



**A AUSÊNCIA DA SOLIDARIEDADE NA SOCIEDADE EXCLUDENTE E SUA
CONTRIBUIÇÃO PARA A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA
CONTEMPORANEIDADE¹**

**THE ABSENCE OF SOLIDARITY IN THE EXCLUSIVE SOCIETY AND ITS CONTRIBUTION TO
THE EXPANSION OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW IN CONTEMPORARY**

Nicoli Francieli Gross², Lorenzo Borges³

¹Trabalho desenvolvido em conjunto ao Programa de Mestrado em Direitos Sociais da Universidade Federal de Pelotas.

²Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas- UFPel. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo PPGD UFPel. Bacharela em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, com período sanduiche na Universidade de Porto em Portugal. E-mail: grossnicoli99@gmail.com.

³Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCont. Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha - URCAMP. E-mail: lorenzo.pietrob@gmail.com.

RESUMO

A partir do advento do neoliberalismo, muitos dos direitos sociais são excluídos, refletindo em uma sociedade individualista que marginaliza os necessitados. Em decorrência da isenção da solidariedade na comunidade, a criminalidade aumenta de forma vertiginosa e, por conseguinte, o Estado passa a adotar medidas punitivas mais severas para combater a violência através do Direito Penal do Inimigo. Diante disso, objetiva-se analisar o papel da solidariedade em uma sociedade excludente, que luta pelo endurecimento das penas e marginalização dos oprimidos. Além disso, pretende-se verificar os reflexos da teoria do Direito Penal do Inimigo sobre as garantias penais e processuais penais do acusado, analisando sua incidência nos movimentos punitivistas e na definição de “inimigos” na sociedade contemporânea, a fim de demonstrar a incompatibilidade deste modelo de Direito Penal com as bases democráticas do direito de punir. Por fim, pretende-se averiguar se é possível através da efetivação da solidariedade na sociedade, a concretização dos direitos fundamentais no sistema penal. A partir da investigação científica, à luz do método fenomenológico-hermenêutico, da abordagem qualitativa, da técnica exploratória e dos procedimentos bibliográfico e documental, problematiza-se a ruptura da solidariedade como o principal fator do surgimento da sociedade excludente que incrementa políticas repressivas na ordem jurídica, como a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Logo, questiona-se, se de fato, essa teoria, é fonte de violação direta dos direitos fundamentais? Indaga-se por uma perspectiva crítica, quais as características, ou critérios, utilizados para definir alguém como “inimigo” a partir da Teoria de Jakobs? Conclui-se que uma das características da sociedade excludente é a ausência de solidariedade, que resulta na expansão do Direito Penal do Inimigo e, conseqüentemente, o encarceramento em massa.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Direitos Fundamentais. Solidariedade.

ABSTRACT



From the advent of neoliberalism, many of the social rights are excluded, reflecting in an individualistic society that marginalizes the needy. As a result of the exemption of solidarity in the community, crime increases dramatically and, therefore, the State begins to adopt more severe punitive measures to combat violence through the Criminal Law of the Enemy. In view of this, the objective is to analyze the role of solidarity in an excluding society, which fights for the hardening of penalties and marginalization of the oppressed. In addition, it is intended to verify the reflexes of the theory of the Criminal Law of the Enemy on the criminal and procedural guarantees of the accused, analyzing its incidence in the punitive movements and in the definition of "enemies" in contemporary society, in order to demonstrate the incompatibility of this model of Criminal Law with the democratic bases of the right to punish. Finally, it is intended to find out if it is possible through the realization of solidarity in society, the realization of fundamental rights in the penal system. From the scientific investigation, in the light of the phenomenological-hermeneutic method, the qualitative approach, the exploratory technique and the bibliographic and documentary procedures, the rupture of solidarity is problematized as the main factor in the emergence of the excluding society that increases repressive policies in the order law, such as the Theory of Criminal Law of the Enemy. Therefore, the question is whether, in fact, this theory is a source of direct violation of fundamental rights? From a critical perspective, what are the characteristics, or criteria, used to define someone as an "enemy" based on Jakobs' Theory? It is concluded that one of the characteristics of the exclusionary society is the absence of solidarity, which results in the expansion of the Criminal Law of the Enemy and, consequently, mass incarceration.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Fundamental rights. Solidarity.

INTRODUÇÃO

Vigora fortemente nos dias atuais uma sociedade excludente e individualista, que viabiliza práticas discriminatórias ao passo que marginaliza e desumaniza os vulneráveis. Com o advento do neoliberalismo e com a ruptura da solidariedade na comunidade bem como pela escassez dos Direitos Sociais, a criminalidade passa a ser evidenciada com mais frequência, afinal a delinquência emerge da inflamável combinação de privação relativa e individualismo. Ocorre que com o expressivo aumento da taxa da violência, se desencadearam alternativas mais severas para "combater a violência". A exemplo, cita-se o Direito Penal do Inimigo desenvolvido por Jakobs, que aborda um direito penal mais severo, que parte da consideração do indivíduo de duas maneiras: os que permanecem com o status de cidadãos e os que são taxados como inimigos do Estado. Diante dessa classificação, denota-se que os primeiros, apesar de violarem a lei, terão direito ao julgamento observando o devido processo legal. No entanto, isto não se aplica aqueles tidos como inimigo do Estado, que sofrerão punições mais severas e terão suas garantias legais relativizadas por conta de sua condição de "inimigo".



Logo, o Direito Penal do Inimigo tem como finalidade combater aquele que é tido como ameaça à sociedade. Para tanto aumenta significativamente as penas tornando-as desproporcionais, invalidando as garantias processuais do imputado, como, por exemplo: o direito ao devido processo legal. Visa também o adiantamento da intervenção do Direito Penal, para antes da conduta chegar ao estado de execução do delito. Sendo assim, pode-se dizer que o direito penal é utilizado como “arma política” pelo Estado, que tende a censurar o crime a qualquer custo, para assim, repassar a imagem de uma sociedade segura e de tranquilidade em face da criminalidade, logo o Direito Penal do Inimigo é incompatível com o Estado de Direito. Nesse sentido, problematiza-se a ruptura da solidariedade na sociedade como o principal fator do surgimento de políticas excludentes e repressivas no ordenamento jurídico Brasileiro, como a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Logo, questiona-se, se de fato, essa teoria, é fonte de violação direta dos direitos humanos previstos na Constituição Federal de 1988? Indaga-se, também, por uma perspectiva crítica, quais as características, ou critérios, utilizados para definir alguém como “inimigo” da sociedade a partir da Teoria de Günther Jakobs?

Por muitas décadas o sistema punitivo vem classificando os seres humanos e lhes conferindo um tratamento cruel e degradante que não corresponde à condição de pessoa humana, mas de um inimigo da sociedade. Desde a conjuntura histórica a imagem do inimigo estava presente, visto que na época da inquisição as bruxas e os adivinhos ocuparam este lugar, posteriormente, no século XIX, indivíduos com perspectivas médicas. Atualmente, é percebido com mais facilidade ao analisar as políticas empreendidas em relação aos terroristas ou aos membros de organizações criminosas. Diante disso, pode-se afirmar que a construção da imagem do inimigo se deu pelo Estado absoluto, que não admite gradações, sendo incompatível com o Estado de Direito, sendo compatível apenas com aquele, e não com as bases democráticas que dão sustentação ao Direito Penal Constitucional pós 1988.

Diante disso, objetiva-se analisar o papel e a importância da solidariedade em uma sociedade excludente, que luta pelo endurecimento das penas e pela marginalização dos oprimidos. Pretende-se averiguar o principal fator que contribui para o surgimento de políticas penais mais severas no país. Além disso, se analisará os reflexos da teoria do Direito Penal do Inimigo sobre as garantias penais e processuais penais do acusado, analisando sua incidência nos movimentos punitivistas e na definição de “inimigos” na sociedade atual, a fim de demonstrar a incompatibilidade deste modelo com as bases democráticas do direito de punir



pós Constituição de 1988. Por fim, averiguar-se-á a possibilidade, a partir da efetivação da solidariedade, da concretização dos direitos fundamentais no sistema penal brasileiro e da redução da aplicação de penas mais severas como o Direito Penal do Inimigo?

Logo, percebe-se que a teoria de Jakobs impacta de forma negativa à ordem jurídica, em razão de sua classificação excludente em cidadãos ou inimigos. Diante disso, evidencia-se a violação do princípio da igualdade e da imparcialidade no Direito. Destaca-se que o Direito Penal do Inimigo é tido por muitos como uma alternativa de “prevenção” de ocorrências de crimes, todavia possui caráter meramente punitivo. Diante disso, se torna incompatível com os postulados de um Estado Democrático de Direito, na medida em que se mostra profundamente atravessada por um modelo de direito penal de autor, e não de um direito penal de fato.

Em um primeiro momento se buscará investigar em que medida a ausência da solidariedade, capitaneada pelo aumento do individualismo excludente, auxilia na expansão do direito penal, em especial o do Inimigo, elucidando as figuras e características da teoria de Jakobs. Também se explanará sobre a expansão e as consequências da teoria pelo mundo, uma vez que a rotulação como inimigo, equivale a negação da condição de cidadão. Em seguida, abordará sobre a legitimidade do Direito Penal do Inimigo em relação a realidade social e os contornos do Direito Penal e Processual contemporâneos, e se discutirá sobre legitimidade e as garantias individuais e coletivas diante da Constituição. Por fim, se explanará a importância da solidariedade como meio de combate da sociedade excludente e ao encarceramento em massa. A devida pesquisa se justifica pela expansão de uma sociedade excludente, onde a solidariedade é esquecida e se busca apenas o encarceramento em massa dos vulneráveis. Por fim, conclui-se que uma das características da sociedade excludente é a ausência de solidariedade, que resulta na expansão do Direito Penal do Inimigo e, conseqüentemente, o encarceramento em massa.

METODOLOGIA

A consecução da pesquisa, sustenta-se em procedimentos bibliográficos, documentais, jurisprudenciais e legais, atende ao método fenomenológico - hermenêutico, à abordagem qualitativa e à técnica exploratória, com utilização de material físico e digital.

1 A RUPTURA DA SOLIDARIEDADE E O SURGIMENTO DE UMA SOCIEDADE EXCLUDENTE



A partir da agenda neoliberal de 1970, os objetivos solidários sofreram uma viragem, anteriormente buscavam o bem comum e a implementação e a efetivação da dignidade humana, hoje, passou-se uma sociedade individualista e excludente que se ampara no direito penal como instrumento para o devido fim. De acordo com Youg (2015), o último terço do século XX foi um período de declínio, visto o crescimento do desemprego, a desintegração da família nuclear tradicional, a ausência de respeito, o rebaixamento dos padrões, do predomínio da desordem e, notadamente, o aumento da criminalidade na sociedade. Além disso, a década de 1970 é marcada por um período em que a “sociedade de mercado engendra uma cultura de individualismo que mina as relações e os valores necessários a uma ordem social estável, fazendo aumentar, conseqüentemente, a criminalidade e a desordem” (YOUNG, 2015, p. 82).

Desde então a sociedade vem marcada por uma cultura individualista, e após a ascensão do capitalismo, as práticas discriminatórias e as violações aos direitos sociais, passam a ser mais frequentes. Em consequência, a população pobre e vulnerável é taxada como “inimigo” do Estado, sendo os principais causadores da desordem do meio social. Portanto, a realidade que se tem é de uma comunidade segregacionista e não cooperativa e solidária.

Dessa feita, percebe-se a diminuição do espírito solidário como característica da sociedade pós-moderna (YOUNG, 2015). O que resulta, conseqüentemente, na mutação dos interesses e sensibilidades das pessoas, que derivam do aumento do Estado Penal. Vale ressaltar que a ruptura da solidariedade para o aumento do Estado penal está ligada no fato de que a sociedade deixou de ajudar os vulneráveis, e passou a persegui-los através do Direito Penal.

Em outros termos, pode-se afirmar que os excluídos socialmente ganharam mais um rótulo: os inimigos da sociedade e não merecedores dos direitos sociais. Essa atitude de hostilidade contamina a solidariedade de um suposto direito ao desenvolvimento, visto que foca no espírito meritocrático, e não da ajuda a quem realmente precisa. Diante dessa lógica, os sujeitos que não fazem por merecer, não são dignos de um tratamento humano e, ao delinquirem devem ser punidos severamente pelo Estado. Além disso, tratando-se do aparato histórico do aumento da população carcerária, Garland (2014, p. 182), ressalta que,

as causas desta virada histórica não tinham muita relação com a justiça criminal, mas isto não impediu que ela gerasse conseqüências criminológicas cruciais. [...] Neste novo contexto político, as políticas previdenciárias destinadas aos pobres foram sendo paulatinamente consideradas luxos onerosos, que os contribuintes trabalhadores não



podiam mais sustentar. O corolário disto foi que medidas penais-previdenciárias para os criminosos foram tachadas de absurdamente indulgentes e inócuas.

À vista disso, Garland (2014) afirma que o encarceramento em massa na era pós-moderna alavancou a partir da diminuição da solidariedade interclasse, as quais eram presentes nas sociedades modernas, ou seja, pré-década de 1970 e responsável pela coesão social. Além disso, o neoliberalismo contribuiu significativamente para a alteração e transição do Estado Social para um Estado Penal, que não é solidário, mas totalmente excludente. Trata-se, assim, de um Estado-Centauro, conceito desenvolvido por Loïc Wacquant.

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto no Primeiro como no Segundo Mundo. Ela reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública - simbolizada pela luta contra a delinquência na rua - no momento em que este afirmar-se e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hiper mobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira. E isso não é uma simples coincidência: é justamente porque as elites do Estado, tendo se convertido à ideologia do mercado-total vinda dos Estados Unidos, diminuem suas prerrogativas na frente econômica e social que é preciso aumentar e reforçar suas missões em matéria de "segurança", subitamente relegada à mera dimensão criminal. (WACQUANT, 2011, p. 9).

Portanto, a falta de um Estado Social, viabiliza um Estado Policial, que não visa o desenvolvimento pleno do cidadão, e sim a um aperfeiçoamento enquanto ser marginalizado. Logo, a sociedade acredita fielmente que o encarceramento é o meio adequado para “ressocializar” aqueles criados na ausência do Estado Social para “desincumbir-se da tarefa que lhes foi atribuída de “recuperar as pessoas” (SHECAIRA, 2008, p. 293). Além disso, Wacquant (2011) enfatiza que o Estado-Centauro é mais agressivo em países com elevados índices de desigualdades sociais. Nesse sentido, tanto Zaffaroni (2015) como Chomsky (1999) determinam que o Brasil está intrinsecamente ligado a esse cenário falho de desigualdades e de violações dos direitos humanos. Sendo assim, o colapso do Estado Social se deu através da ausência da solidariedade, e, por conseguinte, aumentou-se a criminalidade e o encarceramento. Emerge-se, assim, um novo direito penal, onde a sociedade é dominada por um Direito repressivo (DURKHEIM, 2008), denominado “Direito Penal do Inimigo”.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS CARACTERÍSTICAS



Portanto, com o aumento da criminalidade na atualidade e a deficiência estatal em conter esse avanço da violência na sociedade desencadeou o pensar de alternativas, que invariavelmente perpassam pela idealização de um sistema penal mais punitivo, conhecido como direito penal do inimigo, voltado preponderantemente para a proteção da norma, e não da pacificação social. Para melhor compreensão sobre o Direito Penal do inimigo idealizada por Jaboks, é preciso compreender e entender as características dessa teoria. Ressalta-se assim, que algumas características do Direito Penal do Inimigo, exsurtem de modo acentuado como a antecipação da punição, a aplicação de penas desproporcionalmente altas e cruéis, bem como as diminuições/supressões das garantias penais e processuais.

O adiantamento da punibilidade, nada mais é do que a punição de atos preparatórios e o aumento das figuras delitivas abstratas e de perigo. Ocorre que, muitas vezes, não há a exteriorização de um fato delituoso, ou seja, o agente é indiciado previamente, tendo em vista a ausência e até mesmo a inexistência da segurança cognitiva que representa. Ainda, cabe mencionar que a desproporcionalidade e exacerbamento das penas também é uma peculiaridade do Direito Penal do Inimigo. O aumento das reprimendas não leva em conta a gravidade do fato e do acontecimento, ou seja, a densidade da lesão aos bens jurídicos, mas sim, a precisão de censurar as contingências ou as periculosidades do autor. Segundo afirma Luciana Tramontin Bonho (2006) “como o Direito Penal do Inimigo pune o autor pela sua periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade das penas, que passam a ser demasiadamente desproporcionais”. Além disso, tem-se ainda, a incriminação de condutas atípicas, que são consideradas inofensivas, bem como há a ampliação de crimes que existem.

Da mesma maneira, a supressão e a relativização das garantias penais e processuais são traços do Direito Penal do Inimigo. Logo, a garantia de vedação de provas ilícitas, proteção à intimidade e o acesso do advogado ao inquérito policial, é relativizado pelo Estado. Ainda, há de se destacar que outros direitos serão vedados, como: direito da liberdade provisória, benefícios como fiança, sursis, indulto, anistia. Diante disso, percebe-se que há a violação aos princípios do devido processo legal, da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, previstos na Constituição Federal. Portanto, as garantias penais e processuais são vistas como um problema, a execução da norma jurídica, como também a eficácia à prática de delitos.

Faz-se necessário destacar que o Direito Penal do Inimigo é compreendido por muitos como uma alternativa de “prevenção” de crimes, porém possui caráter meramente punitivo.



Portanto, o Direito Penal do Inimigo reinventa a estruturação da teoria do crime, que passa a ser analisada a partir de uma sociedade concreta, e não imaginária, sustentada em expectativas sociais generalizadas na forma de normas. Ainda, ressalta-se nesse sentido, a despersonalização do indivíduo que apresenta potencial latente de periculosidade para a sociedade, sendo estes, classificados como inimigos da sociedade. Nesse sentido, será abordado em seguida, as características e a classificação como cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas) na sociedade.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ÓBICE AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do inimigo é uma tendência contemporânea, visto que sua utilização vem se justificando pela necessidade de proteção de bens jurídicos insuficientemente tutelados pelo Direito Penal tradicional. No entanto, vem violando constantemente a Constituição, uma vez que sua proposta é incongruente com os princípios do Estado Democrático de Direito. Portanto, é viável diferenciar o papel do Estado de direito do Estado democrático, sendo que no primeiro vigora o império das leis, como divisão dos poderes e por fim, enuncia os direitos e garantias aos indivíduos. Enquanto o último ponto, é um aperfeiçoamento do Estado de direito que assegura a participação de todos os sujeitos na vida política, ainda que indiretamente.

Ainda nesse sentido, se faz necessário enfatizar sobre “o significado da palavra Constituição, sua definição e supremacia normativa, bem como sobre alguns princípios fundamentais, especialmente aqueles ligados ao Direito Penal e Processual Penal” (SOUTO, 2017, p.03), para assim “extrair um fundamento principiológico constitucional justificador para as intervenções do Direito Penal do Inimigo, que pouco a pouco se incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro”. (SOUTO, 2017, p. 03). De acordo com Silva (2005) a palavra Constituição pode ser compreendida e interpretada de várias formas, no entanto, todos exprimem “a ideia de modo de ser de alguma coisa, e, por extensão, a de organização interna de seres e entidades” (SILVA, 2005, p. 37), e por esta extensão é possível assegurar “que todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado” (SILVA, 2005, p. 37).

Desse modo, o Estado assenta-se em uma Constituição material, que dispõe sobre a composição e funcionamento da ordem política, proporcionando e assegurando direitos e garantias a todos os indivíduos de forma igualitária. À vista disso, torna-se inadmissível existir dentro de um Estado democrático de direito, indivíduos que não gozam dos mesmos direitos e garantias asseguradas à toda pessoa humana. Logo, “não pode de modo algum atribuir ou retirar



a qualidade fundamental de um indivíduo, ou seja, não se pode classificá-los ou não como pessoas” (COSTA, 2013, p. 17) e conseqüentemente não é possível existir “não-pessoas, e nem poderá existir Direito Penal do Inimigo” (COSTA, 2013, p. 17). Por conseguinte, Luiz Gracia Martín, também entende ser inviável a compatibilização do Estado de direito com o Direito Penal do inimigo, uma vez que, Jakobs, em sua teoria relativiza o princípio da dignidade da pessoa humana, contudo, este princípio, é considerado um dos principais da Constituição. Ferrajoli (2008) afirma ser impossível existir um direito penal de “cidadãos” e de “inimigos” dentro do Estado democrático de direito. Isto porque, o direito penal do inimigo relativiza e supre as garantias constitucionais, como exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição. Desta forma, a teoria de Jakobs, trata os sujeitos como um mero objeto, privando-os de seus direitos constitucionais. Assim, é imprescindível notar que o direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos básicos, são eles: o adiantamento das barreiras da punibilidade; aplicação de penas desproporcionais e relativização das garantias constitucionais, sendo estes as principais fonte de violação da Constituição.

Portanto, o primeiro ponto abordado acima (adiantamento da punibilidade), é incompatível entre a teoria de Günther Jakobs e aos princípios da anterioridade (NUCCI, 2009) bem como do princípio da legalidade. Isso porque para esta teoria, as penas aplicadas aos “inimigos” referem-se aos fatos prospectivos e pela simples cogitação. Nesse ínterim, é perceptível a utilização do Direito Penal do autor, que representa uma verdadeira violação ao princípio da lesividade, o qual é fundamental para que a intervenção penal seja legítima e constitucional. À vista disso, há uma antecipação da tipicidade em relação a tentativa de um delito e até mesmo para os atos preparatórios e, conseqüentemente, “tendência aumentaria a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, ampliando o controle sobre uma esfera que ultrapassa a conduta do indivíduo” (GRECO, 2007, p. 54).

A antecipação da punição ao indivíduo pela sua condução de vida, remete a política nazista lançada por Hitler, a qual apresenta semelhança com a teoria de Jakobs. Desta maneira, a constituição com o seu caráter democrático, manifesta-se adverso à tradição de regimes totalitários em que predominou o direito penal do autor. (GRECO, 2007). Não obstante, a teoria Jakobiana também viola o princípio da legalidade constitucionalmente garantidos. Segundo a Constituição vigente, para que uma ação ou omissão seja considerada crime, é necessário que haja uma lei anterior que tipifique o fato. Logo, se não houver uma norma prévia, não há crime



e nem uma pena, o que conseqüentemente, afastará a punição do fato prospectivo. Outrossim, o direito penal do inimigo representa uma mitigação do princípio da legalidade, o que não é admitido em um estado democrático de direito (COSTA, 2013). Ainda, a relativização deste princípio, “ocorre por intermédio da existência de tipos penais extremamente genéricos, ou seja, tipificações que não se expressam de maneira clara e que por isso, abrem a possibilidade de que sejam interpretadas, e conseqüentemente aplicadas, de forma ampla, a vontade do Estado”. (COSTA, 2013, p. 15). Tem-se a vista que este tipo de autor se volta para o crime, não sendo necessário esperar a prática delitativa para aplicar uma pena, como se dá aos cidadãos comuns.

Portanto, somente seria admissível a relativização de direitos e garantias, dentro de um estado de guerra. Pertinente destacar que aos indivíduos considerados “cidadãos” não se aplicam as mesmas medidas impostas aos inimigos, uma vez que estes devem ser encontrados e neutralizados. Cabe destacar ainda, que a gravidade das penas, viola diretamente o princípio da proporcionalidade, visto que as penas devem corresponder com a gravidade da infração penal cometida pelo delinquente. Viável relatar que, essa desproporção de pena está interligada na desconformidade da construção histórica da classificação de “inimigos” e “cidadãos”.

Dessarte, que tanto a relativização como a supressão das regras e garantias processuais não podem ser admitidas, isto porque, tem-se uma Constituição, que dispõe sobre os princípios como cláusulas pétreas. Pertinente mencionar ainda, que não caberá o direito do contraditório, ampla defesa e da presunção da inocência ao indivíduo considerado “inimigo” da sociedade, antes de sua condenação definitiva, sendo esta, mais uma fonte violadora da Constituição. Contudo, é perceptível a desigualdade no Direito Penal do inimigo, pois como já exposto, vem aplicando sanções mais severas para aqueles considerados “inimigos”, diferentemente dos “cidadãos”. Logo, a teoria de Jakobs, contradiz o princípio democrático. Por fim, diante de todo contexto abordado até aqui, pode-se concluir que o direito penal do inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, isto porque viabiliza um modelo autoritário de controle social, que tende a inviabilizar as mínimas garantias constitucionais, violando assim, direitos e garantias constituídas na Carta Magna.

4 A SOLIDARIEDADE COMO VIÉS HUMANITÁRIO EM UMA SOCIEDADE INDIVIDUALISTA



A sociedade atual é fortemente marcada pela exclusão social e pela violência institucional, onde os indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade e fragilidade são os principais alvos do processo de criminalização seletivo. Ressalta-se, assim, que o desprezo pelo outro, remonta ao período colonial, e se mantém de forma latente na sociedade pós-moderna e globalizada. Diante disso, apesar do princípio da dignidade da pessoa humana ser um dos pilares de uma sociedade democrática, este é constantemente violado pelo Estado. Em razão disso, o sistema penal (ZAFFARONI, 2012), opera de forma seletiva, como um filtro, uma vez que seria atribuído o status de inimigo a determinados indivíduos, por aqueles que detêm o poder de definição e de aplicação da lei penal. Consequentemente, “a estrutura social e o antagonismo de classes, exerce um papel primordial nesse contexto, ou seja, até hoje, a história de toda a sociedade é a história das lutas de classes” (MARX; ENGELS, 2012, p. 44).

Diante de um processo de criminalização seletivo, os grupos dominantes estão livres para influir irrestritamente na legislação, utilizando as instituições penais a seu favor para destruir os grupos vulneráveis contrários aos seus interesses. Logo, pode-se afirmar que a execução penal e as leis mais severas decorrentes de um Direito Penal do Inimigo, nunca serão fontes de justiça, pois tendem a excluir as pessoas da sociedade. Nesse viés, Baratta (1999) aduz que é necessário, primeiramente, integrar as pessoas na comunidade, garantindo-os condições dignas de vivência, além de que, a verdadeira reeducação deve começar pela sociedade, ou seja, “antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente atingindo assim, a raiz do mecanismo de exclusão” (BARATTA, 1999, p. 186).

No momento em que a exclusão for substituída pela integração das pessoas na comunidade, e a solidariedade permear esta, haverá, consequentemente, a diminuição da criminalidade. Isto porque, a partir da vigência e a solidificação da solidariedade, tem-se uma sociedade justa e equitativa, onde há leis e punições que seguem a Constituição, protegendo a dignidade da pessoa humana. Diante disso, a solidariedade é um requisito intrínseco tanto na legislação penal como na própria execução penal justa. Portanto, é uma característica própria da justiça, e sob esta ótica, Albergaria (1997) enfatiza que é intrinsecamente ligada ao conceito de democracia participativa, onde todos os membros da sociedade se unem em prol de benefícios comuns, não estando vinculado, portanto, a uma simples ideia de assistencialismo.

A partir disso, tem-se a retomada da consciência da responsabilidade da comunidade e sua participação na elaboração das políticas. De acordo com Habermas (1996, p. 148) “a ideia



de uma sociedade justa está conectada com a promessa de dignidade humana”, nesse viés, é importante destacar que a solidariedade é uma ferramenta primordial (HOMERO, 2001) para que os direitos fundamentais sejam respeitados e resguardados diante de uma política criminal.

Nesse ínterim, a solidariedade reproduz uma visão onde todos os sujeitos se responsabilizam pela qualidade de vida de todos os cidadãos. Logo, a luta pela efetivação dos direitos deixa de ser algo individual e passa a ser um anseio de toda a comunidade. Portanto, o impulso da solidariedade está em planejar um futuro, onde a qualidade de vida seja um quesito essencial o que, entre tantos outros aspectos, determina a mudança de comportamento da sociedade dentro da política criminal. Por fim, através da solidariedade é possível haver o rompimento de políticas penais mais severas, entretanto, não há como se olvidar de uma melhoria absoluta na legislação brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade excludente vigora desde a pós-modernidade até os dias atuais, e com ela a solidariedade passa a ser excluída do meio social, o que gera uma sociedade individualista. Diante disso, o discurso meritocrático começa a ser expandido e fortalecido, vindo a operar um mundo de segregacionismo, políticas de medo impulsionado pelo movimento de “Lei e Ordem”, que auxiliam na exclusão do outro e adota o Direito Penal do Inimigo para “prevenir” a criminalidade na sociedade. À vista disso, a ausência da solidariedade propiciou a expansão de um sistema penal mais punitivo, alicerçado em um modelo de direito penal do inimigo, voltado preponderantemente para a proteção da norma e não da pacificação social. A teoria de Jakobs, tem como função primordial a proteção da norma (do sistema normativo), e não da pacificação social, resguardando assim, somente de forma indireta, os bens jurídicos fundamentais (GOMES, 2006). Diante disso, o Direito Penal do Inimigo reinventa a estruturação da teoria do crime, que passa a ser analisada a partir de uma sociedade concreta, e não imaginária, sustentada em expectativas sociais generalizadas na forma de normas.

Portanto, trata-se de um direito penal severo, que parte da distinção do indivíduo em cidadãos e inimigos do Estado. Diante dessa classificação, denota-se que aquele que permanece com *status* de cidadão, apesar de violar a lei, terá direito ao julgamento observando o devido processo legal. No entanto, o mesmo não se aplica ao inimigo do Estado, que sofrerá punições mais severas e terá suas garantias legais relativizadas por conta de sua condição de “inimigo”.



Logo, tal modelo tem como finalidade combater aquele que se apresenta como uma ameaça à sociedade. Para atingir esse fim, aumenta-se significativamente as penas, tornando-as desproporcionais e revogando as garantias processuais. Ressalta-se que algumas de suas características exsurtem de modo acentuado como a antecipação da punição, a aplicação de penas desproporcionais, bem como as supressões das garantias penais e processuais.

A essência do inimigo a partir da teoria de Jakobs, parte-se da consistência em que o direito lhe nega a condição de pessoa, o que resulta na denominação de *ente* perigoso ou daninho. Além disso, a esses sujeitos, o Estado os nega certos direitos individuais, motivo pelo qual deixam de ser considerados pessoas, e assim *sujeito processual*, logo, não fará jus aos direitos processuais, como exemplo: de se comunicar com seu advogado constituído. Contudo, a incorporação desregrada de normas derivadas de um direito penal do inimigo mostra-se incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois viola determinadas garantias constitucionais. Chega-se à conclusão que o Estado, a fim de proteger a sociedade vem enquadrando certos delinquentes como inimigos da sociedade, visto que na visão governamental, estes apresentam uma ameaça sem precedentes. Diante disso, emergem-se perguntas que permanecem sem uma resposta plausível e concreta, quais sejam: como serão adotados os padrões e critérios para caracterizar o inimigo? Estes critérios serão modificados com a mudança de governantes? O cidadão de hoje poderá ser inimigo no dia de amanhã?

Diante do exposto, tem-se como inimigo hoje, o terrorista, o traficante de pessoas, de órgãos e o estuprador, mas, que amanhã poderão ser outras como o aquele que furta para comer, o motorista embriagado e até mesmo o batedor de carteiras. Portanto, o termo *pessoa*, à luz da teoria de Jakobs, só é assim considerada se desfrutar de determinados direitos e, se cumprir determinados deveres, logo aquele que permanece com *status* de cidadão, será destinatário de direitos e deveres. Desta forma, pode-se afirmar que todos são indivíduos, mas nem todos são considerados pessoas de Direito. Diante disso, percebe-se que a discriminação de determinados sujeitos no Brasil, não ocorre somente pela atuação do sistema penal à margem da lei. Dado que, a própria legislação penal, prevê a segregação dos indivíduos, como na Lei nº. 8.072, de 1990, Leis dos Crimes Hediondos e no Regime Disciplinar Diferenciado da Lei nº. 10.792.

Assim, a seleção e o combate aos inimigos da sociedade pelo sistema penal, se dá pela falta da solidariedade que resulta em uma sociedade individualista que passa a adotar discursos legitimadores do modelo de intervenção estatal. Contudo, tem-se como um dos discursos a



teoria de Jakobs, que surgiu em um contexto de Estado Constitucional democrático de direito, cujos valores humanistas não permitem o tratamento desigual elencado nesta teoria, motivo pelo qual Jakobs pretende, legitimar a *exceção* a esse modelo de Estado, ou seja, um *estado de exceção*. Diante disso, é cada vez mais difícil implementar, em uma sociedade individualista, políticas públicas que permitam, senão erradicar, reduzir a exclusão social estrutural que impossibilita a consolidação de um autêntico Estado Democrático de Direito. Dessa forma se percebe que o Brasil possui um sistema penal falho e degradante, que nada mais representa do que um reflexo de uma sociedade, que falha em atender aos requisitos básicos da vivência harmônica humana, dentre os quais se encontra o fundamento aqui buscado: a solidariedade.

Portanto, a política social preventiva é a melhor política criminal e não existe política social preventiva sem solidariedade. Por fim, para ser possível uma sociedade justa e um sistema penal mais humano, é necessário que a comunidade esteja consubstanciada com a solidariedade, pois é somente através da assistência recíproca entre os membros da comunidade que se alcançará a igualdade e, conseqüentemente, a diminuição da criminalidade. Como bem aduz Tocqueville (1997), não há poder na terra que possa impedir que a igualdade crescente de condições leve o espírito humano à procura do útil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1987.

BARATTA. **La política criminal y el derecho penal de la constitución**: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 27-52, janeiro-março 2000.

BARATTA. **Problemas sociales y percepción de la criminalidad**. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (orgs.). Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam. p. 274- 297. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais do Século XXI, v. 7, 2002, p. 73.

CHOMSKY, Noam. **O que o Tio Sam realmente quer**. Trad. Sistílio Testa e Mariuchka Santarrita. Brasília: Ed. UnB, 1999.

COSTA, Jessica Moraes dos Santos da. **Aspectos controversos e críticas à aplicação do Direito Penal do Inimigo**. Pós-Graduação da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. UFRJ, p.02-23, 2013.



FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 373.

GARLAND, David. **A cultura do Controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, n. 07-02. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/>. Acesso em: 19 set.2020.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HOMERO. **Odisséia**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

JAKOBS, Günther. **Criminalización en el Estado previo a la lesión de un bien jurídico, em Estudios de Derecho Penal**. Madrid, 1997, reproduzido em Moderna dogmática penal. Estudios compilados. México, 2002.

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

JAKOBS, Günther, MELIA, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KANT, I. **La paz perpetua Ensayo filosófico**. Madrid-Barcelona, 1919.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I.

MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 42.



MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Tradução Sérgio Tellaroli. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics – Companhia das Letras, 2012.

MELIÁ, Manuel Cancio; DIÉZ, Carlos GÓMEZ-JARA. **Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. v.1. Buenos Aires: Bdef. 2006.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In: **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. JAKOBS, Günther & MELIÁ, Manuel Cancio. Tradução: André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal**, São Paulo: Atlas, 2010. p. 8.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4º ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense. 1985.

SHECARIA, Sérgio, S. **Criminologia**. 2ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. **Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1701, 27 fev. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10989>. Acesso em: 01 jul. 2022.

SOUTO, Virginio Marcos. **Uma análise da teoria do direito penal do inimigo à luz da constituição federal de 88**. Direito & TI: Debates Contemporâneos; p. 01-10; 2017. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/uma-analise-da-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-a-luz-da-constituicao-federal-de-88/>. Acesso em: 01 jul.2022.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia da América**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1977.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.21.