

DIREITO PENAL DO INIMIGO: SOLUÇÃO OU RETROCESSO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: SOLUTION OR RETROCESS IN FACE OF THE FEDERAL CONSTITUCION OF 1988

João Edson Rocha Neto¹

Maria Shyenna Marques Vasconcelos de Albuquerque²

RESUMO: A Teoria do Direito Penal do Inimigo defendida por Günther Jakobs discorre sobre a separação entre cidadão e “inimigo” do Estado. Aquele considerado inimigo perderá o status de sujeito de direito, desse modo, deve ser combatido e segregado. Portanto, em face da Constituição Federal de 1988, tal teoria seria inconstitucional, pois seu conteúdo contraria as normas constitucionais. O presente trabalho tem como escopo analisar tal teoria, visando os principais pontos de compatibilidade e conflitantes com o atual ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, de uma pesquisa de cunho objetivo e natureza básica, produzida e fundamentada em estudos bibliográficos. Destacando as fontes jurídicas utilizadas, como a constituição de 1988, visando embasar as assertivas. O artigo 5º, da atual Constituição explana sobre os direitos e garantias fundamentais. Em vista deste artigo, a teoria do direito penal do inimigo estaria em linha contrária as teses elencadas nele, pois nesta, aqueles ditos como inimigos do Estado perderiam a característica de pessoas de direito, pois estariam na condição supracitada, ferindo tal parte que fala sobre a igualdade de todos em face da lei. Além disso, tal teoria contradiz o princípio da dignidade da pessoa humana, que embasa o artigo 5º. Portanto, observamos que ao adotarmos tal teoria, estaríamos diante a um retrocesso, pois daria autonomia para o Estado considerar inimigos aqueles indivíduos que praticassem as infrações penais mais graves, e nesse pressuposto, tal teoria violaria princípios e direitos fundamentais, uma vez que, trataria diferentemente estas pessoas, desrespeitando a constituição Federal de 1988, tida como “cidadã”.

3777

Palavras-chave: Direito Penal. Inconstitucionalidade. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: The Theory of Criminal Law of the Enemy defended by Günther Jakobs discusses the separation between citizen and "enemy" of the State. That considered enemy will lose the status of subject of right, thus, must be fought and segregated. Therefore, in view of the Federal Constitution of 1988, such a theory would be unconstitutional, since its content contradicts the constitutional norms. The present work has as scope to analyze this theory, aiming at the main points of compatibility and conflicting with the current Brazilian legal system. It is a research of objective nature and basic nature, produced and based on bibliographic studies. Emphasizing the legal sources used, such as the 1988 constitution, in order to base the assertions. Article 5 of the current Constitution explains fundamental rights and guarantees. In view of this article, the theory of the criminal law of the enemy would be in line with the theses listed in it, for in this, those said as enemies of the State would lose the character of persons of law, since they would be in the aforementioned condition, hurting that part that talks about the equality of all in the face of the law. Moreover, such a theory contradicts the principle of the dignity of the human person, which is based on Article 5. Therefore, we observe that in adopting such a theory, we would be faced with a setback, since it would give the State autonomy to consider enemies those individuals who committed the most serious criminal offenses, and in that assumption, such a theory would violate fundamental principles and rights, since, differently these people, disrespecting the Federal Constitution of 1988, considered as "citizen".

Keywords: Criminal Law. Unconstitutionality. Dignity of human person.

¹ Graduando em Direito, Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.

² Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.

INTRODUÇÃO

O direito penal tem a função precípua de resguardar os bens jurídicos tidos como mais importantes, tais como a vida, a honra, a integridade física, dentre outros. Ao praticar um fato típico, ilícito e culpável, em outras palavras, um crime, o indivíduo sofrerá uma sanção de natureza penal, em que terá tratamento idêntico a outro indivíduo que cometeu delito diferente, apresentando diferença em suas sanções. Günther Jakobs propôs uma teoria diferente, conhecida como teoria do direito penal do inimigo, em que haveria uma separação entre os indivíduos que praticassem condutas criminosas, dividindo-os em delinquentes, que seriam aquelas pessoas que praticariam delitos, tendo ainda a denominação de cidadãos (mesmo sendo infratores) e tendo os respaldos necessários que estão previstos na lei, e outra gama de indivíduos chamados de criminosos, que seriam aqueles que praticariam os crimes mais graves, e não teriam o mesmo tratamento daqueles, perdendo direitos fundamentais e individuais, com um trato rígido e diferenciado, sendo estes considerados como inimigos do Estado, não sendo mais considerados como cidadãos, afastando-os da sociedade e colocando-os sob a tutela do Estado (TADESCO, 2015).

3778

Desse modo, é imprescindível a análise desta teoria frente ao ordenamento jurídico brasileiro, analisando seus aspectos mais particulares, e colocando-os frente à constituição federal de 1988, verificando se haveria algum vício de inconstitucionalidade ou estaria de acordo com os princípios e preceitos constitucionais.

O presente trabalho tem como escopo a exposição dos principais pontos conflitantes da teoria do direito penal do inimigo e a Constituição federal de 1988. Visando apenas a exposição, tal trabalho foi feito através de uma pesquisa de natureza básica, portanto feita com a finalidade de aumentar o conhecimento sobre um determinado assunto, sem que haja uma aplicação imediata. Outrossim utilizou-se o método dialético, pois visa estudar a fundo o tema, abordando todos os seus aspectos, mostrando seu desencadeamento na sociedade. Sendo seu objetivo de estudo o explicativo, já que tem como escopo e finalidade a explicação das consequências sociais e as causas do tema analisado. Por fim, utilizou-se o procedimento técnico bibliográfico, pois tal pesquisa busca embasar-se, fundamentar-se em análises de materiais já publicados

A teoria do direito penal do inimigo foi desenvolvida pelo alemão Günther Jakobs, desenvolvendo uma ideia mais radical a respeito do direito penal e do tratamento com os condenados. O autor, em sua ideologia, subdividia os indivíduos que cometeram delitos em delinquentes, que seriam

aqueles que praticariam os crimes tidos como menos graves; e os criminosos, que seriam os praticantes dos crimes mais graves, por exemplo os crimes hediondos. Aqueles seriam tratados ainda nos moldes da lei, tendo estes um tratamento diferenciado e mais rígido, sofrendo punições mais severas e sendo considerados como inimigos do Estado. Nesse sentido, expõe o seguinte autor:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar a guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, O Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias. (MELIÁ, 2012, p.30).

A teoria, criada em 1985, foi ganhando mais atenção, prestígio e alguns adeptos em virtude das atrocidades terroristas que estavam a surgir e desencadear horrores pelo mundo, tais como o maior ataque terrorista da história: o atentado terrorista ao world trade center, em 11 de setembro de 2001, bem como os atentados ocorridos em Madrid e Londres, em 2004 e 2005, respectivamente, e por último, em Paris, em 2015 (JUNIOR, 2017).

Em virtude dessas ondas de ataques terroristas e em decorrência da violência cada vez mais recorrente e extrema no planeta, muitos indivíduos veem as punições mais severas para praticantes de atos mais ofensivos e com maior reprovabilidade social, como uma espécie de solução para frear este desencadeamento de ofensa e terror. Dessa forma, alguns cidadãos brasileiros acreditam que esses tipos de punições seriam a plena eficácia para simplificar esta problemática no país. Mas, o que muitos não sabem, é que o nosso ordenamento jurídico é baseado em princípios que excluem penas que extrapolem os limites tidos como humanitários, como bem assevera a constituição brasileira atualmente vigente:

Art. 5º, XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; (BRASIL, 1988, p.6).

Fica evidenciado que a adoção de tais medidas seria uma grave afronta à Constituição Federal de 1988, sendo caso de vício de inconstitucionalidade material, por afrontar os preceitos supracitados. Frente a isso, como a adoção de punições mais severas para aqueles tidos como

inimigos do Estado (e assim, penas mais rígidas) seria a principal pauta da teoria do direito penal do inimigo, esta estaria esbarrando nos limites propostos pelo legislador constituinte originário, ferindo, como já visto, o texto constitucional.

Depois de uma longa e lenta evolução, no nosso ordenamento jurídico, o legislador constitucional proibiu uma gama de tipos de penas [que são as já abordadas por nós] que ofendiam princípios e preceitos implícitos e explícitos previstos na constituição federal de 1988, visando proteger os direitos mais importantes de todos presentes em território nacional (GRECO, 2017).

Além destas questões abordadas, o direito penal do inimigo estaria em sentido contrário ao modelo Garantista Penal proposto por Luigi Ferrajoli, o qual serve de base para o ordenamento penal e jurídico brasileiro. Assim, como bem analisa Capatan (2016), o Garantismo Penal teria como marco a obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, em que ele aborda a tese de que o Direito Penal teria a função de controlar os limites do Estado, limitando as ações punitivas estatais com bases nos princípios fundamentais individuais elencados na Constituição. Assim, verifica-se que os meios punitivos não podem extrapolar a esfera dos direitos de todo indivíduo.

O Garantismo Penal e o Direito Penal do inimigo são completamente opostos, pois enquanto um assegura a garantia a direitos e princípios estruturantes em um ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, o outro busca um meio radical para tentar “controlar” a criminalidade, pouco se importando com os direitos inerentes ao ser humano, tendo o Estado, total controle sobre o indivíduo (CAPATAN, 2016).

Diante de todas essas indagações, chegamos ao ponto mais relevante deste trabalho: a tese da contrariedade entre o Direito penal do inimigo e o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado em nossa constituição:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel do Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático 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. (BRASIL, 1988, p.3, grifo nosso).

A seguinte afirmativa aborda de forma clara este princípio:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. (BARROSO, 2010, p.11).

Como visto, a constituição traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, o que tal fato mostra a importância da natureza humana, isto é, o homem, mesmo que pratique as piores atrocidades imagináveis e inimagináveis, continua a ser um ser humano, e deve ser tratado como tal. Assim, esse tratamento mais rude com uma certa gama de indivíduos iria de encontro a um fundamento constitucional, ao princípio basilar do nosso Estado democrático, de um país baseado em ideias humanitárias, pois ao implementar severas penas para aqueles que praticam atos mais danosos, estaríamos contrariando o texto constitucional, estaríamos incorrendo em inconstitucionalidade, o que é algo não permitido em um Estado que é prevalecido por uma Constituição soberana, que está acima das demais normas, em que estas não podem contrariá-la. Analogicamente está a seguinte análise:

No plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o direito à vida. Em torno dele se estabelecem debates de grande complexidade jurídica e moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna. Em segundo lugar, o direito à igualdade. Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não-discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento). Do valor intrínseco resulta, também, o direito à integridade física, aí incluídos a proibição da tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas (BARROSO, 2010, p. 22-23).

3781

Assim, Jakobs chegou a ideia de que haveria um determinado rol de indivíduos que seriam tratados como inimigos, que teriam direitos violados e que sofreriam meios cruéis, porém efetivos, em sua visão. Isto estaria indo em contraste aos mais importantes fundamentos constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana (TOLFO; LOBO, 2016).

Portanto, em virtude dos fatos analisados e abordados nesta pesquisa, conclui-se que a Teoria do Direito Penal do inimigo, formulada por Gunther Jakobs em 1985, estaria em total confronto com a Constituição brasileira de 1988. Isto em face da tese de que esta teoria, fundada sob a ideologia de uma desigualdade processual e uma supressão de direitos de uma parcela de infratores denominados inimigos do Estado, violaria os preceitos e princípios mais importantes e fundamentais da carta magna de 1988, que foi promulgada com o objetivo de trazer de volta a democratização e a liberdade dos indivíduos, culminando com a adoção de artigos voltados para os direitos individuais e coletivos. Desse modo, a implementação da teoria do direito penal do inimigo seria uma clara afronta ao texto constitucional, e seria caso de inconstitucionalidade material, pois ela seria incompatível com determinados artigos, como o artigo 5º da constituição, que assevera um rol de penas proibidas e o artigo 1º inciso III, que assegura o princípio norteador de um Estado Democrático de Direito e basilar do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luiz Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Disponível em: https://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 3 de mar. 2019.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 49.
- BIZARRIA, Breno Timbó Magalhães. **O Direito Penal do Inimigo Aplicado a um Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Breno-Timbo-Magalhaes-Bizarria.pdf>. Acesso em: 14 Mar. 2019.
- BRASIL. **Constituição Federal** de 22 de setembro de 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 11 Mar. 2019.
- CAPATAN, Laís. **Garantismo penal e o direito penal do inimigo.** Disponível em: <https://catapan.jusbrasil.com.br/artigos/388819354/garantismo-penal-e-o-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 2 de mar. 2019.
- CALLEGARI, André Luís. Direito Penal do Inimigo e Direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**/ vol. 862/ p. 426/ ago. 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Vol. 1, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.
- FRANZEN JÚNIOR. Cícero José. **Direito Penal do Inimigo.** Disponível Em: https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421. Acesso em: 16 de fev. 2019.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal).** Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf. Acesso em: 15 fev. 2019
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** Parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, v. 1
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- QUADROS, Ana Carolina de. **Análise ao Direito Penal do Inimigo.** 2014. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Centro universitário de Marília – UNIVEM, Marília, 2014. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1170/TCC%20COMPLETO%20-%20direito%20penal%22do%20inimigo.docx%20-fim.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. **Direito Penal do Inimigo e seu eco na sociedade brasileira: estudo de caso na fundação educacional do município de Assis.** Disponível em: <http://www2.marília.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/7014>. Acesso em: 16 fev. 2019
- SANTINI, Thiago Campos. **A expansão do Direito Penal do Inimigo e a afronta constitucional da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** 2014. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em

Direito) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2014. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11509/Thiago%20Campos%20Santini_TCC.pdf?sequence=1. Acesso em: 17 fev. 2019.

TEDESCO, Mônica Franco. **Direito Penal do Inimigo**: um estudo acerca dos resquícios da teoria de Gunther Jakobs em legislações específicas do ordenamento penal brasileiro. 2015. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Poços de Caldas, 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj053962.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

TOLFO, Andreia Cadore; LOBO, Adriano de Sousa. **A teoria do Direito Penal do Inimigo frente às garantias da constituição brasileira.** Disponível em: <http://trabalhos.congrega.urcamp.edu.br/index.php/jpgp/article/view/716>. Acesso em: 5 de mar. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 82.