

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Luana Rayssa Morais de Oliveira*¹

*Fábio Lasserre Sousa Borges*²

RESUMO

Por intermédio do presente estudo tem-se por escopo analisar a possível aplicação do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro, teoria desenvolvida pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs. Sua primeira versão foi apresentada em 1985, logo, por não ser aceita, veio a ser alterada, desta forma, em 1999 o doutrinador apresenta uma tese mais ajustada e fundamentada. Será apresentando sua definição, características e discutir a sua possível aplicação. Outrossim, possui como objetivo o de analisar a sua influência dentro da legislação atual brasileira e a possibilidade de aplica-la em uma sociedade que é definida como um Estado Democrático de Direito. Ao longo do trabalho será abordada os principais pontos e características que estão presentes na teoria. Com base em uma revisão bibliográfica e através de uma abordagem qualitativa, é possível afirmar que sua implementação no Ordenamento Jurídico Brasileiro se torna algo inviável, visto que a sua proposta não é conciliável com os princípios do Estado Democrático de Direito, os quais são assegurados pela Constituição Brasileira de 1988. A divisão entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, que é proposta por Jakobs, se torna impossível neste tipo de Estado, que é fundado na igualdade entre os seres humanos.

Palavras-chave: Teoria do Direito Penal do Inimigo. Inimigo. Possibilidade de aplicação.

¹ Graduanda em Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Orientador, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Professor da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia.

1 INTRODUÇÃO

Por intermédio do presente artigo tem-se por escopo abordar a temática , “Possibilidade de aplicação do Direito Penal do inimigo no ordenamento brasileiro”, que leva em consideração os direitos e as garantias essenciais ao ser humano como pilares de um Estado Democrático de Direito e propõe analisar a possível aplicação da Teoria Direito Penal do Inimigo, cunhada pelo alemão Gunther Jakobs em 1985, no ordenamento jurídico brasileiro.

O Direito Penal do Inimigo, teoria formulada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, e logo modificada em 1999, isso por não receber tanta publicidade em 1985, quando apresentou pela primeira vez a sua teoria, em primeiro instante, Jakobs apenas explica o que seria a Teoria do Direito Penal do Inimigo, distinguindo-a do Direito Penal comum e não justificando a sua possível aplicação, o que fora alterado na sua segunda versão, em que, de verdade, veio a defender a aplicação da sua teoria.

Tal teoria vem sendo estudada e explorada hodiernamente, isso se deve a presente conjuntura brasileira no que se refere às práticas delituosas e ao combate realizado por meio do Direito Penal, essencialmente no tocante ao confronto aos crimes hediondos e crime organizado.

O Direito Penal do Inimigo traz consigo algumas semelhanças com os direitos e garantias fundamentais, que estão expressamente previstos na Carta Política de 1988 da República Federativa do Brasil, a qual apresenta um discreto contraste com as ideias que são adotadas pela teoria, isso por ser visível a busca por um Direito Penal proporcional aos indivíduos.

Diante do exposto, o estudo norteia-se pela seguinte indagação: é possível aplicar/inserir a teoria do Direito Penal do inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro?

Desse modo algumas hipóteses foram elencadas: a) considerando que o Direito Penal atual é o Direito Penal de todos, não diferenciando inimigo de cidadão, verifica-se um Estado em situação delicada, tendo em vista existir complexidade nos crimes, conseqüentemente, faz-se necessária a aplicação de um Direito Penal que diferencie inimigo e cidadão; b) o Estado não confere o devido tratamento ao indivíduo, conforme a gravidade de seus crimes cometidos; c) há necessidade da aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, em virtude da sensação de insegurança causada e caos social que se instala hodiernamente em meio à sociedade.

Inicialmente, incumbe ao Estado garantir os direitos do cidadão, seja de forma negativa, permitindo a liberdade individual, ou de forma ativa, ofertando o direito à saúde e à segurança. A teoria do Direito Penal do Inimigo visa à punição, por meio de penas rigorosas, dos indivíduos que representam alta periculosidade para o Estado.

A primeira versão da teoria, inicialmente trazia elaboração que criticava à tendência existente na Alemanha, afirmando que o Direito Penal deixava de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso realizado por um dos seus e se tornava uma reação contra um inimigo. Em 1999, o doutrinador Gunther Jakobs, apresenta sua tese mais reforçada, trazendo consigo a diferença entre cidadão e inimigo, demonstrando a necessidade de aplicar um Direito Penal mais rígido em virtude daqueles que aparentam perigo ao Estado. Insta salientar que, a priori trazia apenas críticas, em segundo momento apresenta a distinção entre a sua teoria e o Direito Penal comum, argumentando sobre sua periculosidade para conviver em sociedade, demonstrando a evolução da criminalidade e confirmando que carece de aplicabilidade de lei penal mais severa.

O doutrinador apresenta a diferença entre o cidadão e o inimigo do Estado, distinguindo para cada o modo de sua aplicabilidade. Na primeira, há aqueles indivíduos que mesmo diante de todos os crimes cometidos não perderia seu status de cidadão, já o segundo, diz respeito aos indivíduos que colocam em risco a segurança social e a paz da sociedade, como por exemplo, os terroristas.

O Direito Penal do Inimigo preconiza que há necessidade de aplicação rígida das leis, visto que a existência de leis brandas acaba por majorar da criminalidade. Neste sentido, considera que, o Direito Penal deve conter a criminalidade por meio de punições mais severas e que se antecipem, visando inibir e impedir àqueles que diariamente desafiam o Estado.

Partindo dessa premissa, deve se entender a importância da aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente, a aplicabilidade da lei é falha no que se refere aos crimes cometidos, tais leis deveriam conferir segurança e paz social, entretanto, é cediço que tal situação destoa da realidade. Vislumbra-se a insegurança em situações cotidianas tais como crianças que são impedidas de circular e brincar na rua em razão da insegurança e temor dos pais, de igual maneira, sair em período noturno para atividades de lazer em família revela-se extremamente arriscado, havendo a incerteza se retornará ao seu lar.

Vale ressaltar referida teoria ante aos anseios da sociedade demonstra-se verdadeira necessidade e recebendo relevância imensurável, posto que se o indivíduo mesmo sabendo que

não deve infringir normas e leis, vier a desrespeitá-las mesmo que receba tratamento adequado e todas as garantias do devido processo legal, sofrerá a aplicação da leis mais rigorosas posto que, entende que tais condutas são vedadas e imputam aplicabilidade severa.

Desse modo, sua relevância alcança aqueles que estão diretamente ligados as práticas de delitos previstos pelo Direito Penal brasileiro. Apresenta-se relevante a aplicação do Direito Penal do Inimigo no sistema jurídico brasileiro, por evidenciar que sua atuação é mais dura e eficaz no que tange a punições do que o atual método adotado, visto que, apresenta-se mais brando na punibilidade do indivíduo. Neste sentido, referido método de punição mais severo aparenta ser mais efetivo contra o criminoso reincidente e habitual, ou seja, a punição mais eficaz e severa contra aquele indivíduo que o crime se tornara comum em sua rotina e comete de forma recorrente.

2 ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS

Inicialmente, Direito Penal do inimigo diz respeito as pessoas que são denominadas “inimigas da sociedade”, entende-se que estas não necessitam usufruir dos mesmos direitos e garantias disponibilizadas pelo Direito Penal, bem como, os remédios e benefícios concedidos ao grupo de pessoas consideradas como cidadãos. Neste sentido Jakobs entende que:

[...] um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação (JAKOBS, 2003, p. 40-41).

Segundo o doutrinador, O Direito Penal do Inimigo traz consigo três pilares de sustentação, que constituem fundamentos essenciais a sua aplicação, como: a) antecipação da punição; b) desproporcionalidade das penas e criação de leis severas direcionadas aos “Inimigos do Estado”; c) relativização e/ou supressão de garantias processuais. Neste contexto, Bruno Manuel Cancio Meliá, seguindo os traços que são expostos pelo criador da teoria, aduz:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas (MELIÁ, 2003, p. 79/81).

Ele é compreendido como mecanismo que visa evitar a consumação de determinados crimes, por tal razão, dispõe de apoio de parte da sociedade que se sente insegura diariamente. A teoria Direito Penal do Inimigo surgiu na Alemanha, baseado nas ideias do doutrinador Gunther Jakobs. O termo original da teoria é *Feindstrafrecht*, a qual se opõe a princípio da *Bürgerstrafrecht*, que é o Direito Penal do Cidadão (JAKOBS, 2004).

Sua primeira versão foi apresentada em 1985, logo, por não ser aceita, veio a ser alterada, desta forma, em 1999 o doutrinador apresenta uma tese mais ajustada e fundamentada. Em sua primeira versão trazia somente críticas, agora, traz consigo a distinção entre a sua teoria e o Direito Penal comum, argumentos e defesa mais embasada e consistente (SILVA, 2016).

O intuito almejado por intermédio da teoria consiste em dividir 2 (dois) grupos. O primeiro permaneceria a dispor das garantias e prerrogativas asseguradas a qualquer cidadão, possuindo o direito a um devido processo legal e posteriormente ser reinserido na sociedade. O segundo, seriam denominados como “inimigos do Estado”, sendo direcionados a tratamento distinto do primeiro, sendo mais rígido e desprovido das garantias legais, devendo ficar sob a tutela do Estado, bem como, perderia o status de cidadão (JAKOBS, 2009).

2.1 PESSOA X INIMIGO

A teoria em comento valendo-se do direito penal dissocia a condição de cidadão do infrator, de forma que, considera que por não seguir as premissas normativas que regem o estado devem ser considerados verdadeiro inimigo, posto que, agride a ordem, tranquilidade e equilíbrio social. Seu intuito principal é enfrentar apenas os inimigos do Estado, conforme explica Jakobs:

[...] quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é o Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (JAKOBS, 2003, p.49-50).

Conforme exposto, o Direito Penal do Inimigo não considera o inimigo como pessoa, haja vista que o direito à segurança é disponível para qualquer cidadão, o inimigo supracitado proporciona insegurança permanente aos cidadãos de bem e ao Estado. Visando exemplificar, Jakobs preceitua que:

[...] além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário (JAKOBS, 2003, p. 55).

O inimigo, para o próprio doutrinador alemão, é considerado aquele que é como uma fonte de perigo constante para a sociedade, o qual deve, no entanto, vir a ser privado de todos os seus direitos e de suas garantias, o qual é disposto a qualquer indivíduo que é considerado como cidadão.

2.1.1 O indivíduo como “pessoa”

O indivíduo como pessoa vem a ser conceituado e entendido por Jakobs, como:

Ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível (JAKOBS, 2003, p. 30).

Neste diapasão, cidadão só é aquele que cede garantias cognitivas eficazes relacionados a um comportamento social, aderindo e respeitando o ordenamento jurídico e a ordem social. Entende-se que o Direito Penal do cidadão é aplicado apenas as pessoas, devendo ser observado os seus direitos e garantias fundamentais previstas nas Constituições e na legislação infraconstitucional. Desta forma, Segundo Meliá:

O Direito penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade (MELIÁ, 2005, p. 42).

Em relação a garantia de comportamento, se ela não existir, ou se por algum acaso vier a ser negada, o Direito Penal deixará de ser uma reação da sociedade perante o crime que foi praticado por um membro, para ser uma reação diretamente destinada contra o inimigo. Nesta esteira:

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário (JAKOBS, 2003, p. 50).

O cidadão que pratica delito, tem assegurado o devido processo legal, para que seja aplicada pena como punição pelo cometimento de ato ilícito. Dessa forma, ele não será visto como inimigo pelo Estado por ter praticado delito, mas será considerado como autor que praticou fato ilícito, absorvendo a imposição de pena e demonstra a convicção de que não desobedecerá aos ditames legais que imperam no Estado.

2.1.2 Os “inimigos” da sociedade

No que tange ao inimigo, o procedimento que deverá ser aplicado à ele destoa do normal, posto que, ele deve ser combatido por causar insegurança para a sociedade, não será aplicado à ele uma pena ao criminoso, mas sim, uma medida preventiva. O inimigo, de acordo com a visão de Jakobs:

[...] significa dizer apenas que determinados comportamentos, em razão de sua peculiar natureza, poderiam revelar o completo abandono de uma sociedade com a qual, não só não se compartilha valor algum, mas também da qual não se respeitam as condições fundamentais de sua existência. [...] se justificaria o incremento das proteções penais e processuais penais (JAKOBS, 2009, p. 22).

Sendo considerado como “perigo” para sociedade e sendo necessário ser combatido, deverá ser levado em conta a periculosidade do agente pelo Direito, para ser adiantado a

consumação do crime. Então, em relação aqueles indivíduos que optam por se afastarem dos mandamentos legais, demonstram que, seja por sua condição econômica, condutas ou por fazerem parte de organizações criminosas, serão julgados como inimigos, visto que, seus atos se destinam a arruinar o ordenamento jurídico.

No momento em que o delinquente pratica crimes que afetam de modo direto o Estado de Direito, ou quando pratica delitos como se fossem sua “profissão”, são vistos como ameaça para a sociedade e para o Estado, perdendo seu status de cidadão/pessoa passando a ser considerado como inimigo do Estado, precisando ser dominado.

2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A presente teoria traz consigo características que são primordiais para a sua eficácia. Deste modo, Meliá destaca as três principais, sendo elas (MELIÁ, 2003):

- a) ampla antecipação da punibilidade, que diz respeito a mudança em relação ao ponto de vista do fato típico realizado para o fato que será gerado;
- b) falta de redução da pena proporcional ao referido adiantamento;
- c) mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta e combate à delinquência e à delinquência econômica.

Conforme citado, tais características são de extrema relevância para o Direito Penal do Inimigo, haja vista que, cada uma apresenta a sua forma de atuação para lidar com os inimigos do Estado.

2.2.1 A antecipação da tutela penal

Referida ampliação se refere a intervenção punitiva, que se destaca pela sua metodologia de antecipação à ingerência penal do Estado, em que contraria a criminalização imposta pelo Direito Penal. A antecipação da punibilidade entra em rota de colisão com as penas mais elevadas e com as limitações de garantias processuais.

2.2.1.1 A punição dos atos preparatórios e os tipos de mera conduta

No que tange a punição de crimes de mera conduta, se trata de uma ordem preventiva. Entende-se que: “A idoneidade dessa conduta basta para torna-la objeto de reprovação, por parte do legislador, em face da presunção de dano ou de perigo, sendo indiferente que chegue, ou não, a produzir qualquer resultado” (PIMENTEL, 1968, p. 91-92).

Caracteriza-se pela punição de atos preparatórios. Muitas vezes não existe a exteriorização de um fato, sendo o indivíduo incriminado previamente, representando como uma falta de segurança cognitiva. Gracia Martin entende sobre peculiaridade do Direito Penal do inimigo:

Uma primeira manifestação do Direito Penal do inimigo é aquela representada pelos tipos penais que proporcionam uma ampla antecipação da punibilidade para permitir o alcance de momentos nos quais os atos realizados só possuem o caráter de preparatórios de fatos futuros. Esses tipos penais baseiam-se nos dados específicos de abandono permanente do Direito e de ameaça permanente dos princípios básicos da sociedade (falta de segurança cognitiva), e podem ser caracterizados por ser seu objeto já não a comissão de fatos delituosos concretos e determinados, mas qualquer conduta informada e motivada pelo fato de seu autor pertencer a uma organização que opera fora do Direito (GRACÍA MARTIN, 2007, p. 87).

A doutrina considera que a formação de quadrilha ou de bando consiste situação excepcional em que os atos preparatórios são passíveis de punibilidade.

2.2.1.2 Os tipos de perigo abstrato

O crime de perigo abstrato, que também é conhecido como perigo presumido, diz respeito aquele em que se consuma mediante a sua simples criação de perigo para o bem jurídico tutelado e que não venha a produzir a ele um dano permanente. Na definição de Bottini (2007, p. 101):

[...] é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto [...]

Não há a necessidade de comprovação, posto que, é presumido *juris et de jure*, visto que a norma penal incriminadora se satisfaz com a simples prática dessa conduta presume o perigo.

Alguns crimes abstratos presentes no Brasil encontram previsão no ordenamento jurídico pátrio, tais como, Estatuto do Desarmamento, Lei de Drogas, dentre outros.

2.3 A DESPROPORCIONALIDADE DAS PENAS

O devido processo legal é o meio utilizado como forma de punição Estatal, que propicia verdadeira efetivação do Estado Democrático de Direito. A pena imposta consiste em sanção aplicada pelo Estado, repreendendo o criminoso por seus crimes e prevenindo a ocorrência de novos delitos. O objetivo consiste em que o delinquentes venha a ser reeducado em decorrência do isolamento social.

O Direito Penal do Inimigo visa eliminar o perigo, mas por meio do direito prospectivo, que preliminarmente atenta aos fatos que podem vir a acontecerem. Punindo um perigo futuro, não há como definir equidade ou proporcionalidade existente entre o dano que pode vir a ser causado e a pena a ser aplicada. Greco distingue Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo que:

O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado (GRECO, 2011, p. 23).

O doutrinador alemão, alega que a pena não possui fins sociais, mas o seu único fim é que seja garantido as expectativas normativas, por meio da adoção das medidas preventivas, visando a punição antecipada com penas rígidas, face à gravidade do fato que vier a ser consumado.

2.4 A RELATIVIZAÇÃO DE GARANTIAS PENAIIS E PROCESSUAIS

Diferentemente das outras características supracitadas, ela está presente, mesmo que seja de maneira mitigada dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo exemplo as diferenças existentes entre as garantias processuais da Lei dos Crimes Hediondos em relação aos não hediondos, sendo a vedação da fiança, indulto, entre outros.

Deste modo, vale ainda destacar que, visa suprimir ou relativizar as garantias fundamentais e processuais, possuindo como o seu intuito principal o de antecipação da

aplicação da pena, em virtude desses indivíduos, que são cognominados como os “inimigos” do Estado.

3 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:

Após apresentação de conceitos e fatos que foram explanados, entramos na seguinte dúvida: Para que tenha a garantia de um Estado de Direito, poderá então ser aplicado o Direito Penal do Inimigo, com a intenção de que garanta a pacificação social, ou essa aplicação do Direito Penal do Inimigo nos levaria ao absolutismo? No que tange a este assunto, Zaffaroni entende que:

Na teoria política, o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter pessoas (inimigos da sociedade) é próprio do Estado absoluto, que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de direito (ZAFFARONI, 2007, p. 11).

Seguindo, Kelly Cardoso traz este entendimento ao se tratar deste tema:

Ademais, cumpre observar que o debate sobre a separação e a aplicação de um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo somente poderá ocorrer nas sociedades democráticas que reconhecem direitos e liberdades fundamentais e que se constituem em verdadeiros Estados de Direito, pois em Estados totalitários não existe essa dicotomia, configurando o todo uma legislação de guerra (SILVA, 2016, p. 83).

A dúvida pertinente seria: Qual destes entendimentos estaria correto? Aplicar a Teoria do Direito Penal do Inimigo no Estado de Direito é legítima, ou ela se define um Estado Totalitário? De antemão, a opinião de Kelly Cardoso mostra que não interpreta que o Direito Penal do Inimigo seja compreendido como um Estado Totalitário, pois esse Estado não reconhece esses direitos à nenhum dos cidadãos, o que ocorre ao contrário dentro dessa teoria, que disponibiliza esses direitos para aqueles indivíduos que não venham a ser considerados como inimigos.

Já Zaffaroni, compreende que há uma grande ampliação das punições e suprime os direitos que são garantidos ao indivíduo que comete um delito, possuindo como método algo subjetivo, deixando ao governante, ao que julga, o poder de definir o indivíduo que praticou o crime em “cidadão” ou “inimigo”.

4 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ao se referir ao princípio da individualização da pena, vale destacar que ela é essencialmente importante para o direito penal, ao ser levado isso em consideração, torna-se algo que não pode ser deixado de lado. Sabe-se que é importante que realize um tratamento igual no meio dos indivíduos que praticam os mesmos crimes, mas, também é importante ser aplicado tratamentos desiguais, quando assim for necessário. Nesse mesmo sentido, Kelly Cardoso entende que:

O princípio da igualdade, ao mesmo tempo em que proíbe o tratamento desigual, também o clama. Isto porque a tarefa da lei reside em dispensar tratamentos diferenciados, desde que justificados. [...] As medidas para igualar os desiguais devem ser necessariamente adequadas a cada caso. Não podem ser inferiores a essa precisão, sob pena de ineficazes. Nem superiores, sob pena de abusivas (SILVA, 2016, p. 143/144).

Desta forma, mesmo que o princípio da igualdade presume que há a necessidade de existir um tratamento igual para todos indivíduos, exige-se o tratamento que diferencie quando for exigido pelas circunstâncias. Para que tenha um tratamento diferente entre os delinquentes, deverá ser justificável, vemos então a aplicação do princípio da igualdade e da individualização da pena.

Há aqueles que compreendem não ser uma violação a instalação de um regime integralmente fechado dentro da lei dos crimes hediondos, mesmo que seja um entendimento específico do Supremo Tribunal Federal. Individualiza a pena quando se cumpre a pena no regime inicialmente fechado para crimes hediondos, distinguindo entre indivíduos que infringem com crimes comuns e hediondos, sendo possível a sua individualização da pena no meio daqueles que venham a praticar crimes considerados como hediondos, sendo em virtude da proporcionalidade da pena total que deverá ser aplicada para assim dar a progressão de regime.

5 OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GERAL

Analisar acerca da possível aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo em vista que, o mesmo não se encontra em harmonia com os Direitos e Garantias Fundamentais citados na Carta Magna da República Federativa de 1988.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar aspectos técnicos e legais quem permitam compreender o que vem a ser inimigo do Estado dentro da teoria do Direito Penal do inimigo;
- Demonstrar a distinção predominante que existe entre o cidadão/pessoa e inimigo;
- Apresentar a necessidade de punição ao inimigo do Estado em função do abuso e reincidência mediante a aplicação do instituto Direito Penal do Inimigo.

6 METODOLOGIA

A pesquisa realizada foi de natureza explicativa, cujo método de abordagem utilizado foi qualitativo e dedutivo, onde se buscou a confirmação ou não das hipóteses levantadas no presente artigo.

No que tange a metodologia, o que predominou foi a pesquisa bibliográfica. Se refere a uma pergunta em que se quer buscar uma resposta. Tartuce (2006) *apud* Oliveira *et. al.* (2015, p. 2-3) apontam que a metodologia científica:

[...] trata de método e ciência. Método (do grego *methodos*; *met'hodos* significa, literalmente, “caminho para chegar a um fim”) é, portanto, o caminho em direção a um objetivo; metodologia é o estudo do método, ou seja, é o corpo de regras e procedimentos estabelecidos para realizar uma pesquisa; científica deriva de ciência, a qual compreende o conjunto de conhecimentos precisos e metodicamente ordenados em relação a determinado domínio do saber. Metodologia científica é o estudo sistemático e lógico dos métodos empregados nas ciências, seus fundamentos, sua validade e sua relação com as teorias científicas. Em geral, o método científico compreende basicamente um conjunto de dados iniciais e um sistema de operações ordenadas adequado para a formulação de conclusões, de acordo com certos objetivos predeterminados. (TARTUCE, 2006).

Utilizado como técnica de coleta de dados a da documentação indireta: pesquisa documental e pesquisa bibliográfica (livros, artigos e sites da internet), através de autores que

diante de suas obras utilizaram a educação como uma ferramenta transformadora. Autores estes como Gunther Jakobs, Rogério Greco, Cleber Masson, Zaffaroni, etc.

7 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante do exposto, a visão de Jakobs (2003), é que o Direito Penal possui a incumbência de cumprir e dar a garantia da “identidade normativa” e a da “constituição da sociedade”, de forma em que a repressão que vier a ser empregada contra o transgressor reafirme a vigência e sua validade das normas.

Como já citado, para o doutrinador alemão (2003), o conceito de pessoa está ligado de uma forma direta à sua atuação e à sua postura como um indivíduo diante da sociedade e as suas normas regentes. Ou seja, suas atitudes perante a sociedade irão o definir. Já Gracia Martín (2007), entende que a pessoa é apenas centro de imputação normativa de efeitos jurídicos, que diz respeito aos direitos e deveres. Sendo considerado como um conceito relativo, já que enquanto no Direito Civil uma criança pode vir a ser considerada pessoa, no Direito Penal ela não será.

Para Zaffaroni (2002), deve ser admitido pelo Direito Penal que tem lugar no mundo fático os conflitos e as consequências estabelecidas. Desta forma, entende-se que a teoria tem como sujeito o homem empírico, e não a pessoa, enquanto é considerada dentro de uma construção normativa.

Ao ser analisado o conceito apresentado pelo próprio doutrinador, que inimigo é aquele que se afasta de uma forma duradora do Direito, não deixa claro os limites, como por exemplo, o número de infrações que “podem” ser cometidas por um indivíduo até o momento em que ele poderá vir a ser considerado como um inimigo da sociedade.

Ao ser infringido o Direito Penal do Cidadão, o indivíduo deverá se submeter a um processo penal, o qual seguirá as regras que são destinadas a este, caso seja comprovado a existência de uma infração, deverá ser apenado por essas mesmas regras, já que seu julgamento foi por meio delas.

A ideia de Jakobs é que se faz de imediato existir duas espécies de direito penal, isso dentro de uma mesma realidade, um seria com normas destinadas diretamente ao cidadão, e outro com normas destinadas àquele que vier a ser considerado inimigo. A ideia de Jakobs, no que concerne às normas destinadas ao inimigo, como se observou, é de antecipação da tutela

punitiva, diminuição ou supressão das garantias constitucionais e processuais, bem como de criação de penas mais severas e rígidas. A visão que se possui da teoria é de que está mais preocupada em identificar um grupo de indivíduos e intitula-los como inimigos do que definir um fato criminoso.

Segundo Zaffaroni (2002) afirma, é decorrente de um esforço do Estado de Direito o próprio Direito Penal do fato, para assim poder realizar a limitação e a redução do poder punitivo do Estado, considerando uma renúncia ao esforço de ocorrer essa limitação do poder punitivo.

Nilo Batista (2007) com apoio em Roxin, entende que o Direito Penal só possui a possibilidade de assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, ele não tem o direito de “castigar” comportamentos que não tenha ocorrido diretamente uma lesão ao direito de outros indivíduos da sociedade, não sendo legitimado ao Direito Penal, considerando também não ser adequado.

Para Zaffaroni (2007), se for aceito o conceito de inimigo, as consequências seria então uma instalação de uma ditadura jurídica, devendo então ocorrer a suspensão da Constituição no momento em que estiver ocorrendo a vigência das emergências. Zaffaroni (2007) entende que não pode existir um outro Direito Penal, senão o de garantias.

Há que se considerar, entretanto não ser possível a aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro. A sua implementação se torna inviável, visto que a sua proposta não é conciliável com os princípios do Estado Democrático de Direito, que são assegurados na Constituição Brasileira de 1988.

Gracia Martín (2007) também entende que é inviável a sua aplicação, considerando ser impossível a harmonização entre o Estado de direito e o Direito Penal do Inimigo, por ser pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. No mesmo entendimento, Luigi Ferrajoli (2006) diz não ser possível que exista um direito penal de “amigos” e inimigos” dentro de um Estado democrático de direito.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a teoria do Direito Penal do Inimigo é um tema que possui polêmicas ao ser estudado e discutido, por existir divergências entre os posicionamentos de alguns doutrinadores. A fundamentação utilizada por aqueles que concordam é baseada na ideia de

uma possível redução na criminalidade que é existente no país, mas, existe aqueles doutrinadores que entendem que os direitos e garantias fundamentais estão acima de outros problemas presentes na sociedade, sendo considerada incompatível com a ordem jurídica e compara como um direito inconstitucional e também totalitário.

As suas principais características ofendem o Estado democrático de direito, por existir indivíduos que não gozem dos mesmos direitos e garantias que são assegurados a toda pessoa humana. A divisão entre cidadão e inimigo que é trazida por Jakobs se torna incapaz de se aplicar neste modelo de Estado, nossa Carta Magna em seu artigo 5º dispõe que todos são iguais perante a lei sem diferenciação de inimigo ou cidadão, ou seja, por se consolidar na igualdade entre todos os indivíduos.

Com o cenário que converge entre a atual pandemia decorrente do COVID-19 e a precariedade existente no sistema penitenciário do País, trás a realidade de um Sistema Prisional com falha em sua estrutura para suportar indivíduos que estão cumprindo pena, os colocando em liberdade ou em prisão domiciliar, visando ser uma forma inteligente de escape para que ocorra uma mudança nesse cenário, trazendo novamente para o meio da sociedade aqueles indivíduos.

Compreende-se que seja improvável que venha a existir uma união entre o Estado de direito e o Direito Penal do Inimigo, já que o primeiro é regulado pelo próprio princípio da dignidade da pessoa humana enquanto o segundo, não vem a colocar esse ponto em pauta de importância.

As intenções presentes na Teoria do Direito Penal do Inimigo ao estudar são louváveis. Visa controlá-las, já que não seria uma possibilidade ser evitadas. A ideia de um Estado com poder para eleger, pela sua boa vontade aqueles que serão considerados inimigos, apresenta-se como um perigo sem precedentes.

Se é fato que o direito penal do inimigo nos exatos termos previstos por Jakobs é digno de Estados Totalitários, não pode se conceber que esse tipo de norma exista de forma oculta em ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos de Direito. Logo, é necessário, respeitando os direitos humanos, que se dê proporcional àquele que se impõe de forma veemente contra o Estado praticando crimes, sem, todavia, afastar sua condição de pessoa.

Destarte, a sua aplicação dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro se torna inadmissível, por se tratar de um Estado democrático de direito, não podendo existir indivíduos que não gozem dos mesmos direitos e garantias que são assegurados a toda pessoa humana pela

Constituição Federal de 88. A divisão entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, proposta por Jakobs, é impossível neste tipo de Estado, que é fundado na igualdade entre os seres humanos.

*POSSIBILITY OF APPLICATION OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW IN THE
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM ABSTRACT*

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the possible application of the Criminal Law of the Enemy in the Brazilian Legal System, a theory developed by the German doctrinaire Gunther Jakobs. Its first version was presented in 1985, therefore, because it was not accepted, it was changed, thus, in 1999, the doctrinaire presents a more adjusted and founded thesis. It will be presenting its definition, characteristics and discussing its possible application. It also has the objective of analyzing its influence within the current Brazilian legislation and the possibility of applying it in a society that is defined as a Democratic State of Law. Throughout the work the main points and characteristics that are present in the theory will be addressed. Based on a bibliographical review and through a qualitative approach, it is possible to affirm that its implementation in the Brazilian Judicial System becomes something unfeasible, since its proposal is not reconcilable with the principles of the Democratic State of Law, which are assured by the Brazilian Constitution of 1988. The division between criminal law of the citizen and criminal law of the enemy, which is proposed by Jakobs, becomes impossible in this type of state, which is based on equality among human beings.

Keywords: Enemy's Criminal Law Theory. Enemy. Possibility of application.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula ZomerSica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925 p.

GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 6. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. – 9 ed., rev., atual. Niterói: Impetus, 2016.

_____. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 56, 2005.

JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004. In: HRRS – März, Caderno 3, 2004.

_____. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

_____. *Direito Penal do Inimigo*. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (orgs.). *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 40-41.

_____. *Sociedade, norma e pessoa*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 1.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 46.

JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – 5ª ed., ver. E atual*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Almeida. *TEXTOS LITERÁRIOS NO PROCESSO DE LETRAMENTO: REFLEXÕES ACERCA DA FORMAÇÃO DO JOVEM LEITOR*. Realize editora. Campina Grande, v. 1 ed. 4, p. 02-03, ano 2015. Disponível em:

<http://www.editorarealize.com.br/revistas/fiped/trabalhos/TRABALHO_EV050_MD1_SA17_ID139_06102015164637.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de Mera Conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

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

SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito Penal do Inimigo: Aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. Coleção Pensamento Criminológico, volume 14. Tradução Sérgio Lamarão.

_____; SKOLAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.