

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRATAMENTO JURÍDICO DO INIMIGO INTERNO: LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ana Flávia Jordão Ramos

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Alagoas.

RESUMO: O presente trabalho apresenta como temática o conflito entre o direito penal do inimigo e o sistema de direitos fundamentais consolidados pela Constituição de um Estado Democrático de Direito que pretende conferir a máxima proteção à dignidade da pessoa humana. O tema escolhido revela a preocupação com a coexistência de tratamentos penais e processuais penais diferenciados entre seres humanos, principalmente quando são introduzidas no Direito certas medidas de exceção dotadas da capacidade de desconsiderar as qualidades de cidadão e de pessoa. A metodologia consiste na revisão bibliográfica de doutrina nacional e estrangeira.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal do inimigo, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The present paper presents as thematic the conflict between the criminal treatment of the enemy and the system of basic rights consolidated by the Constitution of a Democratic State under the rule of Law which intends to confer the maximum protection to the dignity of the human being. The chosen subject discloses the concern about the coexistence of criminal treatments and procedural criminal differentiated between people, mainly when the Law incorporates certain measures of exception that have the capacity to disrespect the status of citizen and human being. The methodology consists of the bibliographical revision of national and foreign doctrine.

KEYWORDS: criminal law of the enemy, fundamental rights, dignity of the human being.

Introdução

Este artigo pretende discutir as possibilidades de restrição aos direitos fundamentais dos indivíduos identificados como inimigos da sociedade. Para tanto, estudar-se-á quem é o inimigo, buscando questionar se esse também merece ser visto como sujeito de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O trabalho será dividido em quatro partes: na primeira, serão desenvolvidas noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo; no segundo segmento, serão analisados aspectos pertinentes à dignidade da pessoa humana e o papel desse valor para a ordem constitucional brasileira, especialmente no tocante aos direitos fundamentais; na terceira etapa, será abordada a questão dos limites às restrições dos direitos fundamentais; e o capítulo final dedicar-se-á a criticar a doutrina do direito penal do inimigo, embasando-se na proposta de universalização da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, abordar-se-á os principais aspectos do direito penal do inimigo, segundo a teoria desenvolvida por Jakobs, a fim de esclarecer a origem e os critérios da identificação do inimigo.

Após fixar as necessárias premissas sobre o tratamento diferenciado dirigido ao inimigo, será estudada a importância da dignidade da pessoa humana dentro da teoria dos direitos fundamentais. Nesse ponto, torna-se necessário esclarecer o papel da dignidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro, para somente então vislumbrar as possibilidades de relativização de direitos fundamentais.

Ao final, será analisada a constitucionalidade do tratamento diferenciado entre seres humanos nos termos da teoria de Jakobs, apresentando opiniões críticas sobre os principais pilares apresentados pelo autor. O objetivo das críticas será contrastar, de um lado, a necessidade de punir os delinquentes mais perigosos, por imperativos de segurança pública, e, de outro,

a possibilidade de conferir um tratamento digno a todos, a fim de evitar abusos e arbitrariedades por parte do Estado.

A metodologia adotada consiste na pesquisa bibliográfica interdisciplinar, tomando como referências doutrinas desenvolvidas nos âmbitos do direito penal e da teoria dos direitos humanos fundamentais.

1. Breve histórico sobre a percepção do inimigo

Inicialmente, torna-se necessário esclarecer que não há, atualmente, pretensão doutrinária no sentido de fixar os critérios ou as características essenciais capazes de fornecer uma definição imutável de inimigo no âmbito do Direito Penal e das Ciências afins. Nesse viés, a doutrina moderna estabeleceu tranquilo consenso a respeito da impossibilidade de conceituação do inimigo, eis que as matizes a esse atribuídas variam de acordo com o momento histórico vivenciado.

Diante desse contexto, é possível afirmar que o conceito de inimigo da sociedade é resultado de um processo histórico, sendo influenciado sobremaneira pelos interesses políticos e econômicos vigentes na sociedade em um dado espaço de tempo. Essa assertiva está embasada em dados históricos que influenciaram as diversas concepções filosóficas ou até pretensamente científicas¹ ao longo dos séculos.

Em cada uma dessas épocas, o detentor do poder punitivo tentava respaldar essa diferenciação entre os seres humanos através de discursos legitimadores acompanhados de instrumentos legais e estruturais capazes de conter, mesmo que aparentemente, a conduta daquele indivíduo ou povo considerado inimigo.

Dito isto, é razoável iniciar esta breve digressão histórica com duas ressalvas: primeiro, não se pretende abordar com profundidade os ensinamentos professados pelos respeitáveis filósofos e teóricos devido a limitação temática deste escorço; segundo, já alertava Jakobs que a expressão “direito penal do inimigo” (MORAES, 2008, 12) não representa necessariamente algo negativo ou pejorativo, já que o tratamento diferenciado pode estar embasado por normas jurídicas legítimas e necessárias criadas para situações emergenciais ou excepcionais (JAKOBS, 2005, p. 22).

Conforme já foi dito, há muito tempo já se discute sobre o tratamento punitivo que o Estado deve destinar ao inimigo. Durante a Idade Medieval até os tempos Modernos², o discurso teocrático exercia notável poder sobre as sociedades feudais e impérios pertencentes à civilização ocidental. De acordo com o que era pregado, o inimigo era Satã que se manifestava por meio da possessão maligna de loucos e bruxas. Utilizava-se a imposição do medo derivado de ameaças metafísicas, cósmicas e apocalípticas para legitimar a ação dos Tribunais da Inquisição, que não somente julgavam e condenavam bruxas como também inimigos do poder político, apontados como hereges ou dissidentes (ZAFFARONI, 2007, pp.33 a 34).

Com a ascensão da classe burguesa revolucionária, seguida pela consolidação da fase do capitalismo mercantil, passou a se observar duas novas propostas de inimigos. A primeira delas tratou de incluir os cidadãos que ficaram à margem do novo sistema de produção, en-

¹ Referência ao nazismo e fascismo que se apoiaram numa pretensa ciência positivista para respaldar as atrocidades cometidas durante o governo ditatorial.

² O período mencionado compreende, mais especificamente, o século XVI, após a queda do Império Romano, até o final da Inquisição no século XIX com a ascensão definitiva da Burguesia.

quanto a segunda proposta abrangeu as populações originárias das colônias européias, consideradas como raças inferiores.

A partir do momento em que se fortificou o capitalismo, houve um notável crescimento das cidades acompanhado também do surgimento de problemas sociais associados à grave desigualdade social.

A esse respeito, Zaffaroni aponta para a permanente tendência de repressão penal plural que consistiria na consolidação de um regime jurídico que buscava a eliminação física dos delinquentes que praticavam crimes graves (chamados de patibulários) e dos dissidentes, que seriam aqueles reincidentes constantes na prática de delitos de menor gravidade. Após o aumento da concentração urbana, os marginalizados, vistos como indesejáveis, já não poderiam mais ser dizimados, mas apenas neutralizados³, uma vez que seu trabalho era necessário e pouco custoso para os detentores do poder (ZAFFARONI, 2007, pp. 35-36).

Nas colônias Européias, o poder punitivo era embasado no discurso tendente a difundir a eliminação das populações americanas locais com a finalidade de destruir os costumes e organização social dos povos indígenas. Consequentemente, os colonizadores eram autores de um verdadeiro genocídio que tinha por finalidade maior o interesse econômico de explorar os potenciais produtivos e extrativistas das colônias e, principalmente, comercializar mão-de-obra escrava (ZAFFARONI, 2007, p. 35.)

Vale ressaltar que, nesse período, os delinquentes ocasionais que pertenciam a classes mais abastadas não eram considerados como inimigos ou estranhos, mas sim como iguais em relação aos integrantes do grupo dominante. Por isso, era muito comum que os designados como iguais não fossem punidos devido ao grau de seletividade do *jus puniendi*.

Os acontecimentos históricos narrados foram percebidos por filósofos como Rousseau que acreditava que o delinquente deveria ser excluído da sociedade, pois através de sua conduta demonstraria desrespeito ao contrato social. O crime seria interpretado como um ataque dirigido contra a existência do próprio Estado. Destarte, conclui-se que Rousseau apostava na tese da separação radical entre cidadão e inimigo. Contudo, as críticas são dirigidas à abstração desse enunciado, pois o mencionado filósofo não esclareceu que tipo de crime seria hábil a tornar o seu autor um inimigo do Estado (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 25).

Por outro lado, Hobbes mantém o status de cidadão do delinquente em alguns casos. Por conseguinte, o inimigo seria apenas os delinquentes que se rebelavam contra a instituição Estatal. Caso estivesse caracterizada a alta traição contra o Estado, a natureza da conduta delituosa seria interpretada como a rescisão da submissão presumida do cidadão em relação ao Estado (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 26).

Kant parte do pressuposto que o direito penal do inimigo se dirige àquelas pessoas que apresentam comportamento desviante invariavelmente. Assim, o Estado teria a função de assegurar o bem estar dos cidadãos frente às intervenções praticadas pelos delinquentes. Com essa finalidade, o Estado encontraria respaldo para aplicar a coação. Conclui Kant que o inimigo não deve ser necessariamente excluído, abrindo os olhos para a possibilidade de ser firmado com o delinquente um acordo de paz. (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 28)

Interessante salientar que na América Latina o poder punitivo se estruturou de forma peculiar. Em meados do século XIX, após a declaração de independência política das antigas

³ Segundo Zaffaroni, a neutralização consistia em submeter os indesejáveis a processos demorados, aplicando-lhes medidas cautelares como custódia provisória ou determinando a deportação, que teria substituído o recrutamento e as galés quando estes não seriam mais interessantes pela necessidade de profissionalização do exército e uso de máquina a vapor.

colônias européias, principalmente das localizadas na América do Sul, os governos oligárquicos locais sancionaram as primeiras constituições e leis penais idealizados a partir de princípios liberais. Entretanto, os governos republicanos foram logo substituídos por populismos. Nesse ponto, constata-se que as legislações passaram a adotar influências européias caracterizadas principalmente pelo protecionismo e nacionalismo. (ZAFFARONI, 2007, p. 49 a 51)

Como os populismos não apoiavam os interesses norte-americanos, logo trataram de incentivar os golpes de Estado que culminaram na instalação de fortes ditaduras e regimes militares. Nesse momento, considerava-se inimigo todos os integrantes dos grupos minoritários que pudessem representar ameaça ao domínio do poder. Aos dissidentes se concediam duas formas de punição: a primeira, chamada de sistema penal paralelo, consistia nas detenções administrativas embasadas em situações de guerra ou circunstâncias excepcionais; a segunda, conhecida como sistema penal subterrâneo, era o uso de instrumentos ocultos destinados à eliminação dos inimigos por desaparecimento forçado ou execução. (ZAFFARONI, 2007, p. 50).

Dentro desse mesmo contexto histórico, convém ilustrar a notável influência norte-americana exercida sobre os países sul-americanos com a imposição da política criminal transnacional de combate às drogas ilícitas. Pregava-se que o tráfico de substâncias entorpecentes ilícitas representava uma ameaça à segurança nacional. De tal sorte, o traficante era retratado como inimigo numa percepção maniqueísta da realidade: o discurso penal norte-americano associava o traficante de drogas à imagem bem constituída do inimigo externo, qual seja o comunismo (CARVALHO, 2008, p.52).

Sem dúvida, a preocupação internacional, na realidade, consistia em evitar a lesão de interesses econômicos que seriam afetados pela ação de grandes organizações criminosas que agiam no plano internacional.

Rosa Del Olmo defende que os Estados Unidos foram responsáveis pela produção e divulgação da idéia de dicotomização do “mundo livre”, representado pelos aliados, e dos “países inimigos”, expressão que se refere ao eixo soviético. Incontáveis teorias surgiram para influenciar a opinião pública, alimentada pelo sentimento de medo. (OLMO, 2004, p. 41.)

O modelo jurídico-penal delineado pelos Estados Unidos e copiado pelos países capitalistas denominados subdesenvolvidos, é marcado pela seletividade do controle repressivo e estigmatização dos sujeitos identificados como criminosos. Em conformidade com o pensamento difundido, imagina-se que as garantias e direitos fundamentais apenas podem ser aplicados aos cidadãos e, nunca, aos delinquentes identificados como ameaças em potencial à ordem pública.

O êxito da implementação do respectivo modelo jurídico-penal norte-americano nos países da América Latina pode ser atribuído ao simplismo do discurso autoritário norte-americano somado à precariedade institucional dos países latinos. (ZAFFARONI, 2005, p. 22.)

A concentração de renda e a conseqüente miserabilidade da população apenas reforçam a facilidade na aceitação de um discurso penal simplista, que é altamente rentável para os exploradores dos meios de comunicação, como também é útil ao controle social dos excluídos.

Os reflexos da política transnacional autoritarista defendida pelos Estados Unidos são sentidos ainda na atualidade, especialmente no que concerne à definição do inimigo após os atentados terroristas ocorridos naquele país no dia 11 de setembro de 2001. A partir desse evento, o discurso competente passou a justificar o autoritarismo utilizando o argumento da

necessidade de combater o terror e organizações criminosas, situação que ensejaria um estado de emergência com duração indefinida.

A complexidade de fatores⁴ que influem para a adoção de políticas criminais se deve a uma tensão natural entre a subsidiariedade do direito penal e sua contraditória utilização como instrumento de repressão de uma ampla variedade de comportamentos socialmente indesejáveis. (MORAES, 2008, p. 11.)

Nota-se que, na contemporaneidade, o Direito Penal assume um papel de garante das mais diversas situações devido à necessidade de acalmar os medos da sociedade de risco⁵. Desse modo, constata-se que política criminal contemporânea busca obter certa reafirmação social de valores através do reforço da idéia de prevenção positiva no campo comunicativo, o que se expressa com a criação de normas jurídicas que prevêm tratamento diferenciado para os inimigos. (GOMES, 2005, p. 27 a 67.)

Diante dessas informações, é possível concluir que o processo de cooperação internacional enseja a diminuição das especificidades do poder punitivo de cada Estado devido ao aumento da esfera jurídica de incidência das normas jurídicas internacionais. De tal sorte que, em decorrência da globalização, os países que fazem parte de acordos de cooperação internacional são obrigados a adaptar suas normas e políticas públicas às exigências impostas no plano internacional. (GOMES, 2005, p. 165 a 185.)

Nesse cenário, a proposta feita pelo direito penal do inimigo ganha força inegável. Eis que nova tendência influencia não somente o legislador ordinário, na criação de instrumentos legais capazes de flexibilizar as garantias fundamentais a um nível bastante preocupante, como também é sentida por todo o aparato penal nas sociedades periféricas.

Esse novo autoritarismo consolidado na América Latina – denominado autoritarismo *cool* – é marcado por sua superficialidade e alto poder de propagação devido aos meios de comunicação disponíveis na era da globalização. (ZAFFARONI, 2007, pp. 68-69.)

Com essa rápida e despretensiosa síntese histórica, é conveniente refletir sobre a conclusão de Zaffaroni segundo a qual a rápida sucessão de inimigos é alimentada pelo aumento da sensação de medo, fato que proporciona uma eterna busca pelo bode expiatório. (ZAFFARONI, 2007, 69.)

⁴ A respeito da complexidade da sociedade atual, Raúl Pariona Arana doutrina que os avanços tecnológicos e científicos, proporcionados pela globalização, caracterizam um fenômeno de modernização. Contudo a tecnologia, obviamente, traz novos riscos para o ser humano, inclusive no que concerne à projeção de efeitos nocivos para as gerações futuras. A fim de proteger a sociedade contra esses novos riscos, o legislador fez uso do direito penal, o que resulta na tendência de ampliação de comportamentos penalmente relevantes.

⁵ A sociedade do risco surge como resultado das transformações decorrentes da modernidade reflexiva. Tal fenômeno pode ser conceituado como um processo de autodestruição criativa da era da sociedade industrial, que opera através da desincorporação seguida de uma reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade. Assim, a sociedade moderna tem como característica o dinamismo em diversos setores sociais, sendo notável a destruição das formações de classes, camadas sociais, inversão dos papéis dos sexos, desestruturação da família tradicional. A obsolescência da sociedade industrial incute riscos sociais, políticos, econômicos e individuais que tendem a escapar das instâncias de controle social. Num primeiro plano, os efeitos e auto-ameaças são produzidos de forma sistemática, mesmo sem se tornarem questões públicas. Num segundo plano, esses riscos passam a ser debatidos nos âmbitos políticos e privados e, nesse viés, as instituições da sociedade industrial são concebidas como produtoras e legitimadoras das ameaças que não conseguem controlar. Neste diapasão, a sociedade do risco surge a partir dessas ameaças e riscos incontrolláveis e produzidos ao longo do estágio da modernidade que levam ao questionamento da legitimidade das entidades bases da sociedade industrial (BECK, 1995, p.12 a 19.)

Como a imagem do inimigo torna-se cada vez mais incerta, pode-se concluir que há uma total insegurança na aplicação das medidas de exceção já que qualquer um pode ser considerado inimigo ou até ser tratado como tal malgrado possua *status* de cidadão⁶.

1.2. Existência de sistemas de garantias e direitos fundamentais diferenciados

Ao analisar os dados históricos, é possível perceber que, no atual contexto jurídico penal, Jakobs defende que existem duas tendências que se sobrepõe: direito penal do inimigo e direito penal do cidadão. Esses dois tipos ideais convivem no mesmo espaço, muito embora seja notável a contradição permanente existente entre ambas as tendências. (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 21.)

Como premissa básica para o entendimento da referida contradição, tem-se que o poder punitivo sempre teve como característica a discriminação do tratamento punitivo conferido àqueles intitulados como cidadãos e outros considerados como entes perigosos, denominados em última análise como inimigos da sociedade. A esses últimos se negava o direito de ter sua conduta julgada em conformidade com o sistema de direitos e garantias fundamentalmente relativas aos cidadãos. (ZAFFARONI, 2007, p. 11.)

Sendo assim, é possível identificar que o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo abrangem esferas distintas: a primeira serviria para reforçar a vigência do ordenamento perante a sociedade, no sentido de manter íntegra a ordem jurídica frente à violação do direito; já a segunda esfera, relativa ao direito penal do inimigo estaria direcionada a garantir a integridade do ordenamento jurídico contra fatos futuros incertos praticados pelo inimigo. (MORAES, 2008, p. 25.)

Ciente das consequências que poderão advir do tratamento diferenciado entre seres humanos, principalmente no que concerne à manutenção da dignidade da pessoa humana e do status de sujeito de direito da pessoa apontada como inimiga, torna-se imprescindível discutir até que ponto é legítima a contradição imposta pelo discurso competente. Conforme foi visto, esse será o objetivo do presente estudo.

2. Noções introdutórias sobre a concepção de dignidade da pessoa humana

Segundo Eduardo Rabenhorst, embora a consciência voltada para a dignidade como valor único de todos os homens tenha surgido com a filosofia humanista, somente com os modernos é que se pode falar em dignidade como valor intrínseco do homem. (RABENHORST, 2001, p. 14.)

Compartilhando de posição semelhante, Norberto Bobbio defende que a idéia de universalidade da natureza humana surgiu nas civilizações ocidentais com a difusão do cristianismo, muito embora somente tenha sido consagrada como instituição política – e propriamente “inventada” – na Idade Moderna. (BOBBIO, 2004, p. 204.)

Destarte, torna-se imprescindível expressar o pensamento desenvolvido por Locke, segundo o qual o homem possui uma esfera pessoal de não-interferência que funciona como limite ao controle social. Para ele, o direito natural seria gerido pelo Estado por meio do contrato social, que pressupunha a igualdade entre os indivíduos e assegurava uma parcela de suas liberdades. Nesse momento, foram destacadas as noções de autonomia e razão do ser hu-

⁶ Esse assunto será explorado com maior profundidade no decorrer do trabalho.

mano, que permitiriam que o homem fosse capaz de se determinar conforme a sua lei própria. (RABENHORST, 2001, pp. 31-32)

Convém lembrar que Kant já havia refletido sobre o tema, sustentando que o homem não é uma coisa e, por isso, não constitui um fim em si mesmo. De tal maneira, não pode ser considerado como simples meio, isto é, não pode ser objeto de instrumentalização. Consequentemente, essa qualidade humana seria irrenunciável e inalienável posto que consistia no elemento que qualifica o ser humano como tal. Por ser a expressão da própria condição humana, a dignidade deve ser reconhecida, respeitada, protegida e promovida pelo Estado. (RABENHORST, 2001, pp. 33-34)

Malgrado a existência de várias contribuições doutrinárias, não é possível encontrar uma conceituação clara e definitiva sobre o conteúdo da dignidade humana. O aparente empecilho, entretanto, não impede o estudo do mencionado tema. Para tanto, é necessário estabelecer algumas características e matizes especificamente atribuídas à dignidade da pessoa humana como objeto de estudo doutrinário e de decisão dos Tribunais.

Conforme os ensinamentos de Sarlet, a dignidade da pessoa humana não comporta uma definição fixista já que se caracteriza pelo pluralismo e, ainda é informada por uma diversidade de valores manifestados no seio de uma sociedade complexa como é a contemporânea. Nesse contexto, o conceito derivaria de um processo de construção e desenvolvimento interminável, já que a práxis constitucional, as necessidades e valores sociais conduziram a uma demanda constante de concretização e delimitação da dignidade. (SARLET, 2009, p. 46.)

Apesar dessas peculiaridades, seria interessante expor aqui uma noção do que seria o núcleo básico da dignidade da pessoa humana, sem pretender aqui encerrar todos os pontos problemáticos do tema. Nesse sentido, cita-se o sábio pensamento de Sarlet para quem a dignidade é “uma qualidade intrínseca da pessoa humana, constituindo o elemento que qualifica o ser humano como tal”. Como já se nasce como titular absoluto da dignidade, não é dado ao ser humano dispor dela de nenhuma forma, o que a torna irrenunciável e inalienável. (SARLET, 2009, p. 47.)

A partir dessa premissa, conclui-se que a dignidade por ser elemento intrínseco ao ser humano não é algo concedido pelo Ordenamento Jurídico, tal como uma mera pretensão. Não obstante, para a realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito, é imprescindível que aqueles que possuem o poder de formular leis e de executá-las, reconheçam a dignidade e o núcleo de direitos que dela se derivam. (SARLET, 2009, p. 49.)

Por esse motivo, Sarlet esclarece que a dignidade existe até nos lugares onde o Direito não a reconhece formalmente, na medida em que constitui um dado prévio. A positivação, contudo, é importante para a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, a compreensão da dignidade da pessoa humana provoca consequências jurídicas, o que impulsiona os juristas a tentar desvendar o seu conteúdo a fim de garantir um tratamento isonômico entre os membros da sociedade. (SARLET, 2009, p. 49.)

Feitas essas importantes ressalvas, torna-se imprescindível dedicar algumas linhas sobre o resgate da dignidade da pessoa humana como norte para a construção e concretização dos direitos humanos⁷ no âmbito internacional e dos direitos fundamentais consolidados na Constituição Federal Brasileira de 1988.

⁷ Convém diferenciar as expressões “Direitos humanos” e “Direitos Fundamentais”. Sarlet explicita que direitos humanos são todos aqueles titularizados pelo ser humano, pela sua própria condição humana, e que possuem validade universal independentemente da vinculação do sujeito com certa ordem constitucional, sendo esses direi-

2.2. O resgate da dignidade da pessoa humana: a consolidação dos direitos humanos na sociedade Pós-guerra e o papel dos direitos fundamentais no processo de redemocratização do Brasil.

Conforme foi dito, Kant afirmava que o homem era livre na medida em que fosse capaz de fazer suas próprias escolhas, buscando embasamento em determinados princípios. O ser humano não poderia, então, ser tratado como um mero instrumento, mas como um fim em si mesmo. Desse modo, a dignidade kantiana teria como alicerce a própria autonomia do sujeito caracterizada pela capacidade humana de se submeter às leis oriundas de si mesmo e a sua capacidade de formular um projeto de vida de forma consciente e deliberada. (RABENHORST, 2001, p. 34.)

Essa concepção kantiana da dignidade se concretizou no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos e nos constitucionalismos locais consolidando a força normativa dos princípios com especial destaque para a dignidade da pessoa humana.

A Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 foram movimentos revolucionários que defendiam a existência do direito natural à igualdade e à liberdade, o que culminou na positivação dos mesmos em constituições nacionais, ainda que em contextos diferentes. (RABENHORST, 2001, p. 35.)

Na Declaração dos Direitos da Virgínia de 1778 constava o seguinte:

Todos os homens são por natureza igualmente livres e possuem alguns direitos inatos dos quais, ao entrar no estado de sociedade, não podem, por nenhuma convenção, privar nem despojar a sua posteridade. Conforme, se vê estavam expressos nesse texto as matizes do moderno Estado de Direito. (BOBBIO, 2004, p. 204.)

A superação da idéia de dignidade ligada quase que exclusivamente a valores liberais e direitos de primeira geração – que foram consolidados graças às reivindicações feitas nessas duas revoluções – somente veio a acontecer em 1948 com a declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Organização das Nações Unidas.

Em um contexto histórico marcado pela ocorrência de duas guerras mundiais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU acrescentou ao rol de direitos já consagrados uma série de direitos econômicos e sociais no sentido de fornecer as bases estruturais do Estado de Bem Estar Social. Ao contrário da política não-intervencionista própria do Estado liberal, introduziram-se novas garantias e direitos que demandavam uma atuação estatal positiva em favor dos administrados. Isso significa dizer que o Estado deveria assumir uma atitude de prestador no sentido de realizar aqueles direitos, não sendo mais suficiente o papel de abstenção nas atividades dos particulares típica do pensamento liberal. (RABENHORST, 2001, p. 38.)

A partir desse marco histórico, intentou-se reaproximar o direito da ética de forma a conferir força normativa máxima ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, a dignidade tornou-se o núcleo do sistema normativo no plano nacional e internacional, impulsionando ainda o processo de democratização no Brasil. (PIOVESAN, 2007, pp. 27-29)

tos reconhecidos por documentos de direito internacional. Enquanto direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados pela Constituição de certo Estado. (SARLET, 2009, p. 29)

Após vinte e um anos de gestão pelo regime ditatorial, o Brasil gradativamente passou por um processo de liberalização para, finalmente, restabelecer a democracia. Essa conquista se expressou pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em cinco de outubro de 1988.

O fortalecimento do movimento internacionalização dos direitos humanos, incentivado pela ONU, influenciou o legislador constituinte nacional no sentido de colocar tais direitos como pauta fundamental, fato que contribuiu para a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais. (PIOVESAN, 2007, p. 25)

Atualmente, pode-se dizer que todos os direitos e garantias fundamentais, bem como as demais normas constitucionais, formam uma unidade que é informada por um valor essencial: a dignidade da pessoa humana. Essa escolha feita pelo constituinte pode ser entendida como um repúdio às consequências devastadoras provocadas pelo positivismo jurídico associado às ideologias nazistas e fascistas durante a Segunda Guerra Mundial. (PIOVESAN, 2007, p. 29)

Essas breves palavras são suficientes para o entendimento do papel da dignidade humana para a redemocratização e valorização do ser humano, processos esses expressos na Constituição vigente. A partir daí, será viável entender os temas a seguir explanados.

2.3. A relação entre a dignidade da pessoa humana e o sistema de garantias e direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou na Ordem Jurídica brasileira um título destinado aos próprios princípios fundamentais, o que demonstra que o constituinte originário outorgou a tais normas jurídicas a qualidade de normas basilares. (SARLET, 2009, p. 70.) Por essa razão, a Carta Magna atualmente vigente representa o maior marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais.

Inserida na Ordem Constitucional Brasileira, a dignidade constitui o princípio orientador dos direitos fundamentais, devido à sua qualidade de norma embasadora e informativa de todo o Direito. Justamente por isso, a dignidade da pessoa humana é o elemento mais importante a compor o núcleo essencial da Constituição. (SARLET, 2009, p. 69.)

Nesse contexto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana, então, foi positivada à condição de princípio fundamental em nosso Ordenamento, não podendo confundi-la com um direito fundamental, tal como a vida, a liberdade e etc. Para Sarlet, o *status* conferido à dignidade proporciona uma condição maior de efetividade e eficácia. (SARLET, 2009, p. 79)

Seguindo a concepção de Alexy, dos princípios como mandados de otimização, Sarlet defende que, na condição de princípio fundamental, a dignidade deve ser buscada na maior medida possível. E, por isso, ela assumiria nessa condição uma dupla dimensão: além de princípio constitucional, é também critério aferidor de legitimidade da própria ordem constitucional. (SARLET, 2009, pp. 80-85)

Garantir a dignidade da pessoa humana não é uma tarefa fácil, pois demanda o respeito não somente a integridade física dos indivíduos – com a vedação de penas desumanas, restrições à disposição do corpo humano – como também impõe o tratamento isonômico entre as pessoas, proporcionando condições justas e adequadas para o desenvolvimento da vida do ser humano. (SARLET, 2009, pp. 103-104.)

No tocante à conexão entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, ainda é possível ressaltar a função dessa última como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional. (SARLET, 2009, p. 71)

Com a ampliação do rol de direitos fundamentais consolidados no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição de 1988, tornou-se necessário buscar os critérios que servirão como fundamento para a localização daquelas posições jurídico-fundamentais que não estão previstas no corpo textual da constituição. Todo cuidado é necessário no sentido de que a ampliação não enseje uma desvalorização dos direitos fundamentais. Portanto, novamente, a dignidade da pessoa humana assumiu posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos tanto de cunho defensivo como prestacional e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição. (SARLET, 2009, p. 71)

De forma conclusiva, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais e exige o reconhecimento e proteção dos mesmos. A realização da dignidade e dos direitos dela decorrentes funcionará como elemento capaz de legitimar toda a ordem jurídica. Portanto, é imprescindível que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana de forma a lhe conferir a máxima eficácia, uma vez que quando se deixa de atribuir à pessoa seus direitos fundamentais, em verdade, estar-se-á lhe negando a sua própria dignidade.

3. Considerações sobre os limites impostos ao exercício dos direitos e garantias constitucionais

Convém discutir, nesse momento, quais os requisitos para a fixação dos limites aos direitos fundamentais. A partir dessa anamnese, será possível formar um juízo sobre a possibilidade de manter as medidas de exceção dirigidas ao inimigo em um Estado Democrático de Direito.

Conforme os ensinamentos de Alexy, as restrições a direitos fundamentais são, na realidade, normas que limitam uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. Ressalva, ainda, que essa norma restritiva deverá ser necessariamente compatível com a Constituição. (ALEXY, 2008, p. 281.)

A norma restritiva, então, poderá estar contida no próprio texto constitucional de forma expressa ou poderá ser fruto do exercício de uma competência constitucional previamente estabelecida. A criação de normas restritivas infraconstitucionais desperta interesse porque o legislador, ao editar uma lei de hierarquia inferior, deverá observar os limites da competência estabelecida na Constituição, principalmente, por meio de reservas legais constitucionais. (ALEXY, 2008, p. 281.)

Convém esclarecer que as reservas legais contidas na Constituição embasam apenas a possibilidade de restrição de direitos fundamentais e, por isso, a simples previsão das mesmas não significa que o legislador tenha o dever de limitar o exercício de certo direito. (ALEXY, 2008, p. 282) Para que o direito fundamental seja limitado, é preciso que a norma restritiva possua uma finalidade social relevante que mereça ser objeto da tutela jurídica.

Além disso, deve-se enfatizar que os próprios princípios constitucionais podem ser utilizados como fundamentos para a restrição de direitos fundamentais. Para tanto, é necessário que se realize um sopesamento dos bens jurídicos em questão e verifique qual é o princípio que deve prevalecer. Assim, Alexy entende que os princípios podem restringir a realização de outros princípios de direito fundamental. (ALEXY, 2008, p. 284)

Conclusivamente, diz-se que os direitos constitucionais apenas podem ser restringidos por normas de igual hierarquia ou em razão dessas últimas nas hipóteses de reserva legal, classificando essas espécies respectivamente como restrições diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais. (ALEXY, 2008, p. 286)

No que diz respeito às restrições indiretamente constitucionais, há que se destacar que as reservas legais impõem não apenas limites formais, mas também materiais ao exercício da referida competência. Destarte, o legislador deverá observar as condições previstas nas reservas, respeitando a barreira do conteúdo essencial e a máxima proporcionalidade. (ALEXY, 2008, p. 292)

Em outras palavras, a restrição a um direito fundamental deve ser pautada de forma a respeitar o próprio conteúdo desse último. Assim, em caso de colisão entre princípios apenas será restringido o direito fundamental quando o outro princípio colidente tenha maior valor no momento do sopesamento. Por isso, Alexy insiste que “os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade”. (ALEXY, 2008, p. 296)

No Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais penais⁸ funcionam ao mesmo tempo como fundamento para a racionalização e legitimação da intervenção estatal, devendo ser observados por todos aqueles que têm como função a realização do direito. (BARROS LIMA, 2001, p. 25)

Nesse ponto, é inegável que há garantias e direitos fundamentais que derivam dos princípios constitucionais penais, tais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a duração razoável do processo, a excepcionalidade da prisão, dentre outros. Resta ratificar a importância da dignidade da pessoa humana para a fixação dos limites às restrições aos direitos fundamentais.

Segundo Sarlet, existe certo consenso quanto à idéia de que as restrições aos direitos fundamentais devem observar a proporcionalidade e não devem afetar o “núcleo essencial do direito objeto de restrição”. Como o princípio da dignidade da pessoa humana está contido nesse núcleo essencial de direitos fundamentais, conclui-se, via de regra, que a dignidade deve estar imune a restrições. Portanto, serão manifestamente desproporcionais e inaceitáveis quaisquer soluções que respaldem o tratamento indigno, sejam elas extraídas a partir de colisão entre princípios ou de conflito entre regras que envolvam um direito fundamental. (SARLET, 2009, pp. 129-130.)

A dignidade humana, então, funciona como elemento integrante do conteúdo matéria dos direitos fundamentais como também atua como baliza para a restrição desses direitos.

Por fim, é interessante mencionar o pensamento de Sarlet sobre a possibilidade de se estabelecerem restrições à própria dignidade humana diante de situações em que o exercício dos direitos fundamentais de alguma pessoa ou grupo afetasse a dignidade de outrem. (SARLET, 2009, p. 135)

Ao exemplificar o dilema, Sarlet questiona se a submissão de condenado a estabelecimento prisional superlotado não configura uma violação a sua liberdade e dignidade, ainda que a referida custódia seja decretada com base em normas jurídicas válidas. (SARLET, 2009, p. 138) A afronta à dignidade do preso não seria a restrição de sua liberdade em face da pena de prisão, mas sim a vivência em circunstâncias de extrema insalubridade. Com base no contexto fático, Sarlet, concordando com Alexy, chega à conclusão de que a relativização da

⁸ Refere-se aos princípios da intervenção mínima, da legalidade, da lesividade, da culpabilidade, da proporcionalidade e da humanidade, bem como seus corolários.

dignidade é inevitável uma vez que o conteúdo desta será determinado pelo jurista que analisa o caso concreto.

Essa preocupação é pertinente na medida em que os defensores do direito penal do inimigo alegam que o tratamento excepcional dado a esses indivíduos visaria à garantia da segurança pública. Questiona-se, então, se seria possível afastar a dignidade do sujeito apontado como inimigo em prol do valor segurança pública.

4. O inimigo pode ser considerado sujeito de direitos fundamentais?

Certamente, os delitos são fenômenos comuns e constantes nas sociedades ordenadas. Por conseguinte, somente haverá crime em uma sociedade regida por uma Ordem Jurídica.

Partindo dessa premissa apoiada na concepção sociológica sustentada por Durkheim, acredita-se que o crime deve ser considerado como produto do funcionamento normal da sociedade, enquanto a anomia é justamente a crise gerada pela perda de efetividade das normas jurídicas vigentes em uma sociedade. (GOMES, 1997, p. 253-254)

Nesse aspecto, ensina Jakobs que as práticas delitivas são consideradas deslizes reparáveis que não chegam, por si só, a ameaçar a ordem social e a constituição do Estado. Neste diapasão, o Estado vê no autor do fato delituoso um cidadão que praticou um ato danificador da vigência de certa norma. A pena, então, deveria ser aplicada ao infrator da ordem jurídica com a finalidade equilibrar as consequências trazidas pela violação da norma, através da privação dos meios de desenvolvimento do condenado, tal como a liberdade de locomoção e seu patrimônio. (JAKOBS, 2005, p. 29)

O mesmo não ocorre com o inimigo, posto que esse é visto como um perigo em potencial à segurança pública. Aos inimigos se dá um tratamento diferenciado, excepcional e, até mesmo, desumano.

Jakobs justifica que a partir do momento em que o delito torna-se uma constante no comportamento de um indivíduo, este passa a ser percebido pelo Estado como uma verdadeira ameaça, já que não oferece garantia de um comportamento pessoal padrão. Assim, aquela pessoa que pratica crimes que ofendem com gravidade à vida ou que constitui uma organização criminosa passa a ferir as normas jurídicas de forma duradoura, afastando-se cada vez mais do Direito. (JAKOBS, 2005, p. 35)

Consoante tal raciocínio, Jakobs propõe a sistematização da tendência do direito penal do inimigo sob o pressuposto de que essa delimitação traria maior segurança para o Ordenamento Jurídico. Para coibir a ação do inimigo, as Instituições de controle Estatal estariam autorizadas a deixar de reconhecer a esse indivíduo as mesmas garantias que são atribuídas ao cidadão. Por conseguinte, a resposta penal não teria mais a função de ressarcir o dano causado e, sim visaria à eliminação de um perigo. (MORAES, 2008, pp. 28-35)

A proposta de Jakobs visa não só legitimar o discurso de exceção como também a implementação do adiantamento de barreiras de punibilidade, do aumento de penas definidas em abstrato e da relativização ou supressão de certas garantias. (MORAES, 2008, pp. 67)

A partir do que foi exposto, ressalva-se que a concepção acima foi alvo de contundentes críticas, principalmente, no que concerne a sua legitimidade.

Conforme o pensamento de Jakobs, a simples retribuição pelo mal causado não seria útil ao trato do inimigo, posto que esse último deveria ser eliminado antes mesmo de praticar

ato danoso, já que representa por si só a mais elevada ameaça contra a ordem social. Por conseguinte, para o aludido autor o inimigo não é considerado cidadão e nem pessoa o que afastaria o reconhecimento de sua dignidade por parte da Ordem Jurídica.

Essa premissa pode ser considerada contrária às finalidades do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, principalmente porque não se permite a punição de alguém simplesmente por suas características pessoais e individuais. De forma contundente, não se pode admitir que o Ordenamento se encaixe nos parâmetros do direito penal do autor.

Em reconhecimento desse raciocínio, a Constituição Federal de 1988 positivou o princípio da culpabilidade no artigo 5º, inciso XLV. Esse princípio impõe a subjetividade da responsabilidade penal, de forma a afastar toda e qualquer presunção de culpabilidade ou de punição do indivíduo pela sua forma de ser.

Ensina Zaffaroni que o direito penal do autor corresponde à corrupção do direito penal, já que se permitiria que o *ius puniendi* se dirigisse contra um ato manifestado como a forma de ser do autor correspondendo à expressão de sua personalidade. Nesse sentido, explica que “o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal”. Ao criticar esse fenômeno, Zaffaroni ressalta que o Estado jamais deve punir alguém pelo que é, eis que o direito é uma ordem reguladora da conduta humana e, portanto, deve respeitar a autonomia moral da pessoa. (ZAFFARONI, 2007, p. 107)

Para demonstrar a insegurança e incompatibilidade do direito penal do autor com os pilares da Constituição Brasileira, propõe-se a apreciação de dois exemplos: em primeiro lugar, imagine-se que um juiz estivesse autorizado a não condenar uma pessoa por crime contra a Administração Pública, mesmo que houvesse provas de materialidade e de autoria, pelo simples fato do acusado ter sido eleito anteriormente ao cargo de Presidente da República; quanto ao segundo exemplo, considere que seria possível condenar um sujeito pela prática de um crime, não obstante a inexistência de provas, como forma de cumprir a exigência imposta pela opinião popular, mesmo quando esta foi concretamente manipulada pela Mídia.

Em ambos os casos, ignorou-se o fato posto em julgamento, ora absolvendo-se uma pessoa com base em sua suposta reputação ilibada e notável prestígio político, ora condenando-se um indivíduo apontado como criminoso vil, por ter sido ele eleito como o bode-expiatório pela sociedade.

A esse respeito, torna-se pertinente expor o entendimento do Professor Alberto Jorge Barros Lima, segundo o qual o Direito Penal do Inimigo é marcado pela antecipação da punibilidade, pela desproporcionalidade das penas e, por fim, pela flexibilização e supressão de garantias processuais. (BARROS LIMA, 2008, pp. 294-295.)

No tocante às medidas excepcionais, o aludido doutrinador demonstra preocupação com a perenização do estado de emergência, fundada na construção de um direito penal do inimigo. Desse modo, conclui o seguinte:

(...) ao denominar determinados grupos de infratores, ‘o Direito Penal do Inimigo’ caracteriza-se por ser, não um Direito Penal do fato, mas do autor, o que contraria uma das funções do princípio da ofensividade: a proibição de incriminação de inclinações interiores. (...) Com efeito, ao excluir do grupo cidadãos o ‘infrator inimigo’, tratando-o diferentemente dos ‘infratores normais’, o Estado nega-lhe a capacidade de questionar os elementos essenciais ameaçados em dada sociedade e lhe permite contestar as normas estabelecidas àquelas que o motivaram a delinquir. (BARROS LIMA, 2008, p. 300)

Apesar dessa crítica contra a concepção do direito penal do inimigo, é indubitável perceber que essa é uma tendência que vem sido adotada pelo Direito Brasileiro.

O fato do Brasil apresentar todas as características de uma sociedade de riscos somado aos fatores de exclusão de uma sociedade periférica são dados que contribuem para uma maior facilidade na aceitação social do discurso do inimigo. Mesmo que se condene essa realidade, não poderia ocorrer de outra forma: a maioria da população não tem acesso ao núcleo essencial de direitos fundamentais, vivendo em condições desumanas e indignas.

Além disso, a ausência da figura do Estado nas comunidades mais carentes, a falta de políticas públicas inclusivas e, até mesmo, a ineficácia das ações governamentais de segurança pública tornam essa população mais suscetível às diversas formas de violência.

A lamentável verdade é que os integrantes das classes menos abastadas não recebem sequer o tratamento dirigido ao cidadão. Num processo generalizado de marginalização, é constante o desrespeito aos direitos fundamentais pertencentes às pessoas pobres que não cometem crimes e nem tampouco participam de organizações criminosas. Para comprovar essa situação, basta dedicar um único dia à leitura de Autos de Prisão em Flagrante para encontrar, por exemplo, a narrativa sobre uma invasão de residência de parentes dos envolvidos em delitos sem mandado judicial de busca e apreensão. Mesmo que não fosse interessante fazer tal levantamento, seria suficiente se esforçar para assistir a um ou dois episódios de programas sensacionalistas policiais: sempre será possível detectar o desrespeito ao uso da imagem de pessoas falecidas e a exploração do sofrimento humano. Nas sociedades periféricas, esse tratamento aviltante é legítimo mesmo quando não se dirige ao inimigo.

Diante desse alarmante contexto, seria inevitável questionar como diferenciar o inimigo do cidadão em uma sociedade periférica onde até as pessoas que não delinquem são tratadas com indignidade.

A única resposta que se encontra para essa pergunta é simples e, ao mesmo tempo, preocupante: não há como diferenciar o inimigo do cidadão de forma minimamente segura e, esse é, justamente, o perigo da implementação do direito penal do inimigo.

Dentro de uma perspectiva garantista, sustenta-se veementemente a necessidade de garantir o tratamento digno tanto para o cidadão quanto para o delinquente. Portanto, refuta-se a permanência do estado de exceção como fundamento para o tratamento diferenciado entre seres humanos, na medida em que o Estado deixa de reconhecer a dignidade da pessoa humana ao “inimigo”.

Por mais que se preocupe com a garantia da segurança pública, a violação da dignidade humana não pode ser legitimada pela internalização dos medos pela sociedade.

Sob uma perspectiva utilitarista, pode-se até ser admitido o tratamento diferenciado entre pessoas quando se está diante de um conflito entre valores constitucionais relevantes. Contudo, a perda da dignidade de um ser humano nunca poderá ser respaldada pelo Estado Democrático de direito, até mesmo quando é necessário limitar o exercício de algum direito fundamental⁹.

No tocante a esse assunto, ressalta-se que alguns autores (MIRANDA, 1988, pp. 190-191) refutam a hipótese de relativização da dignidade humana, argumentando que a res-

⁹ Lembra-se que anteriormente se sustentou que nem mesmo as hipóteses de limitação de direitos fundamentais poderiam eliminar por completo a dignidade da pessoa humana, muito embora fosse esse um valor sujeito à relativização frente à solução do caso concreto.

trição à dignidade implicaria efetivamente em sua violação, o que seria terminantemente proibido pelo ordenamento jurídico. (SARLET, 2009, p. 145.)

Não obstante, sustenta Sarlet, a possibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana não se confunde com a perda desta qualidade que é intrínseca ao ser humano. Essa relativização seria justificada pela necessidade de garantir a dignidade de outros indivíduos, especialmente quando esses são vistos como integrantes de uma comunidade. Entretanto, defende-se que nem mesmo a prática de atos indignos poderia acarretar a perda do *status* de ser humano digno. (SARLET, 2009, pp. 142-142.)

Justamente por ser a dignidade da pessoa humana um princípio jurídico-constitucional fundamental, as violações concretas e constantes à dignidade pessoal não podem ser respaldadas pelo Estado, impondo a ele a obrigação de promover e proteger a dignidade de todas as pessoas. (SARLET, 2009, p. 148)

Nesse passo, é defensável a tese de que o Estado deve garantir o tratamento digno até mesmo para o inimigo, pois seria uma contradição permitir que o princípio nuclear de sua Constituição fosse ignorado por suas próprias instituições. Ademais, seria irracional admitir uma política de diferenciação, no que se refere ao usufruto dos direitos fundamentais, baseada em critérios tão fluidos como aqueles que se utiliza para designação do inimigo.

Nesse mesmo sentido, Zaffaroni sustenta que o tratamento diferenciado dirigido ao inimigo é incompatível com a própria essência do Estado de Direito. Com o direito penal do inimigo, inaugurou-se uma permanente contradição entre os fundamentos doutrinários e legislativos que legitimam o conceito de inimigo, indicado como pessoa sem autonomia ética, e os princípios do Estado de Direito. Com base nessa realidade, o autor acaba alimentando qualquer esforço teórico relevante no sentido de limitar ou reduzir a referida contradição e as arbitrariedades com o fito de manter minimamente a natureza do Estado Democrático de Direito. (ZAFFARONI, 2007, pp. 11-12)

Sobre esse ponto, Zaffaroni faz uma reflexão digna de nota:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos e etc.) sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como ente perigoso. (ZAFFARONI, 2007, p. 18)

Realmente, a limitação do exercício de direitos fundamentais é uma consequência lógica da pena e até mesmo das medidas cautelares, o que não significa dizer que todos os direitos fundamentais poderão ser desrespeitados e ignorados pelo Estado em razão do cometimento de uma infração penal.

Nesses termos, Zaffaroni entende ser razoável que o Estado prive o delinqüente de sua cidadania, sem que esteja autorizado a privá-lo de sua condição de pessoa e, consequentemente, dos direitos fundamentais que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana. (ZAFFARONI, 2007, p. 19)

Essa proposta poderá ser melhor elucidada após a exposição, em linhas gerais, sobre o que seria a cidadania. Nabais apresenta brilhante conceito para a cidadania, definindo-a como “a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros *ativos* e *passivos* de um estado-nação, são titulares ou destinatários de um determinado número de direitos e deveres univer-

sais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade”. (NABAIS, 2007, p. 143.)

Como uma ressalva, entende-se que essa igualdade entre os cidadãos não os tornam “iguais” em todos os aspectos, mas sim denota que os homens devem ser tratados de forma isonômica no que concerne às qualidades essenciais a sua dignidade social. (BOBBIO, 1997, p. 28.)

Compreende-se em a idéia de cidadania deve ser tomada sob um enfoque estrito, a fim de relacioná-la a possibilidade e dever do cidadão de participar no processo de formação das decisões políticas que irão afetar os rumos da comunidade. Nesse aspecto, considera-se que a limitação do direito do condenado a essa participação, mesmo que indireta, é razoável desde que transitória e esteja respaldada pela própria Constituição.

Depois de todas essas considerações, constata-se que, atualmente, o inimigo é sujeito de alguns poucos direitos fundamentais, mas isso não é o suficiente para dizer que lhe é reconhecida sua dignidade pelo Estado. Conforme foi visto, o inimigo não é visto como pessoa, mas sim como um perigo e, justamente, por essa percepção equivocada, a ele é dirigida uma série de medidas excepcionais que importa a flexibilização e a supressão de garantias constitucionais.

Ao enfrentar o conflito entre os imperativos derivados do valor segurança pública e os direitos fundamentais dos inimigos, admitiu-se a possibilidade de relativização desses últimos, sem, contudo, permitir a perda da dignidade - qualidade essencial do ser humano - daqueles que são submetidos à intervenção penal estatal.

Conclusão

Os estudos desenvolvidos no presente trabalho proporcionaram meios de discussão acerca da necessidade de garantir a dignidade da pessoa humana de forma a incluir aqueles indivíduos que são rotulados como inimigos pelo Direito Penal.

Inicialmente, realizou-se uma breve digressão histórica que logrou demonstrar que a figura do inimigo foi construída ao longo do processo histórico de forma que, em cada momento vivenciado pela humanidade, o poder dominante elegia um grupo social ou alguns indivíduos como ameaças à vida em sociedade.

Ao chegar à contemporaneidade, constatou-se que a notável complexidade trazida pelos fatores e tendências característicos da sociedade de risco ensejou a reformulação dos papéis tradicionalmente atribuídos ao Direito Penal, que assumiu uma função preventiva.

Além disso, sustentou-se que a valorização dos interesses econômicos da minoria detentora do poder econômico acabou respaldando o reforço do discurso repressivista e do aspecto simbólico do Direito Penal, no que concerne à adoção de medidas investigatórias e cautelares de exceção. Tais medidas dotadas de caráter preventivo visam à eliminação do inimigo que, contraditoriamente, não possui uma face definida. Entretanto, verificou-se que essas medidas penais preventivas se revelaram úteis meramente no plano simbólico, não estando aptas a evitar os riscos ou coibir, de fato, a ação dos inimigos.

A idéia de inimigo é incutida no consciente social pelas instâncias dominantes de forma tão enérgica que os membros da sociedade clamam pela intervenção penal excepcional em tais casos, respaldando o tratamento rígido e inconstitucional não somente para os inimigos em potencial como para os cidadãos, já que não existe distinção ontológica e clara entre ambos.

Na busca pelos critérios de definição de quem merece o tratamento excepcional, conclui-se que não é a sociedade que decide quem é o inimigo, mas sim as instâncias estatais de controle social. Comumente, copiam modelos repressivistas marcados pela estigmatização dos agentes de delitos e pela seletividade dos destinatários das normas. E o que é mais grave: violam os direitos fundamentais dos cidadãos para que se possa atingir o inimigo.

O discurso do inimigo é popular no Brasil porque aqui não há um sistema de garantias consolidado nem ao menos para o cidadão. Dessa forma, no âmbito do senso comum, é usual ouvir as pessoas defenderem o tratamento diferenciado, criticando os movimentos de defesa aos direitos humanos, até porque, diante da ausência da credibilidade das Instituições Estatais, a tomada de medidas enérgicas é geralmente aplaudida pela opinião pública facilmente manipulável pela mídia, principalmente, devido às deploráveis condições educacionais oferecidas neste país.

Nessa conjuntura, questionou-se com afinco se o inimigo deve ou não ser tratado como pessoa humana digna. Como resposta a essa questão, explicou-se que a dignidade da pessoa humana não pode ser vista como um valor absoluto, oponível contra todos nas mais variadas situações. Pelo contrário, a dignidade é um valor que pode ser relativizado diante da necessidade de apresentar solução constitucional para a colisão de normas de direito fundamental.

Muito embora se admita a possibilidade de relativização da dignidade, não se pode permitir que haja a sua perda, o que significa dizer que até mesmo aqueles que ofendem os direitos fundamentais de outrem merecem ser tratados como pessoas pelo Estado. Qualquer proposta que resulte na eliminação da dignidade de quem quer que seja contraria os mais relevantes ditames estabelecidos pela Constituição de um Estado Democrático de Direito.

Partindo da premissa de que o tratamento de não-pessoa dirigido ao inimigo é incompatível com a Lei Fundamental, demonstrou-se repúdio às medidas jurídicas excepcionais e à submissão de pessoas a circunstâncias indignas em razão de processo ou condenação em âmbito criminal.

Essa constatação contribuiu para a conclusão de que a coexistência de um direito penal do inimigo e de um direito penal do cidadão, tal como sugerida por Jakobs, não encontra respaldo constitucional. Na verdade, o tratamento diferenciado incentiva a consolidação do direito penal do autor, o que representa violação frontal ao princípio constitucional da culpabilidade que impede a responsabilidade penal objetiva.

Nesse sentido, aponta-se para a urgência na consolidação dos limites às restrições de direitos fundamentais. Malgrado seja inegável a sustentabilidade de restrição a direitos fundamentais para infratores das normas penais, como forma de resguardar à segurança pública, o Estado não está autorizado a instaurar um estado de exceção permanente.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANA, Raúl Pariona. **El Derecho Penal “Moderno”**: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 68, 2007, pp. 113-139.

BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. **Revista do Ministério Público de Alagoas**. n. 6, 2001, pp. 13-49.

_____. Criminalização e Direitos Fundamentais: Entre a intervenção penal mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**. n. 03, 2008, pp. 287-308.

BECK, Ulrich et al. **Modernização Reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1995

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Igualdade e Liberdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

GOMES, Luiz Flávio et YACOBUCCI, Jorge Guillermo. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio et MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: Introdução a seus Fundamentos Teóricos e Introdução às bases Criminológicas da Lei nº 9.099/95**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções Críticas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

MORAES, Vinício Borges de. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 74, 2008, pp. 9-34.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

NABAIS. José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra : Coimbra, 2007.

OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e Moralidade Democrática**. Brasília : Brasília Jurídica, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. 7 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. 2007. Rio de Janeiro : Revan, 2007.

_____. Buscando o Inimigo: do Satã ao Direito Penal Cool. In MENEGAT, Marildo et al (Org.) **Criminologia e Subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 3-31.