

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

IGOR HENRIQUE RIBEIRO REIS

DIREITO PENAL DO INIMIGO: uma análise sob a ótica do
Grantismo Penal

Paracatu

2022

IGOR HENRIQUE RIBEIRO REIS

DIREITO PENAL DO INIMIGO: uma análise sob a ótica do Garantismo Penal

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Msc. Edinaldo Júnior
Moreira

Paracatu

2022

IGOR HENRIQUE RIBEIRO REIS

DIREITO PENAL DO INIMIGO: uma análise sob a ótica do Garantismo Penal

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Msc. Edinaldo Júnior Moreira

Banca Examinadora:

Paracatu – MG, 28 de maio de 2022.

Prof. Msc. Edinaldo Júnior Moreira
Centro Universitário Atenas

Prof. Esp. Alice Sodré dos Santos
Centro Universitário Atenas

Prof. Msc. Rogério Mendes Fernandes
Centro Universitário Atenas

RESUMO

O estudo em questão objetiva relacionar as características do Direito Penal do Inimigo e do Garantismo Penal, desde definições, comparações e discussões que incluem a concepção das teorias em seu início até os dias atuais. Por fim, realizou análise de ambos visualizando que em certas partes o Direito Penal do inimigo seria forma de proteção do Estado, porém seria de fato inconstitucional devido comedir direitos essenciais. Em suma pode se concluir que o equilíbrio entre o Garantismo Penal e o Direito do Inimigo, poderia ser de fato a grande chave para obtenção de algo cabível como modo de proteção ao Estado e garantiria o bem-estar do cidadão.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo. Garantismo Penal. Direito Penal.

ABSTRACT

The study in question aims to relate the characteristics of the Criminal Law of the Enemy and the Criminal Guarantee, from definitions, comparisons and discussions that include the conception of theories from its beginning to the present day. Finally, an analysis of both was carried out, visualizing that in certain parts the Criminal Law of the enemy would be a form of State protection, but it would in fact be unconstitutional due to restricting essential rights. In short, it can be concluded that the balance between Criminal Guarantee and Enemy Law could in fact be the great key to obtaining something suitable as a way of protecting the State and guaranteeing the well-being of the citizen.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Criminal Guarantee. Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
1.1 PROBLEMA	07
1.2 HIPÓTESES DE ESTUDO	07
1.3 OBJETIVOS	08
1.3.1 OBJETIVO GERAL	08
1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	08
1.4 JUSTIFICATIVA	09
1.5 METODOLOGIA DO ESTUDO	09
1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO	10
2 DIREITO PENAL DO INIMIGO	11
2.1 PRINCÍPIOS E ATRIBUTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME PROPOSTO POR GÜNTER JAKOBS	11
2.2 OBJETIVO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	14
2.3 FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA	15
3 GARANTISMO PENAL	17
3.1 PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL	17
3.2 OBJETIVOS DO GARANTISMO PENAL	19
3.3 FUNDAMENTAÇÕES DO GARANTISMO PENAL	20
4 GARANTISMO PENAL E DIREITO DO INIMIGO	22
4.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E LEIS BRASILEIRAS	22
4.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O GARANTISMO PENAL NO BRASIL	22
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	24
REFERÊNCIAS	26

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, para que se tenha um norte para construir o raciocínio do Direito Penal do Inimigo sob uma ótica Garantista, é necessário apontar as características das duas linhas de pensamentos. O Garantismo Penal, como é conhecido, é uma teoria desenvolvida por Luigi Ferrajoli, renomado jurista italiano.

O sistema garantista apresenta alguns princípios, dentre os quais vale ressaltar: Princípio da Retributividade, contrária a abolição; Princípio da Legalidade, que determina que não há crime sem que haja uma lei anterior que o tipifica; Princípio da Necessidade, que leciona que o conflito deve ser resolvido sob o direito penal em último caso, apenas se não for possível sua resolução em outro ramo; Princípio da Lesividade, que o fato deve lesar um bem jurídico ou apresentar perigo; Princípio da Materialidade; Princípio da Culpabilidade; Princípio da Jurisdicionalidade; Princípio Acusatório, que aponta que o julgador deve ser distinto de quem faz a acusação; Princípio do Encargo da Prova, que diz que o réu não deve provar a sua inocência, todavia cabe à acusação provar a sua responsabilização diante daquele fato; e o Princípio do Contraditório, que parte da premissa que o réu deve saber a matéria que está sendo acusado, bem como deve ser-lhe oferecido o direito de defesa diante de tais alegações. (FERRAJOLI, 2006)

O Garantismo Penal tem uma proposta que define um sistema que tenha uma rigidez constitucional, a Constituição será a “mãe” de todas as outras leis seguindo a proposta piramidal de Kelsen, não podendo ser atacada por nenhuma outra lei hierarquicamente inferior. A Constituição vigente em território brasileiro é garantista, pois apresenta muitos princípios elaborados por Ferrajoli. (GRECO, 2017)

Para Ferrajoli, o garantismo apresenta três sentidos: no sentido normativo, que buscando garantir direitos aos cidadãos, deixa a capacidade de punir com o Estado; como uma teoria jurídica levantando o que é a realidade e o que a norma está escrita e em vigência; e também como filosofia jurídica, que impõe ao Estado o dever de justificativa ético-política, não aceitando somente a justificativa jurídica. (PEDROSA, 2017)

Já a teoria do Direito Penal do Inimigo, é um conceito que foi apresentado por Günther Jakobs e o seu conceito se dá em um cenário em que as normas são postas de forma que visa eliminar risco e danos futuros, para isso utiliza-se a

distinção entre os indivíduos. Esta teoria, por exemplo, entra em voga no contexto atual muito em razão dos muitos ataques terroristas que vêm sendo presenciados, que diante desta perspectiva o conceito apresentado traria uma espécie de distinção entre os agentes responsáveis e os demais cidadãos, não os possibilitando que cometa novamente atos de natureza tão repudiante. (CATAPAN, 2016).

A fundamentação desta teoria se dá pela necessidade de distinguir, por parte do Estado, um indivíduo comum de um “inimigo”. Para tanto, os cidadãos comuns são aqueles que vivem e seguem de acordo com o que determina o ordenamento jurídico e, apesar que podem eventualmente o descumprir, têm a possibilidade de serem reeducados e inseridos novamente na sociedade. Já o “inimigo” é aquele agente que comete atos altamente reprováveis, de forma que não é possível enxergar como um simples erro, que como efeito não teria como o reeducá-lo e o colocar em convívio na sociedade, portanto terá seus direitos às garantias constitucionais cerceados. (CATAPAN, 2016).

Por terem seus direitos cerceados, a consequência se dá na desproporcionalidade das penas, uma antecipação de penas, há também uma limitação ao direito de defesa do réu, entre outros direitos ora concedidos ao cidadão “comum”. O direito penal aqui visa um resultado futuro, não dando oportunidade ao réu para que tenha conduta similar novamente. Outro ponto que há de se destacar é que a punição se dá em razão da periculosidade do agente, em outras palavras, o que ele é. No sistema garantista por exemplo, a punição é posta baseada na culpabilidade da conduta. (CATAPAN, 2016).

1.1 PROBLEMA

No que tange à sua incorporação, abre o debate em face de princípios norteadores da Constituição Cidadã, contexto que enseja a indagação: O Direito Penal do Inimigo afeta o Garantismo Penal?

1.2 HIPÓTESE DE ESTUDO

Diante do recorrente anseio da sociedade em melhoria nos índices de segurança pública, surge o debate quanto à aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo e os seus efeitos na sociedade.

A constituição é escrita sob preceitos que garantem a qualquer cidadão direitos fundamentais, entre eles muitos estão presentes na teoria do Garantismo Penal, que visa resguardar os mínimos direitos necessários para que por exemplo tenha-se um julgamento livre de qualquer vício.

Com o distanciamento desses princípios e visando antecipação de penas, bem como julgamento precoce, sem apreciar a matéria necessária, enseja em um cenário de risco jurídico, que de forma inevitável afeta também outros meios da sociedade. Essa violação muito se dá em razão da vontade popular de terem problemas sociais resolvidos de forma rápida e sem qualquer estudo prévio acerca do problema.

De forma resumida e introdutória ao assunto, as duas teorias são completamente antagônicas, visto que o sistema garantista enxerga o réu como um sujeito de direitos, e o direito penal do inimigo o enxerga como um mero objeto processual, o tratando assim como uma ameaça ao Estado. Enquanto um trata as liberdades individuais e preservação de direitos que norteiam o estado democrático de direito, o outro é extremamente radical, tendo como efeito o cerceamento e limitação de boa parte destes direitos mencionados.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GERAL

Discorrer sobre o Direito Penal do inimigo em face do Garantismo Penal, suas características e apontar os seus efeitos na sociedade.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) apontar de forma clara o conceito e aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo e o Garantismo Penal;
- b) analisar situações presentes na legislação brasileira que se amoldam no conceito discutido;
- c) levantar exemplos práticos na produção de artigos científicos;
- d) discutir a relação entre ambas teorias.

1.4 JUSTIFICATIVA

Ao estudar um pensamento filosófico no ramo do direito, deve-se sempre buscar deixar claro os efeitos daquela ideia diante da sociedade. Em uma geração em que as pessoas almejam cada dia mais por segurança pública, principalmente por verem os índices de insegurança atingir níveis assustadores com o decorrer dos anos, abre-se espaço para que muitos expressem suas opiniões, seja na televisão, nos jornais, internet, ou quaisquer meios de comunicação.

Infelizmente muitas opiniões expressadas são provenientes de quem não tem conhecimento necessário para discorrer aquele assunto, contudo mesmo assim sua fala reflete perante o interlocutor.

Diante disso, querendo uma solução rápida e simples, acabam se distanciando de princípios garantidores, e fazendo laços com teorias que buscam um julgamento muitas das vezes céleres, que como consequência acaba ceifando o direito de defesa do acusado, e também antecipando punições, relativizando direitos e adotando penas desproporcionais.

Observando essa realidade, é perceptível o direito penal do inimigo cada vez mais presente, e conseqüentemente está em constante detrimento com o garantismo penal, pois como se sabe é um norte inclusive para a Constituição Federal vigente no Brasil. Sendo assim, é de suma importância traçar um paralelo entre esses dois pensamentos, e trazer os elementos necessários para responder o problema proposto.

1.5 METODOLOGIA DE ESTUDO

A metodologia de estudo que será utilizada neste projeto tem como objetivo uma abordagem precisa e direta acerca do problema levantado. Para tanto serão utilizados métodos de pesquisa descritiva e metodologia dedutiva.

Serão utilizados de mesma forma doutrinas e obras de autores nacionais e internacionais, tendo em vista ser um assunto de cunho global. Também serão usados como embasamento artigos científicos e outros meios impressos, ademais também será estruturado com base na legislação brasileira que concerne ao tema.

1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO

O presente estudo se estruturou em quatro divisões de capítulos seguidos por três subtópicos em cada capítulo.

No primeiro capítulo é descrito os conceitos e precedentes sobre a visão do Direito Penal do inimigo.

O segundo capítulo aborda a visão geral do Garantismo Penal e características deste conceito.

No terceiro capítulo busca compreender de qual modo o Direito Penal do Inimigo e o Garantismo Penal se relacionam e também sobre o posicionamento de cada estudo nesta em cada conceito.

Por último foram demonstradas as visões e compreensões do autor quanto ao abordado no quarto capítulo de considerações finais.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 PRINCÍPIOS E ATRIBUTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME PROPOSTO POR GÜNTER JAKOBS

Apresentada em 1985 no Seminário Sobre Direito Penal, na cidade de Frankfurt por Günter Jakobs, a Teoria do Direito Penal do inimigo não provocou grandes alardes, críticas e nem grandes elogios inicialmente. Todavia, no ano de 1999, foi levantado novamente por Jakobs na Conferência do Milênio em Berlim, sofrendo críticas severas e recebendo diversas desaprovações dos ouvintes a palestra (MORAES, 2008).

O autor da teoria requestava para que se formasse nova modalidade de Direito Penal, totalmente e exclusivamente voltada ao inimigo, apoiando – se ainda segundo ele em vários casos alemães que já mostravam sintomas deste modelo de aplicação de direito, e dessa forma, causaria uma espécie de proteção ao Direito Penal comum (SILVA, 2013).

Sánchez (2002) aborda o conceito de inimigo presente na teoria de Jakobs como indivíduo que destoa de um padrão de comportamento e que se mantém profissionalmente ou sobre a ligação do indivíduo com alguma forma de organização criminosa, não somente de maneira casual, mas de forma prolongada e inalterável manifestando além do mais grandes desvios de na sua conduta moral, afirmando ainda sobre o pensamento de Jakobs:

“Se a característica do ‘inimigo’ é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego 14 de meios de asseguramento cognitivo desprovidos de penas” (SÁNCHEZ, 2002, pag.149).

Jakobs compreende e afirma que “Direito penal do cidadão, mantém a vigência da norma. O Direito penal do inimigo (em sentido amplo) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.” (JAKOBS, 2007), deste modo como mencionado por Moraes (2008) sobre a teoria, a garantia do exercício do Direito Penal para o inimigo, irá ter relação direta com o real comportamento deste ser para a sociedade em comum, visto o enquadramento para todo e qualquer que apresente perigo a sociedade.

Desta forma, se entende que baseado nesta teoria, antes mesmo da ação criminal o indivíduo seria considerado inimigo pelo fato de oferecer alguma forma de perigo ou ameaça a sociedade.

Prado (2009) entende a teoria como uma espécie de Direito Penal de exceção, onde na prática há o discernimento entre os considerados cidadãos e real inimigos, desta forma a separação entre as espécies de indivíduos perante as regulações e normativas penais iria também existir, conforme discorre:

“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, uma antecipação de punibilidade, na qual o "inimigo" é interceptado em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade.” (PRADO, 2009).

Portanto, como compreendido o Direito Penal do inimigo não está intrinsecamente conectado ao crime em si, mas diretamente ligado ao nível de perigo em que o indivíduo considerado por inimigo, logo a maneira de enxergar o tal pelo Estado deve se dar de forma diferenciado, podendo de certo modo interferir no âmbito de sua liberdade, promovendo a retirada de garantias e direitos que seriam consideradas a outros cidadãos comuns.(PRADO, 2009).

Jakobs considera que essa espécie de inimigo, traz certo um perigo social a e as Direito Penal imposto pelo Estado como um todo, deste modo, por possuir características que são prejudiciais a sociedade, seria necessário a criação desta divisão de direitos, considerando quem possuir os traços deste, um verdadeiro inimigo do Estado. Porém as grandes críticas sobre a inviabilização desta tese estão diretamente ligadas na diferenciação do Direito Penal entre o cidadão comum e o do inimigo, pelo que muitas o consideram inviabilidade nas óticas normativas e constitucionais (ZAFFARONI, 2007).

Sobre o método de diferenciação da proposta teoria, as pessoas bem inseridas na sociedade, consideradas de cidadãos de bem, cumpridoras das leis que as regem, logo para diferenciar alguém que seja enquadrado no Direito Penal do inimigo, este deveria se tratar de algum grupo ou ser em específico descumpridor das leis estabelecidas, sendo consideradas pessoas perigosas perante a sociedade (ZAFFARONI, 2007).

Alguns problemas mundiais poderiam ser prevenidos com essa forma de distinção, visto que os seres considerados como inimigos seriam unanimemente causadores de crimes que promoveram a insegurança pública, tais como crimes sexuais, o tráfico, terrorismo e sujeitos que integram facções criminosas (MACHADO, 2009).

A teoria do Direito Penal do inimigo, defende este ponto de vista se baseando na previsão de danos futuros, buscando a não utilização da remedição pós acontecimento, mas sim caracterizar os possíveis inimigos conceituados a partir destes tipos de crime, prevendo que quem o comete deve ser banido da sociedade comum por compactuar com ideais que fogem ao bom convívio (NEUMANN, 2007).

Neste caso é sustentada a ideia de que o tratamento deve ser diferente aos considerados inimigos, prevaricando o mesmo de benefícios constitucionais que são abonados aos cidadãos comuns, como discorre Gomes (2004):

“O indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ‘ainda que de modo juridicamente ordenado. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas)” (GOMES, 2004).

Contudo o preceito de criminalizar ou separar tais indivíduos sofre severas críticas devido a tais princípios. Por não ser considerados as justas razões e particularidades em que possa ter acontecido cada caso criminal, mas sim seria analisado de forma global e abrangente, por muitos pode ser considerado este conceito como desigualdade, ferindo também o princípio constitucional da presunção de inocência, onde conforme previsto no inciso LVII do artigo 5º:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.(GOMES, 2004).

O criador da teoria demonstra objetividade da manutenção de ordem, delimitando possíveis percussores de problemas futuros, dividindo a sociedade em cidadãos comuns e inimigos, onde os inimigos seriam de certas formas censurados da sociedade por sua possibilidade de perigo e não pelo crime realizado. (GOMES, 2004).

2.2 OBJETIVO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Fundamentalmente a primeira intenção com a aplicação da teoria seria da divisão entre o Direito Penal do cidadão e do inimigo, havendo distinção no rigor e inflexibilidade em cada regime. Jakobs relata que para os sujeitos considerados delinquentes, onde para os que delinquem ainda seria garantido a realização dos direitos e garantias legais, contando com o respeito e integralidade durante seu processo. Já para os representantes considerados perigosos ao Estado, deve ser tratado como o tal, pois o real cidadão é somente aquele que pode garantir integralmente que será após o praticado alguém que seguirá as normas, o inimigo não oferece este tipo de garantia ao Estado (GOMES, 2004).

De toda forma, o principal viés abordado por Jakobs é da distinção entre inimigos e cidadãos a fim de manter a segurança vigente ao Estado e a sociedade, garantindo que os reais agentes causadores de perigo estarão sob tutela do Estado, impondo domínio do Estado sobre os descumpridores que ameaçam a segurança da sociedade e trazendo também segurança para o convívio dos cidadãos. (GOMES, 2004).

Neste sentido, se relaciona também que o Direito Penal do inimigo é recomendação para que haja o impedimento do descumprimento das leis, que causariam o desmantelamento da política de ordem estatal, devolvendo aos percussores de atentados criminais uma resposta aos atos hostis que colocam em risco a segurança do corpo social (MORAES, 2008).

2.3 FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA

Averiguando a teoria de Jakobs, pode se notar conceitos expressos em obras de Rousseau e Fichte, levando em consideração a definição do causador da ruptura do contrato social como criminoso, sendo incapacitado de se adequar a sociedade, podendo este ser abolido dos direitos de cidadão (DUTRA, 2013).

Examinando o pensamento de Jakobs, pode se notar em outros filósofos e pensadores, que já ocorrera em outras situações concepções do Direito Penal do inimigo, como o fato de Rousseau deliberar a distinção entre cidadãos e delinquentes, privando-os dos direitos de cidadão por não serem cumpridores do código de conduta imposto pela sociedade no qual está inserido, como expresso: (MARTÍN, 2007).

[...] “todo malfeitor, ao atacar o direito social, converte-se com seus delitos em rebelde e traidor da pátria; deixa de ser membro dela ao violar suas leis, e até a combate. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se mata o culpado, isso é feito em razão de sua condição de inimigo, e não de cidadão. Os procedimentos, o juízo, são as provas e a declaração de que rompeu o pacto social e de que, por conseguinte, já não é membro do Estado. Pois bem, como ele se reconheceu como tal, ao menos no que concerne à resistência deve ser separado daquele mediante o desterro, como infrator do pacto, ou mediante a morte, como inimigo público; porque um inimigo assim não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito de guerra consiste em matar o vencido” (MARTÍN, 2007, p.98).

Alguns outros pensadores seguem linha de raciocínio semelhante, porém limitam a gravidade das situações. Enquanto Rousseau abrange que todo e qualquer criminoso se considera inimigo, Kant e Hobbes limitam o inimigo a causadores de graves crimes, no qual o autor de crimes considerados de baixo dano, poderia ser responsável aos prejuízos causados e ser reintegrado como cidadão (GREGO, 2004).

Kant também reitera que o indivíduo que corrobora contra a paz perpétua e as pessoas que não se enquadram nos padrões de leis de uma sociedade, ameaçam todo o sistema do bem comum, podendo acabar com o bom convívio e sair da obrigatoriedade da manutenção do estado de paz, logo estes seres também deveriam ser considerados e tratados como inimigos (ANDRADE, 2006).

Pode se considerar que o mais próximo dos conceitos do Direito Penal do inimigo seria Hobbes, que define inimigo ao encontrado no estado natural, tal estado se torna perigoso para o ordenamento da sociedade pois não há imposições ou

limitações para suas vontades. Só se move este estado de natureza, após o acordo do contrato social, onde o Estado infere suas normas, regras, limitações e imposições, e os detentores do contrato praticam as leis regentes abandonando as leis naturais (RIBEIRO, 2006).

3. GARANTISMO PENAL

3.1 PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL

Os princípios do garantismo legal visam a contestação do que de certa forma pode ser descrito como violência legal injustificada, trata-se de uma forma de pensamento jurídico-normativa, como forma de justificativa onde se assegura as garantias que se tem sobre os direitos constitucionais (FERRAJOLI, 2008).

A teoria garantista teve por criador Luigi Ferrajoli, professor e jurista italiano escritor da obra intitulada por Teoria do Garantismo Penal, lançada no ano de 1989. Através de inspirações iluministas, a teoria se dedica a causa da proteção dos direitos que devem ser garantidos aos cidadãos, descrevendo em seu trabalho argumentações que podem infringir sob as garantias do cidadão quando tratado em volta do campo jurídico. (FERRAJOLI, 2008).

Abordando o conceito de Garantismo Penal, Ferrajoli analisa os direitos básicos a cada norma, verificando a validade de cada campo, discorrendo sobre as punições que são aplicadas pelo Estado, onde demonstra de certa forma, descontentamento com criação de medidas alternativas e penas substitutivas, conformando essas como altamente perigosas para que as sofre (FERRAJOLI, 2002). Sobre penas substitutivas, Ferrajoli expressa que:

[...] “à aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a aflição psicológica: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso” (FERRAJOLI, 2002, p. 379).

O autor defende que o ato de abdicar o direito de liberdade de algum ser pode lesar não somente a de forma física, mas ferir a dignidade e ocasionado aquele indivíduo o afastamento da sociedade devido toda a angústia que se sofre neste período, que deveria seguir princípios de readequação e não de punição (FERRAJOLI, 2002).

Em meio a diversos percussões e conceitos, o autor Luigi Ferrajoli destaca em seu livro direito e Razão, três pensamentos dessemelhantes se tratando do Garantismo Penal, onde o primeiro enfoque está diretamente ligado ao direito dos

cidadãos a terem Estado igualitário e democrata, garantindo como causa maior a liberdade dos cidadãos, como expresso abaixo:(FERRAJOLI, 2010).

“Garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente” (FERRAJOLI, 2010).

A segunda suposição sobre o Garantismo, remonta sobre uma visão de análise da ordem, onde a princípio aparenta garantir os direitos conforme previsto, porém a real prática difere muito do suposto, como segue:

“Garantismo designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas “. (FERRAJOLI, 2010).

Em último aspecto, se nota posição de visualização externa, posicionando novamente sobre a análise da prática sobre o Garantismo, mas demonstrando posicionamento baseado em filosofia:

“Garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo”. (FERRAJOLI, 2010).

De certa forma, pode se concluir sobre o apresentado de acordo com Ferrajoli, que o Garantismo Penal vai contra as intervenções do Estado no sistema de punição, é de fato, essas intervenções deveriam ser mínimas, trazendo maior liberdade para o cidadão, barrando as intervenções do Estado na liberdade do indivíduo.(FERRAJOLI, 2010).

3.2 OBJETIVOS DO GARANTISMO PENAL

O Garantismo Penal se performa como ferramenta de garantias processuais para que se haja um julgamento justo, visto que o detentor da decisão (juiz criminal) se ampara nos princípios de defesa fundamentais. Segue a percepção de Bizzoto sobre os objetivos do Garantismo Penal:

“Não por outra razão, o garantismo penal nasceu para defender e bem equacionar o constitucional Estado Democrático de Direito, no qual há a convivência entre inúmeros interesses confrontados e que, em algum instante, podem ser capturados pela atenção penal. [...] A defesa do mais débil em relação aos mais fortes é um dos motes do garantismo penal”. (BIZZOTO, 2015).

Ocorre também como um dos fatores principais do Garantismo Penal o fato que os direitos que são considerados por fundamentais, são de fato inegociáveis onde a constituição deve estabelecer e garantir os direitos dos que possuem maior fragilidade perante ao Estado (LOPES JR, 2005).

Outro parâmetro em que se norteia o Garantismo Penal e o da real igualdade de lei e aplicação dela para todos, onde encontra em certos fragilidade quando se trata da política de regras e punições, segue trecho apresentado por Baratta que discorre sobre o relatado:

“a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual entre os indivíduos; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no senti do de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como direito igual por excelência.” (BARATTA, 2011).

Por fim, o Garantismo não visa desapropriar o Estado de punições, nem mesmo fazer que o mesmo deixe de aplicar ou cumpri-las, mas defende a extinção do conceito de punitivismo, explicado por sanções em certos contextos sociais já vistos que não possuíam real base jurídica. (BARATTA, 2011).

Para o desenvolvimento de um processo penal que respeite sempre os direitos básicos e fundamentais, a principal característica de busca deve ser fundamentalmente da verdade, e a doutrina Garantista tem intenção de resguardar

todos direitos humanos para que não haja interferência de fatores que possam comprometer a real busca da verdade (FERRAJOLI, 2002).

Por fim, a pena não pode se perder somente em caráter punitivo, esse princípio de punição não serve como fator de real intenção das sanções penais, mas sim objetivando em caráter retributivo, onerando e prevendo a reintegração do indivíduo que a sofre de volta a sociedade, fazendo com que essa seja de caráter regulamentadora, prevenindo também deste modo possíveis crimes que possam ocorrer no futuro. (FERRAJOLI, 2002).

Portanto, os objetivos garantistas, seguem por princípios liberais sociais que apoiam primeiramente o direito dos cidadãos perante ao Estado, de certa forma serve como agente limitador do poder do Estado sobre as punições, seguindo conceito de fortalecer os mais fracos ante as intenções dos mais fortes (FERRAJOLI, 2002).

3.3 FUNDAMENTAÇÕES DO GARANTISMO PENAL

Um fator que se torna importante ao observar a construção do conceito de Garantismo Penal, se encontra no período histórico em que o mesmo foi desenvolvido. Na Itália durante o período de desenvolvimento, ocorre uma movimentação de enrijecimento das penas e legislação, deste modo o Estado passava a possuir maior poder em relação ao povo, movimento esse que corrobora para com a criação do conceito e também foi influenciado por um movimento maior provindo de meados de 1970, onde vários juízes italianos lutaram por um uso que pode ser considerado alternativo ao Direito comum (FISCHER,2006).

A primeiro momento, o que se tem por Garantismo pode ser denominado como plano normativo de direito, porém permeado a um plano político, pode ser visto como ferramenta de tutela, de modo diminuir a violência, fazendo com que todo o sistema penal se adequa-se de maneira a enquadrar no necessário para garantir a segurança (FERRAJOLI, 2010).

Compreende – se também por Ferrajoli (2002), que os princípios básicos e fundamentações que implicam em garantias penais são condicionadas diretamente a concessão da pena, desta forma o princípio de Garantismo está intrinsecamente ligado a esses fundamentos, pois representam de certa forma uma condição para existência da punição, conforme expresso abaixo:

“1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade” (FERRAJOLI, 2002).

Carvalho (2008) relata ainda que o Garantismo Penal é pilar contra a crueldade, lembrando que através da adição dos princípios de direitos preconizados na Constituição Federal, na carta da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, os princípios de Garantismo Penal se tornam de fato algo obrigatório, de caráter inegociável, como registrado abaixo:

“O garantismo, pois, pode ser entendido [...] como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e, por essa razão ser considerado o traço estrutural e substancial mais característico da democracia: garantias tanto liberais como sociais, expressam os direitos do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, assim como a tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas. (CARVALHO, 2008).”

Outro movimento em que se considera percussor do Garantismo Penal no Brasil, está ligado ao movimento de minimalismo penal, que surge no Brasil em 1984, que sugeria introdução de penas alternativas acordadas sob as leis nº 7.209 e 7.210/84. O movimento defende a intervenção mínima como pilar principal, e funcionaria a longo prazo como meio para se conceber o abolicionismo penal, de certo mofo Ferrajoli também segue esses preceitos, visto que prega a minimização de penas (ANDRADE, 2003).

4. GARANTISMO PENAL E DIREITO DO INIMIGO

4.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E LEIS BRASILEIRAS

Garantindo sempre total compactação com o imposto pela Constituição, verifica-se que de certa forma o Direito Penal do inimigo infere diretamente em alguns princípios descritos, como observa-se abaixo:

“Art. 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: [...] II – a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;” [...] (BRASIL, 1988).

Visualizando e compreendendo este modelo, é observado que os fundamentos do Direito Penal do inimigo não se enquadram perante os expostos nos primeiros incisos da constituição, onde se desconsidera direitos de cidadão para o inimigo e há prevaricação das suas garantias em relação as punições.(BRASIL, 1988).

Outro fator que contraria o imposto pela constituição, se enquadra no princípio de legalidade, previsto no 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal. Para este, o princípio que vai contra o imposto no Direito Penal do inimigo e de que não há previsão de crime que sem Lei anterior que o defina ou pena sem sua respectiva aplicação legal (BRASIL, 1988).

Visualizando deste modo, infere-se que o Direito Penal do inimigo não segue padrões constitucionais, pois abstrai direitos fundamentais, se tornando desta forma inaplicável no Brasil (BRANDÃO, 2009).

Juntamente, segue também em incompatibilidade por desprezar também o princípio de reserva legal, onde se observa desequilíbrio entre a infração cometida e a punição aplicada, fere a dignidade humana e humanização de pena, por de algum modo considerar formas de tortura, além de ferir princípios de ofensividade, lesividade e culpabilidade (BITENCOURT, 2016).

4.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O GARANTISMO PENAL NO BRASIL

Tendo como principal problema social brasileiro, a segurança pública nacional adequou modos oriundos dos Estados Unidos como forma de controle, fazendo com que certas medidas duras e repressivas sejam consideradas como

salvação para a grande criminalidade e violência que assola duramente todo o país (ANDRADE, 2003).

Em virtude disso o sistema penal já alusiona a menções do Direito Penal do inimigo, por mais inconstitucional que seja, há discriminação no dentro do próprio sistema, classificando penitenciários como classe perigosa, impulsionando a crença de inimigos da sociedade, demonstrando que o indivíduo que cumpre este regime, não está sendo somente punido com privação da liberdade, mas também de todos seus direitos (KILDUFF, 2010).

Como também descrito por D'elia Filho (2015), a marginalização imposta pelas condições da punição existente no Brasil atualmente, apresenta caráter do Direito Penal do inimigo, fazendo com que a sociedade enxergue o indivíduo em regime de pena como ser diferente.

Em todos os pensadores, de Hobbes a Kant, passando por Rousseau, e mesmo em Locke, podemos encontrar, apesar das diferentes abordagens, a questão daqueles que se colocam excluídos do contrato social, deixando a condição de súdito/cidadão, cercado de garantias e direitos, e adentrando na esfera do estranho/bárbaro, caracterizado pela sua desproteção [...] A ideia de que o indivíduo que atenta contra o Estado social passa a ficar excluído nas garantias das suas relações jurídicas chega a receber construções radicais como a de Jacques Rousseau, que no seu Do contrato social admite a figura do inimigo/criminoso, que a partir da prática de um delito é tratado como vida nua, separado dos cidadãos [...] (D'ELIA FILHO, 2015).

Visualizando em síntese, se conclui que há práticas do Direito Penal do inimigo que não estão expressas diretamente nas Leis Brasileiras, mas que de certo modo se apresentam no comportamento da sociedade atual, essas causadas por uma forma desesperadas de controle da criminalidade, por outra ótica, o Garantismo Penal se se permanece por muitas vezes dentro dos limitantes teóricos, e não se cumpre perante as regras (KILDUFF, 2010).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Garantismo Penal de fato não considera somente os direitos dos cidadãos, mas também preza pelos deveres impostos pela sociedade, seguindo princípios de direitos humanos e dignidade do ser humano, respeitando todo o tocante da constituição para obtenção de um Estado justo com todos os indivíduos.

No garantismo, objetiva a contenção para que não haja uma espécie de violência legal a preceitos fundamentais ao cidadão, sendo resguardados os direitos constitucionais. Tal conceito se materializa como ferramenta para resguardar e proteger os cidadãos, sendo lhes concedido um julgamento justo e amparados em todos os demais princípios norteadores da constituição. O garantismo não visa afastar o poder punitivo do Estado, nem mesmo que ele deixe de aplicar as sanções necessárias. Defende, contudo, que certos meios de punição não são eficientes, tendo em vista o contexto histórico.

Porém também pode ser observado que somente o emprego do Garantismo e seus princípios não seria de fato algo considerado resolução para grandes problemas de criminalidade e marginalização, por mais que seja permitido a todo indivíduo auxílio a ressocialização e possibilidade de retorno ao contexto social aberto, que haja proteção dos direitos, fatores esses que atingiriam o objetivo do Garantismo Penal, os princípios por si só não seriam de grande impacto para resolução de violência e criminalidade.

De toda forma, também o modelo proposto por Jakobs de Direito Penal do inimigo é totalmente antagonista as prerrogativas de Garantismo Penal, que objetiva somente controlar a sociedade como um todo, empoderando de certa forma o Estado sobre o indivíduo. No modelo apontado o Estado teria a capacidade de limitar os direitos de determinados cidadãos, sendo possível antecipação de penas, limitação no direito de defesa, entre outros.

Conforme já descrito, o conceito de inimigo proposta na referida teoria de Jakobs é posto de uma forma que o enxerga no indivíduo que destoa de um certo padrão de comportamento. Este comportamento pode ser com um vínculo permanente e duradouro, ou também casual.

Assim sendo, é compreendido na teoria que o indivíduo já é considerado como um inimigo antes mesmo de sua ação, pois fundamenta com base no seu

histórico criminal que seria ele um perigo futuro para a sociedade. A responsabilização do agente se dá com fulcro no que ele é, ou seja, de acordo com seu histórico, e não unicamente na sua conduta ali discutida.

Na mesma linha de pensamento, o Direito Penal do Inimigo não está conectado apenas ao crime em si, mas sim no grau de periculosidade que o indivíduo se encontra. Sendo considerado como inimigo, a maneira que o Estado o visualiza e o trata também será diferente dos demais, sendo possível atingir a sua liberdade e promovendo a retirada de garantias e direitos que seriam outorgadas aos demais cidadãos.

Sobre a distinção na referida teoria, as pessoas consideradas cidadãos de bem seriam aquelas que cumprem com o que determina a lei. Para que se enquadrem no Direito Penal do Inimigo, deveriam ser algum indivíduo ou grupo que que descumprem o que determina as leis, sendo assim seriam consideradas perigosas para o convívio em sociedade.

A fundamentação deste pensamento seria a previsão de danos futuros, e também a prevenção para que os mesmos não venham a se materializar. Pois segundo a teoria, um indivíduo que comete um crime com um alto grau repulsivo por exemplo, possivelmente o cometeria novamente, sendo então necessário que seja tratado de forma distinta dos demais.

Ao analisar os dois modelos de forma criteriosa, há de se chegar à conclusão de que os princípios defendidos pela teoria do Direito Penal do Inimigo não são congruentes ao que é posto pela Constituição Federal, a qual determina de forma extensiva que as garantias ali contidas são fundamentais.

Apesar de visualizar expressões do Direito Penal do inimigo em âmbito nacional, comprova-se com o estudado que o mesmo deve ser tratado como inconstitucional, por ferir série de preceitos estabelecidos como fundamentais para o cidadão.

Como já mencionado, a grande contrariedade em volta de ambas teorias, porém de fato, cabe mencionar que o real equilíbrio entre as possibilidades de penalizar o indivíduo que se enquadra como inimigo, mas possibilitar ao infrator a reintegração a sociedade, dignidade na penalidade e puni-lo de forma coesa, seria unir os lados de cada modo de pensamento, fazendo desta prática além do possível enquadramento no que se moldaria a constituição, é também criando padrão de sociedade cada vez mais respeitoso e coeso.

REFERÊNCIAS

BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: Do Discurso Punitivo à corrosão simbólica do Garantismo**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral**. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CATAPAN, Laís. **Garantismo Penal e o Direito Penal do Inimigo: duas teorias controversas, que priorizam e defendem arduamente suas ideias. Como se relacionam?** 2016. Disponível em: <https://catapan.jusbrasil.com.br/artigos/388819354/garantismo-penal-e-o-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 31 out. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 764 p.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GOMES, Luiz Flavio. **Direito Penal do Inimigo**. 2008. Acesso em: 05 de abril de 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2017. 983 p.

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

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 114 p.

LOPES JR., A. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade Garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro. 2005.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Direito e Política na emergência Penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do Direito Penal do Inimigo**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano IX, n 3, abr/ jun 2009.

MORAES, Vinicius Borges de. **Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günter Jakobs**. Revista brasileira de ciências criminais. 2008.

PASTANA, Débora Regina. **Os contornos do Estado Punitivo no Brasil**. Perspectiva: Revista de Ciências Sociais. São Paulo, v.31, p.31-32, jan/jun. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/518/476> >. Acesso em: 01 nov. 2021.

PEDROSA, Matheus. **Texto sobre o Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli!** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57888/texto-sobre-o-garantismo-penal-de-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 24 out. 2021.

PRADO, online, entrevista concedida a Carta Forense em março de 2009. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624>. Acesso em: 05 de abril de 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed., São Paulo: Malheiros. 2012.

ZAFFARONE, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.