



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
BACHAREL EM DIREITO

DIREITO PENAL DO INIMIGO: Estudo de (in)aplicabilidade no direito Brasileiro

ISADORA CAMARGO COSTA DA SILVA

Goianésia – GO

2020

ISADORA CAMARGO COSTA DA SILVA

DIREITO PENAL DO INIMIGO: Estudo de (in)aplicabilidade no direito Brasileiro

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), em nível de bacharel, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadora: Profa. Esp. Leonardo Elias de Paiva

Goianésia – GO

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

DIREITO PENAL DO INIMIGO: Estudo de (in)aplicabilidade no direito Brasileiro

Goianésia-GO, ___/___/___

Banca Examinadora:

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

Nome Arguidor: _____	Evangélica Goianésia	_____
Assinatura		Nota

DIREITO PENAL DO INIMIGO: Estudo De (In)Aplicabilidade No Direito Brasileiro

ISADORA CAMARGO COSTA DA SILVA ¹

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de aplicação do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, observando o Estado Democrático de Direito e ainda os princípios constitucionais. Assim, a primeira parte dessa pesquisa, aborda sobre o Direito Penal do Inimigo, aderida pelo autor Gunther Jakobs, trazendo o conceito de tal instituto e características principais. A segunda parte, tratou-se sobre o conceito de Estado Democrático de Direito e ainda alguns princípios democráticos constitucionais, abordando o conceito do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio da Legalidade, da Presunção de inocência, do Contraditório e Ampla Defesa e da Proporcionalidade, bem como sobre a finalidade da pena no Estado Democrático de Direito, mostrando que a mesma tem como principal objetivo a de ressocializar, restaurar, o indivíduo para que o mesmo possa ter uma nova opção de reintegrar-se na sociedade, mas da melhor maneira possível. No terceiro e último capítulo deste trabalho, foi analisado sobre a problemática do mesmo, analisando sobre o Direito Penal do Inimigo, sua (in)aplicabilidade no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal do inimigo; Estado Democrático brasileiro; Ordenamento Jurídico-penal brasileiro.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. DIREITO PENAL DO INIMIGO. 2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS CONSTITUCIONAIS. 3. DIREITO PENAL DO INIMIGO: (IN) APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

INTRODUÇÃO

Com o decorrer dos anos, entende-se que o processo histórico-social e cultural vem sofrendo transformações notórias e significativas, vindo a contribuir significativamente para um ordenamento jurídico composto de valores inerentes à sociedade de modo em geral.

Dentro desse ordenamento jurídico, tem-se o Direito Penal, que se institui a proteção aos denominados bens jurídico-penais essenciais ao indivíduo e à comunidade, mediante sua natureza constitutiva e sancionaria previamente estabelecidas pelo Estado.

Nesse contexto, dentro do Direito Penal, tem-se um termo denominado

¹ Bacharelado no Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Goianésia

“Direito Penal do Inimigo, cujo primeiro autor a ser abordado e escolhido que seria relevante para tal assunto seria Jakobs, até mesmo por essa teoria do Direito Penal do inimigo ser desenvolvida por esse jurista, em meados dos anos 80, defendendo tal teoria a existência de dois tipos de direitos penais a serem aplicados.

Segundo Jakobs, o primeiro se trata do direito penal comum, o qual seria garantido ao cidadão comum, podendo este ser passível de reestabelecer laços com a sociedade novamente mesmo que cometesse ilícito penal, sendo assim, o referido doutrinador afirma que o indivíduo que tivesse capacidade de ser ressocializado seria julgado e teria todas as garantias previstas conforme o direito penal comum.

Por outro, Jakobs afirma que existem indivíduos que são incapazes de serem ressocializados, portanto esses indivíduos deveriam ter tratamento diferenciado devendo considerá-los como verdadeiras ameaças ao estado democrático de direito, por se tratarem de indivíduos de alto potencial lesivo a paz social e instaurada pelo estado. Com isso, sugere que para esses indivíduos altamente ofensivos, ou seja, inimigos do estado deveria ser aplicado o Direito Penal do Inimigo, sendo este um procedimento sumário com condenações severas e muitas irreversíveis.

Assim, o Direito Penal do Inimigo nada mais é do que um Direito Penal do Autor que considera, para estabelecer uma punição, a personalidade do autor, seus antecedentes, sua condição de vida e sua periculosidade. Dessa forma, o inimigo não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, mas por sua periculosidade, dessa forma, a punibilidade encontra amparo no fato de que determinadas pessoas exercem, de modo habitual ou profissional, atividades cuja valoração, por critérios jurídico-penais, adquire tamanha gravidade que pressupõem uma periculosidade objetiva e significativa, visto que possui maior lesividade social.

Por outro lado, o cenário atual é que a sociedade passa por um sentimento de insegurança, crime organizado, rombo aos cofres públicos, esquemas milionários de desvio de dinheiro desenvolvidos por políticos e empresas, dia após dia, estampam os telejornais, revistas, internet, tornando cada vez mais forte o repúdio à situação do país, e principalmente, o sentimento de impunidade no sistema jurídico brasileiro.

Diante do exposto acima, o presente trabalho objetiva analisar a possibilidade de aplicação do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, observando o Estado Democrático de Direito e ainda os princípios constitucionais.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, será utilizado quanto ao tipo de pesquisa, a bibliográfica, uma vez que o trabalho será desenvolvido a partir de materiais publicados em livros, artigos, dissertações. Quanto ao método, será utilizado o comparativo, tendo em vista que será realizado comparações entre a teoria e prática. E, por fim, a pesquisa será qualitativa, garantindo assim, a análise aplicação do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Adiante, a primeira parte da pesquisa dispõe sobre o Direito Penal do Inimigo, exibindo o conceito e características principais. A segunda parte da pesquisa traz uma análise sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, expondo sobre alguns princípios democráticos constitucionais. Por fim, a terceira parte da pesquisa, faz uma análise sobre a (in) aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo surgiu no ano de 1985, aderida pelo autor Gunther Jakobs. Tal teoria como fundamento políticas públicas de combate à criminalidade, tanto de caráter nacional como de caráter internacional. O que acontece é que isso desclassifica alguns indivíduos como pessoas, ou seja, acaba por não outorga a esses indivíduos garantias estatais.

1.1 CONCEITO

No ano de 1985, Gunther Jakobs, realizou um estudo, ao analisar acerca da legitimidade quanto à tipificação da conduta antes mesmo de lesar o bem jurídico tutelado, o que o fez distinguir a excêntrica diferença entre Direito Penal do Cidadão valorizado pela liberdade e, Direito Penal do Inimigo que tem como principal objetivo proteger os bens jurídicos.

Com isso, quando Jakobs dividiu a figura de cidadãos e inimigos na esfera estatal, compreendeu a importância de se dividir o Direito, uma vez que, é imprescindível manter todas as garantias penais e processuais aos delinquentes cidadãos, respeitando, com isso, o devido processo legal, da mesma maneira que para o delinquente inimigo não existe respeito nem mesmo à pessoa do indivíduo,

nem tampouco as garantias penais e processuais, devendo ser considerado apenas um procedimento massacrador de guerra.

Segundo Silva, Temeiljovitch (2018), Jakobs criou tal expressão com a finalidade de criticar o movimento de diminuição de garantias tanto penais quanto processuais, como uma forma de alertar a sociedade para riscos trazidos pela adoção de tal teoria.

Jakobs distingue os conceitos de pessoa, indivíduos e seres humanos. A concepção deste autor acerca dos indivíduos aproxima da filosofia de Hobbes, para quem os indivíduos são os seres humanos quando habitam a ordem de natureza e que não possuiriam qualquer relação de direitos e deveres. De outro lado, as pessoas são construções sociais dotadas de personalidade (sendo esta algo construído normativamente) e que necessariamente devem cumprir um papel na ordem social. Os indivíduos incapazes de demonstrar segurança cognitiva mínima de seu comportamento são identificados como inimigos e, como tais, não lhes resta outra alternativa senão a de serem eliminados pelo Estado. Jakobs afirma, inclusive, que sobre estes indivíduos o Estado deve negar-lhes o status de pessoa, deve inocuizá-los e eliminá-los a fim de manter incólume a ordem social. As críticas sobre esta imbricada questão residem na ideia de que mesmo aqueles indivíduos que não são destinatários de obrigações jurídicas continuam sendo admitidos juridicamente como pessoas, isto é, como sujeitos que possuem direitos e garantias. (POMBO, 2016, p.18)

Assim, para melhor compreensão, torna-se indispensável o entendimento do termo “inimigo” que não se assemelha ao cidadão-pessoa, justamente por admitir seu acesso no Estado, não cabendo, assim, ao inimigo um tratamento equivalente dado ao cidadão.

Prado (2009, online), em entrevista realizada pela Carta Forense em março de 2009, trouxe o conceito de Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

Direito Penal do Inimigo é um Direito Penal de exceção, feito regra. Trata-se de uma construção teórica fundamentada essencialmente na distinção entre cidadãos e não cidadãos (ou inimigos) que, no âmbito dogmático, consiste na própria separação entre pessoas e não-pessoas, conduzindo à distinção entre dois pólos de regulação normativa penal, coexistentes no ordenamento jurídico: um dirigido ao cidadão e outro ao inimigo. Desse modo, de um lado, o Direito Penal do cidadão define e sanciona delitos cometidos por pessoas de forma incidental, ou seja, delitos que representam um abuso nas relações sociais de que participam. Assim, o cidadão oferece a chamada "segurança cognitiva mínima", ou seja, a garantia de que se submetem ao preceito normativo e, por isso, são chamados a restaurar a sua vigência por meio da imposição sancionatória. Por essa razão, esses indivíduos continuam a ser considerados pessoas e, portanto, cidadãos aptos a fruir de direitos e garantias assegurados a todos que partilhem desse status. O Direito Penal do inimigo, de seu turno, dirige-se a indivíduos que, por seu comportamento, externam uma pretensão de ruptura ou destruição da ordem normativa vigente e, portanto, perdem o status de pessoa e cidadão, submetendo-se a um verdadeiro Direito Penal de exceção, cujas sanções têm por finalidade primordial não mais a restauração da vigência normativa, mas assegurar a própria existência da sociedade em face desses indivíduos, O Direito Penal

do inimigo tem como uma de suas marcantes características o combate a perigos, por isso representa, em muitos casos, unia antecipação de punibilidade, na qual o "inimigo" é interceptado em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade. Para ele, não é mais o homem (= pessoa de "carne e osso") o centro de todo o Direito, mas sim o sistema, puramente sócio normativo.(PRADO, 2009)

Sobre esse assunto, Luiz Flávio Gomes (2007) expõe um resumo a partir do esquema filosófico desenvolvido por Jakobs sobre tal teoria, que diz o seguinte:

(a) O inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (b) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde sua condição; (c) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (d) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão com sua periculosidade; (e) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado, sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (f) não é um direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (g) o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa, ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal. (GOMES, 2007, p. 295).

Adiante, Prado (2009, online) definiu o termo inimigo da seguinte forma:

O "inimigo" é considerado o "irreconciliavelmente oposto", isto é, aquele que apresenta um distanciamento duradouro e não incidental das regras de Direito, verificado pelo seu comportamento pessoal, profissão, vida econômica, etc. As relações sociais desses indivíduos desenvolvem-se à margem do Direito e, por isso, não oferecem a segurança cognitiva mínima necessária para que sejam considerados como pessoas. Essa condição de inimigo radica, sobretudo, em sua desconsideração enquanto pessoa, conceito que, segundo essa teoria, tem um viés normativo. Assim, pessoa não é um dado natural, inerente a todo e qualquer indivíduo, mas está relacionado ao destino das expectativas normativas. E dizer: a atribuição dessa condição social - pessoa - a um indivíduo depende do grau de satisfação das expectativas normativas que ele é capaz de prestar. O inimigo, portanto, seria incapaz de atender o mínimo de expectativas normativas, pois, em realidade, ele não só reflita a legitimidade do ordenamento jurídico, como busca a sua destruição. As principais mudanças que podem ser observadas em relação ao tratamento dado ao inimigo e ao cidadão são, em primeiro lugar, a desconsideração do inimigo como uma pessoa para o ordenamento jurídico uma vez que não oferece nenhum grau de satisfação das expectativas normativas, acarretando diversas supressões aos direitos e garantias individuais. Outro ponto relevante é a busca de eliminar estes grupos de indivíduos, caracterizando um Direito Penal autoritário, apartando-se dos princípios norteadores do Direito Penal, fazendo surgir o Direito Penal do autor. (PRADO, 2009, p.4)

Nesse sentido, tem-se que no Direito Penal do Inimigo, Jakobs (1985) busca de forma precisa diferenciar de maneira prática Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, reconhecendo justamente que o Direito Penal do Cidadão é o direito voltado para toda sociedade e ainda os cidadãos que, por ventura venham a cometer algum delito, à medida que o Direito Penal do Inimigo é unicamente destinado

àqueles denominados inimigos, carecendo, nesse caso, ser aplicado mediante coação física, o que não significa necessariamente que venha a rechaçar a exclusão de todos os direitos inerentes ao inimigo, uma vez que, torna-se imprescindível resguardar o status de proprietário dos bens sobre os quais detém direito.

Portanto, o Direito Penal do Inimigo tem por base a diferença no que se diz respeito ao tratamento dos cidadãos e aos não cidadãos, denominados inimigos, depreciando, conseqüentemente, as conquistas democráticas, que, durante toda a história da humanidade, toda a sociedade lutou, buscando consideráveis tratamentos diferenciados aos delinquentes, com o objetivo de que todas as garantias fundamentais fossem respeitadas.

1.2 CARACTERÍSTICAS

Ao entender as características do Direito Penal do Inimigo, observa-se que o mesmo se configuraria como sendo um modelo de Direito Penal parcial, ou seja, seria dizer que é o direito pelo qual se pune de forma antecipada rigorosa, de forma a limitar a liberdade tanto de ação quanto de pensamento, suprimindo direitos e garantias, tanto materiais quanto processuais, direitos e garantias essas que já são trazidas pelo direito penal comum, mortificando os princípios basilares adotados pelo ordenamento.

Outra característica marcante é a punição, que, à medida que o inimigo representa um perigo futuro, traz uma tipificação dos atos preparatórios como sendo uma maneira de antecipar a punibilidade.

Segundo Prado (2009, online) as características mais marcantes desta teoria são:

a antecipação de punibilidade (combate a perigos), buscando-se atingir momentos anteriores à realização do fato delituoso propriamente dito (punem-se inclusive os atos preparatórios); não visa à proteção de bens jurídicos, mas a estabilidade de expectativas normativas (ordenamento penal sistêmico e meramente formal); o processo é quase sumário, desprovido das garantias fundamentais. Com relação às penas, verifica-se um notável incremento das margens penais e flagrante desproporcionalidade, entre outras características.

Por outro lado, Jakobs entende que a punição do inimigo deve ser conforme sua periculosidade e não na sua culpabilidade, não importando dessa maneira a prática do fato delituoso, importando apenas que o inimigo participe de alguma organização cujo objetivo principal seja violar o sistema proposto pela sociedade.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS CONSTITUCIONAIS

2.1 O CONCEITO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao realizar uma análise do adjetivo “democrático” do termo Estado de Direito, inúmeros aspectos são elencados tanto pelos cientistas políticos quanto por juristas, considerados por eles como necessários para a sua definição.

Loewenstein (1976, p. 149) apud SILVA (2005), afirma que, o fato que seja talvez o ponto principal, que define o Estado Democrático Constitucional estaria na distribuição e ainda nos mecanismos institucionais de controle do poder político, forjando para que este seja efetivamente submetido ao povo, destacando sobre a importância da Constituição tanto na formulação quanto na formalização da ordem fundamental da sociedade estatal.

Dessa forma Moraes (2000, p.43) apud SILVA (2005), traz a definição de Estado Democrático de Direito como sendo “a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.

Assim, cabe aqui destacar que o Estado Democrático, tanto envolve diversos aspectos para a sua compreensão, sendo o principal deles a soberania popular, uma vez que este impõe ao povo uma participação efetiva deste para com a coisa pública, sendo representada pela legítima participação democrática do povo nos mais diversos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, em todos os aspectos, funções e variantes do poder estatal (SILVA, 2005).

Nesse sentido, quando Abraham Lincoln, afirma que, quanto à essência da democracia, “governo do povo, pelo povo e para o povo”, é considerada, até mesmo nos dias atuais que esse dizer é a melhor síntese do princípio democrático.

Decompondo essa fórmula, deve-se entender os seus elementos da seguinte maneira. “Governo do povo” é o sujeito da democracia, o seu fundamento; o “governo pelo povo” diz respeito ao exercício do poder democratizado, revelador do seu correto funcionamento; e “governo para o povo” será a finalidade do poder democrático, o atingimento do bem comum. O governo democrático tem por fundamento, portanto, o binômio liberdade política e igualdade política. O princípio da soberania popular comporta, segundo o

brilhante magistério de J.J. Canotilho (2002, p. 292), que merece ser reproduzido, cinco dimensões, historicamente sedimentadas. Seriam elas: (1) o domínio político não é pressuposto e aceite, carece de justificação, necessita de legitimação; (2) a legitimação do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância “fora” do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática; (3) o povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma negativa, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio “não populares” (monarca, classe, casta); (ii) de forma positiva, a necessidade Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005 227 de uma legitimação democrática efetiva para o exercício do poder, pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir; (4) a soberania popular – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio; (5) a constituição, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais “as decisões” e as “manifestações” de vontade do povo são jurídica e politicamente relevantes (SILVA, 2005, p.226-227)

Portanto, o Estado Democrático de Direito se concretiza quando o mesmo é capaz de proporcionar ao povo, à sociedade, uma genuína proteção e ainda a garantia efetiva dos direitos humanos em seu seio e, para isso, tem-se que o Estado Democrático de Direito deve realizar a criação de um poder popular, que esteja num processo de convivência social pacífico, ou seja, numa sociedade livre, justa e solidária e fundada na dignidade da pessoa humana.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.2.1 princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988, inseriu o princípio da dignidade humana como sendo o parâmetro superno dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e encontra-se fundamentada em seu artigo 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana;
[...]

Nesse sentido, observa-se que todo indivíduo possui dignidade, isso porque o Estado Democrático de Direito é o fundamento principal da Constituição

Federal de 1988. Assim, entende-se que a todo indivíduo deverá ser indubitável os seus direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais, com o escopo de proteger seu status de ser humano.

Luís Roberto Barroso (2015), afirma o seguinte:

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental. Valores sejam políticos ou morais, ingressão no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) o interpretativo. Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mas ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula (BARROSO, 2015, p. 285).

Ao afirmar o exposto acima, Barroso entende que tal princípio é a base de diversos outros princípios, fazendo uma correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com outras garantias fundamentais que estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, Barroso exemplificou essa ligação da seguinte maneira:

- a) Direito à vida: todos os ordenamentos jurídicos protegem o direito à vida. Como consequência, o homicídio é tratado em todos eles como crime. A dignidade preenche, em quase toda a sua extensão, o conteúdo desse direito. Não obstante isso, em torno do direito à vida se travam debates de grande complexidade moral e jurídica, com a pena de morte, o aborto e a eutanásia.
- b) Direito à igualdade: todas as pessoas tem o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui a igualdade formal – o direito a não ser discriminado arbitrariamente na lei e perante a minoritários (a igualdade como reconhecimento). É nesse domínio que se colocam temas controvertidos como ação afirmativa em favor de grupos sociais historicamente discriminados, reconhecimento das homoafetivas, direitos dos deficientes e dos índios, dentre outros;
- c) Direito à integridade física: desse jeito decorrem a proibição de tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. É aqui que se colocam debates complexos como os limites às técnicas de interrogatório, admissibilidade da prisão perpetua e regimes prisionais. E, também, do comércio de órgãos e das pesquisas clínicas;
- d) Direito à integridade moral ou psíquica: nesse domínio estão concluídas a privacidade, a honra e a imagem. Muitas questões intrigadas derivam desse direito de

personalidade, nas suas relações com outros direitos e situações constitucionalmente protegidas. Tem sido recorrentes e polêmicas as colisões entre a liberdade de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à privacidade e à imagem, de outro. (BARROSO, 2015, p. 87)

2.2.2 - Princípio da Legalidade

O artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988, dispõe o seguinte: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Esse dispositivo legal, denominado Princípio da Legalidade, determina uma garantia de que a pessoa não pode ser penalizado pela prática de um ato que não esteja previamente decretado como crime na legislação penal brasileira vigente.

Daí a importância desse princípio para um Estado Democrático de Direito, uma vez que entende-se que todo Estado de direito seja subordinado à legislação democrática, mas cabe aqui destacar que tal subordinação se dá da lei que execute o princípio da igualdade e da justiça, buscando uma igualdade de condições dos socialmente desiguais (SILVA 2005).

A lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência dos valores sociais aceitos. (SILVA, 2005, p. 121).

Portanto, entende-se que o princípio da legalidade é uma garantia ao indivíduo que o mesmo não seja punido pela realização de fato pelo qual não esteja previsto legalmente, ou seja, tal princípio busca uma verdadeira segurança jurídica na legislação penalista.

2.2.3 - Princípio da Presunção de inocência

O Princípio da Presunção de Inocência está inserido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, dispondo o seguinte:

Art. 5º 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:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Entende-se por tal princípio que, nenhum indivíduo poderá cumprir a pena antes da sentença ser transitada em julgado, ou seja, antes da prolação da sentença condenatória transitada em julgado, todo e qualquer indivíduo dentro de um processo penal, na condição de réu, deverá, assim ser considerado inocente. Daí a importância do dever de quem acusa conseguir, conseqüentemente, de comprovar a culpabilidade do réu, caso contrário, deverá prevalecer o princípio da inocência in dubio pro réu, resultante do princípio da presunção de inocência.

2.2.4 - Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

O Princípio do Contraditório e Ampla Defesa, também disposto no artigo 5º da Constituição Federal, no inciso LV, dispõe o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

O contraditório e a ampla defesa são direitos dos quais não se pode abrir mão, mesmo frente a pedido formal do réu ou acusado nesse sentido. O poder-dever que o juiz exerce em busca da verdade impede-o de compactuar, ou mesmo legitimar a realização do ato mediante o emprego de tortura, física ou psíquica, é vedado ainda o narcoanálise, ou detector de mentiras (BARROSO 2010, p.238).

Depreende-se desse artigo que, o contraditório possibilita uma ação para cada reação, demonstrando que sempre que uma parte alegar novo direito, trazendo aos autos novas provas, deverá ser aberto vista à outra parte com o intuito deixar as partes em condições iguais.

Nesse sentido, a ampla defesa torna-se um complemento ao princípio do contraditório. Ora, se o intuito é deixar as partes em iguais condições, cabe à ampla defesa prevalecer de modo que o réu possa exercer seu direito de apresentar defesa.

Nucci (2014), diz o seguinte:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (NUCCI, 2014, p. 35).

Portanto, nota-se que tal princípio é de extrema relevância para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, pois de alguma forma, traz uma limitação à atuação do Estado, garantindo ao indivíduo durante todo o processo legal, o direito de defesa.

2.2.5 - Princípio da Proporcionalidade

Outro princípio de grande importância para o presente trabalho é o princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição Federal de 1988, objetivando expressamente proibir o excesso por parte do Estado.

Analisando tal princípio, Silva (2013) expõe o seguinte:

A maior parte da doutrina existente sobre o princípio da proporcionalidade o define sobre a contenção dos excessos que por ventura o Estado possa tentar contra as garantias e os direitos individuais, no entanto pouco se encontra relacionado quanto às omissões e desvios na aplicação das penas no sistema jurídico, nem quando ao cálculo das previsões das penas, é fato que no atual estágio de evolução político-jurídica desprezar a razoabilidade também no cumprimento das sanções previstas quando há o descumprimento dos deveres e obrigações, é desfavorável à sociedade, tal conduta por parte do Estado talvez esteja relacionado ao fato de termos vivenciarmos recentemente “mais de vinte anos”, um regime autoritário e, com receio de novo golpe ditatorial, entretanto o excesso de garantias traz um impasse. (SILVA, 2013, p.129).

Dessa maneira, a pena deverá ter um limite, ou seja, a pena deverá ser limitada ao passo da responsabilidade do indivíduo. Tal princípio, também denominado de “princípio da proibição do excesso”, determina que a pena não pode ser superior à responsabilidade do indivíduo pela prática do ato delituoso, devendo assim, ser medida pela culpabilidade do autor. Destarte, quanto maior a gravidade do ato delituoso, maior a culpabilidade, logo, aplicação de penas mais rigorosas.

2.3 A FINALIDADE DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Atualmente, entende-se que a prisão é uma maneira bastante eficaz de controlar a criminalidade, sendo vista como uma pena, imposta àquele que cometeu um crime. Tal pessoa, sendo considerada perigosa, deve ali permanecer até que tenha se ressocializado, sendo com isso, hábil para a vida em sociedade novamente.

Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso ser transferido para local em que possua raízes, visando a

indispensável assistência pelos familiares (JÚNIOR, 2006, p.164).

Conseqüentemente, entende-se também que as prisões devem oferecer formas de os detentos estudarem, trabalharem internamente, se profissionalizando, oferecendo ainda outras atividades, ensinando-lhes como deve ser um padrão mínimo para se viver em uma sociedade organizada.

É bastante notório que, na prática, não é bem assim em nosso país, apesar da teoria ser considerada bastante eficiente.

Bom, o que se sabe é que, dentro das penitenciárias, tem-se pessoas com diversos tipos de personalidades, pessoas que, cometeram crimes em suas diversas tipificações, de maior ou menor potencial ofensivo, onde se misturam, dividindo celas, sem diferenciar o grau de periculosidade do delito cometido.

Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. Um exemplo do primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo, um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por trás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a corresponde ao autor de uma tentativa de homicídio, já quando funda a associação ou leva a cabo as atividades dentro destas, isto é, eventualmente anos antes de um fato previsto com maior ou menor imprecisão. Materialmente é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina pena (JAKOBS, 2009, p. 37).

Não resta dúvidas de que não se torna razoável, diante de um Estado Democrático de Direito, colocar criminosos de menor potencial ofensivo, que talvez nem eram para serem detidos, ou que, deveriam estar apenas cumprindo alguma pena restritiva de direitos, mas que se encontram, ali, “enjaulados” apenas por serem considerados como inimigos da sociedade, junto com outros criminosos altamente perigosos e talvez sem nenhuma chance de ressocialização.

Em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação — que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício — até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em ‘mil mortes’ e obtendo, antes de cessar a existência, themostexquisite agonies. (..) O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada

de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas. (...) a manifestação do poder que pune não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. (...) O processo se desenrolava sem ele ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação (FOUCAULT, 1987, p. 34-35)

Destarte, quando se trata de um Estado Democrático de Direito, é notório que, a pena possui como principal objetivo a de ressocializar, restaurar, ou seja, o indivíduo possa com a pena, reestruturar-se logo após ter cumprido a pena a ele estabelecida, pois a pena quando objetiva a restauração de valores perdidos do criminoso, conseqüentemente, faz com que o mesmo tenha uma nova opção de reintegrar-se na sociedade, mas da melhor maneira possível.

Por outro lado, se a finalidade da pena seguir os critérios propostos por Jakobs, o que acontecerá é que tal indivíduo, será tratado de uma forma que, dificilmente ele poderá obter uma nova chance de reintegração social, e assim, será realmente segregado do meio social, se tornando um “inimigo”, construído pelo próprio Estado.

3. DIREITO PENAL DO INIMIGO: (IN) APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 DIREITO PENAL DO FATO X DIREITO PENAL DO INIMIGO

Na teoria do Direito Penal do fato, não é possível penalizar o indivíduo pelo que ele é, mas se verificada a sua culpabilidade perante o ato ilícito concretizado. Assim, segundo o entendimento dessa teoria, o Direito Pena entra em cena somente com a efetivação, na prática de uma conduta considerada ilícita, tipificada no ordenamento jurídico. Sobre tal teoria, Jakobs a entende da seguinte forma:

O Direito Penal do Fato, que é o constitucionalmente legitimado, dá lugar a uma política repressiva que pune o indivíduo pelo que ele é, e não pelo que ele fez ou deixou de fazer. Tenta-se, com essas proposições, o reconhecimento de dois pólos: “o tratamento com o cidadão, esperando-se até que exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade [...], o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade” JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, (2007, p. 37.)

Por outro lado, como já estudado anteriormente, no Direito Penal do Inimigo o que é importante é o que o indivíduo é, e não o que fez, independentemente de

qualquer efetivação da prática do ato ilícito previsto no ordenamento jurídico, sendo considerado inimigo pelo risco que representa num futuro, perdendo seu status de cidadão.

Contudo, não resta até o momento, nenhuma dúvida de que o Direito Penal do inimigo é incompatível com a teoria penal do fato, pode-se dizer inclusive que são teorias antagônicas.

3.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO VERSUS DIREITO PENAL DO INIMIGO: INAPLICAÇÕES PRÁTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ivan Amorin (2011) tem o seguinte entendimento sobre o Estado Democrático de Direito:

O Estado deve ser não só criador, mas também servidor da lei. Isso significa que não devem governar os homens: devem governar as leis! 'A government of laws and not of men', proclama o art.30 da Constituição de Massachusetts de 1780. O Estado submetido ao próprio direito foi denominado Rechtsstaat (Estado de Direito), segundo o termo cunhado na Alemanha nas primeiras décadas do século XIX. O termo indica a oposição entre o Estado submetido ao direito positivo, no intuito de garantir aos indivíduos seus direitos (AMORIN,2011).

Isso demonstra que, Estado Democrático de Direito traz privilégios quanto à liberdade dos indivíduos em geral, ao mesmo tempo em que estes respeitem os direitos elencados por cada Estado, de forma que ambos cumpram com suas obrigações, possuindo assim as garantias individuais que lhe são conferidas pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, todos os indivíduos deveriam se obtemperar à soberania do Estado, de forma a cumprir as leis, no entanto, há aqueles que não se submetem as tais regras impostas pelo Estado, e são justamente tais indivíduos que Jakobs denomina de Inimigos, ou seja, inimigos são aqueles que não cumprem os requisitos mínimos que lhe são conferidos para serem considerados como cidadãos inseridos num ordenamento jurídico, devendo assim, serem excluídos da sociedade, por representarem um certo perigo e risco aos demais cidadãos que se inserem no ordenamento jurídico (MENDES apud JAKOBS, 2009).

Destarte, é bastante notório a total contrariedade entre o que entendemos sobre Estado Democrático de Direito e o entendimento do conceito de Direito Penal do Inimigo, uma vez que, este exclui tais pessoas quais são consideradas inimigas do

Estado, desta forma, eliminando suas garantias individuais e seus Direitos Fundamentais.

Neste contexto, não resta dúvida de que a possibilidade de constituição de um Direito Penal do Inimigo se afigura terrível 'ameaça para os princípios e garantias do Estado de Direito', uma vez que qualquer Direito Penal que se pretenda democrático ou aceitável no contexto de um Estado de Direito deve tratar todo homem como pessoa responsável, e não pode ser lícito nenhum ordenamento que estabeleça regras ou procedimentos de negação objetiva da dignidade do ser humano, sob hipótese alguma (CABETTE, apud CONDE, 2013, p. 60).

Com isso, conforme o entendimento do conceito de Estado Democrático de Direito, independente da prática de atos ilícitos ou mesmo o grau de ilicitude, tipo penal, que uma pessoa apresenta, ninguém pode ser considerado inimigo, sendo excluído de todo o Sistema Jurídico, tendo suas liberdades e garantias restringidas.

No mesmo sentido, o entendimento dos Tribunais acerca do referido acima é o mesmo:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.608.256 - MG (2019/0318825-5)
RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS AGRAVADO : HELTON FELIPE OLIVEIRA DA SILVA ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS DECISÃO Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra decisão que não admitiu recurso especial ofertado de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Sustenta o Parquet, nas razões do recurso especial, violação dos artigos 155, 201, 386, VII, do Código de Processo Penal, e 157, § 2º, II, do Código Penal. Aduz, em síntese, que "resulta demonstrado portanto que as declarações da vítima constituem meio de prova legal e in casu legítimo, ademais, não se tratam de declarações isoladas conforme sustentado no voto condutor do acórdão, senão que amparadas pela prova examinada em seu conjunto, arcabouço suficiente a amparar o decreto condenatório; assim conforme pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial" (e-STJ, fl. 210). Requer a condenação do recorrido pelo delito de roubo majorado. Apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 221-225), o recurso foi inadmitido com fundamento na Súmula 7/STJ (e-STJ, fls. 227-229). Daí este agravo (e-STJ, fls. 233-247). O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo (e-STJ, fls. 266-267). É o relatório. Decido. O recurso não merece prosperar. O Tribunal a quo decidiu pela absolvição do recorrido com a seguinte fundamentação: "Após a análise do acervo probatório, entendo que razão assiste à defesa. Veja-se que a única conexão entre o réu e o delito é o reconhecimento feito exclusivamente pela vítima, não havendo qualquer outro elemento ratificador. Insto salientar que, de modo algum, desabono a palavra do ofendido, todavia, essa prova isolada deve ser encarada de maneira mais cautelosa, visto que, em função da igualdade de tratamento que deve ser concedido às partes, uma versão não pode ter peso superior à da outra. A declaração da vítima pode e deve ser mais um elemento de convicção do julgador, mas nunca o exclusivo. E, ante o exposto, o que se infere dos autos é a fragilidade probatória da autoria, haja vista o amparo da sentença prolatada somente na palavra do ofendido, a qual não foi corroborada por nenhum outro elemento de prova, nem sequer pelo segundo e último depoimento dado pelo policial que afirmou, inclusive, que não teve qualquer contato com o réu. Ainda, no que concerne à alegação do

policial acerca do conhecimento prévio que tinha do réu por intermédio de supostos outros delitos, é imperioso salientar minha oposição quanto à aplicação de um direito penal do autor. **Não existe punição que se sustente na suposta personalidade do agente, não interessando ao Direito Penal a imagem que o policial construiu de sua pessoa. O direito penal do autor revela a face de um direito penal do inimigo, o qual contraria todas as garantias fundamentais trazidas pela Constituição da República de 1988.** Afinal, o relevante para o meio jurídico, conforme os princípios constitucionais, principalmente, o devido processo legal, é o produzido em contraditório e provado pela acusação. Por tais considerações, para além da palavra da vítima, não há qualquer outra prova suficiente a atestar a contundência do alegado, fato que obsta um posicionamento desfavorável ao réu. À luz da Constituição da República de 1988, a presunção de inocência é o princípio norteador do Direito Processual Penal, o qual tem significativa incidência no ônus probatório. Nessa lógica, a premissa básica e indispensável é a inocência do réu, cabendo ao acusador, no caso, o Ministério Público, o rompimento desse estado de inocência por meio da comprovação da ocorrência do fato delitivo e, in casu, de seu cometimento pelo acusado. A partir disso, quando a dúvida circunda o juízo valorativo dos fatos a serem julgados, é imperiosa a prevalência da inocência do réu, e, por conseguinte, a sua absolvição" (e-STJ, fls. 154-155). O acórdão combatido pontuou que "para além da palavra da vítima, não há qualquer outra prova suficiente a atestar a contundência do alegado, fato que obsta um posicionamento desfavorável ao réu" (e-STJ, fl. 155). Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e decidir pela condenação do agravado pelo delito de roubo majorado seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via especial, conforme o teor da Súmula 7/STJ. No mesmo sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. OFENSA AO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 129, § 9º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 2. Diante de tal contexto, a Corte de origem decidiu que as provas produzidas nos autos não são conclusivas para prolação de um decreto condenatório e, portanto, na dúvida, deve ser aplicado o princípio do in dubio pro reo. 3. A alteração do julgado, a fim de condenar o acusado pela prática do crime de lesão corporal, tal como pretendido, demandaria necessariamente nova análise do acervo fático e probatório dos autos, o que não é permitido nesta sede especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 654.907/PI, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 07/03/2018). Ante o exposto, com fundamento no art. 932, III, do CPC c/c art. 253, parágrafo único, II, a, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2020. Ministro RIBEIRO DANTAS Relator (STJ - AREsp: 1608256 MG 2019/0318825-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 10/02/2020) (Grifo meu)

Assim, o que se demonstra é que, em um Estado Democrático de Direito, tanto as garantias quanto os direitos individuais, destinar-se-ão a todos os indivíduos, indistintamente.

Consequentemente, tem-se que o pensamento trazido por Günter Jakobs vai contra os princípios e garantias estabelecidas na Constituição da República, uma vez que o Estado Democrático de Direito possui como fundamento vários princípios extremamente importantes, o que demonstra que um indivíduo não deve ser tratado

como inimigo do Estado, tirando-lhe garantias, sendo tratado como um qualquer sem direito a ampla defesa e ao devido processo legal.

Torna-se claro, portanto, que em um Estado Democrático de Direito, deve-se sempre preservar e proteger todas as garantias que foram, ao longo dos tempos, adquiridas pelos cidadãos. Analisando-se o tema sob o ponto de vista constitucional, a dignidade da pessoa humana é fundamento de um Estado Democrático de Direito e está disposta expressamente no artigo 1º, III e no artigo 5º, caput e X. Com isso verifica-se que a utilização do Direito Penal do inimigo viola, além dos direitos fundamentais, os princípios penais e processuais penais constitucionais garantidores de um Estado Democrático de Direito. No entanto, há casos de uso das ideias de Günther Jakobs no Brasil, mesmo que de maneira velada (KINJO FILHO, 2013).

Tal entendimento, demonstra a importância do Estado Democrático de Direito para todo e qualquer cidadão.

O Estado de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno (AMORIN, 2011).

O fato é que os Direitos Fundamentais é considerado uma grande conquista da humanidade, devendo, com isso, ser protegidos, sempre em busca de melhorias pelo Estado, ou seja, seria retroceder quando se fala em supressão, abrandamento dos Direitos Fundamentais, simplesmente objetivando punir tanto mais facilmente aqueles que violarem as leis, cria-se, conseqüentemente, um verdadeiro estado de polícia, incompatível com o Estado de Direito.

O tratamento diferenciado dado pela doutrina de Jakobs ao inimigo choca-se com o princípio da presunção de inocência, pelo que o acusado só será considerado culpado quando contra ele pesar uma sentença condenatória definitiva. Portanto, a presunção de inocência é impedimento a que a liberdade de certo indivíduo seja restringida até que se tenha certeza de sua responsabilidade, salvo em caso de situações excepcionais (por exemplo, prisão preventiva e prisão temporária). Gustavo Badaró destaca, aliás, que "o princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana". Desse modo, é de se dizer que o desrespeito ao princípio da presunção de inocência anda de mãos dadas com o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Eduardo Ferrari, no mesmo sentido, observa: "De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, nenhum cidadão pode ser sancionado desnecessária ou ilimitadamente, devendo haver restrições temporais máximas quanto à sua punição, respeitando-se o homem e seus atributos no instante da enunciação e aplicação dos preceitos primários bem como das sanções penais". Assim, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio máximo do Estado Democrático de Direito, deve ser sempre respeitada, sob a possibilidade de que, se o poder estatal não a respeitar, seja nula qualquer condenação, a tomar por base o brocardo *nulla poena sine humanitate* (SIQUEIRA, 2010, p.10).

A Constituição Federal de 1988, elenca diversas garantias para todas as pessoas de forma igualitária, não fazendo distinção alguma, impondo de forma alguma categoria dos “Inimigos”, tal Constituição preceitua no artigo 5º, caput que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Adiante, no mesmo artigo, há quatro incisos que são bastante importantes quando se diz respeito às garantias constitucionais e processuais penais que resguarda os direitos dos acusados.

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A Lei nº 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais e introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado, tem-se uma aplicação bastante expressiva do direito penal do inimigo, visto que abrigam presos, mesmo que provisoriamente, como suspeitos de envolvimento, como também com participação em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Assim, a Lei nº 10.792/2003 expressa, em seu artigo 52, § 1º e § 2º, alguns aspectos da teoria do direito penal do inimigo. São eles:

Artigo 52: A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo de sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Isso demonstra uma importante circunstância em que, no ordenamento jurídico brasileiro se permite a punição não pelo ato ilícito cometido, sendo esta a regra do direito brasileiro, e sim se inteira na punição do autor pela sua periculosidade.

“Estipulação do cumprimento da pena em regime inicialmente fechado. Fundamentação baseada apenas nos aspectos inerentes ao tipo penal, no reconhecimento da gravidade objetiva do delito e na formulação de juízo negativo em torno da reprovabilidade da conduta delituosa. Constrangimento ilegal caracterizado. Pedido deferido. O discurso judicial, que se apoia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime — e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do ‘direito penal simbólico’ ou, até mesmo, do ‘direito penal do inimigo’ —, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso país. Precedentes.” (HC 85.531, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, DJ de 14-11-2007.)

Outro ponto de destaque é uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que Relator destaca a não possibilidade de condenação por simples presunção. Observe:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - DENÚNCIA POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES - NÃO APREENSÃO DE DROGA NA POSSE DO ACUSADO - DROGAS APREENDIDAS EM CELA DIVIDIDA POR VÁRIOS REEDUCANDOS - AUTORIA NÃO COMPROVADA - MEROS INDÍCIOS OU PRESUNÇÕES - "IN DUBIO PRO REO" - DIREITO PENAL DOS FATOS E NÃO DO AUTOR - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. - Quando não restam comprovadas as alegações de que o réu tivesse qualquer ligação com os entorpecentes apreendidos, ou pelo menos ausente qualquer certeza, **não se afigura possível que tal pessoa seja condenada por simples presunção, em particular porque o direito penal pátrio repele a figura do chamado "direito penal do autor"**. (Processo: 1.0027.13.027262-1/001 Relator: Des.(a) Sálvio Chaves Relator do Acórdão: Des.(a) Sálvio Chaves Data do Julgamento: 04/03/2020 Data da Publicação: 11/03/2020) (Grifo meu)

Assim, pode - se ainda fazer referência ao autor Noberto Bobbio (2007, p. 115), no qual diz resumidamente que: “O problema atual não é mais fundamentar os direitos do homem, é sim protegê-los, ou melhor, não se trata de um problema de cunho filosófico, mas sim jurídico, em sentido amplo político”.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 103.902 - RS (2018/0261669-1)
RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : PATRICIA HOEPERS DA SILVA ADVOGADO :
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO
FEDERAL DECISÃO Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, com pedido liminar, interposto por PATRICIA HOEPERS DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (HC n. 5035296-19.2018.4.04.0000/PR). Consta dos autos que a recorrente foi denunciada pela prática do crime previsto no art. 334, caput, do Código Penal, sendo a peça acusatória recebida pelo Juízo de primeiro grau. Irresignada, entendendo ser atípica a conduta, a defesa impetrou habeas corpus na Corte Regional, que denegou a ordem (e-STJ fls. 34/41), em acórdão assim ementado: HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABITUALIDADE DA

CONDUTA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é providência reservada para casos excepcionais, nos quais é possível, de plano e sem necessidade de exame aprofundado do conjunto fático-probatório, verificar a ausência de justa causa, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito, na atipicidade da conduta e na presença de alguma causa excludente da punibilidade ou, ainda, no caso de inépcia da denúncia. 2. De acordo com a jurisprudência do STF e do STJ, poderá ser aplicado o princípio da insignificância ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei nº 10.522/02, com as atualizações instituídas pelas Portarias nº 75/12 e 130/12, ambas do Ministério da Fazenda, ressalvados os casos de reincidência ou comprovada habitualidade delitiva, que impedirão a aplicação desse princípio, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente. 3. Caso em que, embora o valor dos tributos sonegado seja inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), inviável a aplicação do princípio da insignificância em razão de a paciente responder a diversos procedimentos administrativos fiscais pelo mesmo crime, o que demonstra a reprovabilidade da conduta pela reiteração delitiva. 4. Ordem de habeas corpus denegada. Nas razões da presente insurgência (e-STJ fls. 48/64), a recorrente repete os argumentos apresentados na impetração originária, no sentido de que o montante dos tributos iludidos é penalmente insignificante, pois não possui relevância na esfera administrativa. Dessa forma, em virtude da aplicação do princípio da ultima ratio do direito penal, deve ser reconhecida a atipicidade material da conduta a ela imputada. Aduz que, diversamente do que restou consignado no acórdão recorrido, **a existência ou não de anteriores práticas de descaminho nada importa na aplicação do princípio da insignificância, eis que a análise para a aplicação do princípio é a do fato praticado e narrado nestes autos, que é flagrantemente atípico, e não a vida do autor, o que somente seria possível em um direito penal do inimigo, não aceito pelo ordenamento constitucional brasileiro** (e-STJ fls. 51/52). Ao final, formula pedido liminar para que a ação penal seja suspensa e, no mérito, pede a reforma do acórdão impugnado para que a ação penal seja trancada. É o relatório. Decido. A liminar em recurso ordinário em habeas corpus não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto. Na espécie, ao menos em juízo de cognição sumária, não verifico manifesta ilegalidade apta a justificar o deferimento da medida de urgência, pois a tese sustentada pela recorrente, a princípio, encontra óbice na jurisprudência desta Corte, firme no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância quando constatada a habitualidade delitiva nos crimes de descaminho, configurada tanto pela multiplicidade de procedimentos administrativos quanto por ações penais ou inquéritos policiais em curso (AgRg no REsp 1.727.197/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 12/9/2018). Ante o exposto, indefiro a liminar. Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal. Intimem-se. Brasília (DF), 04 de outubro de 2018. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator (STJ - RHC: 103902 RS 2018/0261669-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 15/10/2018) (Grifo meu)

Por outro lado, tem-se o entendimento de alguns julgados em que, a prisão preventiva é considerada como sendo uma prática do direito penal do inimigo. Observe:

MENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO

SUMÁRIA. HAVENDO PROVAS SEGURAS QUANTO À MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS DE AUTORIA QUE LEVAM A CONVICÇÃO DE QUE O RECORRENTE É SUPOSTAMENTE O AUTOR DO CRIME, A PRONÚNCIA É MEDIDA QUE SE IMPÕE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE QUE DEVE SER LEVADO AO COMPETENTE TRIBUNAL DO JÚRI. PEDIDO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Alega que o constrangimento ilegal, no caso, consiste no fato de que os autos ainda se encontram no tribunal de origem, impossibilitando o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri. Saliencia que o paciente encontra-se preso cautelarmente há mais de 500 (quinhentos) dias e ainda não foi submetido a julgamento pelo juiz natural da causa. Defende ser inaplicável, no caso, o enunciado sumular 21 desta Corte. Argumenta, ainda, que, nos termos do art. 412 do Código de Processo Penal, a primeira fase do procedimento do Júri deveria ser concluída em 90 (noventa) dias. Aduz que as políticas repressivas como o direito penal do inimigo, "hands off" e o "movimento de lei e ordem" defendem que "os direitos humanos devem ser reservados apenas para humanos direitos". Requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pretende a confirmação da medida liminar, permitindo ao paciente responder ao processo em liberdade, seja pela ausência de fundamentação do decreto cautelar, seja pelo excesso de prazo para o julgamento do paciente pelo Tribunal Pleno. A liminar foi indeferida, assim como o pedido de reconsideração de fls. 66/69. Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer encartado às fls. 99/105. É o relatório. Decido. Cuida-se, em verdade, de habeas corpus substitutivo de recurso especial ao qual determinei processamento para o fim de examinar o alegado excesso de prazo no tocante à alegação de que o Tribunal de origem estaria retendo indevidamente o processo penal, o que impedia a retomada do seu curso em primeiro grau de jurisdição. Ocorre que as informações colhidas junto ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça dão conta do retorno dos autos da ação penal à Vara do Tribunal do Júri de Feira de Santana, BA, estando o processo em mãos da defesa para fins do art. 422 do CPP. Ou seja, a alegação inicial de que o Tribunal Estadual impedia o retorno dos autos perdeu objeto, não sendo mais a hipótese de exame da controvérsia. No tocante a considerar eventual demora no trâmite do recurso em sentido estrito como motivo do excesso de prazo da prisão e, portanto, do constrangimento ilegal, diga-se que tal discussão não pode ser aqui verificada ante a ausência completa de exame por parte da Corte originária, sob pena de supressão de instância. Com efeito, sobre o ponto, cumpre esclarecer que a questão relativa ao tempo para o término da instrução não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto, o que não foi apurado na hipótese vertente, cujo ato coator apenas tratou de temas pertinentes à decisão de pronúncia. Em igual situação encontra-se a alegação de ausência de fundamentação do decreto cautelar, na medida em que não foi esse tema abordado pela Corte de origem ou pelo acórdão vergastado. Assim, diante do andamento atual da causa, verifico que a única razão do processamento do writ, qual seja, eventual demora da Corte a quo em concluir o processamento do recurso em sentido estrito, restou superada com o retorno dos autos da ação penal à Vara do Tribunal do Júri e, ainda, com a retomada do curso do processo penal. Por essa razão, inexistindo qualquer constrangimento ilegal a ensejar o abrigo da pretensão heroica, nego seguimento ao presente habeas corpus, com fundamento no art. 34, XVIII, do Regimento Interno desta Corte. Publique-se.

Brasília, 14 de agosto de 2015. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA Relatora

No entanto, ao contrário da jurisprudência supracitada, quando se trata da

aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo, mais se tem em vista são decisões contrárias, uma vez que não há tal aplicabilidade em um Estado Democrático de Direito.

De certa maneira, entende-se que o Direito Penal do Inimigo, mais trata-se de uma ofensa ao princípio da ampla defesa, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, no qual constitui que não se pode, constranger ninguém a produzir provas contra si mesmo, violando direitos fundamentais.

Trata-se de “habeas corpus” impetrado contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado: “PROCESSUAL PENAL E PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO MAJORADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ‘HABEAS CORPUS’ DENEGADO. 1. Apresentada fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva, evidenciada nas circunstâncias do crime, pois ‘praticado em concurso de agentes e com arma de fogo’, não há que falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 2. ‘Habeas corpus’ denegado.” (HC 463.010/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO – grifei) Busca-se, nesta sede processual, seja assegurado ao ora paciente o direito de recorrer em liberdade da sentença proferida no processo penal contra ele instaurado. O Ministério Público Federal, em pronunciamento da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, opinou contrariamente ao pedido. Sendo esse o contexto, passo a apreciar o pleito em causa. E, ao fazê-lo, entendo assistir plena razão à parte impetrante. Com efeito, a análise objetiva das razões invocadas na presente impetração revela o inquestionável relevo jurídico da pretensão deduzida pela impetrante, especialmente se se considerar o conteúdo da decisão que manteve a prisão cautelar do ora paciente, confrontando-se, para esse efeito, a fundamentação que lhe deu suporte com os padrões firmados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria ora em julgamento. O exame destes autos evidencia que o Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP, ao condenar o ora paciente como incurso no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, reconheceu-lhe o direito de apelar em liberdade, por entender que “O acusado, tendo respondido ao processo solto, poderá apelar em liberdade”. Ocorre, no entanto, que, posteriormente à publicação do decreto condenatório em questão, a ilustre magistrada sentenciante corrigiu, de ofício, a sentença condenatória, em ordem a deixar de conceder ao ora paciente o direito de apelar em liberdade, fazendo-o em decisão assim fundamentada: “Corrijo de ofício a sentença de fls. 126/134 para constar que: ‘Ante a pena aplicada, deixo de conceder ao réu o direito de apelar em liberdade, constando prisão decretada em seu desfavor, cujo mandado encontra-se pendente de cumprimento. Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do sentenciado no rol dos culpados, arquivando-se, oportunamente.’” (grifei) Presentes tais circunstâncias, cabe reconhecer que os fundamentos subjacentes ao ato decisório ora questionado não se ajustam ao magistério jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal no exame do instituto da prisão cautelar. Tenho para mim que a decisão em causa, ao negar ao ora paciente o direito de recorrer em liberdade, apoiou-se em elementos insuficientes, destituídos de base empírica idônea, revelando-se, por isso mesmo, desprovida da necessária fundamentação. Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **sendo de repelir-se, por inaceitáveis, discursos judiciais, como o ora em exame, consubstanciados em tópicos sentenciais meramente retóricos,**

eivados de generalidade, destituídos de fundamentação substancial e reveladores, muitas vezes, de linguagem típica dos partidários do “direito penal simbólico” ou, até mesmo, do “direito penal do inimigo”, e que, manifestados com o intuito de impor indevidas prisões cautelares ou de proceder a inadequadas exacerbações punitivas, culminam por vulnerar, gravemente, os grandes princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento, uma inadmissível visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades fundamentais em nosso País (HC 85.531/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). (...) **Não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual (...) ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII). O processo penal, enquanto corre, destina-se a apurar uma responsabilidade penal; jamais a antecipar-lhe as consequências. Por tudo isso, é incontornável a exigência de que a fundamentação da prisão processual seja adequada à demonstração da sua necessidade, enquanto medida cautelar, o que (...) não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato.**

[...]

Precedentes. A **MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU – A prisão cautelar não pode – nem deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE – A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE – Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. – Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.” (HC 105.270/SP, Rel. Min. CÉLSON DE MELLO) Vale registrar, por oportuno, no sentido ora exposto, o voto vencido proferido pelo eminente Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ no julgamento do “habeas corpus” impetrado em favor do ora paciente no E. Superior Tribunal de Justiça, que a seguir reproduzo: “Considero inválida a decisão que, na sentença, manteve o paciente preso. Dispõe o art. 387 que, ao proferir sentença condenatória, ‘§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta’. Na espécie, limitou-se o juiz a dizer: ‘Ante a pena aplicada, deixo de conceder ao réu o direito de apelar em liberdade, constando prisão decretada em seu desfavor, cujo mandado encontra-se pendente de cumprimento.’ Quer dizer, não fez nenhuma remissão aos fundamentos da prisão original e não trouxe nenhum argumento**

relativo à efetiva necessidade da manutenção da cautela. O objetivo do transcrito dispositivo legal é o de assegurar ao acusado que, ao menos uma vez – ao ser condenado pelo juiz da causa –, tenha sua situação processual reavaliada pelo magistrado, para que este explicita se persistem as razões que justificaram a segregação cautelar. Não basta dizer que o réu foi condenado a pena elevada, que o regime de pena é o fechado, que ele permaneceu preso ou algo similar; é preciso que se faça novo juízo de cautelaridade, para que se indique estarem ainda presentes ou não os motivos determinantes da prisão. Isso não foi feito. Logo, a prisão é ilegal. Peço vênica, portanto, para divergir e conceder a ordem, sem prejuízo de novo ato decisório, com a observância da lei. (...) Publique-se. Brasília, 28 de maio de 2019. Ministro CELSO DE MELLO Relator (STF - HC: 169911 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/05/2019, Data de Publicação: DJe-115 31/05/2019)

Portanto, o que acontece é que a Constituição traz princípios relativos ao Direito Penal, de forma a limitar a atuação penal do Estado, garantindo sempre a inviolabilidade do direito à liberdade e de outros inerentes à pessoa humana, de forma que a punição, no direito penal, não signifique ofender a dignidade inerente a todo ser humano, mas, e sim uma forma de reparar o dano ocorrido a outrem e reintegra-lo ao convívio da sociedade depois do cumprimento da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante muitos e muitos anos, prevaleceu o poder soberano dos governos sobre os direitos do povo. Assim, a luta de toda a humanidade após imensuráveis injustiças e sofrimentos que duraram séculos, fez com que hoje, todos pudessem desfrutar de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu texto legal, no artigo 5º, inciso LVII que, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, trazendo o entendimento de que ninguém poderá ser preso sem condenação.

A partir disso, surge a ideia de que tendo em vista alguma “ameaça”, “risco” – tanto sendo conhecido como desconhecido – a sociedade passa a exigir uma tutela preventiva ao Direito Penal, entrando aí o denominado Direito Penal do Inimigo, ou seja, aquele que é inimigo do Estado, da sociedade, apresentando um risco.

No entanto, o que se observa é que a Constituição traz diversos princípios que são inerentes à dignidade da pessoa humana, como forma de limitar a forma de o Estado atuar no âmbito penal.

A primeira parte dessa pesquisa, é abordado sobre o Direito Penal do Inimigo, aderida pelo autor Gunther Jakobs, trazendo o conceito de tal instituto e

características principais, trazendo como fundamento que tal teoria adota políticas públicas de combate à criminalidade, tanto de caráter nacional como de caráter internacional, e que, conseqüentemente que isso desclassifica alguns indivíduos como pessoas, ou seja, acaba por não outorga à esses indivíduos garantias estatais.

A segunda parte, tratou-se sobre o conceito de Estado Democrático de Direito e ainda alguns princípios democráticos constitucionais. Assim, foram trabalhado o conceito do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio da Legalidade, da Presunção de inocência, do Contraditório e Ampla Defesa e da Proporcionalidade. Não seria possível assim, trabalhar o tema sem se referir a tais princípios. No final do segundo capítulo do trabalho em comento, foi abordado sobre a finalidade da pena no Estado Democrático de Direito, mostrando que a mesma tem como principal objetivo a de ressocializar, restaurar, o indivíduo para que o mesmo possa ter uma nova opção de reintegrar-se na sociedade, mas da melhor maneira possível.

No terceiro e último capítulo deste trabalho, foi trazido à tona sobre a problemática do mesmo, analisando sobre o Direito Penal do Inimigo, sua (in)aplicabilidade no direito brasileiro. Em primeiro momento, para trabalhar tal análise, foi imprescindível tratar a diferença entre Direito Penal do fato e Direito Penal do Inimigo, mostrando que naquele há uma impossibilidade de penalização do indivíduo pelo que ele é, somente no caso se verificada a sua culpabilidade perante o ato ilícito concretizado. Assim, por fim, trouxe uma análise sobre o Estado Democrático de Direito versus Direito Penal do Inimigo, mostrando com julgados recentes a impossibilidade de aplicação prática do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, o que acontece é que, como a Constituição traz princípios relativos ao Direito Penal, como sendo uma maneira de limitação à atuação penal por parte do Estado, garantindo sempre a inviolabilidade do direito à liberdade e de outros inerentes à pessoa humana, de forma que a punição, no direito penal, não signifique ofender a dignidade inerente a todo ser humano, mas, e sim uma forma de reparar o dano ocorrido a outrem e reintegra-lo ao convívio da sociedade depois do cumprimento da pena. Dessa forma, o presente trabalho demonstra que, o direito penal, a justiça penal e também a processual penal, melhor extraído, é uma garantia dada ao cidadão, garantia essas que não pode acatar imposições antijurídicas, desconsiderando a ampla defesa e o contraditório, demonstrando a inaplicabilidade

do Direito Penal do inimigo em um Estado Democrático de Direito, uma vez que neste, sempre será a punição fundamentada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. STF - HC: 169911 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/05/2019, Data de Publicação: DJe-115 31/05/2019) Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/716050069/habeas-corpus-hc-169911-sp-sao-paulo?ref=serp>> Acesso em: 25 Mai 2020.

BRASIL. STJ - AREsp: 1608256 MG 2019/0318825-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 10/02/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_ARESP_1608256_250a2.pdf?Signature=5lDps3%2Box5bpEnTjcTmB1e9olxU%3D&Expires=1590522200&AWSAccessKeyId=AKIARMMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=810db8cc765c7f96c876d9dd1c81d8c2>

BRASIL. STJ - RHC: 103902 RS 2018/0261669-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 15/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/637939960/recurso-em-habeas-corpus-rhc-103902-rs-2018-0261669-1/decisao-monocratica-637939996?ref=serp>>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, Acesso em 03 de Abr 2020.

BRASIL, STJ - AREsp: 1608256 MG 2019/0318825-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 10/02/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/808104819/agravo-em-recurso-especial-aresp-1608256-mg-2019-0318825-5/decisao-monocratica-808104829?ref=serp>>

AMORIN, IVAN Gerade. 2011. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <www.jus.com.br/artigo/20310/notas-sobre-o-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 26 Maio 2020.

AMORIN, IVAN Gerade. 2011. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <www.jus.com.br/artigo/20310/notas-sobre-o-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 18 Mai 2020.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional. Coleção Descomplicando - Direito Constitucional** - 3ª edição. 2017. Recife: Armador. 406 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 238.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Direito Penal do Inimigo; Totalitarismo,**

eliminação e tortura. 1º de julho de 2013. Revista Jurídica Consulex. Ano XVII. Nº 395.

CAMPOS, Isabela Baroni. **A teoria do direito penal do inimigo frente ao estado democrático de direito.** 2017. Disponível em:

<<http://www.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/93>> Acesso em 10 Abr. 2020.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** Trad: Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal, **volume 1: introdução e princípios fundamentais.** / Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Alice Bianchini. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 295.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas.** 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, (2007, p. 37.)

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo.** In: CALLEGARI André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). Direito penal do inimigo: noções e críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. part, 1.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo.** In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

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

KINJO FILHO, Wilson. 2013,< <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-penaldo-inimigo-no-brasil-e-sua-compatibilidade-com-constitui%C3%A7%C3%A3ofederal>>. Acesso em: 25 Mai 2020.

MENDES, André Pacheco Teixeira. **O Direito Penal do inimigo: Quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud.** 08 abril 2011. Disponível em: <<http://revistaepos.org/?p=376>>. Acesso em 12 Mai 2020.

MENDONÇA, Gismália Marcelino. **Manual de normalização para apresentação de trabalhos acadêmicos /** Gismália Marcelino Mendonça - Salvador: Unifacs, 2009. 83 p. : il.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** Curitiba: Juruá, 2008.

POMBO, MAISA GUIMARÃES. **A aplicação da teoria do direito penal do inimigo no Brasil: uma análise a partir do regime disciplinar diferenciado.** Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46396>> Acesso em 26 Mai 2020.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral.** 17ed. Rio de Janeiro: forense, 2019. 5307p

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**/ Nina Beatriz Stocco Ranieri – Barueri, SP: Manole, 2013. Revista dos Tribunais. 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em :<<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3624>> Acesso em: 10. Abr. 2020.

SILVA, Ênio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. IN: Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p213.pdf>, Acesso em: 16 Abr. 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 121.

SILVA, TEMEILJOVITCH. Leonardo Victório da. Kime. **Direito Penal do Inimigo**. 2018. 439 p.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. **Ciências Penais**. Vol.12/ p.213/ jan.2010. Direito Penal do Inimigo, ou um direito penal pelas metades. Revista dos Tribunais online.

SOUZA, Esdras Dantas. **Direitos e garantias individuais**. Disponível em: <<http://www.abadireitoconstitucional.blogspot.com/.../direitos-e-garantiasindividuais>>. Acesso em: 20 Abr 2020.