

DIREITO PENAL DO INIMIGO

Dayane Cibelle Vargas ¹

Mademoelize Tonhato Wentz²

Fernando Henrique da Silva Horita³

Resumo: O presente estudo edifica-se a partir do entendimento sobre o Direito Penal do Inimigo ao que tange uma teoria idealizada pelo alemão Gunther Jakobs, podendo ser definido como um Direito Penal de exceção que penaliza o criminoso pela periculosidade que este representa e não pela culpabilidade relacionada ao crime que cometeu. O objetivo principal da presente pesquisa é verificar a incidência deste direito penal de exceção no ordenamento jurídico brasileiro. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético dedutivo. A pesquisa realizada obteve como resultado e conclusão que, apesar de contrário ao sistema jurídico adotado, bem como ao Estado Democrático de Direito, existem fortes vestígios da aplicação do Direito Penal do Inimigo na legislação penal brasileira.

¹ Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Faculdade de Sinop – FASIPE.

² Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Faculdade de Sinop – FASIPE.

³ Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), sendo bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Foi Diretor Nacional de Direitos dos Pós-Graduandos da Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG/Gestão 2014-2016) e Diretor de Relações Públicas Internacionais da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito (FEPODI/Gestão 2013-2015). Atualmente é docente de Direito na Faculdade FASIPE; membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI); Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); Pós-graduando em Ciência Política pela UCAM Prominas; Licenciando em Filosofia pela Rede de Ensino Clarentiano.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo; Gunther Jakobs; Teoria Geral do Direito.

PRIMEIRAS PALAVRAS



Direito Penal do Inimigo é uma evolução teórica idealizada pelo alemão Günther Jakobs, que parte da premissa que o Direito Penal teria por objetivo proteger o sistema jurídico. Ela advém da Teoria Funcionalista Sistêmica que surgiu no contexto de uma sociedade contemporânea, na qual o acesso à informação em tempo real e interação entre povos, ou seja, a globalização traz como consequência, dentre outras, o aumento de riscos para a sociedade e o Estado. Esses riscos se materializam, principalmente, em condutas delinquentes que não são bem vistas pela sociedade.

A teoria de Jakobs teve origem em um congresso em Frankfurt em 1985, mas ganhou repercussão nas últimas décadas, principalmente após o atentado de 11 de Setembro de 2001, nos Estados Unidos, o que levou ao enfraquecimento da segurança jurídica, e um sentimento de vulnerabilidade diante de tais investidas terroristas, em âmbito mundial.

Assim, Jakobs explica a teoria em questão, pautando-se em duas vertentes principais, a distinção entre pessoas e não pessoas, aplicando diferentes tipos de penalização aos cidadãos (pessoas), aqueles que cometem delitos acidentalmente, mas que normalmente estão vinculadas as normas e ao Direito, e aos inimigos (não pessoas), que são indivíduos considerados uma fonte de perigo, e por esse motivo são privados de direitos e garantias próprias dos cidadãos.

É entendimento majoritário que é intolerável à aplicação do Direito Penal do inimigo em um Estado Democrático de Direito, como se vive no Brasil, pois colide diretamente com os

ditames impostos pela Constituição Federal vigente. Dessa forma, teoricamente seria impossível a existência do Direito Penal do Inimigo em legislação infraconstitucional brasileira, porém, o que se observa atualmente é que tal teoria esta presente em algumas leis, como a Lei de Execuções Penais, Lei de Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei de Crimes Hediondos, levantando-se, assim, ao seguinte problema: qual a real aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo nas leis brasileiras atuais?

O tema foi escolhido devido a sua relevância no contexto atual, tendo em vista que deriva do próprio desenvolvimento do pensamento penalista global, bem como pela sua influência no Direito Penal brasileiro atualmente e sua viabilidade quanto à legislação vigente no país. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético dedutivo, utilizando a razão para chegar-se a uma conclusão, baseando-se em pesquisas bibliográficas, bem como, no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, reitera-se que o presente artigo tem como objetivo principal, explanar o que é a teoria Direito Penal do Inimigo e qual a aplicação na legislação brasileira atual, explicando como surgiu, qual o conceito e características e, por fim, demonstrando sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de sua influência nas leis vigentes.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Hodiernamente, diante das insistentes informações trazidas à sociedade nas últimas décadas, acentuadas drasticamente pelos meios de comunicação em massa, a respeito de infrações delitivas de repercussão considerável, é comum a sensação de insegurança e impotência da população, que, conseqüentemente, pressiona o Estado visando aplicação de um tratamento mais rígido ao delinquente.

O fenômeno da globalização ocasionou diversas mudanças, principalmente no âmbito econômico, como a expansão das empresas multinacionais e a crescente importância dos acordos comerciais, tudo para atender às necessidades econômicas, visando maior eficiência e maximização da obtenção de riquezas. Nesse sentido, assevera Moraes (2011, p. 44) que “essas mudanças, contudo, enfraquecem não apenas o Estado, mas também, todo seu aparato de garantias na esfera pública em que se inclui o Direito”.

Essas transformações, na qual a globalização econômica fixou novos bens e interesses a serem tutelados, requer a atenção do sistema jurídico, especialmente o Direito Penal, entretanto estes não estavam preparados para receber e se adaptar à tais mudanças. Portanto,

as novas demandas e os avanços tecnológicos repercutiram diretamente no bem-estar individual. A sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, passou a deslocar para a marginalidade um grande número de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando-se, pois, o conceito de ‘sociedade de risco’ (MORAES, 2011, p. 49).

O surgimento de novos perigos acentuados pelas inovações trazidas à humanidade (globalização econômica e cultural, meio ambiente, drogas, movimentos migratórios, aceleração do processamento de dados, entre outros) ocasionou uma reação irracional e impensada pelos atingidos, na qual a sociedade requereu uma postura mais rígida do ente estatal, demandando por assuntos novos ou nunca alertados, como os atos de terrorismo e a intensificação do tráfico internacional de drogas.

A sociedade industrial de risco desejava maior segurança, principalmente em relação aos crimes de maior repercussão, como os econômicos, ambientais e políticos, iniciando uma crise no Direito Penal Garantista e expandindo o Direito Penal da sociedade de risco, o qual se sustenta em argumentos fundados na falha dos conceitos originais e reguladores da intervenção punitiva, adotando novos conceitos, mas de constitucionalidade

duvidosa. Dessa forma, ressalta Moraes (2011, p. 50) que:

O ‘Direito Penal do risco’ vem permitindo a adoção de uma política criminal pautada pela preocupação incessante de criminalizar e prevenir a criminalidade [...], primeiros sinais da tendência de perenizar um Direito Penal de ‘terceira velocidade’ – o ‘Direito Penal do Inimigo’.

Assim, o Direito Penal do Inimigo volta-se à precaução por meio de antecipação da proteção penal antes da ocorrência de fato do dano (aumentando desproporcionalmente as penas, ampliando o rol de tipificações de condutas irrelevantes, aumentando a responsabilização criminal das pessoas, etc.), ou seja, o Estado aplica a norma para sua manutenção sem dialogar com o inimigo, com o fim de combatê-los, eliminando os riscos e perigos, mesmo que estes atos de precaução sejam aplicados sobre fatos futuros.

2. A TEORIA JURÍDICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Considerado um Direito Penal de exceção, o Direito Penal do Inimigo é uma teoria pautada basicamente na distinção entre cidadãos e não-cidadãos, ou seja, pessoas e não pessoas, separando aqueles indivíduos que cometem atos ilícitos e aqueles que se tornam delinquentes contumaz, mas que coexistem num mesmo ordenamento jurídico, dividido em dois tipos de penalização, uma para o cidadão e outro para o inimigo.

Nesse diapasão, assevera Prado (2010, p.117):

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. Enquanto postulado de política criminal, opera-se um separação entre o Direito Penal de Cidadãos e o Direito Penal do Inimigo; paralelamente, já no âmbito dogmático, distingue-se entre pessoas e não pessoas para o Direito Penal.

O Direito Penal do cidadão é dirigido às pessoas que cometem delitos de forma incidental, delitos que representam um

exagero nas relações sociais, transgredindo a norma, mas que efetivamente não desafiam sua vigência. Nesses casos, ao cidadão é oferecida a garantia de se submeter à norma restituindo sua vigência por meio de medidas restritivas, sem que seja posto à margem da sociedade. Assim, essas pessoas continuam com o status de cidadãos legítimos a desfrutar dos direitos e garantias estabelecidos pelos preceitos jurídicos.

Em contra partida, acerca do Direito Penal do Inimigo, Zaffaroni (2007, p. 18) sintetiza que: “A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho”. Dessa forma, o Direito Penal do Inimigo é direcionado àqueles que desejam a destruição do ordenamento jurídico vigorante, sendo retirado deste o *status* de pessoa, ficando subordinado a um Direito Penal de máxima repressão, na qual a penalização tem o fim de garantir a existência da sociedade, bem como, manter a vigência da norma jurídica.

Quanto aos elementos Meliá (2007, p. 67) esclarece que:

O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva [...]. Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas [...]. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

O Direito Penal do Inimigo caracteriza-se, principalmente, pela tentativa de eliminação dos riscos impostos pela sociedade, o que, na maioria dos casos, gera a antecipação da aplicação da sanção penal ao inimigo, pautando-se apenas na periculosidade que o mesmo representa em relação à sociedade, substituindo o homem como centro de todo o Direito pela supervalorização do sistema normativo.

Jakobs teve como fundamento para a criação da teoria do Direito Penal do Inimigo, o pensamento filosófico das teorias contratualistas, conforme afirmam Julião e Souza (2012, p. 2),

“A base desta teoria apresenta-se no entendimento do Estado como um contrato social, e o cidadão que não o cumpre, comete um delito, e dessa forma não pode se beneficiar dos atos do Estado”.

Rousseau, em sua obra *Contrato Social*, já utilizava a figura do inimigo, afirmando que “todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros aos violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra” (2001, p.49). Nesses passos, é considerado inimigo, todo aquele que rompe o tratado social, deixando de ser considerado membro do Estado. De modo semelhante, para Fichte “todo delinquente se torna um inimigo, ou seja, que o infrator perde todos os seus direitos ao violar o contrato” (ZAFFARONI, 2007, p.123).

Acerca do pensamento Kantiano, Silva Filho (2010, p. 99) aduz que:

Kant fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, no qual qualquer cidadão estaria autorizado a obrigar o outro a ingressar em uma constituição cidadã. Em havendo renitência, descompromisso ou violação à regra assentada no “estado comunitário-legal”, deve abandoná-lo, e “não deve ser tratado como pessoa”, mas como anota expressamente Kant, “como um inimigo”.

Em suma, todo aquele que atentasse contra o contrato social, deixaria de ser considerado cidadão, assumindo a figura de inimigo perante o Estado e a sociedade, perdendo, assim, todos os direitos e garantias anteriormente a ele assegurados. Para tanto, a teoria do Direito Penal do Inimigo implica duas seções de espécies sob o viés do Direito Penal. Vejamos.

Primeiramente, é interessante aduzir que a teoria do direito penal do inimigo, indica a existência de duas espécies de direito penal, quais sejam, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, o primeiro voltado àqueles que cometem delitos eventualmente, tendo seus direitos e garantias assegurados, em contraposição ao segundo, que é voltado ao indivíduo que

viola o ordenamento jurídico por princípio, atentando contra a sociedade e o Estado, sendo este considerado inimigo.

Acerca do Direito Penal do Cidadão, Fayet, et al (2013, p. 3) caracteriza o cidadão “por ser aquele que, mesmo após ter cometido determinado delito, apresenta garantias de que vai se administrar como pessoa da sociedade e ainda, atuar com total zelo ao Direito.” Assim, entende-se que o cidadão consiste num indivíduo que respeita a norma, mas que, em certo momento a infringe, não desafiando a sua existência, pelo contrário, pois quando o cidadão cumpre com as consequências penais impostas por pela lei, este confirma sua vigência. E, ainda, segundo Silva Filho (2010, p.96):

A esta pessoa é plenamente assegurado o devido processo legal, sendo-lhe asseguradas todas as garantias penais e processuais existentes para que possa se ajustar com a sociedade. Para o Estado esta pessoa não é inimigo, mas apenas um autor de fato normal e que, ainda que cometa um delito, mantém o status de pessoa, mas não vê no indivíduo um inimigo que precisa ser destruído, mas o autor de um fato normal, que, mesmo cometendo um ato ilícito, mantém seu status de pessoa e cidadão dentro do Direito.

Dessa forma, o cidadão mantém sua condição de pessoa e continua a ser elemento de uma sociedade, podendo usufruir de todas as garantias que a mesma dispõe àqueles que a constitui, pois para esta sociedade não há a necessidade de destruir aqueles que infringem uma ou duas de suas leis, mas sim aqueles que desafiam sua soberania.

Já o Direito Penal do Inimigo é voltado ao indivíduo que intimida o cidadão e é considerado perigoso, que não possui interesse em ajustar-se com a sociedade e com o ordenamento jurídico, é voltado ao indivíduo que, segundo Silva Filho (2010, p.97) “rechaça, por princípio, a legitimidade da vigência da norma e persistentemente comete crimes, e por isso persegue a destruição da ordem social, tornando-se inimigo a ponto de o Estado instaurar contra ele, uma guerra.” Destarte, o intitulado inimigo não poderá utilizar de todos os instrumentos conferidos

ao cidadão quando é atacado pelo Estado, quais sejam, o rol de garantias constitucionais e penais, pois na guerra as regras do jogo são diferentes, e, seja qual for o meio utilizado, é válido desde que atenda ao objetivo de interceptar a ação do inimigo.

Por ser considerado inimigo, o indivíduo perde seu status de pessoa, assim como demonstra Fayet, et al, (2013, p. 3) “Os inimigos, ao contrário dos cidadãos, abandonam o Direito de modo permanente, e é justamente neste momento que perdem o seu *status* de cidadão”. Destaca-se que, a pessoa quando se afasta do Direito por tempo contínuo e indeterminado, bem como insiste em delinquir, este volta ao seu estado natural, ou seja, antes do estado de direito, pois o sujeito que não admite seguir um padrão de condutas imposto ao cidadão, também não poderá gozar dos benefícios concedidos ao mesmo, tendo de arcar com as consequências lutando para ser autossuficiente.

O Direito Penal do inimigo possui características próprias e bem definidas, as quais permitem a fácil identificação da aplicação deste Direito Penal em determinada sociedade, conforme o rol apresentado por Gomes, explicado por Moraes (2011, p. 197):

- (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado(o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional),espera-se que ele exteriorize um fato para

que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

Compreende-se, por meio da explicação que apenas o cidadão poderá ser punido com pena, ao inimigo a punição se dará por meio de medida de segurança, tendo em vista que o Direito Penal do Inimigo considera, para aplicação de pena, a personalidade do autor, seus antecedentes, sua condição de vida e sua periculosidade. Ressalta-se que o inimigo não é punido conforme sua culpabilidade, mas pela sua periculosidade, a qual é determinada de acordo com as atividades cuja valoração adquire tamanha gravidade que pressupõe que aquele indivíduo possui um elevado nível de lesividade social.

É um Direito Penal prospectivo, não retrospectivo, tendo em vista que a medida a ser aplicada ao inimigo preocupa-se com o perigo futuro que ele representa, abrangendo possibilidades futuras e incertas, preterindo a sanção de ações passadas. Por sua vez, o inimigo é objeto de coação, não sendo mais detentor de Direitos, sendo excluído do sistema normativo, posto que não é mais considerado um cidadão.

O cidadão, mesmo depois de delinquir, permanece com o status de pessoa, pois este não representa um risco, um perigo, sendo-lhe aplicado apenas a merecida penalização. E ao cidadão é disponibilizado o Direito Penal Garantista, que tem por finalidade a sua ressocialização, enquanto o Direito Penal do Inimigo significa a eliminação dos riscos que aquele indivíduo (não pessoa) representa, podendo lhe ser vedado várias garantias penais, constitucionais e processuais penais.

O Direito Penal do Inimigo é capaz de criar crimes de mera conduta e de perigo abstrato, restringindo o campo de atuação do inimigo, com o fim de antecipar a tutela penal, alcançando os atos preparatórios e evitando a ocorrência do crime. Desta feita, justifica-se a aplicação de uma pena intensa e desproporcional, pois é necessária a intervenção precoce para que o

perigo seja sanado antes mesmo do acontecimento injusto, como por exemplo, um terrorista ou traficante internacional de drogas, inimigos que equivalem alto grau de periculosidade em relação a sociedade, estes devem ser interceptados de forma prévia, sem a necessária ocorrência de um crime, mas apenas em razão do que os mesmos representam.

A expressão Direito Penal do Inimigo tem por sinônimo Direito Penal de Terceira Velocidade, haja vista a teoria das velocidades do direito penal apresentada por Jesus María Silva Sánchez, na qual o Direito Penal pode ser classificado de acordo com o período de tempo necessário para que o Estado, aplique punição a alguém que praticou crime. Para melhor compreensão da relação entre Direito Penal do Inimigo e a Terceira Velocidade do Direito Penal, vejamos, em síntese, as velocidades do Direito Penal, segundo Silva Sanchez:

A Primeira Velocidade remete ao Direito Penal Clássico, no qual são respeitadas todas as garantias penais e processuais penais necessárias àquele que responde acusação que lhe imputou infração penal, entretanto, nesta velocidade, a pena restritiva de liberdade tem maior índice de aplicação. Assim entende-se que esta é a velocidade mais lenta existente no Direito Penal, haja vista que a rigidez deste sistema, o qual oportuniza todas as possibilidades existentes para a defesa do acusado, com real possibilidade de prisão, necessita de um período de tempo maior, em relação às demais velocidades, para conclusão.

Já o Direito Penal de Segunda Velocidade revela-se um modelo em que admite a flexibilização proporcional de garantias penas e processuais, mas que, em contrapartida, exclui a aplicação de pena restritiva de liberdade a substituindo por penas alternativas, as penas restritivas de direitos e as penas pecuniárias. Diante dessa flexibilização de garantias, o Estado alcança maior velocidade, obtendo, de forma mais rápida, um resultado do processo penal e, conseqüentemente, a penalização do condenado.

Por fim, o Direito Penal de Terceira Velocidade, no qual

há uma mistura de características dos dois modelos explanados anteriormente, pois mantem a rigidez acerca da aplicação da pena privativa de liberdade observado no Direito Penal de Primeira Velocidade, bem como flexibiliza, de forma mais abrangente, as garantias penais e processuais penais, como avistado no Direito Penal de Segunda Velocidade, obtendo maior agilidade processual. Aliás, assevera Moraes (2011, p. 230):

[...] a terceira velocidade, representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’.

De acordo com a afirmação acima citada, compreende-se que o Direito Penal do Inimigo é constituído pelas características defendidas pela teoria de Sanchez, sendo a materialização do Direito Penal de Terceira Velocidade.

3. EXPANSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A permanente sensação de insegurança e a grande influência da mídia, a qual demonstra diariamente novas formas assumidas pela criminalidade, são uma constante na sociedade contemporânea que exige uma solução imediata frente a incapacidade das ferramentas utilizadas para o combate desta criminalidade, nesse sentido Callegari e Wemuth (2010, p. 61), estabelecem que “a macrocriminalidade está obtendo respostas do Estado cifradas no expansionismo da intervenção penal, ainda que a reboque da realidade”.

A fim de satisfazer a ânsia da sociedade nessa busca por uma resposta eficaz a esse novo nível de crimes, o legislador edita leis para dar a falsa impressão de segurança, justificando a criação de leis penais que diminuem consideravelmente certos benefícios e, em alguns casos, cerceiam outros. Dessa forma, observa-se a contaminação do Direito Penal brasileiro pelo Direito

Penal do Inimigo, o qual renuncia algumas garantias materiais e processuais do Direito Penal tradicional, tornando-se válido por meio da apelação cada vez maior da sociedade, estando exposto em algumas leis que possuem esses traços, tais como, a Lei de Crimes Hediondos e a lei instituidora do Regime Disciplinas Diferenciado, dentre outras, contudo para fins do presente estudo serão tratados somente as leis citadas acima.

Influenciado pelo pensamento “lei e ordem”, que se apresenta como um antídoto simples contra a emergência do alarme social que apresentava a sensação de insegurança social da população, a Lei dos Crimes Hediondos surgiu, tendo sido influenciado por essa nova solução legislativa, o legislador simplesmente passou a dar tratamento diferenciado aos autores dos crimes que foram intitulados de hediondos (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p.92).

No Brasil a lei de Crimes Hediondos, a princípio, era apresentada como uma solução de caráter extraordinário e que se projetava sobre o plano temporal, tendo vigência até o desaparecimento do fenômeno criminal elencado na lei. Entretanto, diante da persistência de tais ameaças essa norma de exceção foi normatizada, integrando o nosso sistema penal e resultando numa norma de caráter simbólico.

A Lei 10.792, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2003, alterando a Lei de Execuções Penais brasileira, Lei 7.210, de 11 de junho de 1984, introduzindo o chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, é uma clara manifestação do Direito Penal do Inimigo, pois pune o delinquente não pelo crime que o mesmo cometeu, mas pela periculosidade que este representa.

A nova redação do artigo 52 da LEP preceitua que:

A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado[...].

Este regime é destinado ao detento suspeito ou de fato

envolvido em organizações criminosas, ou que represente alto risco para o estabelecimento penal ou para a sociedade, passando a instituir o isolamento deste apenado que cometeu um delito doloso ou falta grave, por até um ano, podendo se repetir uma única vez, por prazo igual a um sexto da pena do condenado, bem como impondo restrições quanto à possibilidade de receber visitas, dentre outras.

Nesse sentido Moraes (2011, p. 277) assevera que, segundo Pacheco de Carvalho, tal regime trata-se da:

[...] imposição de sanção disciplinar por apresentar um preso de alto risco para o sistema penitenciário ou para a sociedade, além de expô-lo ao arbítrio, consagrando a punição pré-delitual, uma punição aplicada não por um fato típico e antijurídico, mas sim, pela figura do autor.

A lei revela-se flagrantemente inconstitucional, tendo em vista a vedação às penas cruéis (art. 5º, XLVII, alínea “e”, CF/88), assegurando ao preso, sem qualquer distinção, o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF/88) e garantindo que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art.5.º, III, CF/88).

É visível a influência do Direito Penal do Inimigo na Lei 7.565 de 1986, regulamentada pelo Decreto Presidencial 5.144 de 16 de Julho de 2004, que permite o tiro de abate de aeronaves suspeitas de narcotráfico, e ainda, o afundamento de embarcações em mar territorial brasileiro, após esgotados os demais meios coercitivos. Nesse sentido, Maierovitch, citado por Moraes (2011, p. 241), tece duras críticas quanto à medida de abate, afirmando que: “Quanto aos inocentes tripulantes, usa-se a máxima calhorda de que os fins (repressão ao narcotráfico) justificam os meios (morte). Na realidade, tudo não passa de pura militarização, imoderada e excessiva [...]”.

A aeronave suspeita que continue a desrespeitar a norma jurídica, mesmo tendo oportunidade de render-se após procedimentos de averiguação e tiros de advertência, será considerada inimiga e será abatida. Desta feita, há a supressão de direitos e

garantias, como o devido processo legal, em detrimento da segurança nacional, o que, em tese, justificaria a utilização de tais medidas. Porém, ocorre que, sob o crivo da razoabilidade e da proporcionalidade, a Lei do Abate afronta diretamente direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, como o direito à vida, à liberdade, o contraditório e ampla defesa, presunção de inocência e inúmeros outros, instituindo a pena de morte em nosso ordenamento, o que torna injustificável sua aplicação baseada apenas na suspeita que recai sobre a aeronave.

4. CRÍTICAS À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo é considerado um Direito Penal de exceção, o qual pune o criminoso de acordo com a periculosidade que ele representa, elencada a sua própria pessoa, estando em desacordo com a regra, que penaliza aquele indivíduo pelo ato ilícito que ele praticou. De acordo com Zaffaroni, as medidas de contenção postuladas por Jakobs, que deveriam ser aplicadas somente aos inimigos, são, na verdade, aplicadas a todos os suspeitos de serem infratores, tratando a todos como inimigos. Ora,

Essas medidas de contenção são aplicadas automaticamente a todos aqueles suspeitos de serem infratores e só se lhes faz cumprir um resto de pena formal nos poucos casos em que uma sentença firme pronunciada depois de anos verifica que se trata efetivamente de um infrator e que, além disso a pena excede o tempo que a medida durou (ZAFFARONI, 2007, p.164).

Assim, verifica-se que não existe segurança jurídica ao aplicar medidas caracterizadas pelo Direito Penal do Inimigo, haja vista que são executadas sobre indivíduos apenas suspeitos de ocupar o título de inimigo, gerando incerteza sobre aquele que vai sofrer as consequências das diligências do Estado, pois ao tentar evitar outras infrações penais, pode resultar na penalização indevida de um cidadão inocente.

O autor afirma ainda que “o Estado de direito concreto

de Jakobs, [...] torna-se inviável, porque seu soberano, invocando a necessidade e a emergência pode suspendê-lo e designar como inimigo quem considerar oportuno” (2007, p.163). Logo, como explica o autor, seria muito simples para o Estado, a seu gosto, se desfazer de incômodos, apagando suas falhas ao constituir uma sociedade repleta de defeitos, e que sofre de violência exacerbada, apenas destruindo o individuo que demonstra essas falhas e desafia suas regras.

Nesse sentido, Moraes apresenta um rol de críticas à teoria de Jakobs deduzidas por Zaffaroni, sendo algumas delas:

[...] quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito); [...] o criminoso é ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; [...] O Direito penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV). (ZAFFARONI, 2007, p. 247)

Tais críticas demonstram a incompatibilidade da aplicação da teoria do inimigo em um Estado Democrático de Direito, o qual assegura diversas garantias a todos, inclusive aos criminosos, para que estes não percam seu status de cidadão, bem como, para que a finalidade de ressocialização da pena não seja desviada visando a punição do individuo como inimigo.

De maneira conclusiva, Moraes preceitua que as críticas ao Direito Penal do Inimigo, relacionam-se à censura que grande parte da doutrina faz sobre os novos paradigmas do Direito Penal moderno, sendo estes:

[...] simbolismo excessivo, flexibilização de garantias e princípios, retomada de políticas criminais mais preocupadas com o autor do que com o fato e funcionalização do Direito Penal que, [...] desencadeou políticas criminais típicas de um Direito Penal de terceira velocidade, máxime para o combate da criminalidade organizada e do terrorismo (MORAES, 2011, p. 252).

Sendo assim, pode-se afirmar que o Direito Penal do Inimigo é incompatível ao Estado Democrático de Direito, não devendo ser adotado por este a fim de resguardar princípios e garantias elencados na lei maior, dentre eles o da individualização

da pena e o devido processo legal, de modo que cada infrator deva ser processado e penalizado na medida de sua infração, atendendo a todas as garantias a ele asseguradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as grandes mudanças ocorridas nas últimas décadas, como a evolução tecnológica, que repercutiu diretamente em novas modalidades de crime, a sociedade clamou por diferentes e eficazes formas de combater a nova onda de criminalidade. Assim, o legislador passou a criar leis, nas quais se verifica características do Direito Penal do Inimigo, a fim de suprir algumas falhas dos conceitos originais do Direito Penal, mas que, em contra partida, desafia regras constitucionais.

Gunther Jackobs criou a teoria em estudo, amparando-se em pensamentos filosóficos acerca das teorias contratualistas modernos, nas quais explanavam que aquele que descumprir o contrato com o Estado deve ser considerado inimigo do mesmo. Nessa vertente, Jackobs dividiu a aplicação do Direito Penal em duas modalidades coexistentes, uma para aquele cidadão que cometeu uma infração penal, e outra para aquele considerado inimigo do Estado.

Ao inimigo, de acordo com o pensamento de Jackobs, tende-se a aplicar o Direito Penal do Inimigo, que irá avaliar a personalidade do indivíduo, seus antecedentes, sua condição social, determinando a periculosidade que este representa, assim, este não será penalizado apenas nas medidas da infração penal cometida, mas também pela lesividade social que este representa, abrangendo possibilidades futuras e incertas, haja vista sua atividade criminoso passada.

A teoria em estudo está relacionada a Teoria das Velocidades no Direito Penal criada por Jesus María Silva Sánchez, que ao explicar sua tese, admite a existência de uma Terceira Velocidade no Direito Penal, materializada pelo Direito Penal

do Inimigo, pois nesta o Direito Penal adquire agilidade processual, haja vista a relativização de garantias penais e processuais penais, não deixando de aplicar uma pena rígida, a pena privativa de liberdade.

Enfim, ao partir da premissa que o Direito penal do Inimigo admite penas cruéis e desproporcionais, relativizando ou até, em casos extremos, suprimindo direitos e garantias fundamentais, assim contrariando o sistema democrático adotado no Brasil. Entretanto, a realidade difere de tal conclusão, pois, ao tentar atender ao clamor social suscitada por uma sociedade, na maioria das vezes, a qual exige a aplicação de penalizações mais graves e eficazes aos autores de determinados crimes, o legislador contaminou o Direito Penal brasileiro com vestígios do Direito Penal do Inimigo, fato que é amplamente criticado pelos estudiosos, tendo em vista a criação de dispositivos penais contrários aos princípios norteadores dos direitos fundamentais e à própria Constituição Federal, conforme foi verificado ao longo do estudo realizado.



REFERÊNCIAS

- CALLEGARI, André Luiz, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- FAYET, Fábio Agne; BAYS, Ingrid; BAYS, Isadora; BALLE-RINI, Ketlin. DIREITO PENAL DO INIMIGO. *Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha - FSG*, n. 14, jul-dez/2013.
- SILVA FILHO, Lídio Modesto da. Direito Penal do Inimigo.

- Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 12, n. 1, 2010.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manoel Câncio. *Direito Penal do Inimigo*. Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomilli. 2ª Edição – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- JULIÃO, Juliane Helena Pilla; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. *Direito Penal do Inimigo*. *ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA*, v. 8, n. 8 (2012), Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente – SP.
- MORAES, Alexandre rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. 1ª ed. (2008), 2ª reimpr. – Curitiba: Editora Juará, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120 – 9 ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. Traduzido por Rolando Roque da Silva. Editora Ridendo Castigat Moraes, edição eletrônica, 2002. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 03/06/2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011, 2ª reimpressão, setembro de 2014.