

DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS

THE ENEMY'S CRIMINAL LAW AND THE HEDION CRIMES LAW

RODRIGUES, Jefferson Francisco Araújo¹
SALLES, Márcio Augusto Rocha²

RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma análise do direito penal do inimigo, enfatizando até onde o *Jus Puniende* poderá cercear a liberdade de um indivíduo, sem que o mesmo tenha até cometido um fato criminoso sob a única alegação do mesmo ser considerado inimigo do estado. Essa teoria é uma doutrina muito divergente daquela adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que institui os direitos humanos que cada pessoa tem assegurados pela Constituição Federal de 1988 e pela Declaração de Direitos Universais do Homem. Apesar de ser um tema bastante delicado, pois insurge sobre a soberania de cada país diante do abuso aos direitos básicos de um indivíduo, o uso do direito penal do inimigo, sofreu bastantes críticas sobre sua prática em alguns países, não sendo adotado pelo Brasil, porém possui alguns aspectos de similaridade a exemplo da Lei de Crimes Hediondos que tem alguns ditames parecidos e para alguns especialistas trata-se do direito penal do inimigo. No presente caso a análise será direcionada ao sistema jurídico brasileiro, e as críticas a tal tese. Para a realização do trabalho foram necessários 30 artigos, obtidos em sua maioria pelo sistema *Scielo e Google* acadêmico. Além da análise da teoria de Günther Jakobs, para um melhor entendimento do mesmo é necessário que voltemos às origens do constitucionalismo no mundo, mostrando como tal teoria destoa dos princípios basilares constitucionais do nosso país que são os Princípios Constitucionais.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo. Constituição. Direitos Fundamentais. Lei de crimes hediondos.

ABSTRACT

The present work deals with an analysis of the criminal law of the enemy, emphasizing as far as *Jus Puniende* can restrict the freedom of an individual, without that same one has even committed a criminal fact, under only claim of the same to be considered enemy of the state . This theory is a doctrine very divergent from that adopted by the Brazilian legal system, which establishes the human rights that each person is

¹Autor: Jefferson Francisco Araújo Rodrigues – Aluno do Curso de Formação de Praças do Comando da Academia de Polícia Militar de Goiás – CAPM; Email: jefferson19far@gmail.com; Cidade Ocidental – GO, Maio de 2018.

² Orientador: Márcio Augusto Rocha Sales – Professor Titular do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia de Polícia Militar de Goiás – CAPM; Bacharel em Direito; Licenciado em Filosofia; Especialista em Direito Administrativo. E-mail: drmarciosales@gmail.com; Cidade Ocidental-GO, Maio de 2018.

guaranteed by the Federal Constitution of 1988 and the Universal Declaration of Human Rights. Although it is a very delicate issue, because it insists on the sovereignty of each country in face of the abuse of the basic rights of an individual, the use of the criminal law of the enemy, has suffered enough criticism about its practice in some countries, not being adopted by Brazil, but has some aspects of similarity to the law of Hediond Crimes Act which has some similar dictates and for some specialists it is the criminal law of the enemy. In the present case the analysis will be directed to the Brazilian legal system, and the criticism of such a thesis. For the accomplishment of the work 30 articles were necessary, obtained in its majority by the system Scielo and Google academic. In addition to the analysis of Günther Jakobs's theory, for a better understanding of it, it is necessary that we return to the origins of constitutionalism in the world, showing how such theory disagrees with the constitutional principles of our country, which are the Constitutional Principles.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Constitution. Fundamental rights. Law of heinous crimes.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre a Teoria de Gunter Jakobs, que é o embasamento para o Direito Penal do inimigo, teoria essa bastante criticada por diversos juristas e defensores dos direitos humanos. O autor apresenta à problemática: os direitos fundamentais poderão se sobrepuser a uma suposta ameaça a uma nação?

Como embasamento de sua teoria Jakobs trata que aquelas pessoas consideradas ameaças por um estado, deverão ser combatidos antes mesmo do cometimento de seus atos delituosos, sendo que os mesmos não se adéquam as normas, justificando que devido os mesmos desrespeitarem as normas vigentes, a proteção e os riscos eminentes justificam a atuação do estado de forma a coibir os futuros atos desses agentes.

Tal tema trata-se de algo bastante delicado, tendo diversos entendimentos doutrinários divergentes, vindo ate mesmo o supracitado autor divergir se sua própria tese no decorrer da história. É importante salientar que devido à grande discussão doutrinária e filosófica sobre o tema, os efeitos sociais que o mesmo traz ao mundo, assim como ao país que venha o adotá-lo refletem negativamente, diante de vários acordos de direitos humanos já celebrados mundialmente, a exemplo dos Direitos Universais do Homem.

O Estado veio para dirimir os problemas das pessoas em sociedade, para regular a convivência em sociedade, sem que haja uma anarquia e com que todos se sintam seguros, sabendo que, se algo de errado acontecer, terá a quem recorrer, sabendo que através da Justiça, terá segurança em suas relações, desde os primórdios da vida humana, vem se notando que o homem comete crimes, e para tais atitudes, existem leis, e medidas as quais o

Estado toma para que sejam solucionados os problemas.

A teoria do direito penal do inimigo estabelece uma incerteza Jurídica, pois depende de uma análise interpretativa de cada Estado, em delimitar quem é considerado inimigo, podendo haver uma divergência entre várias nações, um grande exemplo dos últimos tempos sobre essa aplicação, foi do americano *Eduard Snowden*, que se mesmo nacional dos Estados Unidos foi considerado inimigo do estado, sendo considerado foragido, pedindo asilo na Rússia.

A base para a manutenção de tal teoria é o defesa do Estado de Direito, esse mesmo não deve ser justificado como meio de cercear os direitos fundamentais duramente conquistados pela humanidade.

Devido à evolução da sociedade, que infelizmente o crime acompanha também, é indiscutível a necessidade do estudo do tema, no Brasil o mesmo vai contra a previsão do delito, sem personificar o criminoso e sim o ato cometido, pois tal teoria analisa que independente até do cometimento do crime, aqueles indivíduos tidos como risco para uma sociedade, deverão ser combatidos sob a forma preventiva, considerando ate mesmo uma forma punitiva, mesmo mediante ao não cometimento de crime, justificando sua periculosidade e preservação da segurança pública.

Na primeira etapa do artigo o estudo se inicia com a historicidade e detalhamento da teoria de Gunter Jackobs, a forma como surgiu e suas divergências, além de uma análise do constitucionalismo. A seguir na segunda etapa tratará dos direitos fundamentais que são ameaçados diante da teoria do direito penal do inimigo, assim como a similaridade que a Lei de Crimes Hediondos tem como os ideais da teoria de Jackobs.

Este estudo tem com objetivo geral mostrar que há deficiência no uso da teoria penal do inimigo, como forma de reprimenda do Estado para com os considerados inimigos do estado, para tanto, mostra que tal teoria não é totalmente eficaz, faltando clareza em muitos aspectos, a exemplo da delimitação do perfil de quem é considerado inimigo, mostrando também que não existe em nossa legislação determinação baseada em tais princípios, pois os mesmos se chocam com os ditames básicos constitucionais brasileiros.

Como forma de levantamento da problemática para o presente artigo é necessário delimitar a pergunta: A Lei de Crimes Hediondos possui aspectos da teoria do Direito Penal do Inimigo?

Tratando-se de um estudo bibliográfico com abordagem descritiva e caráter narrativo e para tanto, foi realizada uma análise das pesquisas mais relevantes da área do direito através do tema referenciado, possibilitando a partir das combinações, agregações dos múltiplos estudos publicados e analisados em sua íntegra.

A obtenção dos artigos foi realizada através de levantamentos em bancos de dados eletrônicos da *Scientific Electronic Library Online– Scielo e Google Acadêmico*. A busca foi realizada a partir dos descritores: Direito Penal do Inimigo, Constituição, Direitos Fundamentais, Lei de crimes hediondos, contanto que tenham sido publicados nos últimos 5 (cinco) anos em relação a data de conclusão dessa pesquisa e apenas artigos na língua portuguesa.

Para critérios de inclusão foram utilizados os seguintes critérios: artigos em idioma português cujo acesso ao periódico era livre aos textos completos, devendo ser publicados e ordenados nos últimos 5 (cinco) anos em relação a data de conclusão dessa pesquisa. Quanto aos critérios de exclusão estão os artigos publicados em anos anteriores eles, que sejam de outros idiomas que não o português e que não apresentam relação significativa como tema proposto e a pergunta norteadora.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E A TEORIA DE GUNTER JAKOBS

Günter Jakobs foi um alemão, que criou a teoria do direito penal do inimigo, baseada nos entendimentos filosóficos de Hobbes e Kant, que delimitam e classificam os criminosos em dois grupos, sendo que o primeiro são aqueles passíveis de reinserção na sociedade, tendo assegurado os direitos constitucionais, apesar dos fatos criminosos imputados aos mesmos e o outro grupo de agentes criminosos para o filósofo são aqueles que seriam caracterizados como inimigos do estado, que não poderiam ter seus direitos assegurados, devido ao risco oferecido.

Jakobs trata que O Direito penal do inimigo (em sentido amplo) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias (JAKOBS, 2007, p. 30). Prevendo o mesmo autor que por constituir uma devida periculosidade ao estado, esses inimigos, por mais que não cometa um ato criminoso, já é um risco dado para toda determinada sociedade, vindo daí a caracterização direito penal do inimigo. Sobre essa delimitação e previsão sobre esses direitos, Prado elucidada:

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

Basicamente o entendimento de Jackobs é o de que não basta analisar o fato criminoso praticado pelo indivíduo e sim fazer toda uma análise do comportamento do mesmo, divergindo do que muitos estudiosos entendem sobre a individualização da pena.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 21) aduz que a negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo. Mesmo diante de bastante repercussão o autor modificou sua teoria, fazendo alguns aperfeiçoamentos.

O eminente autor citou que em muitos dispositivos alemães já havia indícios desta nova forma de aplicação do direito; destarte, a criação de um Direito Penal do Inimigo não seria ilegítima, visto que protegeria o Direito Penal tradicional – o destinado ao cidadão – de uma possível ‘contaminação’ (SILVA, 2009). Sánchez *apud* Jakobs:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização criminosa, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.[...] Se a característica do ‘inimigo’ é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego.

Além de salientar o perigo que o inimigo tem para o Estado, o autor trata que mesmo diante de toda ameaça ao estado de direito a conduta desse inimigo é algo ameaçador para as normas vigentes de um Estado, vindo este a defender que esse inimigo pode ser dividido em duas formas, que pode ser o inimigo parcial e total, sendo que esse considerado parcial ele aduz que é dado àquela pessoa delinquente, já o considerado total é aquele considerado totalmente inimigo do estado. Como cidadão delinquente, Jakobs cita o exemplo de um “ciclista que, notoriamente, circula com as luzes de sinalização apagadas”, e que, mesmo por repetidas vezes, “não precisa ser expulso da sociedade como uma não-pessoa”. (Cf. JAKOBS, 2009, p. 35).

Segundo Jakobs a atuação do Estado visando o modo preventivo devido à periculosidade do inimigo, é possível mesmo antes do agente ocasionar um fato criminoso, sendo suficiente como justificativa o perigo que o mesmo ofereça para a sociedade, adotando a chamada antecipação da tutela penal e o Direito Penal.

O Direito Penal do inimigo é tido como uma forma jurídica para que o Estado aplique tanto para seus cidadãos como também para os ditos inimigos, de forma a puni-lo com severidade mesmo antes da prática da ação desejada, inviabilizando a liberdade constitucional de agir dos mesmos, e eximindo das suas liberdades constitucionais, entendendo o filósofo que a aplicação dessa punição a esses indivíduos, deverá prevalecer mesmo que não haja uma conduta, sendo mais forte o que o mesmo venha a representar perante a sociedade. Sobre o tratamento diferenciado designado a esses agentes Xavier destaca em seus ensinamentos:

[...] Jakobs estrutura sua teoria na opção do indivíduo de não se submeter ao sistema normativo, decidindo por uma ruptura com o contrato social de modo que, não se submetendo ao sistema, a este não pertence. A consequência é que as normas do sistema não se aplicam ao “dissidente”, aplicando-se outras. Aquele que não é fiel ao sistema, rejeitando-o por total, não é pessoa, pelo contrario, é uma “não pessoa”, ou seja, o conceito puramente normativo de dignidade humana leva a classificar pessoas e “não pessoas”. Para Jakobs, quem possui as características de um “inimigo” deve ser considerado uma “não pessoa” (um perigo social que deve ser neutralizado), devendo desta forma ser tratado como um verdadeiro inimigo do Estado, criando assim uma divisão dentro do Direito, diferenciando o Direito Penal do cidadão comum e o Direito Penal do inimigo. Essa divisão para muitos é inviável e do ponto de vista constitucional e normativo (ZAFFARONI, 2007, p.18).

Devido à interpretação diversa que cada nação pode dar a quem é considerado inimigo do estado, várias são as críticas a esse modelo, fazendo com que muitos expressem que a mesma teoria traz insegurança jurídica e grande desrespeito aos direitos fundamentais.

Zaffaroni elucida que:

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

Jakobs trata que todo aquele que não respeita a norma social, não se comporta como pessoa, vindo a não ser digno dos direitos fundamentais, perdendo daí a partir desse comportamento o status de cidadão, vindo a ser encarado como inimigo, tornando-se excluído.

2.2 APLICABILIDADE NO ESTADO BRASILEIRO E CRÍTICAS

O sistema jurídico brasileiro assim com as leis existentes, no distingui ninguém, mesmos os considerados inimigos do Estado, assegurando aos mesmos os direitos fundamentais e constitucionais. Aplicando a teoria de Jakobs para a realidade brasileira, os inimigos atuais do estado brasileiro, poderiam ser descritos a exemplo como os membros das organizações criminosas, traficantes de drogas, etc. Poderiam ser esses considerados inimigos do estado brasileiro, porém em nosso sistema não faz essa distinção, o que existe atualmente é um aperto nas leis para alguns tipos de crimes, como os crimes hediondos, onde o cumprimento da pena e todo em regime fechado.

Historicamente em nosso ordenamento jurídico temos algumas leis que ate vislumbravam certa delimitação desses agentes, a exemplo da Lei nº 244, de 1936.

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

Vindo por necessidade dos acontecimentos históricos em nosso país, a usarem toda rigidez das leis contra esses agentes, o Brasil passou por uma ditadura assombrosa, vivia o temor da invasão comunista, algo tido como assustador por toda população e militares. Como o decreto lei surge em 1938, decreto-lei nº 341, que delimitava o uso da sanção de morte no Brasil, estando da seguinte forma em seu texto:

Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a personalidade internacional do Estado; a ordem política, assim entendidos os praticados contra a

estrutura e a segurança do Estado, e a ordem social, como tal considerada a estabelecida pela Constituição e pelas leis relativamente aos direitos e garantias individuais e sua proteção civil e penal, ao regime jurídico da propriedade, da família e do trabalho, à organização e ao funcionamento dos serviços públicos e de utilidade geral, aos direitos e deveres das pessoas de direito público para com os indivíduos, e reciprocamente. Art. 2º Caberá pena de morte nos seguintes crimes: 1) tentar submeter o território da Nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro; 2) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; 3) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; 4) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; 5) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; 6) insurreição armada contra os poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito; 7) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, si esta sobrevém em virtude deles; 8) praticar devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições; 9) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República. § 1º A pena de morte, nos casos dos incisos 1º a 7º, será aplicada aos cabeças; aos demais, pena de prisão por trinta anos. § 2º Nos casos dos incisos 8º e 9º, a pena de morte será aplicada aos autores como aos cúmplices. § 3º A pena de morte será executada por fuzilamento em uma das prisões do Estado, designada pelo ministro da Justiça e Negócios Interiores. A menos que este determine o contrário, a execução não será pública.

Apesar da história nos já termos vistos que o estado brasileiro tem uma diferenciação dada a esses ditos inimigos do estado da época, a analogia de quem poderia ser considerado inimigo nos tempos atuais é algo muito complexo, devido a preconceitos sobre pessoas, desde suas origens a situação financeira, e sem parâmetro legal. Mesmo sem essa previsão em nosso ordenamento jurídico, vários casos se assemelharam a teoria de Jackobs, a exemplo do ocorrido em 1935, onde o estado configurou os chamados crimes contra a segurança do estado, Júnior destaca:

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

O termo democracia advém do grego, é tido como uma forma de governo que faz parte do sistema monárquico tendo indícios também do sistema republicano, a mesma é tida como um princípio que visa a proteção da liberdade de todas as pessoas, com bases no interesse da maioria, além da defesa dos direitos das minorias. A grande característica da democracia é a proteção dos direitos humanos, direitos esses tidos como básicos para a

manutenção da vida, para que os indivíduos de uma nação possuam o mínimo existencial para terem uma vida digna. Sobre sua importância Silva destaca:

A questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento reacionário que escamoteia a essência do conceito, mormente quando apresenta a maioria como princípio do regime. Maioria não é princípio. É simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente. (SILVA, 2010, p. 130).

Dentro do Estado de Direito, que é aquele que se encontra em um estado democrático, sua base advém de alguns princípios que deverão ser respeitados, dentre eles podemos destacar: respeito às leis, hierarquia entre as normas de um país, para que haja uma segurança jurídica, respeito a legalidade da administração pública, separação dos poderes, dentre outros. Não há superioridade no poder judiciário sobre o legislativo, apenas o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entre em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por esta última e não pelas primeiras. (MORAES, 2013, p. 5).

Na Constituição Federal de 1988, vem a previsão sobre o estado democrático, estando especificado da seguinte forma:

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 (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Para que funcione o estado é necessário que ofereça uma estrutura, sendo a Constituição Federal do país a base fundamental para todo o ordenamento jurídico, divididos essas ações do estado de duas formas: o Estado como organização política e as fontes de direitos como regulamentadores e norteador para reger o convívio em sociedade. Moraes destaca:

Por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões. Os constituintes de 1988, que deliberaram ora como iluministas, ora como iluminados, não se contentaram com a juridicidade formal, preferindo falar em Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por levar em conta também os valores concretos da igualdade. (2013, p. 5).

O objetivo maior do Estado Democrático de Direito é de ter a participação da sociedade nas decisões, vindo o Estado a atender os anseios populares, sempre respeitando os direitos humanos e os direitos fundamentais da sua população. De acordo com José Afonso da Silva, a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social (2010, p. 110).

Ele veio para permitir a liberdade da população, onde primeiramente os mesmos respeitam os direitos e deveres constitucionais, sendo cumpridores de suas obrigações além de possuírem os direitos fundamentais previstos pelo ordenamento. No entendimento de Jakobs aquelas pessoas que não respeitam as regras do estado, não podem ser consideradas cidadãos.

Diante desse entendimento a teoria do Direito Penal do inimigo contraria os ditames constitucionais em igualar a todos em direitos e deveres, pois o mesmo entende que esses indivíduos não podem ser considerados pessoas de bem e cumpridores do básico para manutenção do Estado de Direito, justificando para tal o cerceamento dos direitos fundamentais e cerceando os direitos mais básicos previstos pelos organismos internacionais.

A individualização da pena trata-se de um princípio constitucional onde se defende a proporcionalidade, sempre respeitando os direitos fundamentais do acusado. Devido a essa proteção constitucional de que a pena será dada de acordo com o crime cometido e não de acordo com a pessoa, a prevalência do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, não possui amparo constitucional.

A previsão desse princípio não exime os cidadãos do nosso país de negarem de pagarem pelos seus delitos, porém prevê que os mesmos tenham um tratamento mínimo digno e humanizado, não admitindo-se torturas, maus tratos e nem pena perpétua, correlacionando com o princípio do individualização da pena, trata-se da forma que o estado age mediante um fato criminosos, mensurando a pena mediante o caso concreto, haja vista que cada indivíduo tem seu histórico.

Nelson Hungria, citado por Luiz Luisi, esclarece o que deve ser entendido pelo princípio da individualização da pena: “Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”. (1991, p. 37).

Devendo o magistrado ao aplicar a pena a esses indivíduos analisar seu histórico do porque cometeu esses crimes, e juntamente estipular uma pena de acordo com o a base

penal previamente tipificada, no caso do direito penal do inimigo, não há essa análise, pois o inimigo por si só mesmo que não cometa um crime, já é considerado culpado pelo estado adotante da doutrina. Indo tal teoria totalmente contra os preceitos dos direitos fundamentais da legislação brasileira.

A doutrina proposta por Günther Jakobs, como forma do estado se proteger diante de um mundo tão caótico. Vindo o autor distanciar o ordenamento jurídico da punibilidade. Nilo Batista determina que se trate da violação ao princípio da lesividade, o qual é essencial para que a intervenção penal seja legítima.

Dentre as ações propostas dentro do direito penal do inimigo, existem varias formas de aplicação dessas penas, sendo que o autor considera que a incriminação é necessária como uma atitude interna, que visa atacar quando o mal apenas é uma idéia, combater convicções ou desejos da pessoa tida como inimigas do estado; além de incriminar atos preparatórios para o cometimento de um crime, antes mesmo que configure tentativa (Art. 14, inc. II, CP).

Um grande exemplo de país que combate esses atos preparatórios é o Estados Unidos, onde há uma guerra ao terrorismo, e toda forma de coibir esses terroristas de agirem evita com que milhares de vidas sejam dizimadas nos ataques terroristas.

Porém tal atitude do governo de evitar os atos preparatórios, vão contra muitos direitos individuais, como liberdade, violação de correspondências, dentre outros, gerando um questionamento a toda comunidade internacional, se a proteção a qual o estado deverá garantir a seus cidadãos, é considerada maior do que os direitos individuais de um grupo de pessoas, tidas como inimigas do estado.

Esses mesmos críticos também ensejam que é necessário que a sanção penal respeite o princípio da proporcionalidade, princípios esse que analisa o dano acometido pela ação, e sempre respeitando os direitos humanos.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a análise a ser feita para constituir uma pena é a de analisar as circunstancias jurídicas do caso, que é a análise da personalidade do agente que comete o crime, devendo o magistrado que aplicar a pena, apreciar todas as circunstâncias da situação, realizando assim um juízo de valores desse sujeito, como fundamento para aplicação da pena. Para Meliá:

Se a exclusão da sociedade se dá pela análise do comportamento deste indivíduo, o

Estado impossibilita-o de questionar os elementos essenciais ameaçados justificadores de sua neutralização, reforçando, assim, a tese daqueles que optam pelo método do terror, uma vez que este indivíduo ou determinado grupo social pelos seus atos.

A separação desses que essa teoria insurge em separar os interesses do estado dos direitos fundamentais impõe que o julgamento não trate sobre a moralidade ou caráter do agente, sem analisar a personalidade do réu e todo o contexto que o fez a chegar ao cometimento desses atos preparatórios, insurgindo na insegurança de apenas por serem esses atos tidos como ameaças para um país, os mesmos se sentem no dever de esquecer todas as leis ou tratados internacionais e manter assim sua segurança e soberania.

A teoria do Direito Penal do inimigo mostra que a base para formação desses conceitos visa proteger a norma, tida como base para a estrutura social, também visando à prevenção e lesões do bem jurídico, impedindo que seja ameaçada a segurança da sociedade.

Devendo o mesmo ocorrer sob meio de uma legislação própria que trate sobre essa matéria, forma essa que viabiliza a punição desses indivíduos que mesmo diante de não haverem tido nenhuma conduta, o estado não possui confirmação desses crimes supostamente a serem cometidos por esses indivíduos, somente sob a alegação que os mesmos não respeitam a ordem social vigente, valendo só por essa afirmativa ser os mesmos perigo a sociedade, tornando-se assim os ditos inimigos do estado.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A previsão dos crimes hediondos esta na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 5º, parágrafo XLIII, destacando que esses crimes são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, tendo ainda como agravante a prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, tendo ainda como equiparação os crimes de terrorismo tidos como condutas gravosas, acarretam assim as mesmas medidas extremas dos crimes hediondos.

Devido à pressão social de vários crimes cometidos na sociedade, que geraram

clamor social, como o assassinato da atriz Daniela Perez e o seqüestro de Roberto Medina, o legislador foi pressionado a dar uma resposta à sociedade, criando assim a lei de crimes hediondos, tendo como base o tratamento parecido ao direito penal do inimigo, onde o tratamento a esses tipos de crimes, teria um rigor maior, diante de outras penalidades. Sob a justificativa de penas severas como respostas a atuação desses criminosos, Jackobs trata:

[..] a pena é um meio de coação e tem como significado a resposta a um fato criminoso praticado pelo agente que desautorizou a vigência da norma, ao atacar sua vigência, como forma de afirmar que a vontade do agente é irrelevante perante a vigência da norma e que, apesar de violada, ela segue sem modificações com a manutenção da sociedade [...] (p. 30)

A rigidez das medidas estatais, diante do direito penal do inimigo, são justificáveis perante a natureza penal, acirrando e tornando mais dificultoso para esses criminosos o cometimento do crime, onde a partir de uma lei mais rígida em alguns casos os mesmos irão desistir de cometer o ato criminoso. “Nota-se com as medidas excepcionais expostas que o legislador cada vez mais está imbuído da idéia de neutralização e exclusão do inimigo do convívio social” (HABIB, p. 35). Sobre a importância da eficácia da lei Zaffaroni aduz:

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico, com o qual se desemboca em um direito penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se dando lugar a um direito penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia. (ZAFFARONI, 2003, p. 631).

Essa atuação mais rígida do estado diante de novos crimes, ou diante do clamor da população, são medidas que sempre foram tomadas em toda a história da humanidade, o legislador é ciente de que sem aprovação dos seus eleitores, o mesmo não poderá ter um bom mandato e nem vir a se reeleger. A partir da publicação da lei de crimes hediondos, alguns crimes previstos no código penal, tiveram suas penas agravadas e cumprimento mais rígido, como o crime de tráfico de drogas, quadrilha etc.

Tendo como forma de maior punibilidade o cumprimento desses crimes em regime fechado, pelo maior prazo possível, aumento do prazo de livramento condicional, e análise de não reincidência em crimes dolosos para pleitear benefício na pena. O magistrado faz a individualização da pena, analisando individualmente o perfil desses criminosos, porém não pode aplicar pena que não seja aquela que o legislador previu dentro da modalidade

criminosa, o que o mesmo faz é analisar os fatores intrínsecos, desde fatores sociais e modo *operandis* desses crimes. Sobre a individualização da pena Manzini defende:

Para a aplicação concreta da pena, a lei confia ao juiz um importantíssimo poder discricionário para individualizar a sanção penal abstratamente cominada pela lei. Quando a lei comina alternativamente mais de uma espécie de pena para o mesmo fato (por exemplo: reclusão ou multa), o juiz é livre para escolher uma ou outra. Entretanto, o juiz não pode aplicar uma pena diversa da estabelecida pela lei. No tocante à quantidade da pena, o juiz pode aplicar o quantum discricionariamente, indicando os motivos que justificam essa discricionariedade, de acordo com a gravidade do fato e a culpa do arguido.” (MANZINI, 1958, pp. 178-179).

Para alguns doutrinadores contrários a lei de crimes hediondos, os mesmos destacam que o regime totalmente fechado no cumprimento desses crimes, não ajuda na reinserção desses apenados a sociedade, chega até a desrespeitar a Constituição. O que se percebe de similaridade entre a lei de crimes hediondos e a teoria de Jackobs é a de retirar rapidamente esse indivíduo do convívio da sociedade, utilizando formas que afasta ele urgentemente da prática criminosa.

Destacam também esses doutrinadores contrários, que a pressão social para essa mudança nessas leis, fez com que o legislador, criasse leis que não respeitasse totalmente os ditames constitucionais, e que atender a demanda social não justifica essa violação.

A prática criminosa efetivada por esses criminosos insurge em perigo para o estado e a sociedade, por meio desse pensamento que aqueles que defendem a aplicação da lei dos crimes hediondos, em analogia com o direito penal do inimigo, igualando esses agentes como pessoas que não estão sujeitas a reinserção na sociedade devido a sua periculosidade. Devendo o estado não dar o tratamento a eles como pessoas, e sim priorizar a segurança pública e o bem da coletividade. Garofalo é um desses defensores e destaca que a necessidade de o Estado afastar essa pessoa do convívio social por tempo indeterminado. (GAROFALO, 1916, p. 504).

A exceção que se dar para esses criminosos tidos como inimigos do estado brasileiro é considerada como norma de exceção, algo que é tido como similar com o direito penal do inimigo, esquecendo o que preceitua em nossa carta magna que é a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, não podendo o legislador quando por força da comoção popular e interesse social ensejar em insegurança jurídica, abrindo exceção para leis pétreas e tidas como base dos direitos fundamentais da nação.

4 COSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe um tema bastante debatido em toda comunidade acadêmica e de segurança pública internacional, que é o tratamento dado aos presos considerados inimigos do estado, à pouco tempo, em nossa sociedade houveram bastante pressão da população assim como dos organismos internacionais de direitos humanos, sobre a prisão de Guantanamo nos Estados Unidos, prisão essa que contem os maiores inimigos do país, tidos como grande ameaça a integridade da população americana.

A partir da presente pesquisa bibliográfica, percebe-se que apesar de ser uma teoria relativamente nova, foi desenvolvida em meados da década de 80, a teoria de Gunter Jakobs, foi uma teoria em que o próprio autor que também é filósofo mudou os parâmetros da mesma em meados dos anos 90. Apesar de ser uma teoria radical na qual visa cerceamento dos direitos básicos fundamentais e constitucionais de um indivíduo, somente pelo mesmo se caracterizar um risco iminente para um país.

Percebe-se que diante de todo o terror a quais várias nações estão sujeitas como terrorismo, ataques virtuais, assim como outras, para que haja uma segurança em um país e manutenção da soberania desses sem riscos, algumas nações justificam essa teoria como forma de desestimular os ataques e até mesmo de impedir os preparos desses indivíduos. Outro aspecto bastante polêmico estudado e que todos os artigos são unânimes em trazer, é a dificuldade em se delimitar quem são os inimigos do estado, sendo que o próprio criador da teoria, não delimita isso em seus estudos.

Essa não delimitação do perfil desses inimigos abre brechas para que haja uma perseguição de pessoas, podendo ser feita mediante o simples entendimento dessas autoridades, limitando assim vários direitos constitucionais. A exemplo do que ocorre em outros países o Brasil não adota tal teoria, pois a mesma é contra a nossa Carta Magna, o que se percebe pelo presente trabalho, é que o estado brasileiro, apesar de não adotar tal teoria, deu uma adaptada para os costumes e realidade no nosso país, a exemplo das leis de drogas, terrorismos e crimes hediondos, que foram modificadas pelos legislador e dado um maior rigor ao cumprimento dessas penas.

Conclui-se que por mais que a prevenção e segurança do estado tido como bem comum de todos, não é justificável para violação de direitos constitucionais básicos, e mesmo

diante de uma grande carência de leis mais severas, o legislador brasileiro não pode somente agir sob o clamor social, sem que haja uma prevalência e manutenção dos direitos fundamentais duramente conquistados pela população brasileira. Como resultado da pergunta tida como problemática do presente artigo, alcançou-se unanimemente entre os estudiosos sobre o tema, que por mais que o ordenamento jurídico não preveja o direito penal do inimigo, de forma involuntária a Lei de Crimes Hediondos trata do mesmo rigor da teoria, e sob a forma disfarçada é tida como a mesma.

A condenação e cerceamento desses inimigos mesmo antes do cometimento do ato criminoso, nos relembra aos horrores que nosso país sofreu com a ditadura, e no âmbito internacional aos horrores das duas guerras mundiais.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1997. p. 52.

BRASIL. **Decreto Lei nº 341 de 1938**

Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/penalcodigo/decreto-lei/del12848.htm>>. Acesso em: 01 de março de 2018.

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

GAROFALO, Rafaelle. **Criminologia. Estudo sobre o delicto e a expressão penal**, 3ª ed. Tradução Julio de Matos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.

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

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

MANZINI, Vincenzo. **Instituzioni di Diritto Panele Italiano**, volume primo, parte generale, 9ª ed. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1958.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: algunas consideraciones sobre la regulacion de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000**. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americanos de Ciências Penais, ano 3, n.05, p.

151-168, jan.-abr.2002.

MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1, parte geral. 8 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Mundo Jurídico, Publicado em 12 set. 2005.

Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53

Acesso em: 01 de março de 2018.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI – v. 11).

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. revista atualizada. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal - Coleção Pensamento Criminológico**, volume 14, 3ª edição. São Paulo/SP: Editora: Renavan, 2012.