

A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE AOS PARADIGMAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE THEORY OF THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY IN FRONT OF THE PARADIGMS OF THE DEMOCRATIC STATE OF THE LAW

SILVA FILHO, Josimar Felix da¹
SOUZA, Henrique Batista de Castro²

RESUMO

A presente pesquisa trata da Teoria do Direito Penal do Inimigo, a qual seria uma das subdivisões do Direito Penal, sendo o outro ramo desse o Direito Penal do Cidadão. Para ela o delinquente que comete crimes de maneira reiterada e por princípios seria inimigo do Estado e por isso perderia o direito às garantias legais, isso porque não seria capaz de se adaptar as regras impostas socialmente, e portanto perderia o status de cidadão. Assim, a presente pesquisa propôs-se a análise quanto a possível existência e convivência harmônica entre o Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. E ainda, quanto a legitimidade do Estado para definir estes inimigo e efetivar essa distinção cidadão x inimigo. Para tanto, fez-se uso de pesquisa bibliográfica, e no tocante ao método de estudo, trata-se de pesquisa explicativa, utilizando-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica em doutrinas, manuais, artigos e legislação correlata. A fim de concretizar o objetivo desta, inicialmente, fez-se uma breve tentativa de conceituar essa teoria, perpassando por um histórico formador, e posteriormente, passou-se a analisar os princípios constitucionais formadores do Estado Democrático Brasileiro e por fim tentou-se compreender se é possível que os dois institutos coexistam dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Diante da complexidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo, resta claro que ainda há muito o que se pesquisar, debater e analisar, porém, diante da breve análise realizada no presente trabalho, pode-se inferir não ser ela compatível com os preceitos do Estado Democrático Brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Princípios Constitucionais. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present research deals with temporary arrest, a precautionary measure legitimately accepted by the Brazilian legal system, instituted in Brazil by Provisional Measure 111/89 and nowadays governed by Law no 7.960/89. Specifically, it is a kind of imprisonment without penalty, having a precautionary character, to allow an effective progress of criminal prosecution. It is presented as a measure exceptional and should be used only in cases provided for by the law, under penalty of infringement of constitutional principles. Due to this exceptional character, studying and understanding is necessary, because the deliberate use of it can create irreparable damages to the social environment. First it makes it a short conceptualization of the Temporary arrest, then deals with the principles constitutionals formers of the Brazilian State and finally, analyze the coexistence of this both institutes. This present research, proposed to analyze if the temporary

¹ Aluno do Curso de Formação de Praças do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás - CAPM, email; fjosimar11@gmail.com. Goiás – GO, maio de 2018

² Professor orientador especialista em direito administrativo e constitucional; professor do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás CAPM, henriquebcsouza@gmail.com, Goiás – GO, maio de 2018.

imprisonment and the Constitutional Principles, in particular those intrinsic to it, maybe would be conflicting institutes, and if these arrests could be considered unconstitutional in view of such conflicts. In order to do so, it was made use of explanatory bibliographical research, having as support, the research done on the internet sites, related legislation, books, manuals and doctrines related to the them. In front of all of the above, it is clear that the Temporary Arrest is a polemic institute, since your creation until the application in the Brazilian criminal justice system, so, it is safe to say that there is still much to study, analyzing and discussing in all the fields of society in order to achieve the real efficiency to application of this modality of imprisonment.

Keywords: Preventive Detention. Democratic State. Constitutional principles.

1 INTRODUÇÃO

Günther Jackobs, autor da Teoria do Direito Penal do Inimigo, defende a legitimação de sua teoria em razão do direito de segurança dos cidadãos e que seria imprescindível de conservar o Estado. Assim, os inimigos perderiam o direito às garantias legais por não serem capazes de adaptar-se às regras da sociedade e portanto devem ser afastados, ficando sob a tutela do Estado, perdendo o status de cidadão.

Em sua construção teórica Jackobs traz que o inimigo deveria receber tratamento diferenciado do cidadão. Enquanto no Direito Penal do Cidadão, quem comete o crime teria seus direitos e garantias assegurados no processo; já no Direito Penal do Inimigo, o agente teria seus direitos e garantias reduzidos ou até mesmo suprimidos em seu processo.

Legitimar as atitudes do Estado, por meio de um discurso punitivo sem vínculos com preceitos democráticos, corrobora com um modelo dominante do poder punitivo. E ainda, desconsiderar os direitos fundamentais, respaldado em um discurso punitivo, demonstra a fragilidade do sistema jurídico.

Justifica-se a escolha do tema devido ao seu relevante papel na busca de reflexões acerca de princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, os quais norteiam e caracterizam um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Reflexões aquelas de fundamental importância nas instituições de segurança pública, principalmente na polícia militar na figura de seus agentes visto que pode-se considerar referidos profissionais um dos mais diretos contatos entre poder fiscalizador/repreensivo estatal e os cidadãos. Assim análises criminológicas acerca do poder punitivo do estado e sua legalidade nos limites amparados na consolidação de democrático de direito podem ampliar o senso crítico na limitação de práticas abusivas do ente estatal.

Por meio do presente artigo, propõe-se a análise quanto a possível existência e convivência harmônica entre o Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. E ainda, quanto a legitimidade do Estado para definir estes inimigo e efetivar a distinção entre eles e os ditos cidadãos.

Para tanto, fez-se uso de pesquisa bibliográfica, e no tocante ao método de estudo, trata-se de pesquisa explicativa, utilizando-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica em doutrinas, manuais, artigos e legislação correlata na bibliografia do presente escrito, tanto através de material virtual quanto material físico, este disponível parte no acervo da biblioteca da Universidade Federal De Goiás e parte de acervos particulares, relacionadas ao aprofundamento no assunto do direito penal do inimigo na vertente de possível punitividade máxima estatal nos alicerces do estado de direito.

Outrossim, por meio de uma construção de um raciocínio crítico, demonstrar se há ou não compatibilidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo, formulada por Günther Jakobs, e o Estado Democrático de Direito. Como será adiante percebido, a Teoria do Direito Penal do Inimigo mostra-se complexa e geradora de intensos debates doutrinários, e para ser possível melhor explanação deste, a estrutura do trabalho se dará por meio de capítulos.

Será, o primeiro, iniciado pela tentativa de conceitualizar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, trazendo conceitos dados por diversos autores dos mais variados campos de estudo. Perpassa-se por sua construção sociojurídica, tratando de suas modificações ao longo da história até chegar ao período atual.

No segundo capítulo elucidar-se-á sobre os direitos e garantias fundamentais elencados nos textos jurídicos pátrios relativos ao campo penal. Continuamente tratará ainda quanto compatibilidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo e os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Continuamente, o terceiro capítulo tratará quanto a compatibilidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo e os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Com a finalidade de complementar o presente estudo traz-se a luz entendimentos jurisprudenciais acerca do tema, demonstrando a posição dos órgãos jurisdicionais brasileiros sobre a adoção dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

A legitimação ou não do Direito Penal do Inimigo produz reflexos indiscutíveis na ciência jurídica e, por isso, deve ser analisada, frente ao atual Estado Democrático de Direito em que se encontra inserido. E é sob essa perspectiva que se desenvolverá o presente artigo.

2 REVISÃO DE LITERATURA

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, formulada por Günther Jakobs, jurista alemão, em 1985, trata de pessoas que se tornaram inimigas do Estado – e da sociedade como um todo – quando reincidiram na prática de delitos ou que cometam crimes que ponham em risco a existência do Estado; seria aquele indivíduo que se recusa a se adequar a esse Estado.

Para Günther (2007) há dois direitos penais, o do Cidadão e o do Inimigo, e eles se distinguiriam na medida em que o primeiro manteria a vigência da norma legal, enquanto o segundo permitiria o uso de todo e qualquer meio disponível para punir esses inimigos e combater os perigos que assolam a população.

Günther (2007) afirma ainda que Direito Penal do Inimigo composto por três elementos, a saber, a constatação de amplo aumento da punibilidade; as penas seriam desproporcionalmente altas; e determinadas garantias processuais seriam relativizadas e até mesmo suprimidas.

Assim, o Direito Penal do Inimigo se caracterizaria como a suspensão de certas leis, garantias e princípios processuais, justificada pela necessidade de garantir proteção da sociedade, pelo Estado, contra os perigos apresentados por esses “inimigos”.

Para Meliá (2007), a política criminal aplicada nos últimos anos têm se caracterizado pela expansão do direito penal, que pode ser constatado pela atividade legislativa nas matérias penais desenvolvida nos últimos tempos, que constituem hipóteses de criminalização em estado prévio a lesões de bens jurídicos cujas sanções apresentam-se desproporcionalmente altas.

Meliá (2007) ainda conceitua o Direito Penal do Inimigo como a presunção de um instrumento idôneo para descrever um determinado âmbito, de grande relevância, do atual desenvolvimento dos ordenamentos jurídico-penais. Porém, esse somente integraria nominalmente o sistema jurídico-penal real, e por isso seria uma contradição em seus termos.

Grande parte dos doutrinadores na ciência penalista discordam da posição do de Jakobs, a exemplo de Raúl Zaffaroni (2006) defensor da ideia de que admitir juridicamente o conceito de inimigo no Direito – salvo em tempos de guerra – seria histórica e logicamente o sintoma primordial da destruição do Estado de Direito.

Para Zaffaroni (2007), seria, o conceito de inimigo, incompatível como um Estado de Direito, visto que limitada a liberdade de todos, na busca da individualização dos inimigos, culmina-se no estreitamento das liberdades e possibilidades de defesa dos cidadãos frente ao Estado, posto que se neutraliza ou, ao menos enfraquecendo os controles dos cidadãos contra o Estado de Direito.

Continuamente, Zaffaroni (2007) afirma que toda a teoria que legitima o tratamento penal diferenciado destinado aos inimigos ou estranhos foi baseado em emergência, ameaças à sobrevivência da humanidade ou da sociedade, que vinham a assumir o caráter de guerra e reclamar a existência de um Direito Penal capaz de neutralizar o mal por meio de uma disposição ilimitada do poder.

José Afonso Silva (2005) ensina que a igualdade perante a lei penal não há que ser entendida como a aplicação da mesma pena para o mesmo delito, e sim que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções deverão ser aplicados a todos quantos pratiquem o fato nela tipificado.

Para Gomes e Freitas (2013), da teoria do Direito Penal do Inimigo, bem como das características do Estado Democrático de Direito, pode-se inferir que são incompatíveis entre si, visto que trazem princípios conflitantes. A exemplo de o Estado ferir a qualidade do Direito Penal ser usado como última “ratio”, não podendo se valer dele para combater a criminalidade. Outro conflito existente é quando ao princípio da igualdade, sendo esse um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e suprimido no Direito Penal do Inimigo, quando concebe a divisão entre cidadãos e inimigos.

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.1 ABORDAGEM TEÓRICA

O Direito Penal do Inimigo trata-se de uma teoria formulada por Günther Jackobs em 1990. Para alguns autores, como Damásio de Jesus, o autor traz duas espécies opostas de Direito Penal, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. “Ao primeiro cumpre a tarefa de garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade (prevenção geral positiva). Ao outro, cabe a missão de eliminar perigos” (JESUS, 2008).

Já Jackobs afirma que quando aplicados a realidade não estarão em suas formas puras, isso porque, quando num processamento de uma fato delitivo cotidiano

O Direito penal do cidadão – se misturara ao menos uma leve defesa frente aos riscos futuros – Direito penal do inimigo –, e inclusive ao terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão (JACKOBS; MELIÁ, 2007, p. 21).

Desse modo não tratar-se-ia de uma teoria que contraporiasse duas posições isoladas no Direito Penal, mas sim de demonstrar duas tendências existentes no mesmo ordenamento jurídico. E assim, seria possível que elas se sobrepujassem.

Afirma ainda que o termo Direito Penal do Inimigo indicaria em Jackobs (2007, p.22) “um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva”.

Para Jackobs (2007, p.25), o Direito seria “o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação”.

E ainda, todo direito encontra-se vinculado a autorização para aplicar coação. Assim, Jackobs (2007, p. 25) argumenta que “qualquer pena, ou, inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo”.

Jackobs (2007, p. 25) faz uso das teorias contratualistas na construção de sua teoria, entendendo o delito no sentido que “o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste”. Consequentemente, deixariam de viver com os demais cidadãos dentro dessa relação jurídica. Um dos autores utilizados por ele para legitimar sua teoria é Rousseau, para quem qualquer malfeitor que ameace o direito social deixaria de ser membro do Estado.

Porém, essa tese de separação entre cidadão/inimigo seria demasiada radical e abstrata para Jackobs. Isso porque, para ele, um ordenamento jurídico deveria manter o criminoso dentro do Direito, visto que o delinquente é direito dele ajustar-se a sociedade, devendo manter seu status de pessoa/cidadão nesse ordenamento. Por outro lado, esse delinquente possui o dever de reparar o dano causado a essa sociedade.

Outro autor utilizado por Jackobs é Hobbes, igualmente contratualista, mas com uma visão diversa acerca do inimigo/cidadão.

Seu contrato de submissão – junto a qual aparece, em igualdade de direito (!) a submissão por meio da violência – não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os “futuros” cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização (JACKOBS; MELIÁ, 2007, p. 27).

Em consequência desse pensamento, Hobbes manteria o delinquente em sua posição de cidadão. E assim, sua teoria conheceria um direito penal do cidadão para aqueles que não cometem delitos constantemente e por princípio; e o direito penal do inimigo para aqueles que se desviam das regras por princípio. O primeiro manteria o status de pessoa, ao passo que o segundo excluiria esse.

Segundo Jackobs (2007), diferente de Rousseau o Estado moderno não vê o autor do delito como inimigo, mas como cidadão que mediante uma conduta errônea danificou a vigência de determinada ordem, e é chamado, por meio da coação, a equilibrar o dano, a vigência da ordem ferida.

Günther Jackobs, para além da descrição do Direito Penal do Inimigo, fundamenta na busca em legitimar três pontos. O primeiro deles, quanto ao Direito do Estado em procurar segurança frente aos indivíduos que reincidam de maneira permanente por meio de institutos juridicamente válidos; o segundo, que os cidadãos têm direito de exigir do Estado medidas eficazes e adequadas para a preservação de sua segurança diante desses criminosos; e por fim, que seria mais relevante delimitar a extensão do Direito Penal do Inimigo do que permitir que ele se espalhe por todo o instituto do Direito Penal.

3.2 O INIMIGO

De acordo com a teoria formulada Por Jackobs entende-se por inimigo todo e qualquer indivíduo que reincide no delito de maneira persistente, ou aquele que comete crimes que ponham em risco a existência do Estado, tendo como exemplo maior a figura do terrorista.

Seria esse indivíduo aquele que se recusa a seguir as regras estipuladas por determinado meio social, num estado de cidadania, não podendo por esse motivo usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de cidadão.

Conclui-se, de maneira simplória, que para ele o delinquente só pode ser tratado como pessoa e risco na medida que possa garantir sua reinserção às regras do ordenamento, do contrário já não pode mais ser considerado como pessoa, apenas como inimigo.

Entende-se que, para Jackobs,

O cometimento de um delito implique que uma pessoa enfraqueça sua personalidade em sentido material (já que uma pessoa por definição é apenas a que se mantém minimamente fiel ao direito a compartilhar seus valores); o que delinque passa a ostentar exclusivamente uma personalidade formal³⁸ que nem sequer é reconhecida ao que não oferece ou dá uma segurança cognitiva nesse sentido (o inimigo ou o não-cidadão) (SÁNCHEZ, 2008, p.110).

O inimigo, como a representação de uma ameaça ao Estado, coloca em risco a paz social que é um dos interesses de todos os que compõe o ordenamento. Assim, o inimigo não é tido como sujeito de direito, mas objeto desse.

4. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

4.1 ORIGEM DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1.1 Constitucionalismo

Inicialmente há que se falar da origem do constitucionalismo, que está ligada às Constituições escritas nos Estados Unidos, com a independências das 13 colônias, e na França, com a Revolução Francesa, advindo da previsão de direitos e garantias fundamentais.

Segundo Moraes (2013, p. 1), o Direito Constitucional seria “o ramo do Direito Público, destacando-se por ser fundamental à organização funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política”.

Segundo Lenza (2016, p. 113), no constitucionalismo moderno “predominam as constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder”.

Em consequência, infere-se que esse constitucionalismo associa-se a ideia de garantia de direitos, separação dos poderes e a limitação do poder do governo.

4.1.2 Democracia e Estado Democrático

A democracia trata de um regime de governo que tem como base um governo da maioria, associado aos direitos e garantias individuais. A principal função dele é a proteção dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, tais quais a liberdade, a proteção legal e a igualdade.

Para Gomes e Freitas (2013, p. 3), “A doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade”.

O regime democrático pode se concretizar pela democracia direta, indireta ou semidireta. A primeira trata daquela cujas decisões são tomadas diretamente pela população; a segunda, é aquela cujas decisões são tomadas por representantes eleitos diretamente pelo povo; e a última possui características dessas duas.

O Estado Democrático é então aquele no qual a população participa de maneira estreita das decisões, englobando princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito.

4.1.3 Democracia e Estado Democrático

O Estado de Direito pode ser caracterizado pela,

a) primazia da lei; b) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica; c) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; d) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; e) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado; f) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional, e em alguns casos; g) a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do legislativo (GOMES; FREITAS, 2013, p. 4/5) .

Diz-se, portanto, que o Estado de Direito é formado pelo Estado, enquanto forma de organização política, e o Direito, enquanto conjunto de normas que rege o ordenamento.

4.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo José Afonso Silva, direitos fundamentais do homem constitui a mais adequada expressão para definir esses direitos, isso porque,

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 2009, p. 178).

O Estado brasileiro caracteriza-se como Estado Democrático Brasileiro, tendo princípios e garantias fundamentais, inclusive expressos em seu texto legal máximo, a Constituição Federal.

Segundo Silva (2014, p. 179) a Constituição Federal de 1988, ao adotar esses direitos fundamentais, de maneira abrangente como o fez, “traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no artigo 1º: Estado Democrático de Direito”.

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

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O texto constitucional brasileiro traz inúmeros princípios e garantias constitucionais que visam preservar a existência desse Estado Democrático Brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto a subdivisão dos direitos e garantias fundamentais em cinco capítulos, sendo eles, os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

De maneira específica o presente trabalho focará nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Direito à Liberdade, Direito a Igualdade, Direito a Presunção de Inocência e Direito ao Devido Processo Legal.

4.2.1 Princípios da dignidade da pessoa humana

Trata-se de um conjunto de princípios que visam garantir que os cidadãos tenham seus Direitos respeitados pelo Estado, bem como o bem-estar desses cidadãos. É intimamente ligada aos direitos e deveres desse, e envolve condições necessárias ao desenvolvimento pleno de todos, garantindo-lhes uma vida digna.

No ordenamento jurídico brasileiro, ele foi tido como dever a ser garantido pelo Estado no artigo 1º, III, da Constituição Federal “Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

E ratificado no artigo 5º do mesmo diploma legal, como por exemplo o direito à vida, à segurança, liberdade de crença e manifestação, direito à educação e ao trabalho, e etc.

4.2.2 Direito a igualdade e a igualdade processual

O direito a igualdade é considerado cláusula pétrea elencado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, e incisos “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. (...) A Constituição Brasileira inicia seu capítulo de direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, caput). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais (SILVA, 2014, p. 211).

Desse princípio deriva-se o chamado princípio da igualdade processual, para o qual, conforme Capez (2016, p.96), “as partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades”.

O regime democrático se apresenta como a garantia geral da realização dos direitos fundamentais. Portanto como explana Silva (2014, p. 234), “é na democracia que a liberdade encontra campo de extensão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal”.

4.2.3 Devido processo legal

Tal princípio consiste em Capez (2016, p.115), “assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei”.

Esse direito encontra-se expresso no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em especial nos incisos LIV e LV.

Quanto ao processo garante ao acusado a plenitude de defesa – incluindo o direito de ter acesso à defesa técnica – de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

5. TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como foi anteriormente dito, Jackobs ensina que tanto o Direito Penal do Inimigo como o Direito Penal do Cidadão pertencem ao Direito Penal. Seriam ainda tipos que se mesclariam, sendo que o último se apresentara como regra.

O Direito Penal do Cidadão seria dirigido a quem cometeu um delito, mas que oferece garantias ao Estado de que voltará a seguir as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Assim, não será visto como um perigo de maneira persistente e por princípio.

Já o Direito Penal do Inimigo é direcionado aos indivíduos que não conseguem se inserir na sociedade, e persiste no delito por princípio, colocando em risco a sociedade. Esse indivíduo não é visto como pessoa/cidadão, visto que não possui garantia de comportamento dentro das regras sociais. Segundo o autor esse direito seria legítimo a medida que afasta da sociedade os indivíduos que ameaçam essa sociedade.

Um dos autores a criticar a teoria de Jackobs é Raul Zaffaroni, visto que segundo ele,

A proposta de Jakobs é estática, pois admite o tratamento diferenciado destinado ao inimigo de forma limitada, e acredita que isso irá conter o Estado de Polícia presente em todo Estado de Direito concreto. Portanto, Jakobs não visa ao fim do Estado de Direito. Ele considera que a sua tática evitará a contaminação de todo o Direito Penal com fragmentos do Direito Penal do Inimigo (ZAFFARONI, 2012, p. 198).

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, possui ordenamento jurídico baseado em leis que visam garantir o princípio da humanidade e da dignidade da pessoa humana. Portanto deverão esses princípios serem aplicado também ao Direito Penal, e consequentemente ao Direito Processual Penal.

Um dos problemas apresentados pelo Direito Penal Do Inimigo é quanto a

A legitimação dos discutíveis e disfuncionais processos de endurecimento punitivo que estão a experimentar os ordenamentos jurídico-penais ocidentais. Resulta perigosíssima sua idéia de que o inimigo (definido terrivelmente como não-cidadão) apresenta uma culpabilidade distinta. Jakobs fundamenta a atual expansão em intensidade do direito penal com base na idéia de que o inimigo não apenas lesa a segurança jurídica como também a cognitiva e que, por isso, deve suportar não só uma reação normativa como os cidadãos, mas também uma reação cognitivamente necessária (SÁNCHEZ, XXXX, p. 113).

Como brilhantemente ensina José Afonso Silva em SILVA (2014, p. 235/236) “A liberdade não é incompatível com o sistema coativo, e até se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico. A questão está na legitimidade do sistema coativo, do ordenamento jurídico”.

Porém é de extrema e necessária importância lembrar e compreender que o Direito Penal é *ultima ratio*, ou seja, última opção de controle do Estado em virtude do fracasso

dos demais meios de controle social quanto à proteção dos bens jurídicos. Por esse motivo, não pode servir como meio controlador indiscriminado.

Nas palavras do célebre Guilherme Nucci,

Dos princípios concernentes a atuação do Estado, tem-se o de intervenção mínima, que significa que “o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio do desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes (...) O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator (NUCCI, 2016, p. 76).

Posteriormente a breve conceituação de Direito Penal do Inimigo, do Estado Democrático e de tratar de suas peculiaridades, objetivos e características caberá agora identificar os pontos de encontro e divergências de ambos.

De maneira inicial há que se falar que, em um Estado Democrático de Direito, todos os indivíduos são iguais sem distinção de qualquer natureza. Portanto cabe o questionamento quanto a divisão desses indivíduos em cidadãos e inimigos.

O segundo ponto trata quanto a necessidade do respeito a dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, assim como reduzir um indivíduo a mero objeto que perdeu seu status de cidadão/pessoa quando passa a ser um inimigo do Estado.

Como preconiza Silva (2005, p. 214), “Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental”.

Então, pode se inferir que a distinção dos indivíduos de uma sociedade entre cidadãos e inimigos seria uma afronta a esse princípio e consequentemente ao Estado Democrático de Direito.

Porém, em defesa dessa teoria, tem-se que pensar quanto ao direito/dever do Estado quanto a garantia da ordem e paz social, e proteção dos demais indivíduos pertencentes a essa sociedade. Dessa forma caberia questionar se é possível harmonizar a convivência desses dois institutos. E ainda como fazê-la.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de Günther Jackobs subdivide o Direito Penal em Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. O primeiro seria aplicado a sociedade em geral, enquanto o segundo seria destinado aos que delinquem de maneira contínua, persistente e por princípio.

Os inimigos do Estado desestruturam a sociedade, levando ao caos, e por esse motivo não deveriam ser tidos como cidadãos, perderiam esse status. Destarte, não caberia julgá-los sob a ordem de direitos e garantias fundamentais.

Inicialmente a pesquisa partiu do pressuposto da necessidade de compreender a teoria penal do inimigo, para somente depois tentar analisá-la sob a ótica democrática. Para que fosse possível alcançar esse presunçoso objetivo, foram necessárias diversas leituras e releituras dessa teoria, bem como de suas críticas. Abordou-se quanto as explanações acerca do que seria o Direito Penal do Inimigo, seu embasamento teórico e sua aplicação teórico-prática.

Superada essa etapa do processo de entendimento de tal teoria, passa-se a tratar quanto aos princípios formadores do Estado Democrático Brasileiro. Optou-se por focar nos princípios que de certa forma mais se aproximam do Direito Penal e do Direito Processo Penal. Em especial tratou-se dos Princípios da Dignidade Humana, da Igualdade, da Igualdade Processual e do Devido Processo Legal.

Para finalizar a pesquisa propôs-se analisar quanto da coexistência da Teoria Do Direito Penal do Inimigo e do Estado Democrático de Direito, ordenamento vigente no Estado Brasileiro.

A priori, entende-se que os institutos não poderiam ser compatíveis, visto que segregar a sociedade em cidadãos e não-cidadãos viola princípios considerados basilares para o regime democrático, princípios estes consagrados cláusulas pétreas na Carta Magna do País.

Porém, há estudiosos que defendem que sua aplicação está pautada no interesse maior quanto da defesa da sociedade em geral, bem como da sua manutenção.

A tentativa de uma análise mais profunda dessa Teoria não foi capaz de alterar o entendimento de que seria ela compatível com o sistema democrático, resta claro ser uma extrema violação dos princípios e garantias fundamentais que ensejam o Estado brasileiro.

Nota-se que a aplicação mais severa do Direito Penal passou a ser visto, tanto pelo Estado como pela sociedade, como um meio de salvar essa sociedade de suas mazelas. Assim, o Direito Penal do Inimigo surge com objetivo precípua de aplicar a lei de maneira mais severa a esse inimigo, retirando-lhe garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, bem como nos tratados ratificados pelo Brasil.

Deve-se compreender que leis penais excessivamente severas e repressivas não são eficientes no combate a criminalidade, e portanto a liberdade desses “inimigos” não pode se apresentar como afronta à seguridade pública. Portanto, faz-se necessário compreender que o verdadeiro enfrentamento dessa criminalidade reside no planejamento de políticas públicas que venham a minimizar e extirpar as desigualdades sociais.

Não se pode permitir a diminuição da dignidade humana visando atingir o bem comum, visto que seria ela um direito indisponível no Estado Democrático. Não se pode compreender a punição como ofensa a dignidade inerente a todo ser humano, e sim como forma de reparação ao dano causado, e assim reintegrar esse cidadão à sociedade a qual está inserido.

Ainda que haja autores que defendam essa teoria, maioria esmagadora argumenta que uma teoria segregadora como esta não pode se perpetuar num Estado regido pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Diante da complexidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo, resta claro que ainda há muito o que se pesquisar, debater e analisar, porém, diante da breve análise realizada no presente trabalho, pode-se inferir não ser ela compatível com os preceitos do Estado Democrático Brasileiro.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando **Curso de processo penal** / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Rozana De Oliveira; FREITAS, Daniela Borges. **Direito Penal Do Inimigo Uma Afronta Ao Estado Democrático De Direito**. Disponível em: <http://aems.edu.br/iniciacao-cientifica/download/4b7688dc1d.pdf>. Acessado em: 15 de dezembro de 2017.

GÜNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. /organizado e traduzido por André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. 2º edição – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo**. Breves considerações – 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

NETO, Francisco Sannini. **Direito penal do inimigo e estado democrático de direito: Compatibilidade?** Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943700/direito-penal-do-inimigo-e-estado-democratico-de-direito-compatibilidade>. Acessado em 15 de dezembro de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de direito penal** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. Revista Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **El Derecho Penal del enemigo**. Dykinson, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.