
DIREITO PENAL DO INIMIGO E O CONFLITO CONSTITUCIONAL

Marcos Nunes Silva Verneck

Adriano de Oliveira Sales

Miqueia de Oliveira Nonato Monteiro

Anna Paula Johnson Cabral

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o direito penal do inimigo e o conflito constitucional de acordo com os pensamentos de certos autores de nome renomados, como o doutrinador Gunther Jakobs na área do Direito Penal do Inimigo. Uma vez que o contexto procurar por meio de tal teoria ofertar uma resposta à violência que vem aumentando a cada dia no panorama brasileiro, pois as formas de Direito e Processo Penal sempre apresentam ineficazes a guerra de inimigos que no dia a dia estão melhores aparelhados para esse combate do que o próprio Estado. Já que sua maior garantia é a segurança cognitiva, uma vez que este não se tem atenção para sustentar a ordem, e mais de projetar uma sociedade categorias que extingam aqueles que não apresentam a menor segurança para que possam ser abordados como indivíduos. No entanto certas críticas são realizadas os pensamentos de Jakobs, por ter situações incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, podendo observar que também tem situações de compatibilidade com este Estado, sem notarem que o exemplar já é real, só necessita ser lembrado e melhor implementado.

Palavras-chave: Direito penal. Inimigo. Sociedade. Estado. Violência.

ABSTRACT

This paper aims to show the Feindstrafrecht and the constitutional conflict in accordance with the thoughts of some renowned name authors such as doctrinaire Gunther Jakobs in the area of Criminal Law of the Enemy. Once the context browse through such a theory offer an answer to the violence that is increasing every day in the Brazilian panorama, because the forms of law and criminal procedure ever present ineffective war enemies in the day to day are better equipped to this fight than the state itself. Since its greatest guarantee is cognitive security, since this one does not care to support the order, and more to design a society categories extinguish those who do not have the lowest security so that they can be addressed as individuals. However certain critical thoughts of Jakobs are held to have situations incompatible with a democratic state, able to observe that also has compatibility situations with this state without noticing that the copy is already real, only needs to be remembered and better implemented.

Keywords: Criminal law. Enemy. Society. State. Violence.



1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito Penal do Inimigo é uma teoria, que há mais de 20 anos vem se lançando em vários países e difundiram-se favoráveis, ainda que tenha nascido na Alemanha. É protegida por Gunther Jakobs desde os anos de 1985 e recebeu simpatizantes na Europa, especificamente na Espanha e Portugal, além da América do Sul.

A política criminal exercida hoje em dia na presente sociedade, apreciada por diversos como uma sociedade de risco, vem suportando um grande controle do direito penal do inimigo. Foi desenvolvido por Günther Jakobs, o direito penal do inimigo reparte a sociedade em dois amplos grupos, as apreciadas por indivíduos e não indivíduos, ou os considerados inimigos.

Segundo sua definição jusfilosófico as 'pessoas' fazem jus as completas seguranças, ao passo que os 'inimigos' fazer jus a possuir seguranças processuais e penais facilitadoras, baseando em seu bom emprego na empáfia de perigo para a pessoa. Principalmente influenciado pela mídia social usurpadora da brutalidade jornalística, o direito penal do inimigo vem a cada dia inserindo dentro da sociedade, uma vez que a política criminal usa hodiernamente o sofrimento de coação por parte da sociedade a qual cobra uma solução imediata da bancada legislativa, validando, assim, a publicação de legislações coercitivas as quais beneficiam os direitos processuais e penais indiscutidas na constituição pátria.

No entanto, Jakobs ampara nesta teoria o dever de separar os delinquentes em dois grupos: a dos que ainda podem se readquirir e a dos que se tornaram inimigos do Estado. Na primeira categoria, os criminosos continuam com seus status de cidadãos, o direito a julgamento dentro do processo jurídico e o direito de voltar a viver em sociedade, por meio da reeducação prisional.

Ademais, na segunda estão considerados inimigos do Estado, que são aqueles que são reincidentes e atacam contra o Estado e atentam contra sua própria vida, onde se dedicam a devastar o que a sociedade edificou. Onde são indivíduos treinados por facções criminosas voltadas para o terrorismo, e procuram atingir o Estado, isto é, uma vivência voltada para afrontar o Estado através de crime organizado. Como se vivencia atualmente através da imprensa escrita e

televisionada. Como comenta Jakobs, a estes delinquentes que fazem parte dessas facções criminosas, caberia um regime específico e rigoroso na execução das penalidades. Onde perderiam os benefícios legais, o status como cidadão que é ficando sob tutela especial do Estado já que são considerados perigosos para a segurança da sociedade.

Avaliamos as críticas construtivas ao Direito Penal do Inimigo, bem como sua entrada no Estado democrático de direito e sua aceitação com os princípios constitucionais.

O tema tratado merece ser destacado por envolver o afastamento de direitos contemplados na nossa Constituição Federal a todo e qualquer cidadão, regulando de modo diverso aqueles que são considerados inimigos do Estado, de modo a dividir o direito penal brasileiro em dois, o do cidadão que afeita todas as prerrogativas deferidas pelo nosso direito processual penal e Constituição Federal, e aquele cidadão que tem seus direitos suprimidos.

Diante deste contexto, buscou-se entendimento no seguinte questionamento: Quais são as incompatibilidades constitucionais frente ao direito penal do Inimigo?

A metodologia seguida foi à pesquisa dedutiva, de onde se observou informações extraídas pela técnica de investigação desempenhada por meio bibliográfico, como: livros, revistas, relatórios, entendimento de Legislação pertinente ao assunto. Bem como informações obtidas em sites na internet, pertencentes à área do direito Penal e Direito penal do Inimigo, que noticiam contextos e informações referentes aos temas tratados.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

Cancio (2007, p. 30) afirma que, no ano de 1985 surgiu a teoria do Direito Penal do Inimigo, a partir daí vem acontecendo polêmicas na seara da justiça. Uma vez que, este direito estabelece diversas modificações controversas no panorama Penal.

No geral, esta matéria é um assunto que merece atenção e, lógico uma análise nos princípios fundamentais originados por Jakobs.

Completa Moraes (2008, p. 83),

Não sei se Jakobs chegaria a admitir, nem se quer como hipótese, uma proposição tão extrema quanto esta, mas não há dúvida de que é possível chegar a esta conclusão, quando se admite a existência de dois Direitos penais, inspirados em princípios diferentes e com distintas finalidades ou funções.

Neste entendimento, cabe aos que assumem essa distinção como inevitável, esclarecer o que se quer dizer com a equívoca palavra DPI e os seus limites.

Completa Nucci (2011, p. 123), seria descrever como funciona uma cadeira elétrica sem se pronunciar, a favor ou contra a pena de morte. Uma vez que, constata-se sua existência, determinam-se, segundo a lei vigente, quais pessoas devem nela se sentar, depois de lhes ter sido atribuído o crime que da base o emprego, de quem precisa anunciá-la, e quem precisa usar.

Mas a pena de morte continua ali, imutável, imodificável, tirada sem justificação qualquer do lado judicial, cujo papel termina no momento em que constatou que a penalidade presumida por lei para o crime se usou contra, taticamente, para restaurar a validade da lei afrontada pelo apenado.

Assim, se entende que a tese de Jakobs sobre o Direito penal do inimigo é uma construção valorativamente confusa, válida tanto para um sistema democrático, como para um sistema totalitário. Uma vez que, o sistema, qualquer que seja ele, sua manutenção a todo custo é a única coisa que parece importar.

É compatível com o Estado de Direito e com o reconhecimento a todos, sem exceções, dos direitos fundamentais que correspondem ao ser humano pelo fato de serem considerados inimigos.

Logo, diz Jakobs: “não pode se tratar de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”.

Entretanto, uma segurança cognitiva total nunca será garantida por nenhum sistema de qualquer tipo que seja. Pode existir grau elevado ou não de garantia; e trata-se de determinar quando tais níveis são compatíveis com o exercício dos direitos fundamentais. (CANCIO, 2007, p. 79).

Histórico

Conde (2012, p. 57) afirma que Jakobs (2010, p. 86) argumenta a favor de seu Direito penal do inimigo com a seguinte frase: “Os inimigos não são pessoas de fato”.

No entendimento de que em uma sociedade possa haver duas classes diferentes de seres humanos, as pessoas e as não pessoas e que cada uma delas merece um tratamento jurídico diferente, deve-se assumir também, de modo coerente, as consequências que derivam desta distinção.

De qualquer forma, essa proposição não é nova. Também no passado se deram fundamentações doutrinárias similares a existência de dois direitos penais, resultando em determinadas consequências teóricas e práticas.

Neste entendimento, Moraes (2008, p. 90) diz:

Em um trabalho recente, o filósofo italiano Giorgio Agamben, comenta a tese de Carl Schmitt sobre a distinção “amigo-inimigo” e a sua concepção do “estado de exceção” como expressão do poder soberano, analisa o “campo de concentração” como paradigma biopolítico do moderno.

Uma das características dos regimes nazista e fascista foi à separação do homem como simples vida nua, como uma mera coisa viva sem direito, e o homem como cidadão, como um ser político e titular de direitos.

Era este dado biológico que caracterizava a raça ariana e, com ela, o alemão puro frente ao não alemão pertencente a “raças inferiores”. A primeira consequência desta distinção foi já em abril de 1933, a lei para a depuração da função pública de indivíduos judeus, mas, sobretudo as leis de Nuremberg de 1935, pelas quais se privava os judeus alemães da nacionalidade alemã, rebaixando-os à categoria de sujeitos de segunda classe, proibidos de se casarem com pessoas da raça ariana. Ter relações sexuais com tais pessoas foi tipificado como delito de “ultraje à raça”. (MARTINS 2007, p. 86).

Além desse critério biológico racista também foram utilizados outros de tipo biopolítico, de caráter eugênico, como as medidas esterilizadoras para os portadores de doenças hereditárias hipótese disposta em uma lei de 1933 e inclusive chegaram a adotar a eutanásia para doentes mentais e terminais, por meio de ordens secretas ditadas pelo próprio Hitler no início dos anos.

Tudo devidamente regulamentado por meio de leis e medidas policiais, para a erradicação dos não sociais, marginalizados sociais, delinquentes habituais,

alcoólatras, homossexuais etc., consolidadas em um projeto de lei para o tratamento dos que eufemisticamente foram denominados estranhos e também inimigos da comunidade, afirma Moraes (2008, p. 90).

Assim, por exemplo, o famoso penalista alemão Mezger, nos informes que relatou em 1943 para o regime nacional-socialista acerca de um projeto de lei sobre o tratamento de “Estranhos à Comunidade”, dizia o seguinte: “No futuro haverá dois (ou mais) “Direitos penais”: um Direito penal para a generalidade (no qual em essência continuarão os princípios vigentes até agora), e um Direito penal completamente diferenciado para equipes exclusivas de certos indivíduos, ou seja, os salteador por tendência, explana aqui Batista (2011, p. 96).

No entanto, Batista (2011, p. 152) fazendo uma correlação com o Estado de Direito afirma que

Os direitos e garantias fundamentais próprios do Estado de Direito, sobretudo as de caráter penal material, princípios de legalidade, intervenção mínima e culpabilidade e processual penal direito à presunção de inocência, à tutela judicial, a não fazer declarações contra si mesmo etc. são pressupostos irrenunciáveis da própria essência do Estado de Direito.

Admite-se sua derrogação, ainda que seja em casos pontuais extremos e muito graves, deve-se admitir também o desmantelamento do Estado de Direito, cujo ordenamento jurídico se converte em um ordenamento puramente técnico ou funcional, sem nenhuma referência a um sistema de valores ou, o que é pior, referido a qualquer sistema, ainda que injusto, sempre que seus executores tenham o poder ou a força suficiente para lhe impor.

Neste pensamento último, o Direito assim entendido se converte em um mero Direito de Estado, no qual é submetido aos interesses que, em cada momento, o Estado ou as forças que o controlam ou monopolizam seu poder determinam. O Direito seria, então, simplesmente o que em cada momento convém ao Estado. E este, ao mesmo tempo, seria o que prejudica e acarreta o maior dano possível a seus inimigos.

Zaffaroni (2010, p. 115) complementa o assunto em tela:

Os juristas mais importantes do regime nacional-socialista, como Roland Freisler ou Hans Franck, afirmavam e formulavam esta ideia de maneira muito clara: “Recht ist etwas dem Volk nuzt” (“Direito é o que é útil para o povo”). Substitua-se o termo “povo” por “Estado” ou por “sistema” e o termo “útil” por “funcional” e terá em suma a fundamentação perfeitamente funcionalista do Direito penal do inimigo.

Continua Zaffaroni (2010, p. 115) em suma, a razão do Governo, que é o dominante no poder que pune a funcionalidade de seu sistema, independentemente do que seja democrático ou autoritário, se converte no único fundamento do Direito penal.

Outros antecedentes doutrinários do Direito penal do inimigo se encontram na tese elaborada por alguns juristas alemães e austríacos, após a derrota de seus países na Primeira Guerra Mundial. Defenderam a tese de que a derrota nesta grande Guerra não teria se produzido tanto pela superioridade militar do inimigo externo, mas pela traição e pela fraqueza moral dos “inimigos internos”, tanto de caráter racial (principalmente judeus), como de caráter ideológico (principalmente os comunistas).

A missão do Direito penal seria, portanto, a luta contra este tipo intolerável de inimigo interno. Não foi, pois, nenhuma coincidência que, desde o primeiro momento do regime nazista, fosse nomeado presidente da Sociedade de Direito Alemão o austríaco Conde Wenceslaon Von Gleispach, quem, ademais, foi transferido da cátedra de Viena a catedrático da Universidade de Berlim (BATISTA 2011, p. 153).

Este autor já falava, desde antes do nazismo, da necessidade de configurar o Direito Penal para ser uma ferramenta ao combate em desfavor do inimigo, externo e interno (stratrechtliche Rüstung), sem levar absolutamente em conta limites ou princípios que pudessem debilitar sua eficácia.

Não se sabe se Jakobs chegaria a admitir, nem sequer como hipótese, uma proposição tão extrema quanto esta, mas não há dúvida de que é possível chegar a este pensamento.

Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão

Conforme foi visto no contexto, o controle social exercido através do Direito Penal constitui a forma mais dura de controle social. Neste item se aborda os movimentos de política criminal opostos, quais sejam, direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão. O discurso atual do direito penal do inimigo renuncia as garantias materiais e processuais do direito penal da normalidade.

Tais princípios e regras próprias do direito penal do inimigo estão impostos pelo significado das circunstâncias fáticas que caracterizam a atividade e a posição do inimigo frente à sociedade.

Portanto, estariam configurados como instrumentos adequados ao fim de prevenção do perigo que representa o inimigo, que somente podem ser alcançados mediante seu vencimento ou sua eliminação na guerra desatada entre ele (o inimigo) e o Estado, mediante seu isolamento (MORAES e LUCIANO, 2015, p. 66).

Descreve ainda Conde (2012, p. 125):

O direito penal de inimigos aperfeiçoa a proteção de bens jurídicos, [enquanto] o Direito penal de cidadãos aperfeiçoa as esferas de liberdade. Mediante o Direito penal do inimigo, o Estado já não dialoga com o cidadão para manter a vigência da norma, senão que combate a seus inimigos, ou seja, combate perigos, e, por isso, nele a pena se dirige para a segurança diante dos fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.

Portanto, o chamado Direito penal do inimigo seria aquele que se apartaria dos fins ordinários do Direito penal, da reafirmação do ordenamento jurídico ou da norma infringida conforme a ideologia da chamada atualmente, prevenção geral positiva, prevenção geral de intimidação e prevenção especial reabilitadora ou de reinserção social.

Trata-se de uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo cujo único fim seria sua exclusão e incapacitação. O fim principal do Direito penal do inimigo é a segurança cognitiva. Nele não se trata já, como acontece no Direito penal geral, da conservação ou manutenção da ordem, senão da produção no entorno de condições suportáveis por meio das quais sejam eliminados todos aqueles que não oferecem a garantia cognitiva mínima que é necessária para serem tratados como pessoas.

O Direito penal do inimigo é a regulamentação jurídica da exclusão dos inimigos, a qual se justifica estando o indivíduo na condição de “não pessoa”, e conceitualmente faz pensar em uma guerra cujo alcance, limitado ou total, depende de tudo aquilo que se teme deles. (MORAES e LUCIANO 2015, p. 77)

Para Conde (2015, p. 126):

Uma primeira manifestação do direito penal do inimigo está representada por alguns tipos penais, em que existe uma ampla antecipação da punibilidade a momentos em que os atos realizados somente têm caráter preparatórios de atos futuros. Ou seja, condutas que consistem em ameaça permanente a princípios básicos da sociedade (falta de segurança), como condutas informadas e motivadas por pertencerem a uma organização que opera fora do Direito.

Desta forma, criminalizam-se comportamentos de mera colaboração com grupos e organizações terroristas, inclusive a apologia das infrações de terrorismo ou de seus autores.

A segunda característica do direito penal do inimigo, exposta pelo supracitado penalista consiste na desproporcionalidade das penas, que teriam de a manifestação. Desta forma, a criminalização de condutas no âmbito prévio não é acompanhada de redução da pena com respeito àquela fixada para os fatos consumados ou tentados, relacionados às aludidas condutas prévias.

Vale dizer ainda que a circunstância de o autor pertencer a uma organização é considerada para estabelecer agravações, consideradas, em princípio, desproporcionadas. No cenário alemão, Jakobs reconhece também como uma manifestação típica do direito penal do inimigo o fato de que numerosas leis penais alemãs dos últimos anos se autodenominam abertas. São aquelas chamadas “leis de luta ou combate”.

Segundo Moraes e Luciano (2015, p. 78), outra forma de identificação do direito penal do inimigo é a considerável restrição de garantias e direitos processuais dos imputados. Na sua aplicação se põe em questão a presunção de inocência, por ser oposta à exigência de veracidade no procedimento, se reduzem consideravelmente às exigências de licitude e admissibilidade da prova, se introduzem medidas amplas de intervenção das comunicações, de investigação secreta ou clandestina.

Por final, o direito penal do inimigo também está caracterizado no âmbito dos regulamentos do direito penitenciário, quando se constata o endurecimento de condições de classificação dos internos, que têm limitados os benefícios penitenciários, ou ainda, ampliado requisitos para a concessão da liberdade condicional.

No que se refere ao direito penal do cidadão, o Estado não vê o autor do fato delituoso como um inimigo que deve ser destruído, mas sim, como um cidadão que apresentou um comportamento que feriu a norma, ou seja, cometeu um deslize reparável.

Desta forma o indivíduo não perde sua condição de cidadão e seu direito de reintegrar-se à sociedade. Segundo ensinamento de Nery (2015, p. 79)

O Direito penal do cidadão define e sanciona delitos ou infrações de normas que levam a cabo os indivíduos de um modo incidental e que é normalmente a simples expressão de um abuso pelos mesmos das relações sociais em que participam desde seu status de cidadãos, quer dizer, em sua condição de sujeitos vinculados ao Direito. O delito de um cidadão “não aparece como princípio do fim da comunidade ordenada, senão somente como irritação desta, como deslize reparável”, e por isso, conclui Jakobs, o Estado moderno vê no autor de um fato – de novo, uso esta palavra pouco exata – normal, [...] não a um inimigo ao que há de destruir-se, senão a um cidadão, uma pessoa que mediante sua conduta há danificado a vigência da norma e que por isso é chamado – de modo coativo, mas em quanto cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano na vigência da norma. Este é assim, quando o autor, apesar de seu fato, oferece garantias de que se conduzirão grandes rasgos como cidadãos, quer dizer, “como pessoa que atua em fidelidade ao ordenamento jurídico”. Por isso, em princípio, “um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também ao criminal”, pois este, por um lado, “tem direito ao voltar a entender-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status como pessoa, como cidadão”, e por outro, tem o dever de proceder à reparação, e também os deveres têm como pressuposto a existência da personalidade. Justiça não segue a concepção desse autor. Afirma que em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito o criminoso. Explica que existe uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a amoldar-se na sociedade, e para isso, por outro lado, deve manter-se seu status como pessoa, como cidadão.

O Conde (2015, p. 123) admite alguma regulação do direito penal do inimigo em determinadas situações extremas e segundo a condição de que daquela resulta sempre o mal menor em termos de proporcionalidade. Portanto, trata de analisar o mal que se causa com o sacrifício de garantias e da liberdade de ação, com o m cuja produção tende o perigo que representa o inimigo, que é o que se trata de evitar.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS INCOMPATIBILIDADES COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Conde (2012, p. 64) diz que, existe um estreito nexo de interdependência entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, já que o Estado de Direito cobra e insinua a segurança dos direitos fundamentais, já que estes exigem e implicam, para sua realização, o Estado de Direito. Desta forma, a conceituação dos direitos fundamentais determina a própria significação do poder público, ao existir uma íntima relação entre o papel assinado a tais direitos e o modo de organizar e exercer as funções estatais.

Já Nery (2014, p. 83) cita que:

Os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito, de que o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará frente ao respeito e a promoção da pessoa humana. Deste modo, os direitos fundamentais apresentam-se na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e como marco de proteção das situações jurídicas subjetivas. De acordo com a D^{ca} Carla Pereira Nery, segundo Perez Luño, em sua significação axiológica objetiva, os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, logrado a partir de relações de tensão e dos consequentes esforços de cooperação encaminhados à conquista de metas comuns.

Por isso, corresponde aos direitos fundamentais um importante cometido legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito, já que constitui os pressupostos do consenso sobre o que se deve edificar qualquer sociedade democrática; em outros termos, sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos presta seu consentimento e condiciona seu dever de obediência ao Direito.

Desta forma, no constitucionalismo atual, os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: no plano subjetivo seguem atuando como garantias da liberdade individual, acrescentada da defesa de aspectos sociais e coletivos da subjetividade. Por outro lado, no plano objetivo os direitos fundamentais assumiram uma dimensão institucional, a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados (MORAES 2008, p. 84).

Completa Nery (2014, p. 83):

Neste sentido, menciona Perez Luño, referindo-se ao Tribunal Constitucional Espanhol, que o Tribunal constitucional soube captar pontualmente esta nova situação ao aludir ao “duplo carácter que têm os direitos fundamentais”. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais são direitos subjetivos, direitos dos indivíduos não somente em quanto direitos dos cidadãos em sentido estrito, senão em quanto garantem um status jurídico ou a liberdade em um âmbito da existência. Mas, ao próprio tempo, são elementos essenciais de um ordenamento objetivo da comunidade nacional, enquanto este se configura como marco de uma convivência humana justa e pacífica, plasmada historicamente no Estado de Direito e, mais tarde, no Estado social de Direito ou o Estado social e democrático de Direito, segundo a fórmula de nossa Constituição (art. 1,1). (STC de 14.07.1981, em BJC, 1981, n. 5, p. 331) Os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são utilizados muitas vezes, como sinônimos.

Entretanto, a doutrina busca explicar o respectivo alcance de cada uma das referidas expressões. Desta forma, os direitos fundamentais designam os direitos positivados no nível interno, uma vez que os direitos humanos reúnem em sua significação descritiva aqueles direitos e livres-arbítrios denominados nas afirmações e pactos internacionais, abrangendo também aquelas exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema de necessidades humanas, e que necessitavam ser assunto de motivação, porém não é.

Complementa o citado autor, por seu expediente, os direitos fundamentais têm uma percepção precisa e estrita, pois descrevem somente o conjunto de direitos e liberdades jurídicas e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito positivo. São direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação responde a seu caráter básico ou fundamentador do sistema jurídico político do Estado de Direito.

Moraes (2008, p. 69) menciona que se vem fortalecendo a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao comando sigiloso do governo, pois diz ser assunto de competência internacional.

Garante Nery (2014, p. 86) resumidamente que esta concepção inovadora aponta a duas importantes consequências:

1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal; 2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito. Deste modo, anuncia-se o fim da era em que o Estado soberano tratava seus nacionais como se fora um problema de jurisdição doméstica.

Neste cenário, surge a Declaração universal de 1948, introduzindo a concepção de direitos humanos, anotada pela universalidade e indivisibilidade dessas garantias.

Conforme explica Martin (2007, p. 57):

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, está como valor intrínseco à condição humana. E acrescenta que indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis a) o homem é um fim em si mesmo; b) a

autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.

Enfim, entendemos a dignidade humana não somente como o mais valioso, o que não tem preço, o que exige um respeito imediato, senão também o direito a ter direitos, conforme ensina Hanna Arendt. É neste sentido que também constitui o princípio reitor dos direitos humanos. Conclui-se, portanto, que a dignidade humana é o fundamento do Direito.

A nova defesa social como movimento de política criminal humanista

Segundo Moraes (2008, p. 101) a corrente doutrinária denominada Nova Defesa Social foi liderada por Ancel, usando como segurança o esteio de um artifício criminalmente e humanista, que parte necessariamente da proteção do indivíduo, e da sublime dignidade do ser humano.

Moraes denominava o movimento de Novíssima Defesa Social. Ancel expõe os traços essenciais desta doutrina, aduzindo que ela não reconhece como sendo o Estado revestido de um valor absoluto, e menos ainda, detentor de poderes discricionários; impõe-lhes deveres precisos para com o cidadão, mesmo delinquente, e é neste sentido que se pode falar de um “direito de ressocialização” ou de uma obrigação do Estado de promover a integração do indivíduo na comunidade social, que jamais o oprimirá: o reconhecimento dos “direitos humanos” é imanente a este sistema.

Neste entendimento, a doutrina ensina que o direito penal desempenha um papel proeminente para a existência da ordem social, que consiste no conjunto de regras para às condições da vida em sociedade, bem como as aspirações comuns dos membros dessa sociedade. Martins (2007, p. 95P) ensina,

A política criminal de defesa social não visa a extinção do direito penal, mas o aperfeiçoamento desse direito. Ou seja, a adequação sempre maior da reação anticriminal às necessidades conjugadas do indivíduo e da sociedade, que são ao mesmo tempo objetos e sujeitos de proteção social. Ancel e seus seguidores apresentaram uma doutrina mais moderada, denominada Movimento da Nova Defesa Social, que surgiu em seguida à controvertida Doutrina da Defesa Social, liderada por Gramática. Diz ainda, sobre o Movimento da Nova Defesa Social, de Ancel, que o programa, em sua versão original, representou a vitória do pensamento moderado sobre as ideias extremadas de Gramática e seus seguidores, que pugnavam pela abolição do

Direito Penal, que deveria ser substituído por outros meios não punitivos, de garantia da ordem social. Onde contempla as principais diretrizes desta nova corrente, que foram inseridas no “Programa Mínimo”, aprovado no Terceiro Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em 1954. Deve-se buscar meios preventivos da ação, na luta contra a criminalidade, diversos dos previstos no âmbito do Direito Penal, que não deve ser visto como o único representante médio contra a delinquência.

As formas de ação de defesa social não devem ser consideradas apenas sob a perspectiva da proteção social contra os criminosos, mas também sob o enfoque da defesa daqueles indivíduos em estado de perigo, prestes a praticarem crimes.

Como consequência desses objetivos, a Nova Defesa Social encontra sua expressão na fórmula prevenção do crime e tratamento do delinquente, adotada pelas Nações Unidas. O movimento da Nova Defesa Social vê no delinquente uma responsabilidade de caráter moral, consubstanciada na noção do dever de respeito à coletividade. Portanto, ao oposto dos otimistas, que somente se atentavam com os aspectos científicos da criminalidade. Marques ensina que essa responsabilidade não pesa unilateralmente sobre o indivíduo, argumentando que, a própria sociedade tem o dever de respeitar sua dignidade e sua liberdade, numa política criminal voltada para a proteção do indivíduo, que mesmo se tratando de um delinquente, tem direito de ser reintegrado socialmente pelo Estado (MORAES, p. 112).

Nesta linha, Martin (2007, p. 116) afirma,

A política criminal de defesa social deve se basear na noção de responsabilidade, cuja realidade existencial constitui um dos elementos fundamentais do sistema, e que essa responsabilidade, baseada no sentimento íntimo e pessoal da liberdade do indivíduo, é o motor principal do processo de ressocialização. As linhas fundamentais da Nova Defesa Social foram consubstanciadas no aludido “Programa Mínimo”, que foram acrescidos de um Adendo, adotado pela Assembleia Geral da Sociedade Internacional de Defesa Social, reunida em Milão, em 1985. De modo geral, o referido Adendo traça alguns postulados, tais como realizar permanentemente exame crítico das instituições vigentes, buscando atualizar, melhorar e humanizar a atividade punitiva, bem como reformular ou, até mesmo abolir essas instituições. É, portanto, um movimento preterpenal. Outra posição básica é a vinculação a todos os ramos do conhecimento humano, capazes de contribuir para uma visão total e completa do fenômeno criminal. Adota tal posição, por entender que a simples política penal é incabível, porque o Direito Penal não é o único instrumento no combate à criminalidade. Aliás, reconhece, expressamente, que o Direito Penal, além de não ser a única, não é, também, a melhor arma a ser empregada nessa luta.

Por fim, rejeita o sistema neoclássico, de fundo exclusivamente retributivo, propondo uma política criminal que garanta os direitos humanos e promova os valores fundamentais da humanidade.

Completa o citado autor, que a Nova Defesa Social ressalta a necessidade de reagir contra a criminalidade grave, que oferece grande perigo à coletividade, contudo, salienta que essa reação não deve implicar o agravamento das penas. Desta forma, propõe uma política criminal voltada inicialmente para a investigação das causas dos fenômenos criminais, desenvolvendo um trabalho de prevenção da delinquência. E ainda, propõe estudos ligados à Vitimologia, relacionados à assistência à vítima e à reparação do dano causado.

Incompatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito

Neste item se aborda o direito penal do inimigo e o conflito constitucional no âmbito do Estado Democrático de Direito se configurando pela subordinação que toda a sociedade obedecendo aos preceitos constitucionais, trazendo, o Estado à obrigação de normatizar e empregar princípios que ajustem as analogias no âmbito da população, porém, quando o tema é a punição, todo este direito que é essencial ao Estado depara com restrições nos direitos fundamentais da população em geral alegados pela constituição Federal no art. 5º e demais inciso. (BATISTA 2011, p. 139)

Assim, é nessa margem que a teoria do DPI se torna conflitante com o Estado Democrático de Direito, uma vez que, estabelece um choque com preceitos constitucionais.

Dentro desse mesmo entendimento Conde (2012, p. 239) afirma:

No Estado Democrático de Direito é inaceitável que indivíduos sejam tratados como objeto de direito e não como um sujeito de direito. É inadmissível tratar-se um criminoso como inimigo, suprimindo-lhe garantias como o contraditório, à ampla defesa e o devido processo legal, pois isso é totalmente inconstitucional.

Nota-se que o Estado, ao eliminar certas garantias ou controlar os direitos fundamentais de certa pessoa para penalizar aqueles que de alguma maneira violaram a lei estaria desenvolvendo um caso de polícia, o que não é de acordo com um Estado Democrático de Direito.

Nessa mesma linha, assevera Conde (2012, p. 239):

O direito penal do autor atua de maneira tão repressiva que acaba punindo o agente pela simples cogitação do crime, ou seja, pune-se o mero pensamento. Assim, o direito penal passa a controlar, inclusive, tudo que se passa na cabeça das pessoas, o que fere vários princípios penais, como o da lesividade, da ofensividade e da materialização do fato. A lógica da guerra adotada pela teoria em estudo, faz com que ocorram excessos por parte do Estado, levando-se a um punitivismo exacerbado, o que acaba por destruir o princípio constitucional da razoabilidade, colocando-se em risco o Estado de Direito.

Vale lembrar que o direito penal está para a população com o intuito de procurar uma estabilização social por meio da justiça, uma vez que, quando verdadeiro, tem a obrigação de tutelar e conservar os bens jurídicos relevantes e não para servir de ferramenta para um combate.

Dito isso, percebe-se que o Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, quando recusa a categoria de sujeito de direito ao delinquente. O *ius puniendi* do Estado não pode ser desempenhado de maneira preconceituosa, uma vez que estabeleceria um retrocesso para a população. Se o Estado olhar para a pessoa que comete delitos como um inimigo do Estado, passando a atuar como exato terrorista, o que não é sua finalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema direito penal do inimigo e o conflito constitucional de acordo com os ensinamentos de Gunther Jakobs, no âmbito do Direito Penal do Inimigo, teve como finalidade dar uma resposta para a situação crítica do Direito Penal moderno. Seu conceito está em pensamentos filosóficos que há décadas procurou desenvolver fundamentos sobre “inimigos” e a maneira de combatê-los.

Os ensinadores do Direito Penal do Inimigo anseiam por tentar demonstrar que certos delinquentes devem ser vistos como “não pessoas”, sendo, portanto, inimigos do sistema social. Ao atuarem de forma oposta à legislação, terminam atuando de forma oposta ao Estado e, desta forma, devem ser enfrentados como “um inimigo”, incluindo-se nessa luta, nesse combate direto, como decorrência, sua eliminação e isso reflete no ordenamento no que se refere a restringir certas garantias constitucionais essenciais.

Diversas críticas não permitem a distinção que Jakobs faz entre indivíduos, uma vez que para eles essa situação é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Essa distinção entre os indivíduos é também conhecida como a Terceira Velocidade do Direito Penal. Pois, seu essencial objetivo é a garantia cognitiva, já que o Direito Penal do Inimigo não volta sua atenção para garantir a ordem, e, sim, desenvolver uma sociedade com situações jurídicas capazes de eliminar àqueles que não apresentam a menor segurança para que possam ser abordados como indivíduos, por isso a redução de sua personalidade a “não pessoa”.

Dito isso, entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, percebe-se nítida oposição, muito embora, haja constatação de que esta teoria já existe em diversos países; no que se refere ao Brasil, as críticas a essa tese, são amplas e variadas, por trazer situações completamente incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, ainda que tenha aspectos de compatibilidade, quanto a questões de cunho subjetivo, pois a sociedade brasileira não suposta mais ser caçada, como se existissem predadores à solta e, não pessoas delinquindo. Nesse ponto, poderiam ser vistas como “não pessoas”, inimigas da Ordem, inimigas do Estado.

Nesse sentido, não se pode negar que muitos elementos que compõe o “Direito Penal do Cidadão” vêm sendo corrompido e o emaranhado de normas e a incapacidade do Estado em impedir a escalada da violência, torna o estudo da teoria do Direito Penal do Inimigo algo instigante. É forçoso que isso ocorra, porque estudos criminológicos eficazes que conduzam à Políticas Públicas eficientes quanto ao controle social demanda tempo longo e a criminalidade constituída é transnacional. Ocorre, não ser possível olhar o delinquente como inimigo do Estado e “não pessoa”, nestes tempos modernos de tamanhos avanços jurídicos onde se concebe o indivíduo como sujeito de direitos; como tendo uma dignidade, onde se deve respeitar sua personalidade e sua individualidade e, no plano internacional merecedor de garantias.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Rocha Almeida de Moraes e Luciano de Freitas Santoro - Organizadora: Alessandra Orcesi Pedro Greco. **Direito Penal Avançado - Homenagem ao Professor Dirceu de Mello. – Curitiba/PR: Juruá, 2015.**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição de República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: uicao/constituicao.htm>. Acesso em 11. Maio 2015.

CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, **Manual Direito Penal das Inimigas Noções Críticas.** p. 30.

CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** – Curitiba: Juruá, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

GOMES, Luiz Flávio et. al. **Direito penal: parte geral:** 2. tir. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. v. 2.

JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3. ed. 2010.

MARTIN, Luiz Garcia. **O Horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo - A Terceira Velocidade do Direito Penal.** 1ª ed. Paraná: Juruá, 2008.

NERY, Déa Carla Pereira. **Justiça Restaurativa - Direito Penal do Inimigo versus Direito Penal do Cidadão.** – Curitiba/PR: Juruá, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal - Volume I - Parte Geral - Arts. 1º a 120, 11ª Edição** - Revista e Atualizada. - 11. Ed.- Curitiba: Juruá, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio/BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro: Segundo Volume: Teoria do Delito: Introdução Histórica e Metodológica, Ação e Tipicidade.** 1ª ed. Revan, 2010.