.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Direito e Política na emergência Penal: uma análise crítica á flexibilização de direitos fundamentais no discurso do Direito Penal do Inimigo**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano IX, n 3, abr/ jun 2009.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo. Saraiva, 1994.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. V. 10. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, André Pacheco Teixeira. **O Direito Penal do inimigo: Quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud**. 08 abril 2011. Disponível em: <<http://revistaepos.org/?p=376>>. Acesso em 12 setembro 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Vinicius Borges de. Revista brasileira de ciências criminais/ vol. 74/ p. 09/ set 2008. **Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günter Jakobs**.

NEUMANN, Ulfred. **Direito Penal do Inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 15, n 69, nov/dez 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 5ª edição. Editora: Revista dos Tribunais. 2013.

PRADO, online, entrevista concedida a Carta Forense em março de 2009, <www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624>. Acesso em: 01 out 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança**. Em: WEFFORT, Francisco C. (Org). Os clássicos da política, volume 1. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTOS, Adairson Alves dos. **O Estado Democrático de Direitos**. 20 de out de 2014.

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Acesso em: 13 outubro 2014.

SANCHEZ, Jesús – Maria Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, série: As ciências criminais no Século XXI, v. 11, 2002.

SILVA, Ivan Carlos. **O direito penal do inimigo**. <www.unisionos.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em: 01 out 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed., São Paulo: Malheiros.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. Ciências Penais. Vol.12/ p.213/ jan.2010. **Direito Penal do Inimigo, ou um direito penal pelas metades**. Revista dos Tribunais online.

SOUZA, João Marcelo Araújo de. **Vigiar e Punir ressaltando a Origem da Prisão**, 2011. <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp/id_dh=5729>. Acesso em: 08 out 2014.

ZAFFARI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.