



CIENTÍFICO

UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO

O Direito Penal do Inimigo e a disparidade entre o Garantismo, a norma penal e sua real aplicação.

Tácio Augusto Sobrinho Mendonça
Grasielle Borges Vieira de Carvalho

Aracaju

2015

O Direito Penal do Inimigo e a disparidade entre o Garantismo, a norma penal e sua real aplicação.

Tácio Augusto Sobrinho Mendonça¹

RESUMO

O presente artigo visa analisar a necessidade de aprofundamento acerca de teorias recentes que versam sobre a aplicação da lei penal, sob o prisma da criminologia crítica. Assim busca-se desmistificar a inerência dos direitos e garantias processuais (sobre as bases do contratualismo) quando confrontado com fatores diversos. Desta feita, este escrito tem por finalidade trazer a lúmen a teoria desenvolvida por Günther Jakobs (Direito Penal do Inimigo) sob um olhar crítico, contrapondo a terceira velocidade do direito penal aos avanços do garantismo, bem como a possibilidade de aplicação desta no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direito Penal. Inimigo. Garantismo. Pena.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o ramo do direito que, segundo Rogério Greco, tem por finalidade “a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade” (GRECO, 2015, p.1). Apesar de deveras aceito no meio acadêmico, este conceito é gravosamente controvertido quando confrontado com a vida fática, pois que se sairmos da seara teórica e ampliarmos a visão, atingindo os níveis mais densos da aplicação do Direito Penal, notaremos profundas distinções entre o ser e o dever ser.

Vale registrar que, no âmbito acadêmico existem discussões sobre o alcance do direito penal e a proposta de tutelar tão somente os bens, considerados, mais importantes para a vida humana. Contudo, apesar de tão nobre finalidade proposta, se desenvolvidas com profundidade, as alterações acerca deste ramo do direito são promotoras de críticas e elogios dentro e fora da academia, o que manifesta amplo campo de debate científico, razão pela qual expõe-se aqui mais conjecturas.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: tacio_clar@hotmail.com

Neste contexto de debates acalorados, tanto a legislação penal simbólica e quanto o direito penal do inimigo apresentam-se como temas bastante pertinentes, tendo em vista o contexto social desta sociedade brasileira, sendo, contudo, este último alvo mor desta dissertação.

Desta forma, tão somente a título de apresentação, a legislação penal simbólica é o conjunto de normas (penais), desenvolvidas em caráter emergencial, por consequência de um clamor popular específico sobre este ou aquele assunto. Isto nos informa, portanto, que existe uma gama de normas que, apesar de positivadas e em pleno vigor no ordenamento jurídico pátrio, não são efetivadas, e em alguns casos, sequer passíveis de plena efetivação, pois não apresentam funcionalidade, visto que serviram apenas para acalmar os ânimos sociais.

Contudo, dissertar sobre o direito penal do inimigo nos leva ao oposto do que foi explicitado retro, no que tange a proteção dos bens mais importantes da vida, pois que a tese de Jakobs traz como pressuposto a “eleição” de inimigos do Estado, deste modo, analisando a teoria contratualista sob a óptica de Kant, “não se trata como pessoa quem <<me ameaça...constantemente>>” (CONDE, 2012, p.29)

Aclare-se que, não tratar como pessoa um indivíduo que, de alguma forma, foi eleito inimigo do Estado, é decidir tratá-lo como um opositor do contrato social, excluindo deste as garantias básicas que lhes seriam inerentes, e ainda reprimi-lo drasticamente através dos mecanismos jurídicos e políticos possíveis. Portanto, a escolha pelo direito penal do inimigo foi a resposta à satisfação de uma necessidade de aprofundar os estudos penais e apresentar o Direito Penal aplicado àqueles que, segundo Kant, se opõe à ordem social vigente (CONDE, 2012, p.35).

Neste sentido, duas incógnitas são erguidas, a saber: como eleger o(s) inimigo(s)? E, como trata-lo (s) após eleito (s), visto que apesar de opositores do Estado, todo ser humano é detentor de direitos e garantias fundamentais que em hipótese alguma podem ser desrespeitados (as nações da Terra assim decidiram através de tratados e decretos internacionais inclusive com extensa participação da Organização das Nações Unidas – ONU)?

O alvo deste estudo é mostrar a disparidade entre os avanços do garantismo (que permeia toda a legislação pátria e em muito a legislação ocidental) e o enrijecimento do direito penal em virtude do clamor popular e da eleição dos inimigos do estado, entendendo, por fim, como o direito penal tem sido aplicado e quais as possíveis rotas de escape às incongruências na aplicação da norma penal.

O método de abordagem utilizado neste trabalho foi o Dialético, visto que no decorrer do mesmo foram abordadas as opiniões opostas sobre a aplicação ou a negação do direito penal do inimigo enquanto teoria passível de aplicação. O método auxiliar a que lançamos mão foi o comparativo quando realizados paralelos entre as opiniões conflitantes sobre o tema em questão. Método de abordagem quanto aos objetos utilizados foi o qualitativo. As técnicas de pesquisa empregadas foram a bibliográfica e documental. Os recursos utilizados foram livros, códigos, artigos científicos, palestras em vídeo e sites.

Este artigo está semanticamente dividido em duas partes: a explicação do direito penal do inimigo e suas peculiaridades e a possibilidade de aplicação desta teoria em solo pátrio.

2. HISTÓRICO

Diante do contexto em que se desenvolve este artigo, é salutar perquirir sobre o nascimento teórico do Direito Penal do Inimigo, bem como as distintas reações da comunidade jurídico-acadêmica após a publicação das ideias de G. Jakobs, na conferência alemã.

Nas palavras do professor Damásio de Jesus: “a expressão Direito Penal do Inimigo foi utilizada por Jakobs primeiramente em 1985, mas o desenvolvimento teórico e filosófico do tema somente foi levado a cabo a partir da década de 1990.” (JESUS) Deste modo, e a partir do lapso temporal apresentado pelo próprio Damásio, a teoria a que nos referimos foi desenvolvida não “a passos largos”, mas de forma progressiva.

Erguido sobre as bases do contratualismo de Kant e Rousseau, o Direito Penal do Inimigo estabelece como primícias o tratamento desigual entre os que cumprem o contrato social e aqueles que se posicionam contra o

Estado, isto é, a nação deve obrigar-se na cessão de garantias e proteção de preceitos fundamentais com os cidadãos e aniquilar os inimigos eleitos.

Contudo, tanto em razão dos seculares avanços das teorias garantistas, quanto em virtude dos abalos bélicos ocorridos no século XX, o Direito Penal do Inimigo foi tratado por muitos como um retrocesso. De acordo com Francisco Muñoz Conde:

[...] o legislador não dialoga com a proporcionalidade, retirando garantias processuais e ampliando as possibilidades de sancionar condutas muito distantes da lesão a um bem jurídico. Um panorama, sem dúvida, duro e desolador, mas segundo o citado autor (Günther Jakobs), inevitável 'pois se trata da impossibilidade de uma juridicidade completa, ou seja, contradiz a equivalência entre racionalidade e personalidade'. (CONDE, 2012, P. 31 e 32)

Nesse toar, este artigo tem por escopo demonstrar a teoria do Direito Penal do Inimigo, bem como o confronto direto das teses que o sustentam com o garantismo e analisar se as ideias de Jakobs são um real retrocesso na evolução do Direito Penal ou se tão somente são a demonstração da real aplicação da norma penal quando afrontadas por fatores específicos.

3. A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E A EVOLUÇÃO DO GARANTISMO NACIONAL E INTERNACIONALMENTE

Da análise do Estado desde a formação dos primeiros Estados Nacionais na Europa, até os dias atuais, é possível notar o Direito como um instrumento limitador à soberania do “monarca”. Perceber-se-á, também, que o garantismo, como teoria ou conjunto de ideias de proteção aos direitos fundamentais do ser humano, é um instituto jurídico que oras foi proeminente (Revolução Francesa – 1789), oras foi “descartado” (duas grandes guerras mundiais) do pensamento social, mas que sempre esteve em pauta entre os defensores da vida.

De forma semelhante, é possível notar que a defesa dos direitos, hoje defendidos como inerentes ao ser humano, no decorrer da história brasileira oscilou bastante em virtude dos regimes políticos que regeram a nação. Assim, enquanto este país era gerido por democratas as teorias garantistas

progrediam, contudo nas mãos dos ditadores os direitos mais básicos eram excluídos em face da eleição de um inimigo nacional.

Assim, após abalos consideráveis nas estruturas do garantismo nesta nação, em tempos pós-contemporâneos, o princípio (nos limites desta nação, constitucional) da dignidade da pessoa humana, por exemplo, atingiu um patamar superior ao demais (chamado de princípio absoluto ou super-princípio), nas palavras de Flávia Piovesan, em Direitos humanos e o direito constitucional internacional:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. (PIOVESAN, 2000, p. 54)

Os Direitos e Garantias Fundamentais, tanto os constitucionais quanto os de alguma forma descritos em legislação esparsa, auferiram assim, importância singular, registre-se, não só nesta nação, mas em boa parte do globo.

Contudo, o garantismo não é apenas um instituto de Direito, mas um fato social, devendo ser analisado sob o prisma do abismo entre o ser e o dever ser. Assim, os belos discursos e as famosas declarações acerca dos direitos fundamentais do homem, precisam ser comparados à sua amplitude, no que tange a sua aplicação, visto que se mesmo os direitos inerentes ao homem não são destilados sobre todos, que diremos, pois, acerca de outras legislações?

4. O DIREITO PENAL

4.1. Do Direito

É cediço que, o Direito, tanto como disciplina quanto como substantivo não apresenta conceito único, por esse motivo, utilizaremos excerto do livro do professor Günther Jakobs para mencionar possível definição deste ramo do conhecimento humano, enquanto fato social:

Denomina-se <<Direito>> o vínculo entre pessoas que são titulares, de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito,

mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação [...]. (JAKOBS, 2005, p. 26)

Assim, a existência do Direito está ligada a um pacto entre pares/semelhantes, isto é, entre aqueles que decidiram viver entre si através da livre escolha (contrato) em abdicar de direitos para a vida em comum, na formação do Estado, sendo cada um defensor deste. Desta forma, esclarece Jakobs:

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rosseau que qualquer <<malfeitor>> que ataque o <<direito social>> deixa de ser <<membro>> do Estado, posto que se encontra em guerra com este [...]. (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2005, p.55)

Ao escolher a tese retro, sobre a formação e a manutenção do Estado, faz-se imperativa a análise acerca de como lidar com aqueles que infringem a ordem social contratada. Desta feita, é debaixo desse pressuposto que Jakobs desenvolve a tese que refletimos neste artigo.

4.2. As Velocidades do Direito Penal

Ainda que de forma sucinta, torna-se imperativo ressaltar a acepção de velocidades do Direito Penal, teoria desenvolvida por Jesús María Silva Sánchez, para que possamos situar de forma mais sólida o Direito Penal do Inimigo, bem como a aplicação do mesmo em razão das diferentes reações dos cidadãos em relação as atitudes estatais.

Desta forma, a referida seara jurídica, de acordo com o autor retro, poderia ser comparada a três velocidades distintas, nas quais o grande diferencial é a amplitude das garantias através da perspectiva do agente.

Na primeira velocidade, há a valorização do respeito às garantias individuais, desta feita o direito penal é aplicado na sua essência, isto é, com a finalidade de defender os bens mais importantes da vida e tão somente como última opção.

São marcas da segunda velocidade a substituição das penas privativas de liberdade e a relativização das garantias processuais e penais.

Já na terceira velocidade, uma mescla das velocidades anteriores, há a proposta de retorno à aplicação frequente das penas de prisão, somadas a relativização das garantias processuais e penais.

Desta feita, é da expansão da terceira velocidade que encontramos a teoria de Jakobs a que se refere este artigo.

4.3. Do Direito Penal do Inimigo

A tese de Jakobs assenta-se na ideia da existência de uma nova perspectiva do direito penal clássico, a outra face da mesma moeda, que não atua necessariamente na defesa dos bens mais importantes do cidadão, mas na defesa da sociedade, entendendo que o projeto social é mais importante que os interesses particulares de cada um dos que compõe o todo. Neste contexto, nas palavras do eminente autor:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal, por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas sim, deve ser combatido como um inimigo. Esta guerra tem lugar como um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito a segurança; [...] O inimigo é excluído (grifos nossos). (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2005, p.55)

Diante de sua própria perspectiva conceitual de Direito, Jakobs demonstra a polarização entre cidadãos delinquentes e inimigos dentro de uma mesma conjuntura social. Assim, os primeiros podem ser caracterizados como pessoas que delinquem e que precisam ser impedidas de continuarem a delinquir, através dos mecanismos de coação legais, os quais, se eficientes, isto é, caso após a consumação do delito haja a penalização do agente, demonstram a eficácia da estrutura penal do Estado. Contudo, são inimigos aqueles que se posicionam de forma contumaz em face do Estado, isto é, rompem o contrato social e, portanto, desobrigam a máquina estatal de tratá-los como cidadãos:

[...]quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser

humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos[...]. (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2005, p.26)

Também a pena, assim como o direito penal *lato sensu*, adquire duas expressões: esta quando o infrator da norma é um cidadão e a mesma quando o transgressor é um inimigo. No primeiro caso, a pena tem caráter coativo e retributivo, assim a infringência de uma norma e sua posterior penalização não indica fragilidade na estrutura do Estado, mas a aplicação deste infortúnio é, na verdade, a prova de que o sistema normativo escolhido pela nação é saudável e eficaz. No segundo caso, a pena tem função preventiva, isto é, ao identificar o inimigo, a nação deve proteger-se deste através de mecanismos que promovam o extermínio de suas ações, no intento de gerar segurança cognitiva total.

Diante do exposto, ficam claras as palavras de Günther Jakobs no que tange à existência de um direito penal aplicável ao cidadão e um direito penal do inimigo: “o Direito penal do cidadão é o Direito penal de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra” (CONDE, 2012, p. 30)

Porém, o que deve ser suscitado na análise da finalidade da parte e do todo é: os fins justificarão os meios? Pois que a tese de Jakobs baseia-se na existência de um direito penal que suprime garantias sociais e direitos fundamentais, antecipa a punição e enrijece as leis. Sugere o professor Francisco M. Conde que melhor que identificar exemplos de direito penal do inimigo nos sistemas penais das nações é entender a gravidade da aceitação do mesmo, visto que os avanços sociais ocorridos na era dos extremos seriam uma lição de garantismo que foi apagada pela simples falta de memória jurídica. Continua a afirmar o Dr. Francisco M. Conde:

Entretanto, uma segurança cognitiva total nunca será garantida por nenhum sistema de qualquer tipo que seja. Poderá haver níveis maiores ou menores de segurança; e trata-se de determinar quando tais níveis são compatíveis com o exercício dos direitos fundamentais. O equilíbrio entre os dois polos é difícil e sempre se encontram em tensão. Mas se, como acontece em momentos de crise, a balança se inclina descaradamente e sem nenhum tipo de limites, a favor da segurança cognitiva, a consequência imediata será a paz, porém, a paz dos cemitérios. Uma

sociedade em que a segurança se torna o valor fundamental é uma sociedade paralisada, incapaz de assumir a menor possibilidade de mudança e de progresso, o menor risco. (CONDE, 2012, p. 55)

5. O GARANTISMO E SUA AMPLITUDE

Se nos propusermos a olhar de forma mais densa a evolução do direito, perceberemos este como um instrumento segregador. Assim, apesar de ser possível destacar evoluções na letra da lei, *lato sensu*, desde os escritos mais antigos, algumas perguntas podem ser formuladas, tais como: qual a amplitude das leis escritas? Quem de fato conseguiu lançar mão dos direitos “alcançados”? Houve segmentos sociais não alcançados pelos avanços jurídicos?

O sistema jurídico mundial e sobretudo o ocidental está impregnado das concepções do direito Romano, por isso é possível mais um questionamento, agora de forma mais pontual, a saber: a quem pertence as garantias que são exibidas com tanta pompa nos grandes marcos mundiais? Note-se que o alvo desta porção do trabalho não é discutir a evolução do direito, visto que a história o comprova, mas analisar criticamente a abrangência destes direitos.

Jakobs, traz à baila a ideia de que as garantias não são/podem ser de todos, pois assim como na Roma antiga, nem todos são, ou devem ser considerados cidadãos. Deste modo, de forma fática, o direito penal do inimigo não é uma criação, mas uma constatação da real aplicação do direito penal ante aos mais diversos fatores que vão desde a posição social à periculosidade do agente.

Nas palavras do filósofo retro: “[...] não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”. (CONDE, 2012, p.21).

Deve-se, contudo, analisar a possibilidade de aplicação do Direito Penal do Inimigo e a amplitude das garantias alcançadas com as grandes transformações sociais com extrema cautela, pois aceitar a existência de um direito penal do inimigo, estruturado juridicamente e não, como mencionado anteriormente, como desvio na aplicação da lei penal em virtude da fragilidade do alcance do garantismo, ainda que com outros nomes, é pôr em xeque toda

uma conjuntura social, política, econômica e jurídica, que se baseou na crença da integração de pensamentos quanto a igualdade dos seres humanos e da inerência dos ditos direitos humanos.

6. O INIMIGO E SUA ELEIÇÃO

A grande problemática da aplicação da teoria de Jakobs é a eleição do inimigo. Apesar de, como já dantes mencionado, aceitar a existência de um direito penal do inimigo, mesmo que com outras nomenclaturas, ser o ato de pôr em xeque toda uma conjuntura social, política, econômica e jurídica, que se baseou na crença da integração de pensamentos e de posicionamento da raça humana, tanto o direito (*lato sensu*) como o direito penal do inimigo buscam um mesmo fim, a saber: pacificar as lides.

O professor Francisco Muñoz Conde², em seu livro “Direito Penal do Inimigo”, traduzido pela Dra. Karyna Batista Sposato, traz à baila a discussão sobre a definição e a abrangência da palavra “inimigo” (tão recorrente neste estudo), o que possibilita a compreensão mais acertada sobre o tema.

Dentre as definições ao vocábulo “inimigo”, trazidas pelo dicionário Priberam, destacamos: que milita em facção oposta, com quem se anda em guerra. Assim é possível entender que nem todos os delinquentes são inimigos, pois se assim o fossem todo direito penal seria um direito penal do inimigo. “Mas se apenas um grupo de delinquentes merece tal qualificação, temos que identificá-los com maior precisão”¹.

Entendendo o elo entre o homem e a sociedade e sua busca por outros da mesma espécie a quem possa se vincular a partir de alguma empatia ou por pura necessidade, a existência de conflitos entre os homens é fato natural. Contudo, apesar de a oposição de pensamentos em meio à uma sociedade civilizada ser fato corriqueiro, esta aversão pode ser a promotora de conflitos, e por fim, formadora de inimigos.

As primeiras uniões entre pessoas, oriundas de uma necessidade natural, são aquelas entre seres incapazes de existir um sem o outro [...] (ARISTÓTELES. I, 1252a e 1252b, 13-4)

² Doutor *Honoris Causa*; Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade Pablo de Olavide (UPO), de Sevilha, Espanha; Autor de inúmeras obras no campo do Direito Penal e da Criminologia publicadas em diferentes idiomas: espanhol, inglês, alemão e português.

É necessário afirmar que o fato de ser ou não inimigo, não é uma questão de conceito, mas de óptica. Deste modo, se por um lado instituições do crime organizado são inimigas do Estado, sob outro prisma serão estas as grandes mães daqueles, cuja *longa manus* estatal não alcança, ou seja, dos escanteados pela conjuntura sócio-econômico-política. Persiste-se: para os defensores da democracia, ditadores são inimigos, ao passo em que para estes os inimigos são (regra geral) os formadores de opinião não vinculados à máquina estatal.

Com já dantes afirmado, Jakobs constata e teoriza o que desde muito é de conhecimento da humanidade: o Estado e a sociedade, pelos mais diversos fatores, elegem inimigos, isto é, pessoas, organizações ou mesmo fatos contra quem se milita em tempo e fora de tempo. Todavia, aceitar a proposta do Direito Penal do inimigo é acatar o imperativo na eleição de um inimigo legal, contra o qual todos os cidadãos se posicionariam. Deste modo, pergunta-se: como, objetivamente, eleger um inimigo? Quais parâmetros devem ser utilizados para sua eleição? É possível aplicar a teoria de Jakobs em países cujo garantismo tem se enraizado profundamente como Brasil?

7. A EVOLUÇÃO DA MÍDIA E SUA INFLUÊNCIA NA ELEIÇÃO DO INIMIGO

É de comum consenso que tão natural e profundamente ocorreu a passagem dos séculos, tão profunda foi a alteração da finalidade/ propósito original da mídia (*lato sensu*), assim sendo convém especificar qual o alvo inicial deste poderoso sistema dissipativo de informações e qual sua finalidade em tempos pós-contemporâneos.

Perceba-se que o aparecimento do sistema midiático se confunde com a própria evolução dos alfabetos escritos e dos estudos sistemáticos sobre as mais diversas línguas, visto que a gênese da mídia está na necessidade do homem de organizar meios para difundir alguma informação. Deste modo, o objetivo primordial da mídia é o acesso a informações e apenas posteriormente o entretenimento, por isso, desde sua origem, a mídia é um poderoso instrumento de formação de opiniões e difusão de interesses.

Assim, é possível perceber no decorrer da história mundial, impérios que alargaram e que tombaram mediante o poder de influência da mídia. Está

também dentro dos limites de análise do homem médio notar (historicamente) tanto a difusão de crenças quanto a erradicação destas pela influência do aparelho midiático. Isto posto, é razoável afirmar que a mídia determina, ainda que em parte, a desenvoltura do pensamento social.

Diante do que até então já foi explicitado, parte dos doutrinadores penalistas entendem que ao fim do século passado os operadores do aparelho midiático tomaram para si “as dores” da suposta má aplicação da norma penal (em âmbito mundial) e forjaram o entendimento de que a fundamentação para o crescimento no número de delitos cometidos era a má aplicação dos sistemas de garantias (fruto de séculos de lutas sociais) e a suposta suavidade das penas para diversos delitos, quando os agentes eram reincidentes.

Através de seu poder de influência, constatado historicamente, uma mentalidade revanchista "explode" nas nações e no Brasil, o que é possível ser visto facilmente no modo como a imprensa expõe os delitos semanais (diários ou mensais) nas páginas de suas revistas e jornais. Os comentaristas das mazelas sociais tornaram-se *superstars* pelo simples fato de criticarem a norma penal repetindo deveras que a solução para o crescimento exponencial da violência é o recrudescimento da lei penal e não uma reanálise da educação de base e dos padrões culturais (deste século).

O sensacionalismo midiático tem sido um poderoso promotor de uma legislação penal extremamente cruel de forma unilateral. Desta forma, a mentalidade revanchista retro leva o direito penal a atingir uma terceira velocidade, isto é, a reiteração da ideia de penalização exacerbada gera a ampliação da dicotomia entre direito penal máximo e mínimo para o fomento do direito penal do inimigo em virtude do clamor da mídia.

Contudo, urge-se que, o posicionamento técnico-jurídico não se torne escravo de leigos, pois desta forma o retrocesso normativo será iminente. A singularização de delitos, bem como o recrudescimento na aplicação das penas é (*lato sensu*) um retrocesso ao garantismo no contexto da aplicação da norma penal.

Frise ainda que, a inconstância midiática, deveras notada em momentos críticos nas mais diversas ocasiões da história mundial, não pode interferir na seguridade a que a justiça se propõe.

8. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

A história do Brasil é permeada de abruptas mudanças políticas e sociais. Passamos de colônia portuguesa a capital do mesmo Império pela incompetência lusa, de colônia à império por brigas familiares, de império à república num ato demasiadamente simplório, quando comparado a outras mudanças de regime. Erguemos a Era dos Extremos entre totalitarismos ditatoriais e democracias, contudo as marcas dos desmandos das ditaduras vividas nesta pátria tiveram poder de desconstrução maior do que a capacidade de cura das democracias que as sucederam, o que gerou sulcos psicossociais até então não cicatrizados.

Por tudo o quanto já foi exposto e pela saída mui recente, desta nação, de um período ditatorial extenso, tornou-se imperativo inundar a carta constitucional vigente dos mais diversos mecanismos de proteção aos direitos e garantias fundamentais de todo ser humano. Nos parâmetros do art. 5º da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

As ideais de submissão hierárquica na sociedade, de tribunais de exceção ou repressão aos direitos sociais soa como um retrocesso sem limites nesta nação, isto em virtude de nossa história recente.

Desta feita, o povo brasileiro, através de seus representantes legais, promulgamos uma constituição extremamente garantista, com inúmeros dispositivos com normas programáticas, ou seja, cujos efeitos são esperados a longo prazo.

Capítulo II Dos Direitos Sociais

Art.º6 São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art.º7 São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXVIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;

Diante do exposto, seria possível aplicar as regras do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico pátrio? Como visualizar tratamentos diferentes se todos são iguais? Como retroceder na velocidade do direito penal, pois que estamos na primeira delas (direito penal mínimo), e assumir a terceira de forma tão abrupta?

Ao assumir o garantismo, como base axiológica constitucional, e o direito penal mínimo como diretriz na aplicação da lei penal nesta nação, à primeira vista, seria impossível a aplicação da teoria de Jakobs no contexto sócio jurídico brasileiro, pois que o legislador constituinte buscou execrar qualquer lembrança do último período ditatorial do ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, o Direito Penal do Inimigo poderia ser aplicado em solo nacional, desde que imantado com as teorias garantistas inerentes a carta magna em vigor. Desta forma, o Estado poderia eleger seus inimigos, caçá-los, apreende-los, porém, deverá tratá-los como seres humanos detentores de direitos invioláveis.

Assim, a teoria de Jakobs adquiriria nova roupagem em solo garantista, pois que o inimigo não poderia ser aniquilado, mas ressocializado, pois que apesar de romper o pacto social, continuaria a ser uma pessoa sobre quem recai direitos inalienáveis impassíveis de serem manietados.

9. CONCLUSÃO

O Direito Penal do Inimigo foi apresentado por Günther Jakobs como sendo o lado da moeda (Direito Penal) ainda não analisado, sugerindo que a tese por si explanada era tão somente uma nova óptica na apreciação da aplicação das penas a um grupo de pessoas específico.

Esta parcela da sociedade, a quem Jakobs afirma ser inimigos, deveria ser excluída do contrato social firmado, pois que milita contra o Estado, isto é, contra o próprio contrato anteriormente celebrado. Desta feita, se uma das partes descumpra as cláusulas de um acordo, a outra, naturalmente se desobriga do mesmo.

Nesse toar, a teoria de Jakobs seduz, visto que abre no horizonte dos sistemas normativos penais a possibilidade de erradicar com uma parcela da população “indesejada” socialmente.

Contudo, é imperioso ressaltar, que apesar de militarem contra o Estado, os inimigos são seres humanos, detentores de garantias inalienáveis, que independem de suas ações. Desta feita, o pensamento social, deveras influenciado pela mídia, que se apresenta, frise-se, algumas vezes, tão volátil, indicaria como inimigos os indesejáveis socialmente, isto é, aqueles que não se enquadram no padrão capitalista burguês, reacendendo assim, as chamas do preconceito sócio racial, tão combatido pelos teóricos garantistas.

Por isso, aceitar aplicação do Direito Penal do Inimigo sem reservas, seria uma desconstrução de um contexto jurídico-social construído ao longo dos séculos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Política, I, 1252a e 1252b, 13-4

BRASIL, Constituição Federal;

CONDE, Francisco Muñoz. Direito Penal do Inimigo, Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba, 2012;

Direito penal do inimigo. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836/direito-penal-do-inimigo#ixzz3YunoL6PC>> Acesso em 14 de março 2015.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral, 2015.

A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto;>> Acesso em 13 de maio de 2015

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo – noções e críticas; 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000;

The Enemy's Criminal Law and the disparity between the theories of guarantees, the criminal standard and its actual application.

ABSTRACT

This article seeks to match the need for deepening about recent theories that concern the application of criminal law, from the perspective of critical criminology. So we will demystify the inherent procedural rights and guarantees (on contractarianism bases) when faced with several factors. This time, this writing is intended to bring up the theory developed by Günther Jakobs (Criminal Law of the Enemy) under a critical eye, contrasting the third speed of the criminal law to theories of guarantees advances, as well as the possibility of application of the legal system paternal.

Keywords: Criminal Law. Enemy. Theory of guarantees. Pity.