

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 26/01/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32951-direito-penal-do-inimigo-no-contexto-social-atual>

Autori: Hugo Zaqueo Zamarrenho, Giovanna Wolf Davelli, Denis Ortiz Jordani

Direito penal do inimigo no contexto social atual

DIREITO PENAL DO INIMIGO NO CONTEXTO SOCIAL ATUAL

Hugo Zaqueo Zamarrenho*
Giovanna Wolf Davelli*
Denis Ortiz Jordani*

Resumo: Atualmente, a teoria do Direito Penal do Inimigo vem se destacando nas discussões relacionadas ao Direito Penal. Sendo assim, é possível um dinâmico enquadramento deste pensamento, proposto por Günter Jakobs, em um recente contexto social, ou seja, a sua aplicabilidade prática nos principais fatos marcantes ocorridos no Brasil e no mundo desde o início do século XX até os dias atuais.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo – Direito Penal do Autor - História recente – Aplicação Prática.

Introdução

Uma teoria desenvolvida por Günther Jakobs, o qual consiste na distinção de duas formas de direito penal. Uma, o Direito Penal do Cidadão e, a outra, o Direito Penal do Inimigo.

A primeira caracteriza-se por assegurar todas as garantias processuais e os direitos inerentes ao cidadão, bem como uma proteção estatal e a punibilidade apenas pelos atos praticados, já a segunda forma, consiste na retirada das garantias processuais, uma vasta gama de direitos e a possibilidade de punir, àquele que for tido como inimigo,

* Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – Campus de Frutal.

* Bacharelada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – Campus de Frutal.

* Orientador do artigo. Mestrando em Direitos Coletivos e Função Social do Direito pela UNAERP com bolsa de pesquisa fornecida pela CAPES/PROSUP, Especialista em Direito Tributário pela UNISUL. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro do Instituto Latinoamericano de Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG. Professor de Direito Penal da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Advogado.

pelos atos futuros, ou seja, aqueles ainda não praticados pelo indivíduo, mas que apenas foram preparados ou, ainda, que foram apenas pensados.

Desta forma, Jakobs expõe

O Direito Penal conhece, portanto, dois pólos ou tendências de suas regulamentações: a primeira é o trato com o cidadão, no qual se espera até que este último exteriorize seu fato, para, então, reagir de modo a validar a forma normativa da sociedade; a segunda é o trato com o inimigo, que é remotamente interceptado no campo preliminar e combatido por sua periculosidade.¹

O inimigo, então, sofre uma medida de segurança, e não uma pena, sendo que sua punição não possui prazo mínimo e nem máximo para o termino.

[...] a coação não deve significar algo, mas sim provocar um efeito, o que quer dizer que ela não se aplica ao sujeito de direito, mas sim ao indivíduo perigoso. Isso deveria ficar especialmente claro quando se passa do efeito assegurador da pena privativa de liberdade para a custódia de segurança como medida; nesse caso, o olhar volta-se não apenas para trás, para o fato a ser julgado, mas também, principalmente, para frente, para o futuro, quando um “pendor para infrações penais graves” pode vir a ter efeitos “perigosos” para a coletividade. Portanto, no lugar da pessoa competente em si e a quem se contradiz através da pena entra o indivíduo perigoso, contra o qual se procede de modo fisicamente efetivo – neste caso: com uma medida de segurança e não com uma pena.²

O Direito Penal do Inimigo pode ser compreendido também como o direito penal do autor. Pois, possui como base, a análise do praticante do delito e não do fato o qual está em questão.

Desta forma, trata-se de uma teoria que contradiz o direito penal do fato, onde a real análise recai sobre o fato praticado.

Assim, Rogerio Greco elucida com propriedade a cerca da diferença do direito penal do autor (adotado pelo direito penal do inimigo) e direito penal do fato.

No direito penal do fato analisa-se o fato praticado pelo agente, e não o agente do fato; no direito penal do autor, o enfoque já não será precipuamente o fato praticado pelo agente, mas sim o agente que cometeu o

1 JAKOBS, Günter. *Direito Penal do Inimigo*. Introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira, traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 14.

2 JAKOBS, Günter. *Direito Penal do Inimigo*. Introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira, traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p.2 – 3.

fato. Nesta última hipótese, é a pessoa do agente que é levada em consideração, a sua particular “forma de ser”.³

Neste sentido, extrai-se também do pensamento de Roxin,

Por direito penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Ao contrário, se tratará de um direito penal do autor quando a pena se vincule à personalidade do autor e seja a sua antissocialidade e o grau da mesma que determinem a sanção.⁴

O autor supracitado ainda reza que, “a questão de que a intervenção do delinquente é preciso para evitar futuros crimes, depende mais da sua personalidade do que do fato concreto individual.”⁵

1. Direito Penal do Inimigo e o Nazi-fascismo

O Fascismo foi desenvolvido por Benito Mussolini na Itália, a partir de 1919 e durante seu governo (1922-1943 e 1943-1945). A expressão “fascista” origina-se de “fascio”, denominação de grupos políticos ou de militância que surgiram na Itália entre fins do século XIX e começo do século XX. Caracteriza-se como um regime autoritário de extrema-direita, antidemocrático, nacionalista, militarista, expansionista, corporativista, liderança carismática e totalitarista. Nesse regime totalitário as liberdades individuais eram inexistentes e o povo submetido ao poder ilimitado do Estado. Eram contra os imigrantes, consistindo na valorização da própria cultura em prejuízo das demais que são vistas de forma inferior.

3 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – 13º ed.* Rio de Janeiro : Impetus, 2011. p. 383.

4 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General, tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, p. 176-177.

5 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General, tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, p. 177

Os fascistas utilizavam a censura e propaganda como meio de coibir críticas ao seu governo, pois quem se posicionava contra essa forma de governo era preso e podendo ser até condenado a morte. Combatiam as agitações sociais como as greves e movimentos de esquerda.

Nota-se a clara oposição aos liberais, socialistas e democratas que eram considerados os “inimigos” do Estado. Mussolini na frase “tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado” definiu a ideologia fascista que se manifestou no período entre guerras, influenciou outros regimes de extrema direita no mundo.

O Nazismo que é considerado uma subespécie do fascismo foi elaborado por Adolfo Hitler e implantado na Alemanha de 1933 a 1945. É também um regime de extrema direita, totalitário, e prega que “não é a nação que cria o Estado, porém é este que cria a nação, ou seja, uma nação existe para os fins do Estado, e não o estado para o interesse de todos”.⁶

Hitler defendia a hegemonia da raça ariana afirmando que a Alemanha só se reergueria quando os povos se unissem “num só povo, num só império, num só líder”. Utilizando-se da propaganda o povo via em Hitler a salvação para a dificuldade que o país estava passando após a Primeira Guerra Mundial. Assim para que o Estado pudesse dominar a todos era preciso um nacionalismo extremo, pois todos que não fossem parte daquele Estado seriam os inimigos deste.

E para Hitler os inimigos eram os judeus, ciganos, homossexuais, negros, comunistas, povos eslavos, etc., pois estes estariam impedindo de se construir uma raça pura já que não são vistos como pessoas e desse modo não possuem dignidade e, por isso, exterminou milhares de pessoas, principalmente os judeus o que significou o Holocausto.

A teoria do Direito Penal do Inimigo constitui um importante elemento dentro da estrutura de um sistema totalitário e exerce o mesmo papel que o Direito Nazista e antissemita exerceu contra os judeus. Isso porque o Direito Penal do Inimigo transforma as normas penais em um instrumento de banalização de Seres Humanos que passam a ser considerados coisas: um inimigo. E nenhum burocrata do sistema totalitário ficará com dor na consciência ou receoso em eliminar e exterminar coisas ou inimigos.⁷

6 BRITO, Allyne Jullyane Romanosque. *Uma crítica ao direito penal do inimigo* – Campo Grande: 2009 disponível em < <http://www.youblisher.com/files/publications/13/73878/pdf.pdf> > acessado em 28 de julho de 2011, p. 30.

Então, Hitler foi o primeiro a utilizar o Direito Penal do Autor, ou seja, aquele que pune pelo o que a pessoa é e não pelo o que ela fez. Porém, mesmo parecendo ser incoerente, ele fez isso amparado pela lei. Portanto, pode-se observar uma linha tênue entre o Direito Penal do Inimigo e o fascismo e o nazismo, sendo que este se diferencia-se daquele por ser racista.

O fascismo assim como o nazismo, coloca o Estado acima do indivíduo, e é exatamente aqui que podemos por alto observar a semelhança entre o nazismo e o Direito Penal do Inimigo, pois para este a mera resistência do indivíduo ao soberano, é suficiente para declará-lo inimigo do Estado, e a partir daí suas garantias começam a esmaecer-se, pois o que de fato importa, é a segurança e moral do Estado para que se preserve a sociedade, ou seja, qualquer coisa pode ser feita ao inimigo, em nome da sociedade.⁸

Assim, o Direito Penal do Inimigo não se concilia com a democracia, apenas o totalitarismo o aceita, já que esta teoria determina que os inimigos sejam destituídos de suas garantias fundamentais não sendo tratados como pessoa, mostrando características do nazi-fascismo.

2. Direito Penal do Inimigo e a Ditadura no Brasil

Sobressaem no Brasil dois períodos ditatoriais. O primeiro deles foi instituído por Getúlio Vargas através de um golpe de Estado, conhecido como Plano Cohen, vigorado entre 1937 e 1945. Segundo Vargas, a ditadura seria a única maneira de afastar o comunismo no Brasil, e como primeira medida, foi fechar o Congresso Nacional outorgando a Constituição Federal de 1937 que teve grande influência fascista. Durante esse período ocorreu a extinção dos partidos políticos, censura e supressão dos direitos individuais.

7 CORREA, Leonildo. *A banalidade do mal e o direito penal do inimigo*. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/texto30.htm>> em 28 de julho de 2011.

8 BRITO, Allyne Jullyane Romanosque. *Uma crítica ao direito penal do inimigo* – Campo Grande: 2009 disponível em < <http://www.youblisher.com/files/publications/13/73878/pdf.pdf>> acessado em 28 de julho de 2011, p. 30.

Os que ficavam contra a esse regime eram presos, pois estes eram considerados inimigos políticos e sociais do governo e deveriam ser excluídos, assim as prisões ficaram superlotadas.

O segundo período foi de 1964 a 1985 que foi a época em que os militares que governaram o Brasil. Tendo como principais características a falta de democracia, a cessação dos direitos constitucionais, exílio, a censura, perseguição política e repressão a todos que eram contra ao governo, utilizando a tortura contra os manifestantes, permitia que o preso ficasse incomunicável durante 10 dias de acordo com o decreto-lei 314/1967 no art. 47 §1º.

No auge da ditadura militar, em 1968, estabeleceu-se o Ato Institucional nº5 que se sobrepôs a Constituição de 1967, entre suas medidas pode-se destacar a abolição do habeas corpus em crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e contra a economia popular; fechamento do Congresso Nacional; policiamento violento desrespeitando os direitos individuais; concedia ao presidente poderes quase absoluto.

3. Aplicação Prática na Atualidade

Como já observado, vimos que a teoria de Jakobs, apesar de recente, vem sido aplicada ao longo da história, vindo a desenvolver-se e a moldar-se conforme a evolução da sociedade, mas sempre seguindo os mesmos moldes da base teórica, mesmo que por vezes encontrado apenas resquícios da teoria na aplicação prática.

Hodiernamente, assim como no passado, ocorre a aplicação desta teoria, inclusive no Brasil, como no caso da lei do abate, Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), Base de Guantánamo, Casos de estrangeiros na Itália, etc. Veremos que as vezes em que nos deparamos com o direito penal do inimigo em algum ordenamento, tal teoria não é aplicada interinamente, nem rege-se exclusivamente e majoritariamente pelos princípios destes, mas aparece como um dispositivo, ou seja, fragmentos do direito penal do inimigo que incidem sobre determinadas normas para auferi-la maior efetividade e um maior controle sobre os fatos, e não em um ordenamento todo.

3.1 Lei do Abate – Força Aérea Brasileira – Dec. 5.144/2004

Regulamenta o art. 303 do Código Brasileiro da Aeronautica.

É permitido que uma aeronave, considerada hostil, seja abatida em pleno vôo por aviões da aeronáutica. Tal dispositivo foi implantado com o objetivo de combater o tráfico ilegal de entorpecentes o qual possui maior fluência nas regiões fronteiriças do Brasil, principalmente na região amazônica.

No entanto, para uma aeronave internacional, que sobrevoa solo brasileiro ser considerada hostil e ter a possibilidade de ser abatida por um avião da Força Aérea Brasileira, deverão ser tomadas uma série de providências que antecedem ao abate e visam identificar e resolver a situação sem que seja necessário a intervenção por meio do abate.

Sendo suspeita de trafico de drogas e não atendendo às exigências da Força Aérea Brasileira quando interceptadas, os aviões da FAB dispararão munições traçantes, que visão dar alerta, e só em últimos casos as aeronaves poderão ser consideradas hostis, sendo então abatidas em pleno vôo.

A crítica que segue em torno desta lei refere-se principalmente à contradição que esta provoca no ordenamento jurídico pátrio e a supressão de garantias e direitos, como por exemplo, a inobservância ao princípio da proporcionalidade, a vedação da pena de morte em tempos de paz, o prejuízo ao princípio do contraditório e ampla defesa, o devido processo legal, a proteção à vida, à saúde e a honra, a presunção de inocência, dentre outros a que se seguem.

Para alguns juristas, defensores da lei, a segurança pública, defesa nacional, a saúde pública legitimam certas restrições ao direito à liberdade e segurança pessoal, afirmando ser constitucional a legislação do abate de aeronaves. Contudo, para aqueles que repudiam o “Direito penal do Inimigo”, é inconcebível o caráter constitucional. Posicionamento mais adequado, pois, o direito penal do inimigo arranca do criminoso o seu status de pessoa, passando a ser tratado como inimigo de toda a sociedade, merecedor de coação física imediata.[...]

[A declaração de constitucionalidade da norma que permite o abate de aeronaves causaria um dano irremediável aos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Carta Magna de 1988.](#)⁹

9 ALMEIDA, Marconi Alves Vasconcelos de. *A norma que permite o abate de aeronaves é constitucional (Decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004)?*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 28 set. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29120>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

Além de violar consideráveis dispositivos normativos, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, também ocorre o risco de, por engano, atentar contra a vida de um inocente. Não se trata de algo improvável, visto que exemplo disto ocorreu no Perú, em meados de 2001, quando uma aeronave fora abatida sob forte suspeita de tráfico de drogas e depois de destruída e a tripulação morta, constataram que se tratava de missionários que risco algum produzia à sociedade ou ao estado.

Não há exemplo mais esclarecedor e lamentável do que o ocorrido no Perú. Falhas de comunicação e compreensão de sinais podem facilmente ocorrer, e com esta lei em vigor, seria fatal.

Não é improvável também que possa ocorrer falhas na comunicação, bem como impossibilidades de atender às exigências por eventuais problemas inevitáveis, inclusive impossibilidade de pouso, visto que há regiões onde a vegetação e o terreno impedem que seja feito a qualquer tempo.

Destacamos que é preferível um malfeitor impune a um inocente punido. Sob esta conclusão, há que se verificar ainda o princípio da presunção de inocência. E ainda, se consideramos que uma atitude tomada, mesmo que por engano, seria irreversível, e ao inocente não seria devolvida a vida perdida por um equívoco.

Considerando que o Direito Penal do Inimigo trata o suposto “inimigo” com a supressão de todos os direitos, sejam os fundamentais, constitucionais e qualquer outra proteção que goze o cidadão, podendo ser punido em atos preparatórios e inclusive se apenas suspeito, a Lei do Abate traz ao ordenamento jurídico brasileiro essa teoria, ao modo que como dito anteriormente, despreza os direitos e princípios da sociedade e pune o indivíduo suspeito, mesmo sem a certeza de que este esteja infringindo alguma norma ou gerando qualquer perigo à sociedade.

O indivíduo, pela ótica da Lei do Abate, quando considerado hostil, (apenas uma nomenclatura diferente para designá-lo de Inimigo), terá uma série de direitos suprimidos e será abatido, como de fato um inimigo.

Para melhor elucidar o exposto, grifamos o artigo 4º da referida lei, o qual abarca a principal essência.

A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º *será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição* (grifo nosso)

3.2 Regime Disciplinar Diferenciado – RDD

No Brasil, a lei 10.792/2003 altera a Lei de Execução Penal e regulamentou um diferenciado regime àqueles relacionados com o crime organizado e que se encontram no posto de mandantes e chefias das facções criminais e que oferecem riscos à sociedade.

Desta forma, os indivíduos mais perigosos e os “cabeças” das organizações criminais, ou ainda autores mediatos, tais como aqueles que ofereçam alto risco à ordem e segurança social ou estabelecimento penal a que se encontrem serão tratados de forma diferente dos demais, nota-se a subjetividade desta lei no que tange o alto risco, bem como a punição apenas pela fundada suspeita. Desta forma observar-nos-emos, a seguir, parte da lei, onde é evidente no dispositivo tratado, resquícios do direito penal do inimigo.

Art. 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 da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

- I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
- II - recolhimento em cela individual;
- III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
- IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

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

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

Trata-se então de uma diferenciação daquele o qual será taxado inimigo, encontramos então nesta lei, algumas similaridades com a teoria de Günther, desta

forma, aduz Karine Pires Cremasco sobre o Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo,

Conseqüentemente, verifica-se uma situação que se pune não pelo ato ilícito cometido, o qual é a regra do nosso ordenamento jurídico, e sim se perfaz na punição do autor pela sua periculosidade, ou seja análise do autor do fato, assim se traduz na característica marcante do direito penal do inimigo.¹⁰

De uma forma bastante sucinta, Damásio de Jesus pronuncia no mesmo sentido que “Entre nós, o regime disciplinar diferenciado, previsto nos arts. 52 e ss. da Lei de Execução Penal, projeta-se nitidamente à eliminação de perigos.”¹¹

3.3 Base de Guantánamo

Após os atentados terroristas às torres gêmeas e ao pentágono ocorridos em 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos da América, criou uma base localizada em Cuba, onde os supostos autores e partícipes do crime, assim como todos que foram apreendidos e que possuíam ligação com o grupo terrorista Al-Qaeda e guerrilhas do Talibã foram lá reclusos.

No entanto, ficaram presos sem julgamento, mesmo que em alguns casos, eram apenas considerados suspeitos. Sofreram tratamento violento e não foram abarcados por legislação nenhuma, seja americana, seja outra legislação ou tratado internacional que lhes dessem um mínimo de garantias e direitos.

[...]esses indivíduos ficavam detidos em celas minúsculas, com o direito a sair somente 15 minutos por dia. Além de não lhes serem atribuídos direitos fundamentais, foram suprimidas importantes garantias, como a de ser julgado e ter contra si uma acusação formal. Esses fatos demonstram uma aplicação prática

10 CREMASCO, Karine Pires. *O Direito Penal do Inimigo – “Perspectivas Doutrinárias e Práticas na Justiça Brasileira”*. Presidente Prudente-SP, 2008. Disponível em 28 de julho de 2011 <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/691/710>>

11 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do inimigo. Breves considerações*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 8 ago. 2011.

da Teoria do Direito Penal do Inimigo nos dias atuais, teoria esta que também vem sofrendo muitas críticas.¹²

Desta forma, é evidente que os detidos na Base de Guantánamo foram considerados inimigos pelo estado norte americano, onde por esse motivo, não tiveram assegurados e respeitados os devidos direitos e garantias fundamentais, sendo assim, podemos concluir que esses presos na Base de Guantánamo são notoriamente considerados inimigos do estado norte americano e tratados como tal.

O estado americano utilizou de sua força política, econômica e militar para suprimir todas as garantias e burlar todo o sistema legislativo internacional para auferir aos prisioneiros o pior tratamento possível. Um caso tão bizarro como este, deveria ao menos sofrer intervenção da ONU, no entanto como citado anteriormente, o poder político, econômico e militar norte americano domina a esfera global e limita os poderes de atuação das entidades internacionais, que pouco se movem para modificar esta situação.

3.4 Estrangeiros na Europa

Atualmente, a Europa vem lhe dando com os imigrantes indesejados, através de uma política com características do direito penal do inimigo. Desta forma, estão aplicando cada vez mais, medidas desproporcionais e buscando banir os imigrantes.

A Itália recentemente (2009) aprovou uma lei que considera com crime o ato de estar residindo ilegalmente no país. Será obrigação de agentes públicos denunciarem o imigrante ilegal, bem como será possível a criação de rondas de voluntários para apreender os imigrantes ilegais, dentre outros tratamentos específicos que a lei italiana prevê. Sendo assim, um médico, professor, enfermeiro, e qualquer

12 BRIZZI, Carla C. F. *A Globalização e os Novos Paradigmas do Direito Penal no Combate ao Terrorismo* Disponível em 28 de julho de 2011 em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf>

outro funcionário público, denunciarão, quando tomarem conhecimento, os imigrantes ilegais à polícia.

Na Espanha, o imigrante ilegal poderá ficar detido por até 40 dias até que seja deportado. O indivíduo capturado ficará junto de verdadeiros criminosos em uma repartição destinada a estrangeiros. Desta forma, os imigrantes ilegais estão sendo considerados verdadeiros criminosos pelo governo Espanhol.

Na França, fora aplicado um novo método para expulsar os imigrantes que consiste em proibir que os imigrantes pratiquem alguns de seus costumes, desta forma, desincentivarem a permanência de imigrantes em seu território. Para melhor elucidar, Leonardo de Bem cita o exemplo em que proíbem a utilização do véu islâmico, a burca e o niqab, para mulheres muçulmanas.

Leonardo de Bem, também nos ensina que,

O tratamento dado ao imigrante parece adquirir ares de eleição de um inimigo próximo, culpando o mais fraco, pautado na aversão ao diferente e na associação de um problema econômico a fatores raciais. É nesse contexto que se recupera a idéia de "delito de solidariedade", começando pela França. O "delito de solidariedade" é a criminalização dos que dão auxílio aos imigrantes "sem-papéis". Esse delito revoltou uma parte importante da sociedade francesa e internacional.¹³

Desta forma, concluí-se que os países europeus vêm adotando medidas para o efetivo bloqueio da permanência e entrada de imigrantes ilegais em seus territórios e adotando medidas para de qualquer forma coagi-los. Sendo assim, acabam por criminalizar tais indivíduos, não pela prática de um delito, mas apenas pela situação em que se encontram. Estão buscando tratar a pena, não como a última *raccio*, mas como um dispositivo meio para coagir e inibir a entrada de imigrantes ilegais.

Conclusão

Conceituar e distinguir quem de fato é o inimigo trata-se de uma questão de analisar a época e o próprio sistema e contexto em questão, pois trata-se de uma definição volátil e indefinida. Depende de quem detém o poder, sendo este quem definirá quem será tratado como inimigo.

¹³ BEM, Leonardo de. *Direito de Solidariedade*. Disponível em 28 de julho de 2011 em <http://professordebem.blogspot.com/2010_08_01_archive.html>

Poderá ser considerado inimigo, desde o artista que compõe uma música com protestos em tempos de ditadura, oferecendo um risco para a soberania dos detentores do poder com a motivação ideológica, ou, inclusive, um mentor de facção criminosa, ou como os terroristas de 11 de setembro de 2001, cujo próprio Jakobs menciona em seu trabalho.

O interesse em definir e “perseguir” o inimigo, é puramente do estado detentor do poder, para assim assegurar a soberania e a ordem política, e não meramente para auferir uma proteção à sociedade.

Para Jakobs, inimigo é todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, apontando como exemplo maior a figura do terrorista.

Aquele que se recusa a entrar num estado de cidadania não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa. Se um indivíduo age dessa forma, não pode ser visto como alguém que cometeu um "erro", mas como aquele que deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.¹⁴

Desta forma definimos que o direito penal do inimigo, tese formulada e apresentada por Günther Jakobs, trata-se de uma supressão de direitos e garantias fundamentais, a fim de manter-se estável a segurança social e soberania do estado. Quando o indivíduo é considerado inimigo, este perde seu caráter de cidadão, tal como as garantias e direitos atribuídos a ele. Assim, haverá uma supressão total de direitos, inclusive os fundamentais.

Neste tocante, é evidente um retrocesso aos direitos fundamentais evoluídos até os dias atuais, onde este modelo de aplicação penal desestrutura as principais conquistas dos direitos humanos ao longo da história. O direito penal deixa de ser a última *raccio* no controle social e seu uso acaba se tornando aleatório e desenfreado.

É neste sentido que se posiciona Luciana Tramontin Bonho,

Mesmo com fortes bases filosóficas, o Direito Penal do Inimigo é um retrocesso no desenvolvimento do Direito Penal que deveria tender a ser cada vez mais a ultima ratio, ou seja, deveria ser utilizado somente quando esgotadas todas as possibilidades de controle extrapenal no combate a criminalidade e gestão de

14 JESUS, Damásio E. de. ***Direito penal do inimigo. Breves considerações***. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 8 ago. 2011.

riscos, reservando seu âmbito de atuação a esferas de extrema necessidade, tais como a proteção aos direitos fundamentais do homem.¹⁵

No entanto, apesar de se tratar de uma teoria bastante nova, vindo a ser desenvolvida em meados de 1985, pode-se dizer que sua aplicação existe desde antes de sua própria desenvoltura teórica, assim como estudado anteriormente.

Na realidade, quando observamos sua aplicação prática, devemos sempre estar ciente que esta não vem aplicada puramente e explicitamente, mas sim em partes. Ou seja, no geral, a teoria vem em algumas normas, algumas partes do sistema normativo de um país, e não em uma totalidade e de forma que prevaleça no sistema.

Assis Toledo salienta da mesma forma, sobre o instituto do direito penal do autor, que como visto anteriormente, trata-se da principal base do direito penal do inimigo,

na verdade, porém, nenhum sistema se apresenta com essa pureza. O que há são sistemas que mais se aproximam ora de um, ora de outro desses dois extremos. [...] Entre essas duas posições opostas, situam-se as correntes moderadas em prol de um direito penal do fato que considere também o autor. Esta é a posição do moderno direito penal, predominantemente um moderado direito penal do fato.¹⁶

Esta aplicação, em suma, tem por finalidade ser um dispositivo para aumentar a segurança social e política. Trata-se então de um mecanismo que acompanha o sistema, para assim oferecer maior segurança e efetividade à norma, quando esta, por vezes, já se encontra no limite de sua severidade.

Exemplo disso, é o que ocorre no Brasil. Mesmo com o atual estado democrático de direito em que se encontra a organização sistêmica normativa brasileira, ainda é possível em alguns casos, observar a incidência de resquícios do direito penal do

15 BONHO, Luciana Tramontin. **Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8439>>. Acesso em: 6 ago. 2011.

16 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal.* Apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – 13ª ed.* Rio de Janeiro : Impetus, 2011.

inimigo. Não só no sistema brasileiro, mas em diversos outros sistemas, por mais democrático, humanístico e desenvolvido que este seja.

Bibliografia

ALMEIDA, Marconi Alves Vasconcelos de. *A norma que permite o abate de aeronaves é constitucional (Decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004)?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 set. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29120>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

BEM, Leonardo de. *Direito de Solidariedade*. Disponível em 28 de julho de 2011 em <http://professordebem.blogspot.com/2010_08_01_archive.html>

BONHO, Luciana Tramontin. *Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8439>>. Acesso em: 6 ago. 2011.

BRITO, Allyne Jullyane Romanosque. *Uma crítica ao direito penal do inimigo* – Campo Grande: 2009 disponível em <<http://www.youblisher.com/files/publications/13/73878/pdf.pdf>> acessado em 28 de julho de 2011.

BRIZZI, Carla C. F. *A Globalização e os Novos Paradigmas do Direito Penal no Combate ao Terrorismo* Disponível em 28 de julho de 2011 em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf>

CORREA, Leonildo. *A banalidade do mal e o direito penal do inimigo*. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/texto30.htm>> em 28 de julho de 2011.

CREMASCO, Karine Pires. *O Direito Penal do Inimigo – “Perspectivas Doutrinárias e Práticas na Justiça Brasileira”*. Presidente Prudente-SP, 2008. Disponível em 28 de julho de 2011 <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/691/710>>

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – 13º ed.* Rio de Janeiro : Impetus, 2011.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Introdução de Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira, traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 8 ago. 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General, tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução e notas (espanhol) de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Gacia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Espanha : Civitas, 1997.