

NATÁLIA BERTI

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS
DEMOCRÁTICOS: ANÁLISE E CRÍTICA

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Público, da Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Dr. Fábio Guedes de Paula Machado.

Uberlândia
2012

NATÁLIA BERTI

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS
DEMOCRÁTICOS: ANÁLISE E CRÍTICA

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Público, da Faculdade de Direito “Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Dr. Fábio Guedes de Paula Machado.

Defendida em 08 de novembro de 2012, perante banca examinadora composta pelos professores:

Professor Doutor Fábio Guedes de Paula Machado
Orientador

Professor Doutor Ney Fayet de Souza Júnior
Professor convidado

Professora Doutora Helena Regina Lobo da Costa
Professora convidada

Aos meus pais,

Célio Berti e Teresa Cristina Silva Berti

À minha irmã,

Clélia Silva Berti

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram para a concretização desse trabalho.

Aos meus pais, Célio Berti e Teresa Cristina Silva Berti, e à minha irmã, Clélia Silva Berti, pelo apoio e amor incondicionais, em todos os momentos, sem os quais esse e outros objetivos nunca seriam cumpridos.

Ao Professor Doutor Fábio Guedes de Paula Machado, por participar da minha trajetória acadêmica, compartilhando conhecimentos, e ainda pela orientação imprescindível para a realização desse trabalho.

Aos mestres do corpo docente do Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, pela dedicação empregada na transmissão de conhecimentos e por despertarem o amor pela pesquisa científica.

Aos colegas do Mestrado, que tornaram essa caminhada mais leve e prazerosa. Em especial, meus agradecimentos a Daniela Fernandes de Oliveira e Fernanda Sabrinni Pereira.

Por fim, aos meus amigos, pelo suporte, carinho e por estarem sempre presentes, auxiliando-me a concluir mais essa etapa.

4.1 <i>A antecipação da tutela penal</i>	89
4.2 <i>A pena para o inimigo</i>	92
4.3 <i>O Processo Penal para o inimigo</i>	95
5 Alguns exemplos do Direito Penal do inimigo nas legislações jurídico-penais	98
III ANÁLISE CRÍTICA: O DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICOS	107
1 Aspectos introdutórios: do Estado Liberal ao Estado Constitucional Democrático	107
2 A configuração e as características dos Estados Constitucionais Democráticos	114
3 A dignidade humana: atributo fundamental das pessoas nos Estados Constitucionais Democráticos	123
4 O Direito Penal do inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: a impossibilidade de seleção de inimigos e a inadmissibilidade da transformação de pessoas em não-pessoas frente ao axioma da dignidade da pessoa humana	131
CONCLUSÃO	146
REFERÊNCIAS	149

Sendo assim, a partir desse momento, o presente trabalho irá analisar os fundamentos e características do Direito Penal do inimigo, bem como o conceito de inimigo e cidadão, tomando como base especialmente essa segunda etapa de formulação teórica, que é mais precisa, completa e detalhada. Nunca é demais ressaltar que tal análise minuciosa se faz necessária para evitar quaisquer críticas infundadas à teoria, pois tais objeções apressadas não podem ser científicas, nem esclarecedoras.

Segundo Silva Sánchez, inicialmente, poder-se-ia falar em duas velocidades do Direito Penal. A primeira velocidade é representada pelo Direito Penal do cárcere, no qual estão mantidos rigorosamente os princípios político-criminais tradicionais, os princípios processuais e as regras de imputação. Já a segunda velocidade está ligada às situações em que há uma flexibilização de princípios e regras tradicionais, em função da menor intensidade das penas de privação de direitos ou penas pecuniárias, e não mais de prisão³⁹¹.

Contudo, afirma que, diante dos fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, a delinquência patrimonial profissional e a delinquência sexual violenta e reiterada, que ameaçam os fundamentos da sociedade, é possível admitir um Direito Penal de terceira velocidade, no qual conviveriam a pena privativa de liberdade e a flexibilização de garantias processuais e regras de imputação. Destaca que sua concepção guarda estreita relação com o Direito Penal do inimigo³⁹².

Portanto, para os inimigos, que não prestam a mínima segurança cognitiva, surgem dificuldades adicionais de persecução e prova, motivo pelo qual seria possível incrementar as penas de prisão e relativizar garantias substantivas e processuais. Porém, Silva Sánchez resalta que o Direito Penal de terceira velocidade só pode manifestar-se como instrumento de emergência, sendo uma espécie de Direito de guerra³⁹³. Este seria um mal menor, desde que utilizado de modo estritamente necessário perante fenômenos excepcionalmente graves e que não contaminem o Direito Penal da normalidade.

Para este autor, é imprescindível uma permanente revisão da concorrência desses pressupostos, o que, segundo Silva Sánchez, não vem ocorrendo nos Estados, pelo que “o círculo do Direito Penal dos inimigos tenderá, ilegitimamente, a estabilizar e a crescer”³⁹⁴. Ao contrário de Silva Sánchez, Jakobs não fala em uma tendência de expansão ilegítima, mas afirma a sua legitimidade para combater determinados delinquentes.

Essas são as principais características do Direito Penal do inimigo. Para melhor visualizá-las, interessante expor algumas legislações jurídico-penais que são consideradas reflexos do Direito Penal para os inimigos ou não-pessoas.

³⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 163.

³⁹² SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 163/164.

³⁹³ SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 165/166.

³⁹⁴ Tradução livre, do original: “(...) el círculo del Derecho penal de los enemigos tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer”. (SILVA SÁNCHEZ, **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, p. 166/167).

5 Alguns exemplos do Direito Penal do inimigo nas legislações jurídico-penais

No presente tópico, busca-se expor algumas legislações de países como os Estados Unidos, a Espanha e a Alemanha, no intuito de mostrar que a influência da construção de Jakobs transbordou a mera discussão acadêmica para produzir reflexos práticos e concretos. Não se pretende, aqui, apresentar essas legislações com detalhes, nem estudá-las a fundo, mas apenas demonstrar a presença de traços característicos do Direito Penal do inimigo em seu bojo. A escolha desses países não se deu por acaso, mas em função de apresentarem as maiores discussões e maior quantidade de material bibliográfico sobre a temática.

Convém ressaltar que, ao longo dos últimos anos, muitas legislações jurídico-penais de diversos países apresentaram características e regras que as permitem aproximá-las e caracterizá-las como verdadeiro Direito Penal do inimigo. Tal situação se intensificou nas legislações de combate ao crime organizado, ao crime econômico e, principalmente, ao terrorismo. Vários dispositivos promoveram o aumento desproporcional das penas, a antecipação da punibilidade e ainda a relativização de garantias processuais do acusado.

A legislação de luta introduzida em muitos ordenamentos democráticos, justificada sob as exigências de segurança, assume caráter de legislação definitiva: as medidas, inicialmente excepcionais, tendem a transformar-se em modelo normal de política criminal³⁹⁵. O Direito, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, “assume, cada vez mais, as conotações de guerra global, de conflito continuado, endêmico, contra inimigos que operam tanto no interior, quanto no exterior dos Estados”³⁹⁶.

Apesar das legislações que refletem o Direito Penal do inimigo não se restringirem ao tratamento do terrorismo, é nas leis antiterroristas que melhor se visualiza essa influência: a necessidade de uma resposta eficaz ao fenômeno do terrorismo levou grande parte dos ordenamentos ocidentais a atenuar os padrões de garantias frente às intervenções indevidas dos poderes públicos na esfera privada, em nome da segurança e da luta contra a criminalidade³⁹⁷.

Um dos países onde mais facilmente se pode identificar a presença do Direito Penal do inimigo são os Estados Unidos. De fato, após os atentados às Torres Gêmeas e ao

³⁹⁵ CORNACCHIA, **La moderna hostis iudicatio**: entre norma y estado de excepción, p. 429.

³⁹⁶ Tradução livre, do original: “assume, cada vez más, las connotaciones de guerra global, de conflicto continuado, endémico, contra enemigos que operan tanto en el interno como en el exterior de los Estados”. (CORNACCHIA, **La moderna hostis iudicatio**: entre norma y estado de excepción, p. 431).

³⁹⁷ MANNA, **Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo**: la *privacy*, p. 258.

Pentágono, seguiu-se uma legislação de caráter autoritário-repressivo no ordenamento jurídico-penal estadunidense, que acabou por influenciar a legislação de muitos outros países, principalmente na Europa.

Pouco após o trágico 11 de setembro de 2001, o Senado americano aprovou a *Uniting and Strengthening America by Providing Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, mais conhecida como *USA Patriot Act*, que se converteu em lei em 26 de outubro de 2001³⁹⁸. Tal ato representou uma dura reação aos atentados terroristas. Na comparação entre defesa/segurança nacional e liberdades individuais, restou claro que o Senado americano fez a opção pelo primeiro valor, a segurança nacional, com uma drástica redução de liberdades, das garantias e dos procedimentos de *habeas corpus*.

Observa-se que houve uma ampliação da atuação policial, aumentando-se as possibilidades para a realização de interceptações telefônicas ou telemáticas, de detenção, sem limitação temporal, de estrangeiros que praticam crimes previstos nas leis de imigração ou que, em qualquer caso, sejam considerados como perigosos à segurança e defesa nacional. Permitiu-se ainda “o confisco em bibliotecas, bancos, hospitais ou escolas de documentos relativos aos aspectos mais íntimos e pessoais da vida privada de cada indivíduo (desde seu estado de saúde a seu *status* econômico ou seus interesses intelectuais)”³⁹⁹.

Posteriormente, no ano de 2003, foi editado o *Domestic Security Enhancement Act*, conhecido como *Patriot Act II*, o qual, seguindo a mesma linha, também promoveu uma regulação violadora dos direitos e liberdades individuais dos cidadãos⁴⁰⁰. Os *Patriot Acts* trouxeram fortes restrições às liberdades e garantias da esfera privada, permitindo amplos espaços de intervenção da esfera estatal na privacidade e intimidade, especialmente dos estrangeiros e imigrantes.

Segundo Massimo Donini⁴⁰¹, o governo Bush introduziu novas categorias de etiquetamento de inimigos, com destaque para os combatentes ilegais (*unlawful combatants*) e os inimigos combatentes (*enemy combatants*), equiparados em tratamento aos imigrantes ilegais (*unlawful immigrants*). Para o etiquetamento desses inimigos, além dos *Patriot Acts*, outro instrumento técnico utilizado pelo Estado americano foi a *Military Orden*, de 13 de

³⁹⁸ MANNA, *Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo*: la *privacy*, p. 259.

³⁹⁹ Tradução livre, do original: “(...) la incautación en bibliotecas, bancos, hospitales o escuelas de documentos relativos a los aspectos más íntimos y personales de la vida privada de cada individuo (desde su estado de salud a su estatus económico o sus intereses intelectuales)”. (MANNA, *Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo*: la *privacy*, p. 259/260).

⁴⁰⁰ MANNA, *Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo*: la *privacy*, p. 261.

⁴⁰¹ DONINI, *El Derecho Penal frente al “enemigo”*, p. 646.

novembro de 2001, que introduziu uma jurisdição militar para os terroristas, com tribunais especiais e sistemas especiais de detenção, como o realizado na Base de Guantánamo, em Cuba⁴⁰².

Na prisão de Guantánamo, o combatente inimigo, suspeito de pertencer a uma organização terrorista ou de colaborar com esta, é considerado um combatente ilegal e, por esta razão, ao ser capturado não é classificado como prisioneiro de guerra, não desfrutando dos direitos da Convenção de Genebra de 1949⁴⁰³. Os inimigos combatentes são classificados como “homens sem senhor”: “situados mais além do alcance do Direito de guerra e do Direito nacional dos Estados Unidos, somente se encontram submetidos às restrições que seus captores escolham a eles impor”⁴⁰⁴.

Ronald Dworkin explica que, de fato, o tratamento contra o terrorismo não se encaixa plenamente dentro do modelo penal interno ou do modelo de guerra externo e que isso tem sido usado como desculpa pelos governos para buscar a segurança, sem quaisquer limitações e sem respeito a direitos ou garantias. Entende que é preciso que o debate e a experiência possam levar a um novo sistema jurídico para o combate ao terrorismo, que seja codificado em um conjunto de convenções internacionais⁴⁰⁵.

No entanto, enquanto esse modelo não está pronto, deve-se escolher um tratamento a ser aplicado ao terrorista: ou se lhe trata como prisioneiro de guerra ou como suspeito de crime. Em qualquer um dos casos, faz-se necessário respeitar as regras, direitos e

⁴⁰² A Prisão de Guantánamo é uma prisão militar dos Estados Unidos, que integra a Base Naval da Baía de Guantánamo, localizada na ilha de Cuba. Em 22 de janeiro de 2009, o presidente americano Barack Obama comprometeu-se a desativar a base de Guantánamo no prazo de um ano. Tal promessa não foi cumprida, mas, em 27 de janeiro de 2010, o então embaixador dos Estados Unidos, Daniel Fried, afirmou que o centro de detenção será fechado antes do final do mandato do presidente Barack Obama, em janeiro de 2013. (FOLHA ONLINE. **Governo Obama diz que Guantánamo deve ser fechada até 2013**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u685463.shtml>>. Acesso em 22 de maio de 2012). Ronald Dworkin, ao falar do tratamento destinado aos prisioneiros de Guantánamo, expõe que o governo “instala campos de detenção fora do país, de forma a evitar o requerimento de *habeas corpus*; reivindica o direito exclusivo de decidir quem é combatente inimigo, sem necessidade de apresentar provas consistentes a qualquer tribunal; recusa-se a permitir que juízes examinem suas afirmações opacas de que a segurança exige a negação de proteções básicas a pessoas que acusa de crimes; mantém suas detenções e seu tratamento dos detentos o mais secreto possível, para evitar qualquer crítica por parte de outros órgãos de governo, da imprensa, de cidadãos ou de organizações internacionais de direitos humanos; afirma que a segurança em tempos de guerra demanda esse sigilo e essa imunidade da supervisão judicial e de outros tipos”. (DWORKIN, Ronald. O terror e o ataque às liberdades civis. **Direito e Democracia (Revista de Ciências Jurídicas-Ulbra)**, Canoas, v. 05, n. 01, p.169-186, jan./jun. 2004, p. 176/177).

⁴⁰³ DONINI, **El Derecho Penal frente al “enemigo”**, p. 646.

⁴⁰⁴ Tradução livre, do original: “(...) situados mas allá del alcance del Derecho de la guerra y del Derecho nacional de los Estados Unidos, sólo se encuentran sometidos a las restricciones que sus captores escojan imponerse a sí mismos”. (DUBBER, Markus D. Guerra y paz: Derecho Penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del Derecho Penal estadounidense. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 695).

⁴⁰⁵ DWORKIN, **O terror e o ataque às liberdades civis**, p. 182.

princípios elencados pelos respectivos estatutos (Convenção de Genebra, em um caso, legislação interna, em outro). Isso não é o que vem acontecendo; ao contrário, o tratamento dispensado aos prisioneiros de Guantánamo tem sido extremamente arbitrário.

Na Alemanha, também se pode identificar dois grandes exemplos de manifestação do Direito Penal do inimigo, por meio da antecipação da punibilidade e da aplicação de penas desproporcionais. Neste país, criou-se, recentemente, um novo tipo penal, que acompanha a tendência de adiantamento da atuação penal: trata-se da responsabilização criminal daquele que, mediante escritos, influencia uma criança, com a intenção de levá-la à realização de atos sexuais (parágrafo 176.4, n. 3º *StGB*). Este tipo legal também inclui arquivos de dados na internet. Tem-se, aqui, uma antecipação especialmente ampla da punibilidade, “que ameaça de pena uma tomada de contato objetivamente carente de relevância, unicamente pelas intenções perseguidas para um momento posterior”⁴⁰⁶.

Além disso, na Alemanha, contínuas alterações da lei incrementaram as penas da pornografia infantil e do abuso sexual. Em 01º de abril de 2004, entrou em vigor uma lei que elevou as penas mínimas para o abuso sexual cometido contra crianças, tornando obrigatória a pena privativa de liberdade, inclusive para casos menos graves, nos quais não houve contato corporal (exemplo: exibição de imagem pornográfica à criança). Essas mudanças aconteceram, mesmo que os parâmetros em vigor anteriormente fossem considerados perfeitamente suficientes para a punição dos infratores⁴⁰⁷.

Por fim, o crime de constituição de organizações criminosas e terroristas também é gravemente punido, com penas que chegam até dez anos de prisão. Em 22 de agosto de 2002, criou-se um novo tipo penal, previsto no § 129b do *StGB*, que pune a constituição de organizações terroristas no estrangeiro, representando um outro exemplo de adiantamento da punibilidade⁴⁰⁸.

A Espanha também se destaca por possuir algumas legislações direcionadas ao inimigo. Nesse sentido, o Código Penal de 1995 passou por várias alterações, especialmente nos crimes de liberdade sexual e em questões ligadas ao terrorismo, sempre com a criação de

⁴⁰⁶ Tradução livre, do original: “(...) que amenaza de pena una toma de contacto objetivamente carente de relevancia únicamente por las intenciones perseguidas para un momento posterior”. (HÖRNLE, Tatjana. Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 56).

⁴⁰⁷ HÖRNLE, **Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”**, p. 60.

⁴⁰⁸ HÖRNLE, **Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”**, p. 56.

novos tipos e subtipos agravados. Várias reformas foram realizadas no ano de 2003, com mudanças significativas no sentido de endurecimento da legislação penal⁴⁰⁹.

Nesse contexto, a Lei orgânica (LO) 07/2003 trouxe uma ideia de cumprimento íntegro e efetivo da pena, exasperando a pena para os crimes de terrorismo, para a delinquência organizada e ainda nos casos de reincidência. Com tal alteração, abandona-se a ideia de ressocialização na execução da pena, substituindo-a pela noção de inocuidade de determinados delinquentes, notadamente os terroristas.

Para Patricia Faraldo Cabana, “as últimas reformas do Código Penal de 1995 supõem a consolidação, na Espanha, de um subsistema penal de exceção em matéria de terrorismo, subsistema que somente pode ser definido como próprio de um Direito Penal do inimigo”⁴¹⁰. Nesse diapasão, o artigo 520 do Código Penal de 1995 admite a possibilidade de que a polícia prolongue a detenção do suspeito, quando autorizado pela autoridade judicial.

Ademais, a Lei orgânica (LO) 13/2003 permitiu ainda que se decrete uma prisão, com incomunicabilidade do detido, pelo prazo de até dez dias, nos casos de delito de terrorismo ou de investigações relacionadas ao crime organizado⁴¹¹. São medidas que claramente restringem garantias processuais do acusado, manifestação típica do Direito Penal do inimigo.

Um importante exemplo de adiantamento da intervenção penal na legislação espanhola diz respeito ao crime do artigo 578 do Código Penal, que é o crime de enaltecimento ou justificação do terrorismo. Para Manuel Cancio Meliá, tal crime, e seu aspecto simbólico, “consiste aqui em proclamar um mero tabu à expressão de determinadas opiniões, como se, desta forma, desaparecessem das cabeças daqueles que pensam desse modo. Não há mais nada a dizer: Direito Penal do inimigo”⁴¹².

⁴⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 03, p. 53-82, jan./jun. 2006, p. 66/67.

⁴¹⁰ Tradução livre, do original: “(...) las últimas reformas del Código Penal de 1995 suponen la consolidación en España de un subsistema penal de excepción en materia de terrorismo, subsistema que sólo puede ser definido como próprio de un derecho penal de enemigos”. (FARALDO CABANA, Patricia. Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 759).

⁴¹¹ DAMIÁN MORENO, Juan. Un Derecho procesal de enemigos? In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DíEZ, Gómez-Jara (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 466/467.

⁴¹² Tradução livre, do original: “(...) consiste aquí en proclamar un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones, como si de este modo desaparecieran de las cabezas de quienes piensan de ese modo. No hay nada más que decir: Derecho penal del enemigo”. (CANCIO MELIÁ, Manuel. *"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*, n. 44, 2002, p. 18. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=264123>>. Acesso em 22 de maio de 2012).

convertidas em não-pessoas, uma vez que a dignidade é uma qualidade indissociável da natureza humana.

Para Luis Gracia Martín, a pessoa responsável é o núcleo superior de toda a teoria jurídica, possibilitando que se reconheça o Direito como uma ordem que se impõe com um caráter obrigatório, e não como uma mera coação ou como um poder superior. Por isso, entende que todo mandato jurídico deve reconhecer a pessoa como tal, sob pena de ser mera força ou coação⁵¹⁵.

Segundo o referido autor, a força para o cumprimento dos deveres e de expectativas normativas encontra-se em um sistema biopsíquico, isto é, em um homem empírico e concreto do mundo, o qual será destinatário das normas e das sanções. O sujeito da imputação é o homem concreto, e não a pessoa enquanto construção social ou normativa⁵¹⁶. Assim, “no Direito Penal, o sujeito, tanto da imputação, como do castigo, não pode estar constituído por uma pessoa normativa ou jurídica, isto é, entendida como uma construção social e normativa, não pode ser representado por nada mais que pelo homem, pelo indivíduo humano”⁵¹⁷.

Luis Gracia Martín também explica que a estrutura ontológica do ser humano, que está constituída por tudo que fundamenta a dignidade da pessoa humana, deve ser respeitada pelo Direito. A dignidade corresponde, em igual medida, a todos os homens; mesmo aquele que decide se afastar completamente da comunidade ou agir contrariamente a ela e às suas regras (como os criminosos) mantém a sua dignidade. O homem deve ser tratado como ser dotado de dignidade, mesmo que dele não se possa esperar nada, nem bom, nem mau, não havendo qualquer fundamento para negar a dignidade de quem quer que seja (a dignidade é uma qualidade inseparável do homem e nem ele próprio pode dispor desta). A dignidade da pessoa humana é, portanto, o argumento decisivo contra o Direito Penal do inimigo⁵¹⁸.

Logo, pode-se admitir uma diferenciação entre pessoas (cuja qualidade se reconhece a todos os seres humanos) e cidadãos (reconhecida àqueles que formam parte de

⁵¹⁵ GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1065/1066.

⁵¹⁶ GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1071/1072.

⁵¹⁷ Tradução livre, do original: “(...) en Derecho penal, el sujeto, tanto de la imputación como del castigo, no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, entendida como una construcción social y normativa, sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el hombre, por el individuo humano”. (GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1073).

⁵¹⁸ GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”*, p. 1074-1076.

‘judeu’, o ‘muçulmano’, o ‘sérvio bósnio’, o ‘comunista’, o ‘tutsi’, o ‘chiita’, o ‘terrorista’, ou simplesmente o vizinho que discute a propriedade de um pedaço de terra, ou tem uma ideologia ou religião distintas, ou pertence a outra etnia, com distinta cor da pele”⁵²⁹.

De forma sintética e clara, ao discorrer sobre o tema, Salo de Carvalho explica que “apenas nos projetos políticos totalitários (Estados de exceção) a ideia absolutizada de segurança pública se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A destituição da cidadania transforma o sujeito (de direitos) em mero objeto de intervenção policialesca”⁵³⁰.

Destarte, tendo em vista que o conceito de inimigo (não-pessoa) na obra de Günther Jakobs é a base fundamental de toda a teoria do Direito Penal do inimigo, compreende-se que, sendo este conceito de inimigo incompatível com a dignidade da pessoa humana e, portanto, com os Estados Constitucionais Democráticos, toda a teoria cai por terra, pois perde a sua base fundamental. No entanto, há ainda outros motivos que podem ser elencados para demonstrar a inviabilidade e incompatibilidade desta tese.

Deste modo, uma segunda justificativa, que demonstra a incompatibilidade entre o Direito Penal do inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos, está em que o Direito Penal do inimigo viola um dos pilares mais importantes desses Estados, segundo o qual o Direito Penal democrático refere-se a fatos, e não aos autores que os praticam. O Direito Penal do inimigo é, sobretudo, um Direito Penal do autor, que pune mais severamente determinados autores, os quais pensam de um certo modo ou apresentam certa personalidade.

O princípio do fato é um dos mais relevantes princípios dos Estados Democráticos, pois estabelece a punição em função de fatos praticados, e não com base nas características pessoais de seus supostos autores. Bem explica Manuel Cancio Meliá que “o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, isto é, como negação de um Direito Penal orientado com base na ‘atitude interna’ do autor”⁵³¹. Deste modo, o fato deve ser o conteúdo central do tipo (Direito Penal do fato); os pensamentos e a personalidade do infrator não podem ser objeto de criminalização (Direito Penal do autor).

⁵²⁹ Tradução livre, do original: “(...) el ‘judío’, el ‘musulmán’, el ‘servio bosnio’, el ‘comunista’, el ‘tutsi’, el ‘chiita’, el ‘terrorista’, o simplemente el vecino que discute la propiedad de un pedazo de tierra, o tiene una ideología o religión distintas, o pertenece a otra etnia, con distinto color de piel”. (MUÑOZ CONDE, **De nuevo sobre el “Derecho Penal del enemigo”**, p. 370).

⁵³⁰ CARVALHO, **Política de guerra às drogas na América Latina**: entre o Direito Penal do inimigo e o estado de exceção permanente, p. 259.

⁵³¹ Tradução livre, do original: “(...) el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la ‘actitud interna’ del autor”. (CANCIO MELIÁ; JAKOBS, **Derecho penal del enemigo**, p. 100/101).

ensina que o Estado de Direito não pode conhecer inimigos ou amigos, mas apenas culpados e inocentes⁵⁴⁹.

Portanto, a noção de inimigo é claramente inaceitável no ordenamento jurídico-penal de um Estado Constitucional Democrático. No entanto, mesmo que, por amor ao debate, se aceitasse a possibilidade de se elencar uma determinada categoria de inimigos, ainda assim a teoria do Direito Penal do inimigo não seria admissível. Isto porque, referida tese viola outra barreira inquebrantável das sociedades democráticas: o respeito e a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Por isso, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que “referir-se a um Direito Penal garantista em um Estado de Direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro Direito Penal senão o de garantias”⁵⁵⁰.

Na verdade, só há que se falar em um Estado Constitucional Democrático na medida em que os direitos fundamentais de todos são reconhecidos, garantidos e respeitados. Os direitos fundamentais demarcam um âmbito de invulnerabilidade no desenvolvimento da vida jurídica e social das pessoas, o que exige proteção frente a qualquer tentativa de intervenção dos poderes públicos, a fim de evitar os abusos do Estado contra quaisquer cidadãos, sem distinção. Assim, diante do *status* de supremacia dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos democráticos, não há qualquer espaço para justificar a flexibilização, restrição ou supressão de determinados direitos para certos destinatários⁵⁵¹.

Os direitos humanos e sua proteção são elementos constitutivos dos Estados Constitucionais Democráticos. Faz-se necessário que eles sejam igualmente garantidos e concedidos a todos, não sendo admissível a sua exclusão ou restrição para determinados categorias de infratores, já que são o limite mais importante para toda a pretensão político-criminal, filosófico-política, filosófico-jurídica, sociológica ou dogmática⁵⁵². Logo, “não há

⁵⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 828.

⁵⁵⁰ ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 173. Assim, complementa Zaffaroni que “o direito penal de garantias é inerente ao Estado de direito porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, são o próprio Estado de direito. O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e conteúdo. Agindo de outro modo, passaria a liberar poder punitivo irresponsavelmente e contribuiria para aniquilar o Estado de direito, isto é, se erigiria em ramificação cancerosa do direito do Estado de direito”. (ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 173).

⁵⁵¹ CALLEGARI; DUTRA, **Derecho Penal del enemigo y derechos fundamentales**, p. 333/334.

⁵⁵² DEMETRIO CRESPO, **El Derecho penal del enemigo *Darf Nicht Sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad**, p. 509. Para este autor, os direitos fundamentais não são um luxo, que se pode renunciar em tempos de crise, e muito menos uma tese conservadora. Ao contrário, trata-se de um discurso progressista e crítico, que sustenta um modelo democrático e constitucional de Estado, estritamente vinculado a garantias que devem existir para todas as pessoas, sem distinção. (DEMETRIO

ideal e abstrato. Tal reconhecimento permite diagnosticar os defeitos e verificar o grau de implementação do Estado Constitucional Democrático, para buscar, a partir desse *ser* real e concreto, um *dever ser* ideal. Entretanto, isso não significa legitimar seus erros e defeitos, nem valorá-los positivamente ou aceitá-los como necessários⁵⁶¹.

O que se deve fazer, após constatados os defeitos e erros, “é exercer ao máximo -otimizar- o poder jurídico de contenção para reduzi-los e eliminá-los. A resistência jurídico-penal à admissão do conceito de inimigo no Estado de Direito deve ser frontal”⁵⁶². Os defeitos e erros devem ser analisados e constatados, não para serem legitimados, mas sim para serem corrigidos e eliminados.

Aceitar o Direito Penal do inimigo seria aceitar um retrocesso na defesa dos direitos e garantias fundamentais da pessoa; seria retroceder nas conquistas de um Estado pautado pela democracia e pela dignidade da pessoa humana. Enfim, seria retroceder em anos de lutas e conquistas históricas

Destarte, a grande questão que se impõe diz respeito ao qual modelo de Estado se quer consagrar: um Estado Constitucional Democrático, pautado pelos direitos e garantias e pela dignidade da pessoa humana, ou um Estado totalitário, autoritário, violador desses mesmos direitos e garantias.

Se a resposta é (como deve ser) a favor de um Estado Constitucional Democrático e, como consequência, de um Direito Penal democrático, então, não há espaço para quaisquer dúvidas. O Direito Penal do inimigo não pode, de maneira alguma, ser admitido e não há espaço algum para a eleição de inimigos. Não se pode legitimar a presença do inimigo sem que se renuncie ao próprio Estado Constitucional Democrático.

⁵⁶¹ ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 178.

⁵⁶² ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**, p. 178.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se afirmar que, no momento contemporâneo, profundas transformações estão acontecendo em esfera global, transformações estas que podem ser explicadas pelas construções teóricas da pós-modernidade e da sociedade de risco. A complexidade da sociedade pós-moderna e de risco, ao atingir todos os aspectos da vida em sociedade, também promove modificações na Ciência Jurídica, sobretudo no Direito Penal.

O momento pós-moderno, no qual se desenvolve a sociedade de riscos, é caracterizado pela produção e distribuição de riscos em escala global, sem respeito a fronteiras ou limites territoriais. Esses riscos não se reduzem aos danos e efeitos presentes, mas também se ligam a possibilidade de danos futuros. Todo esse incremento assustador e desenfreado dos riscos traz uma consequência: produz-se uma sensação constante e crescente de insegurança individual e coletiva, que permanece existindo mesmo sem a comprovação de perigos reais.

A sociedade da insegurança e do medo é, pois, um subproduto da sociedade de risco. A busca pela segurança faz com que os indivíduos reclamem do Estado a prevenção frente a estes riscos e uma garantia de segurança. Nesse cenário, o Direito Penal emerge como a solução, por excelência, para os problemas apresentados. Ele passa a avocar um papel de instrumento fundamental para a proteção dos cidadãos.

O Direito Penal, portanto, assume uma clara tendência de expansão, o que gera uma tensão com os princípios e instrumentos clássicos do Direito Penal. A busca de segurança favorece uma tutela penal mais dura que, por muitas vezes, resulta em restrições ou até mesmo supressões de garantias e direitos fundamentais. Essa situação, aliada a uma pressão e movimentação pública e da mídia em favor de uma repressão penal rigorosa, favorece o despontar de teorias e movimentos como “Lei e ordem” e “Tolerância zero”. É também nesse contexto que surge o Direito Penal do inimigo.

Embora a discussão do inimigo não seja nova, havendo, ao longo da história jurídico-penal, várias menções ao inimigo, coube a Jakobs o mérito de sistematizar uma teoria de tratamento deste. Além disso, a discussão do tema ganhou força após os atentados terroristas de 11 de setembro, a partir do qual medidas extremas de proteção e reação jurídico-penal, com legislações penais repressivas e duras no combate ao inimigo terrorista, foram adotadas por vários países. Esse endurecimento da legislação penal e processual penal não se

O Direito Penal do inimigo é, na verdade, um Direito Penal do autor, que demoniza certos infratores. Assim, não se punem determinados fatos criminosos, mas sim se elege uma determinada categoria de infratores, os inimigos, que merecem uma punição diferenciada pelo que são, e não pelo que fizeram. Observa-se a suposta periculosidade desses autores, e não suas ações ou omissões.

Esse Direito elege um tratamento jurídico-penal diferenciado focado nas características de um grupo de infratores (criminosos sexuais, terroristas, membros de organizações criminosas etc), em sua conduta/ estilo de vida, em seus hábitos e costumes, na sua personalidade e postura ideológica, muito mais que nos fatos delituosos praticados. Há, então, uma culpabilidade do autor, e não uma culpabilidade do fato, em uma clara violação ao princípio do fato.

Logo, o Direito Penal do inimigo está muito mais adequado a um modelo de Estado policial totalitário, autoritário e antidemocrático, o qual se encontra em plena oposição ao modelo de Estado Constitucional Democrático e à própria noção de dignidade da pessoa humana. De fato, no cerne dos Estados antidemocráticos se encontra a estigmatização de determinadas categorias de indivíduos, que recebem o rótulo de inimigos, admitindo-se a sua eliminação, exclusão ou inocuização.

É preciso, então, extirpar do ordenamento jurídico-penal dos Estados Constitucionais Democráticos, como o Estado brasileiro, qualquer forma de manifestação de um Direito Penal do inimigo, sob pena de se legitimar um Estado autoritário e ainda de se estar eliminando anos de conquistas históricas da dogmática penal e do próprio Estado Democrático.

Em conclusão, diante de todo o exposto, claro está que o Direito Penal do inimigo é inadmissível em um Estado Constitucional Democrático. Neste, só há espaço para um Direito Penal do cidadão, onde todos sejam tratados como pessoas, dotadas de dignidade humana e onde se respeitem os direitos e garantias fundamentais. Não cabe, no Estado Constitucional Democrático, conclusão em sentido diverso, sob pena de se legitimar um Estado autoritário e antidemocrático.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./ maio 2002.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v.18, n.1, jan./mar. 2004.

BARBERÁN, Pablo Marshall. El Estado de Derecho como principio y su consagración en la constitución política. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**, Chile, ano 17, n. 02, p. 185-204, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTIDA FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros en el umbral: fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; Díez, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

_____. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, 1998.

BELLO RENGIFO, Carlos Simón. Las razones del Derecho penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; Díez, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

_____. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea, p. 109-134. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACHELLI, Eugênio (coord.). **Direito Penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. **Código Brasileiro de Aeronáutica** (Lei 7.565/86). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm>. Acesso 16 de agosto de 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 13 de junho de 2012.

_____. **Lei de execução penal** (Lei 7.210/84). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 16 de agosto de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 104.339/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3900686>>. Acesso em 22 de maio de 2012.

BUNG, Jochen. Direito Penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 62, p. 107-133, set./out. 2006.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, ano 04, n. 14, p. 137-145, 2004.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Derecho Penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍEZ, Gómez-Jara (coord.). **Derecho penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. v. 1. Buenos Aires: BdeF, 2006.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. Bases do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista Impulso**, p.81-94. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp20art08.pdf>>. Acesso em 17 de agosto de 2012.

_____. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

