

Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra

Luiz Regis Prado

Garantismo jurídico penal

Ao termo *garantismo* está impingida a idéia de segurança, proteção, tutela, acautelamento ou defesa de *algo*, consoante uma acepção lingüística inicial e perfunctória. Em uma primeira aproximação, é mister aclarar que, no âmbito do Direito, o *garantismo* pugna pela tutela de direitos ou bens individuais frente a possíveis agressões advindas de outros indivíduos e, principalmente, do poder estatal¹.

Faz-se necessária referência ao jurista italiano Luigi Ferrajoli, responsável pelo desenvolvimento das condições e postulados de uma concepção garantista, como uma verdadeira teoria *geral* do garantismo, ainda que em sua principal obra, *Derecho y Razón*, tenha enfatizado a questão penal mediante o emprego da expressão *teoria del garantismo penal*².

Em que pese o destaque que se confere à incidência do garantismo em matéria penal, especialmente no tocante à limitação do poder punitivo estatal, vale esclarecer que aquele é enfocado mediante três acepções, conexas entre si: a) como um *modelo normativo de direito*: segundo o qual será “garantista” o sistema jurídico compatível com as exigências do Estado de Direito; b) como *teoria jurídica crítica* (oposição ao positivismo dogmático): que se propõe a distinguir *normatividade* e *realidade*, é dizer, entre *dever ser* e *ser* no Direito; c) como *filosofia política*: preconiza a justificação externa do Direito e do Estado no reconhecimento e proteção dos direitos que constituem sua finalidade³.

¹GASCÓN ABELLÁN, M. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 21.

²FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

³Ibidem, p. 851-853.

No primeiro aspecto, é de se notar a origem da teoria garantista no campo penal como possível resposta à chamada *crise da legalidade*⁴, diante da qual se passa a consignar como *garantista* um determinado modelo normativo de Direito compatível com a *estricta legalidade*, própria do Estado de Direito, que deve caracterizar-se pelo poder mínimo, o intuito de diminuição da violência e prevalência da liberdade e restrição da função punitiva do Estado.

Daí inferir-se que o garantismo surge como garantismo penal, conquanto tenha o seu principal representante – Luigi Ferrajoli – formulado uma verdadeira teoria jurídica, estendível a todos os ramos do Direito e influente, sobretudo, no Constitucionalismo⁵.

Consoante a segunda acepção – de teoria jurídica crítica do Direito –, o garantismo distingue as categorias da validade e eficácia não apenas entre si, mas também em relação à vigência ou existência das normas⁶. Nesse passo, trata-se precisamente de uma teoria da divergência entre *normatividade e realidade*, “de direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes”⁷.

A diferenciação entre *ser e dever ser* desdobra-se, ainda, em três divergências deônticas: a) Entre *justiça (dever ser externo* ou ético-político) e *validade (o ser dos sistemas jurídicos)*: que nada mais é que a separação entre Moral e Direito; b) Entre *validade (dever ser interno)* e *vigência (o ser das normas legais)*: talvez a mais importante das distinções, pois, a partir dela é possível constatar a ilegitimidade do direito vigente; b) Entre *normatividade e efetividade*: que implica a separação entre normas e fatos, *dever ser jurídico* e a *experiência jurídica concreta*⁸.

Em sua última significação, o garantismo constitui uma filosofia política que pugna a legitimação do Estado e do Direito do ponto de vista exclusivamente externo da valoração do ordenamento: a proteção de direitos e bens individuais. Aduz, portanto, em seu bojo, uma concepção instrumental ou *artificial* do Estado e do Direito, porquanto só o indivíduo e seus direitos desfrutam de uma concepção natural. Assim, tem-se o

⁴ FERRAJOLI, L. *Derechos y Garantias: la ley más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 15.

⁵ Sobre o tema, vide SANCHÍS Luis Pietro. *Constitucionalismo y Garantismo*. In: *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, p. 852; ABELLÁN, M. G., op. cit., p. 25.

⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, p. 852.

⁸ FERRAJOLI, L., *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 11 a 14.

contratualismo como o instrumento mediante o qual é possível tutelar os direitos fundamentais, e só o modelo da democracia substancial – e não apenas formal – amolda-se a esse modelo de legitimação garantista⁹.

Por fim, insta inferir que o garantismo constitui uma corrente da filosofia jurídica, cujos postulados, não obstante tenham sido desenvolvidos por outras filosofias em diferentes épocas, apresentam importantes e inovadoras diretrizes para legitimação do ordenamento jurídico como um todo. Caracteriza-se, fundamentalmente, pela separação entre ser e dever-ser do Direito e pela instrumentalização do Direito e do Estado para garantir direitos e bens fundamentais ao indivíduo.

A teoria do garantismo visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado de Direito democrático – democracia substancial e não apenas formal – fundamentado no homem e na sociedade, servindo a esses como instrumento de garantia de seus direitos fundamentais. Dessa feita, a sua influência no sistema jurídico-penal daquele ordenamento implica elaborações de toda ordem (material, processual, principiológica, institucional, etc).

A construção de um sistema penal efetivamente garantista demanda, em primeiro lugar, a análise acerca de que *modelo* de Direito Penal se conforma ou harmoniza com aquele. A tensão entre o Direito Penal mínimo¹⁰, de *ultima ratio*, e o Direito Penal máximo, de *prima ratio*, coloca-se como um dos iniciais conflitos a serem solucionados diante de um paradigma garantista do sistema penal. Nesse sentido, “está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*”¹¹. Disso resultam, também, alguns axiomas como a presunção de inocência, o *indubio pro reo*, a analogia *in bonam partem*.

O *minimalismo* penal preconizado por Ferrajoli não se confunde com o *abolicionismo* penal, no sentido de se extinguir o sistema penal como um todo – normas e sanções penais. Destarte, não seria legítimo prescindir-se do Direito Penal que representa,

⁹ GASCÓN ABELLÁN, M. ., op. cit., p. 24.

¹⁰ FERRAJOLI, L.. Il diritto penale minimo. *Revista dei delitti e delle pene*, n. 3, 1985.

¹¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, p. 103.

em primeira instância, uma evolução das sociedades humanas: o fim da violência proveniente da *vingança privada* e, conseqüentemente, a separação entre Direito e Moral¹².

Nesse passo, o garantismo penal opõe-se de forma contundente ao denominado “Direito de emergência”, em que se altera a fonte de legitimação do Direito e do Processo Penal, que constituirá a salvaguarda do próprio Estado, em detrimento, se preciso, de direitos e garantias individuais, como é o caso do terrorismo político e algumas formas da criminalidade organizada. Distingue-se da exceção ou “direito de exceção”, segundo o qual, diante de certas hipóteses, excepcionais devido ao seu caráter grave ou alarmante, a prática judiciária está autorizada a deixar de aplicar ou flexibilizar garantias e impasses legais que se apresentem.

É assente a limitação imposta ao poder punitivo estatal pela concepção garantista de Direito Penal, à qual corroboram alguns princípios penais fundamentais, como a legalidade penal e taxatividade das normas penais, a necessidade e humanidade das penas, a proporcionalidade, equidade e certeza das penas, da lesividade, da culpabilidade.

As provisões garantistas também se estendem ao processo penal, reforçando determinadas diretrizes de proteção do indivíduo diante do arbítrio estatal, tais como a garantia do juiz natural e suas implicações, a necessidade de uma correta formulação da acusação, a inafastabilidade do contraditório, o abandono do sistema acusatório inquisitorial, a redução das penas por meio das medidas alternativas e transações como forma de simplificação do processo, entre outras¹³.

¹² ANITUAL G. I. *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 455.

¹³ SANTORIELLO, C. Garantismo (processo penale). *Digesto delle Discipline Penalistiche.*, t. I, 2005, p. 542-569.

Direito Penal do inimigo

Dentre as peculiares manifestações do Direito Penal da sociedade hodierna – denominada sociedade de risco¹⁴ (para alguns, sociedade pós-moderna), merece destaque a construção teórica, muito em voga na atualidade, do chamado *Direito Penal do inimigo*, relacionada à tendência expansiva do Direito Penal e essencialmente atribuída às formulações de Günther Jakobs, mas que constitui, em realidade, expressão ou reformulação de um pensamento *autoritário*,¹⁵ há muito presente no desenvolvimento da civilização, além de apresentar determinados princípios e regras delineados em formulações bem mais antigas, especialmente a doutrina de Hobbes.¹⁶

Essa terminologia foi apresentada por Jakobs, em meados da década de 1980, para designar um conceito doutrinário e um postulado político-criminal compatíveis com determinados dispositivos de Direito Penal e Processo Penal, que, por suas características, estruturam um particular *corpus legal* punitivo aparentemente alheio aos princípios, garantias e fins do Direito Penal liberal.¹⁷

O Direito Penal do inimigo está apoiado em duas distinções essenciais, que partem, fundamentalmente, da relação entre o que é Direito e o que está fora do Direito.¹⁸ Enquanto postulado de política criminal, opera-se uma separação entre o *Direito Penal de cidadãos* e o *Direito Penal de inimigos*; paralelamente, já no âmbito dogmático, distingue-se entre *pessoas* e *não-pessoas* para o Direito Penal.¹⁹

O Direito Penal do cidadão e o do inimigo constituem dois “tipos ideais” que dificilmente se apresentarão na realidade de modo puro; é dizer: no Direito Penal do cidadão não se encontram alguns dispositivos próprios do Direito Penal do inimigo e, com relação a este último, o indivíduo *não-pessoa* será ao menos formalmente tratado como *pessoa* alguma vez, pois no processo penal lhe serão concedidos direitos e garantias próprios do cidadão.²⁰

¹⁴ Vide BECK, U. *La sociedad del riesgo*, p. 25 e ss.

¹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del *derecho penal del enemigo*. *Revista Penal*, 19, 2007, p. 52.

¹⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Derecho Penal del enemigo*, p. 25-33. Vide também SCHÜNEMANN, B. Derecho Penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica. In: MELIÁ, Cancio; Díez, Gómez-Jara (coord). *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, p. 977 e ss.

¹⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o Direito Penal do inimigo*, p. 75.

¹⁸ BUNG, Jochen. Direito Penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. *RBCCrim*, 62, 2006, p. 108.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*. *RECPC*, 9, 2007, p. 2. Em: <http://criminet.ugr.es/recpc/>.

²⁰ JAKOBS, G.; MELIÁ, C., op. cit., p. 21 e 22.

Nessa perspectiva, é interessante notar que a relação entre *inimigo* e *cidadão* pode apresentar-se segundo uma lógica *binária* ou em conformidade com a lógica *fuzzi*. Consoante a lógica binária, assinala-se que entre o inimigo e o cidadão não há nenhuma comunicabilidade, são duas categorias inconciliáveis que, observam, respectivamente, a guerra e o diálogo, constituindo, pois, o Direito Penal do inimigo e o do cidadão vias *puras* de regulação normativa: o primeiro atendendo ao objetivo de neutralização ou destruição do inimigo e o segundo, depurado de todos esses elementos, destina-se exclusivamente aos cidadãos. Entretanto, admitindo-se que entre inimigo e cidadão há em realidade uma lógica *fuzzi*, o resultado é totalmente diverso: reconhece-se que os dois opostos são matizáveis, pois não existiria uma realização do Direito Penal caracterizada de forma *pura* como de diálogo e respeito a todos os direitos fundamentais, e, de outra parte, destacada por contornos bélicos, de combate ao inimigo.²¹

São duas esferas (pólos de regulação normativa penal) dirigidas a duas espécies de indivíduos: o *cidadão* e o *inimigo*, muito embora aquelas não se apresentem de forma estanque. O Direito Penal do cidadão define e sanciona delitos cometidos acidentalmente por cidadãos, pessoas que normalmente estão vinculados às normas e submetidos ao Direito e, somente de forma *incidental*, manifestam abusos de conduta nas relações sociais em que participam.

De fato, esses indivíduos, por oferecerem suficiente *segurança cognitiva* em seu comportamento pessoal, são considerados pelo Direito como *pessoas* e, portanto, devem fruir de garantias e direitos que lhes são assegurados.²² O delito, nesse contexto, não representa, em absoluto, o princípio do fim da comunidade ordenada, senão apenas uma irritação, um deslize reparável.²³ Assim, o indivíduo infrator é chamado, enquanto cidadão, a restaurar o equilíbrio da vigência normativa, o que se dá por meio de sua submissão a uma sanção penal.²⁴

O Direito Penal do inimigo (inimigo = “o irreconciliavelmente oposto”)²⁵ de seu turno, tem por destinatários certos indivíduos considerados como *fontes de perigo* e que, por isso mesmo, são parcialmente *despersonalizados* pelo Direito, com vistas a combater determinada forma de delinquência.

Esses indivíduos não são mais que entes perigosos,²⁶ a serem privados de direitos e garantias individuais próprios dos cidadãos, as *pessoas*. O inimigo é aquele cujas atitudes

²¹ DONINI, Massimo. El Derecho Penal frente al “enemigo”. In: MELIÁ, Cancio; DíEZ, Gómez-Jara (coord). *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, p. 608.

²² GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., op. cit., p. 55.

²³ JAKOBS, G., MELIÁ, C., op. cit., p. 35.

²⁴ JAKOBS, G., MELIÁ, C., op. cit., p. 36.

²⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M. Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado Derecho Penal del inimigo In: MELIÁ, Cancio; DíEZ, Gómez-Jara (coord). *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, p. 1016.

²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, p. 18.

revelam um distanciamento em relação às regras de Direito, o que não se dá acidentalmente, mas de forma duradoura; comportamento pessoal, profissão e vida econômica; nada é concretizável no âmbito de relações sociais legitimadas pelo Direito; ao contrário, desenvolve-se à margem deste último²⁷ e da própria sociedade.²⁸ É dizer: são indivíduos que “não prestam a garantia cognitiva mínima que é necessária para o tratamento como pessoa”.²⁹

De conseguinte, a finalidade primordial da pena não é mais a reafirmação da vigência normativa, e sim de assegurar a existência da sociedade em face desses indivíduos.³⁰

As características do Direito Penal do inimigo representam essencialmente uma refutação aos postulados do Direito Penal liberal e garantista, próprio do Estado democrático de Direito. São elas: a) antecipação da punibilidade com o escopo de combater *perigos*, de forma a alcançar momentos anteriores à realização de fatos delituosos, até mesmo meros *atos preparatórios*, por seu autor integrar uma organização que atua à margem do Direito; b) notável incremento e desproporcionalidade das penas, mormente porque à punição de atos *preparatórios* não acompanharia nenhuma redução de pena; c) para Jakobs, é manifestação própria do Direito Penal do inimigo o fato de diversas leis alemãs serem denominadas “leis de luta ou de combate”; d) *supressão* ou *redução* de direitos e garantias individuais nas esferas material e processual penal, bem como a inserção de alguns dispositivos de Direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios.³¹

Ainda no campo das características da teoria do denominado Direito Penal do inimigo, outras podem ser elencadas: anula-se a condição de sujeito de Direito do indivíduo considerado inimigo (não-pessoa); ampliam-se os meios estatais de poder e controle no processo penal e, no Direito Penal material, a chamada criminalização em um estado prévio (ou antecipação de tutela), como no campo da criminalidade organizada, terrorismo etc.³²

Ademais, nota-se que, conforme essa doutrina, o Direito Penal do cidadão se centra na manutenção da vigência da norma, em que é até esperado que o indivíduo (*cidadão*)

²⁷ GRACIA MARTÍN, L., op. cit., p. 82-83.

²⁸ GÖSSEL, Karl Heinz. Réplica del Derecho Penal del Enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho. *Revista Penal*, 20, 2007, p. 92.

²⁹ JAKOBS, G; MELIÁ, C., op. cit., p. 40.

³⁰ Díez RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: MELIÁ, Cancio; Díez, Gómez-Jara (coord.). *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, p. 580.

³¹ GRACIA MARTÍN, L., op. cit., p. 87-90; JAKOBS, Günther. La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente. *RPCP*, 12, 2002, p. 315; Demetrio Crespo, Eduardo. O Direito Penal do Inimigo *darf nicht sein!*: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo”. *CP*, 4, 2006, p. 133; LUISI, Luiz. Un Derecho Penal del enemigo: el Derecho Penal soviético. In: MELIÁ, Cancio; Díez, Gómez-Jara (coord.). *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, p. 234.

³² Cf. SCHÜNEMANN, B. Derecho Penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica, p. 969-974.

exteriorize uma conduta para que, mediante a aplicação da pena, seja restaurada a ordem normativa; diferentemente disso, o Direito Penal do inimigo visa combater perigos e, por isso, o *inimigo* é interceptado em um estado inicial, tão-só em razão da *perigosidade* que ostenta.³³

Com efeito, quando se pretende eliminar determinados grupos de pessoas, afasta-se dos postulados de um Direito Penal do fato, “convertendo-se em uma manifestação das tendências autoritárias do já historicamente conhecido ‘direito penal do autor’”.³⁴

Nesse ponto, é mister proceder a algumas ponderações no tocante à distinção formulada por Jakobs entre *pessoa* e *não-pessoa*, o que implica, ainda, a dessemelhança existente entre os conceitos de *indivíduo* e *pessoa*. A *pessoa* é um conceito puramente *normativo*, próprio, aliás, da linha normativa funcionalista sistêmica por ele desenvolvida.

A condição de inimigo implica sua desconsideração como *pessoa*. Nesse sentido, afirma-se que o *indivíduo* que não aceita submeter-se ao ordenamento jurídico, rechaça sua legitimidade e, assim, persegue sua destruição, não pode ser considerado pelo Estado como *pessoa*,³⁵ sendo privado dos benefícios e garantias que esta última condição supõe. A privação e negação dessa condição “só é possível na medida em que se reconhece que a qualidade de pessoa, isto é, a personalidade, não é, em princípio, algo dado pela natureza, mas sim – e assim deve ser aceita e reconhecida – uma atribuição normativa, seja de caráter moral, social e/ou jurídico”.³⁶ O que pertence à ordem natural é o *indivíduo* que, em um *estado de natureza*, não é motivado por nenhum dever ou obrigação;³⁷ a *pessoa*, ao contrário, é uma construção social que representa o destino das expectativas normativas e, entendida como uma *condição* pode ou não ser atribuída a um indivíduo.³⁸ Em outras palavras: o conceito de *pessoa* é produto da comunicação existente no sistema social e depende, para sua atribuição a um *indivíduo*, do grau de satisfação das *expectativas normativas* que esse indivíduo é capaz de prestar.³⁹

Essa distinção só é coerente com as premissas de que parte essa doutrina, para a qual o Direito como um todo e os conceitos jurídicos pertencem unicamente ao mundo normativo, referem-se a valores, não podendo, portanto, ser extraídos da esfera ontológica.⁴⁰

³³ DEMETRIO CRESPO, E., op. cit., p. 135; JAKOBS, G.; MELIÁ, C., op. cit., p. 33.

³⁴ DEMETRIO CRESPO, E., op. cit., p. 140.

³⁵ JAKOBS, G.; MELIÁ, C., op. cit., p. 40-41.

³⁶ GRACIA MARTÍN, L., p. 133.

³⁷ As pessoas são aquelas que compreendem um esquema de direitos e deveres (GÖSSEL, K. H., op. cit., p. 93).

³⁸ GRACIA MARTÍN, L., p. 136; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., op. cit., p. 58.

³⁹ Díez RIPOLLÉS, J.L., op. cit., p. 579.

⁴⁰ Cf. PRADO, L. R.; CARVALHO, E.M. A metodologia onto-axiológica e o sentido social da conduta típica: crítica à doutrina positivista-normativa. *RT*, v. 839, 2005, p. 428-429; MELIÁ, Cancio. “Derecho Penal” del enemigo y delitos de terrorismo. *RPCP*, 13, 2003, p. 159.

No entanto, a dignidade humana apresenta-se como um *limite* que essa construção não logra superar, especialmente no tocante à concepção puramente normativa de *pessoa*, já que “todo indivíduo é portador de dignidade humana”, não sendo esta última uma condição proveniente de um determinado *estado* do ser humano.⁴¹ É intrínseca ao homem a sua dignidade, como um verdadeiro atributo *ontológico*, isto é, integrante da própria espécie humana e, portanto, válido em si mesmo.⁴²

É dizer, a pessoa humana deve ser o centro de todo o Direito, e muito particularmente do Direito Penal. O cidadão, o indivíduo, considerado como pessoa “é o protagonista da política e da história e, portanto, do Direito, uma das manifestações típicas da política e da história, se não mesmo a mais típica (...). Numa sociedade democrática aberta, ou seja, autenticamente democrática, a pessoa surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica que a eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinante de toda decisão, de modo que não pode ser degradada a um mero meio em vista de um fim a realizar. A pessoa goza assim duma esfera de autonomia própria que não pode ser tocada ou agredida, sem se abalarem as bases da própria convivência”.⁴³

Nesse diapasão, cabe indagar se o Direito Penal do inimigo – ordem de coerção destinada a indivíduos *não-pessoas* – pode efetivamente ser chamado *Direito*. Nos Estados totalitários, seria inócua uma discussão acerca da legitimidade de um Direito Penal do inimigo, pois, como bem se afirma toda a legislação estaria voltada à luta contra os inimigos do Estado, em geral seus dissidentes ou oponentes.⁴⁴

A *pessoa* – como um conceito normativo – está sujeita às regras de imputação jurídico-penal, ao passo que as *não-pessoas* não estão suscetíveis a tais regras⁴⁵ e não há sobre elas quaisquer expectativas normativas. Se entendida como uma construção objetiva, não dotada de *substantividade* própria, a *pessoa* passa de sujeito a *objeto* da ordem legal.⁴⁶

Trata-se, portanto, de uma concepção contrária a toda Constituição que consolida o Estado democrático de Direito;⁴⁷ porque ignora a realidade do conceito de *pessoa* e a transforma em um puro *instrumento* da ordem normativa.

⁴¹ GÖSSEL, K. H., op. cit., p. 96.

⁴² Vide Capítulo III (princípio da dignidade humana); PRADO, L.R. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 83 e ss.

⁴³ BETTIOL, G. *Direito Penal*, I, p. 78-79.

⁴⁴ GRACIA MARTÍN, L. p. 79.

⁴⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., op. cit., p. 58.

⁴⁶ GÖSSEL, K. H., op. cit., p. 94.

⁴⁷ Assim também RIBEIRO, Bruno de Moraes. Defesa social, ideologia do tratamento e o Direito Penal do inimigo. *CP*, 5, 2006, p. 212.

O Direito que pretenda obrigar os homens em sua *consciência* e não ser mera força, deve considerá-los – a todos – em sua dignidade humana, como *pessoas*, seres responsáveis e capazes de se dirigir por critérios de sentido, verdade e valor.⁴⁸ Diante disso, resta evidente que não é possível reconhecer às normas típicas do Direito Penal do inimigo o caráter de *Direito*. Buscando-se impor como uma ordem de caráter *obrigatório* e não mero exercício de um poder superior, o Direito deve necessariamente reconhecer a condição de *pessoa* do homem,⁴⁹ que tem por base a *liberdade humana* de escolher atuar ou não conforme seus preceitos.

Demais disso, não se vislumbra um parâmetro que ofereça o mínimo de segurança a respeito da identificação do inimigo, de modo que é impossível determinar se essa seria uma condição inata ou, ao contrário, poderia um cidadão perder sua condição de pessoa, transformar-se em inimigo e, ainda, em que momento preciso isso ocorreria ou quais os critérios que delimitariam essa qualificação.

Com efeito, a tensão que se coloca sob os auspícios da moderna tendência expansiva do Direito Penal, relativamente aos preceitos de Direito Penal do inimigo presentes em legislações do mundo inteiro, é a existente entre *liberdade* individual e *segurança* dos cidadãos (e da sociedade como um todo).⁵⁰

Nesse passo, afirma-se, com razão, que as formulações imprecisas do Direito Penal do inimigo mitigam os princípios da legalidade – sobretudo em sua vertente da *taxatividade* –, da *segurança jurídica*, da exclusiva proteção de bens jurídicos, além de outros princípios fundamentais como o da igualdade, proporcionalidade e presunção de inocência.⁵¹

Trata-se de um Direito Penal construído a partir da pessoa do delinqüente e não a partir do fato delituoso, o que significa nada mais que a legitimação do Direito Penal do autor.⁵²

A teoria do Direito Penal do inimigo encontra resistência e repulsa majoritária na doutrina. Entre os próprios normativistas, adeptos do funcionalismo sistêmico, há quem reconheça a incompatibilidade entre aquele e o Estado de Direito, rechaçando a possibilidade de se ter um Direito Penal para cada momento, quando for mais conveniente.⁵³

⁴⁸ CEREZO MIR, José. Derecho Penal y derechos humanos: experiencia española y europea. *Obras Completas*, II. Otros estudios. Peru: ARA, 2006, p. 23.

⁴⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del enemigo”. In: MELIÁ, Cancio; Díez, Gómez-Jara (coords.). *Derecho Penal del Enemigo: el discurso penal de la exclusión*, v. 1. Buenos Aires: St Grafico, 2006, p. 1065.

⁵⁰ DEMETRIO CRESPO, E., op cit., p. 150.

⁵¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., op. cit., p. 64-68.

⁵² Cf. Díez RIPOLLÉS, J. L. La política criminal en la encrucijada. Montevideo: IB de F, 2007, p.173.

⁵³ CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. Direito Penal do inimigo e direitos fundamentais. *RT*, 862, p. 440 e 442.

Com propriedade se adverte – em alusão a certos fatos (por exemplo: Guantânamo) – que “na realidade, constituem um presságio fatídico que nos exorta a defender o Direito Penal humano, que reconhece o delinqüente como nosso próximo, e não o confunde com o objeto do Direito das coisas, contrariamente do que o protege sua personalidade inata (Immanuel Kant)”.⁵⁴

Aliás, a construção teórica Direito Penal do inimigo, e outras semelhantes ou mais ou menos afins, relacionam-se com o emprego desenfreado da lei penal (*prima ratio*), com as medidas penais de emergência e simbólicas negativas, com a absurda flexibilização dos princípios penais liberais, com a pauperização das garantias,⁵⁵ e tantas outras medidas de cunho autoritário e eminentemente repressivo.

Todavia, não se pode escamotear o fato de que o exagero da atual tendência funcional normativa pura, desconectada do real, pode acabar por fazer do instrumento penal um mecanismo de dissuasão e de antecipação da tutela, sempre em nome da prevenção social e em bases puramente utilitaristas. Não se pode deixar de consignar, ainda que ressalte à evidência, que “a teoria da responsabilidade penal – da imputação – não tem como referência a pessoa enquanto construção social ou normativa, mas o *homem*”.⁵⁶

Por fim, e em certo asserto: “na medida em que o Direito Penal do inimigo for apenas força e coação físicas para a imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser considerada ilegítima e invalidada de modo absoluto”.⁵⁷

Na verdade, a partir daí o “*Direito* deve ser compreendido, pois, como a luta contra o exercício puro da força e da coação física de um poder superior e, portanto, como *luta contra o Direito Penal do inimigo*”.⁵⁸

⁵⁴ SCHÜNEMANN, B. Derecho Penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica, p. 984

⁵⁵ Cf. TERRADILLOS BASOCO, J. M. Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado Derecho Penal del enemigo, p. 1012-1016, 1028.

⁵⁶ GRACIA MARTIN, L. *O horizonte do finalismo e o Direito Penal do inimigo*, p. 169.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 156.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 153 (grifo no original).