

DIREITO PENAL DO INIMIGO

ENEMY'S CRIMINAL LAW

Igor do Vale Oliveira

Professor na Faculdade Alfa Unipac e orientador da pesquisa
Teófilo Otoni/MG, Brasil
E-mail: igorvale.adv@gmail.com

Milena Alves Magalhães Eilson

Acadêmica do 9º período de Bacharel em Direito
Faculdade Alfa Unipac, Teófilo Otoni/MG, Brasil
E-mail: milenaalvesmagalhaes@gmail.com

Vanessa Sapaluca Couy

Acadêmica do 9º período de Bacharel em Direito
Faculdade Alfa Unipac, Teófilo Otoni/MG, Brasil
E-mail: vanessasapaluca@hotmail.com

Rayane Gomes da Cunha

Acadêmica do 9º período de Bacharel em Direito
Faculdade Alfa Unipac, Teófilo Otoni/MG, Brasil
E-mail: rayanecunha064@gmail.com

Recebido: 10/05/2022 Aceito: 20/05/2022

Resumo

O presente artigo tem por objeto a análise da teoria denominada “Direito Penal do inimigo”, segundo a concepção do penalista alemão Günther Jakobs. Trata-se de política criminal muito polêmica que postula a construção de dois modelos de Direito Penal: uma direcionada ao cidadão com todas as garantias constitucionais e outra ao inimigo, a quem se combate por sua periculosidade. Acentuamos de início, a origem da teoria, as principais características que regem o sistema, a finalidade pretendida por Jakobs, além dos novos desdobramentos da tese após a ocorrência de massivos ataques terroristas pelo mundo. Por meio de pesquisa bibliográfica demonstramos traços do Direito Penal do inimigo inseridos na legislação pátria, ao qual, legitimam diversos institutos jurídicos flagrantemente contrários aos princípios basilares do Estado de Direito. Por fim, explanamos a posição majoritária da doutrina baseada em doutrinadores nacionais e internacionais, unânimes em rejeitar qualquer possibilidade capaz de legitimar o Estado de Exceção.

Palavras-chave: Direito Penal do inimigo. Legislação Penal. Estado Democrático de Direito.

Abstract

This research aims at the analysis of the theory called "Criminal Law of the enemy," according to the design of the German criminal attorney Günther Jakobs. It is very controversial criminal policy which postulates the construction of two models of criminal law: a targeted citizens with all constitutional guarantees and another to the enemy, who is fighting for his dangerousness. We emphasize at the outset, the origin of the theory, the main features governing the system, the purpose intended by Jakobs, plus new thesis developments in the aftermath of massive terrorist attacks around the world. Through literature we show traces of criminal law of the enemy entered the Brazilian legislation, which legitimize various legal institutions flagrantly contrary to the basic principles of the rule of law. Finally, we expounded the majority position of the doctrine based on national and international scholars, unanimous in rejecting any possibility able to legitimize the State of Exception.

Keywords: Criminal law of the enemy. Criminal Law. democratic state.

1 Introdução

As modificações introduzidas na sociedade ao longo dos últimos anos, notadamente fenômenos como a globalização e urbanização, refletiram em profundas alterações no direito penal, implicando a sua adequação aos novos conceitos de criminalidade.

Dentre as novas concepções, Gunther Jakobs apresentou a teoria do Direito Penal do Inimigo, tema de intensa discussão na órbita jurídica e que oportunamente passa a ser tratada neste artigo.

A teoria do inimigo penal destaca-se pelo tratamento diferenciado reservado para alguns delinqüentes, em especial os criminosos com o alto potencial de periculosidade, aos quais, não se devem aplicar penas e sim medidas de contenção. Em síntese: são asseguradas todas as garantias materiais e processuais existentes na legislação em vigor ao cidadão que comete um delito; o inimigo, ao contrário, não goza o status de pessoa, e por conseqüência, todas as garantias de pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas.

Não se olvide que na concepção de Jakobs é possível a convivência de dois pólos distintos no Direito Penal. O Direito Penal do inimigo não exclui o direito penal do cidadão, afinal, um deslize não tem o condão de suprimir direitos constitucionais dos infratores que não apresentem maiores riscos ao Estado.

Para fortalecer sua ideia, o penalista alemão fundamentou o Direito Penal do inimigo nos diversos pensamentos de filósofos contratualistas como Hobbes, Kant, Fichte e Rousseau, que pregam um pacto legítimo na qual o cidadão abandona o estado de natureza e em troca o Estado oferece a segurança necessária para um convívio regado pela paz social.

2 Direito Penal do Inimigo

2.1 O Inimigo

O Professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bom, Alemanha, Günther Jakobs, traçou em meados da década de 80, os primeiros parâmetros que delineavam seu pensamento, em que pese, ter recebido de início, pouca publicidade em sua obra. Tratava-se de uma postura claramente crítica e descritiva do Direito Penal do Inimigo.

Porém, foi a partir do novo milênio, especificadamente após o fatídico 11 de setembro, que o autor assumiu uma postura inequívoca e legitimadora na adoção da teoria, se apresentado como claro defensor deste modelo penal. De acordo com Gomes (2007):

Günther Jakobs, tido como um dos mais brilhantes discípulos de Wezel, foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical) que sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de defender a norma (e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais). No seu mais recente livro (...) abandonou claramente sua postura descritiva do denominado Direito Penal do inimigo (postura essa divulgada primeiramente em 1985, na Revista de Ciência Penal – ZStW, n. 97, 1985, p. 753 ss.) passando a empunhar (desde 1999, mas inequivocadamente a partir de 2003) a tese afirmativa, legitimadora e justificadora (p. 47) desta linha de pensamento.

A teoria do Direito Penal do Inimigo caracteriza-se por ser um Direito Penal de exceção pautada na separação entre pessoas e não-pessoas, ou seja, visa detectar e excluir, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados inimigos.

Para Jakobs (2007), se o indivíduo não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não pode esperar ser tratado como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança dos demais cidadãos. Neste caso, o delinquente passa a ser tachado como inimigo do Estado, cabendo um tratamento rígido e diferenciado.

O inimigo, portanto, é o indivíduo não-alinhado ao contrato social, que se afasta permanentemente do Direito e não oferece qualquer garantia de comprometimento com a norma e, de forma reiterada, agride a paz social que sustenta a comunidade.

Há nesses crimes um sentimento maior de reprovação, pois trazem no bojo conseqüências extremamente graves que ofendem de forma mais contundente a moral e os bons costumes. São caracterizadas normalmente por condutas cruéis, desumanas ou potencialmente perigosas, a exemplo dos criminosos econômicos, autores de crimes sexuais e hediondos, terroristas, participantes de organizações criminosas e de governos paralelos, dentre outros.

Há de se observar que a negação da condição de cidadão é a marca determinante que diferencia o inimigo dos demais membros comunitários, ou seja, o inimigo personifica em não pessoa e qualquer sinal prematuro de perigo autoriza-se o combate. Assim, Zaffaroni (2007), acrescenta que 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 o seu caráter de pessoa.

Jakobs (2007), ao idealizar a teoria em tela, fez uma importante alusão sobre a existência de dois pólos com tendências opostas em um mesmo ordenamento: o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal do cidadão, descrevendo-os da seguinte forma:

Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de demonstrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais. Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, pessoas que tenham cometido um erro,

ou indivíduos que deve ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas as perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em lugar equivocado.

Assim, o Direito Penal do Cidadão é aquele que trata o indivíduo infrator como sujeito de direitos. Caso o cidadão cometa uma conduta tipificada na norma, obviamente sofrerá as consequências de um processo penal, todavia, resguardados nas garantias constitucionais, afinal, como observado por Jakobs (2007), nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico.

Por outra via, o Direito Penal do Inimigo combaterá aqueles que se afastam de modo duradouro do Direito e atentam permanentemente contra o Estado e seus princípios norteadores. Nesta hipótese, não há princípios fundamentais a serem seguidos, ou normas antecessoras a serem veladas, uma vez que o indivíduo volta ao seu estado natural (de guerra), e como tal, deve ser prontamente interceptado. Neste sentido afirma Jakobs (2007):

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como a luta excessiva. Quem ganha guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação.

[...] Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento social. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

Portanto, este raciocínio nos remete à idéia de que o asseguramento dos direitos depende do destinatário. O inimigo perigoso pede regras próprias, e para ele, o Estado oferece um verdadeiro procedimento de guerra. Por isso, o penalista alemão Jakobs (2007), acrescenta que o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que o constituem como inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra.

2.2 Características e Finalidades

Na medida em que estudamos a teoria do Direito Penal do inimigo, notamos que as suas características são claras e bem definidas, tendo em vista que a essência de seu conceito constitui numa reação de combate contra inimigo degenerado.

Meliá (2018), ao analisar a proposta de Jakobs, identifica três elementos pilares da teoria. São eles: o amplo adiantamento da punibilidade, penas desproporcionalmente altas e relativização ou supressão de garantias processuais. Assim esclarece o autor:

Segundo Jakobs, 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 é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

A primeira característica observada configura-se em um modelo penal de restrição antecipada de direitos, no qual, os atos já seriam passíveis de punição quando atingissem o estágio da preparação. Em síntese: Trata-se de um direito penal prospectivo, ou seja, para o futuro, uma vez que antecipa a punição para atingir atos meramente preparatórios.

Portanto, podemos concluir que no sistema de Jakobs não se aguarda a execução dos atos para punir, o que interessa é o plano interno do autor, ou ainda, o risco que o mesmo oferece à organização do Estado.

Jakobs entende que a pena é fundamental para o equilíbrio social, pois ela adverte a vigência, a força e o valor da norma. Para Jakobs (2007), a pena significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.

Os doutrinadores em geral consideram que os efeitos da pena atendem a um aspecto dúplice: geral e especial, nas lições de Bitencourt (2012):

A teoria da prevenção geral tem como fim a prevenção dos delitos incidindo sobre os membros da coletividade social. Quanto ao modo de alcançar este fim, as teorias da prevenção geral são classificadas atualmente em duas versões: de um lado, a prevenção geral negativa ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou prejudicando com o exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem. **A teoria da prevenção especial** procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. De acordo com a classificação sugerida por Ferrajole, as teorias da prevenção especial podem ser formalmente divididas em teorias da prevenção especial positiva, dirigidas a reeducação do delinquente, e as teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso.

É certo que a inclinação dos sistemas jurídicos atuais, e, diga-se por ora, a tendência mundial é consagrar a prevenção especial positiva – aquela direcionada a reeducação do delinquente, devido o direcionamento estabelecido à função social da pena.

Não basta à retribuição pura e simples, pois nada obstante, a pena apresenta um caráter reeducativo pautado na ressocialização do condenado para que o mesmo retorne à sociedade o mais breve passível. Neste enfoque, o artigo 5º, 6º, da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1946, preleciona que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Para Jakobs (2007), a pena – como confirmação da configuração da sociedade, tem a missão de reafirmar a existência e a validade de normas que tenham sido violadas, reforçando assim, a confiança depositada nelas. Sobre esta função, descreve Jakobs (2007):

A função manifesta da pena de confirmar a identidade da sociedade não exclui o aceitar como função latente uma direção e uma motivação: a reiterada marginalização do ato e a confirmação da estabilidade social excluem formas de comportamento criminoso do repertório das sugestões internas; em outras palavras, no planejamento normal cotidiano não se fazem reflexões, a priori acerca da possibilidade de um comportamento criminoso. Esta é a denominada prevenção especial positiva como função latente da pena. A ela também se pode adicionar um efeito intimidatório, vale dizer, uma prevenção negativa, além de outros. Habituar-se a fidelidade jurídica ou até mesmo sentir medo não são reações pessoais. As pessoas não precisam de habitualidade ou intimidação, pois, como já se disse, são apresentadas unicamente como partícipes da comunicação dispostos juridicamente.

Assim, a prevenção geral positiva impunha a confirmação da norma penal frente a todos, cujo efeito demonstra a imperiosa inviolabilidade do direito diante da sociedade.

Pela teoria do inimigo, as penas serão severamente majoradas com o intuito de desestabilizar, castigar, eliminar o malfeitor, configurando-se um verdadeiro instrumento neutralizador de perigos. Zaffaroni (2007) esclarece que quem pretende intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar este efeito, castigando tão duramente quanto possível.

Destarte, os princípios que regem a pena, tais quais, os Princípios da Reserva Legal, da anterioridade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da individualização, neste regime, são simplesmente desconsiderados.

Por tanto, o Direito Penal do Inimigo possui um modelo característico de excessiva severidade, incerteza e imprevisibilidade de suas condenações, uma vez que, de acordo com Nucci (2014), o mais importante é manter segregado, pelo tempo que for necessário, aquele cujo propósito é desestabilizar o Estado e ferir, de maneira inconsequente, pessoas inocentes.

De forma bastante didática, e com a clareza necessária, Gomes (2007) descreve as principais características extraídas do manuscrito de Jakobs, sintetizando-as na ordem abaixo:

- 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 este 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 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 da sua periculosidade.

Continuando com a objetividade, Gomes (2007) interpreta as principais bandeiras do Direito Penal do inimigo, quais sejam:

- a) Flexibilização dos princípios da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas);
- b) Inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.;
- c) Aumento desproporcional de penas;
- d) Criação artificial de novos delitos (delitos sem bem jurídicos definidos);
- e) Endurecimento sem causa da execução penal;
- f) Exagerada antecipação da tutela penal;
- g) Cortes de direitos e garantias processuais fundamentais;
- h) Concessão de prêmios ao inimigo que se torna fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.);
- i) Flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada);
- j) Infiltração de agentes policiais;
- k) Uso e abuso de medidas preventivas cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra lei;
- l) Medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (banco, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.).

A propósito, ao observar o conteúdo de tais bandeiras, facilmente identificamos vários modelos e institutos que já são adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro e que serão pontuadas com mais detalhes em capítulo à frente.

É por isso que Jakobs (2007), preocupado com a contaminação indiscriminada do Direito Penal, tem o cuidado de alertar que, um Direito Penal do inimigo claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal, com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo.

2.3 O Terrorismo Legitima o Direito Penal do Inimigo?

É impossível falar de Direito Penal do inimigo sem mencionar o terrorismo, tendo em vista que representa uma das principais formas de afronta à estrutura do Estado. Potencialmente perigoso, Jakobs (2007) apresenta tal conduta como o modelo mais afastado da esfera cidadã.

A propósito, Conde (2012) esclarece que os ataques terroristas ocorrido nos últimos anos são os responsáveis por intensificar o debate e acirrar as discussões sobre o Direito Penal do inimigo na literatura penal atual. Segundo Conde (2012):

A discussão, como tantas outras, apesar de sua importância, não haveria passado do âmbito puramente acadêmico, se uma série de acontecimentos posteriores e reações não viessem a dar de algum modo a razão fática a Jakobs. Pois, não há dúvidas que acontecimentos como os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o de dezembro de 2003 em Bali na Indonésia, o de 11 de março na estação de Atocha em Madri, o de 1º de setembro na escola de Beslan, Rússia, e o de 7 de julho de 2005 no metrô de Londres, demonstraram a existência de um perigo real e a possibilidade de outros atentados em caráter massivo em qualquer país, sejam aqueles com problemas de terrorismo internos vinculados a movimentos extremistas independentes, ou aqueles mais ou menos envolvidos no conflito bélico desencadeado em razão do atentado de Nova Iorque pelo governo do presidente Bush dos Estados Unidos, ou outros países, que se supõe, oferecerem apoio ou servem de base logística a grupos terroristas fundamentalistas islâmicos autores de tais atentados.

Sem dúvidas, o ataque de maior repercussão foi registrado no dia 11 de setembro de 2001, na cidade de Nova Iorque, quando uma série de ações orquestrada pela organização fundamentalista Al-Qaeda destruiu o complexo empresarial World Trade Center e vitimou 2.996 (duas mil novecentos e noventa e seis) pessoas.

Desde então, a falsa impressão de inexistência de terrorismo desvencilhou-se à medida que inúmeros ataques, inclusive em países ocidentais, logravam sucesso. As ações concretas dos grupos radicais ocasionaram uma completa mudança nos padrões de gerir a política de segurança em nível internacional.

Considerando que o terrorismo é vislumbrado como um inimigo comum das nações, seria possível a flexibilização de direitos fundamentais para garantir a segurança dos países ameaçados? Seria nesses casos, a única possibilidade em que se justifica a aplicação do Direito Penal do inimigo? O *patriot act*, assinado pelo ex-presidente norte americano George W. Bush demonstra que o pensamento de Jakobs não foi algo totalmente ignorado. Valente (2010) explica que o referido decreto se configurou na reação mais visível e imediata adotada pelo governo americano contra o terrorismo, destacando em uma singela análise os seguintes efeitos. Para Valente (2010):

No estado-unidense, para a convenção e combate ao terrorismo, foi aprovado o *patriot act*, que consagra a desedificação da pessoa como sujeito de direitos e deveres em prol da descoberta da verdade e da implementação da paz pública americana: admite a tortura, a privação ilimitada da liberdade sem decisão judicial ou culpa formada, supressão de todas e quaisquer garantias processuais penais, criação de tribunais especiais militares para questões de crime, cancelamento do habeas corpus e a violação de todos os direitos, liberdades e garantias com fundamento na guerra ao terrorismo.

Por fim, de forma brilhante Medeiros apud Mazzuoli (2011), destaca que a imperiosa luta contra o terrorismo não pode ser conduzida às expensas do devido processo legal, do respeito aos direitos humanos e às liberdades civis, sendo certo que qualquer sacrifício das liberdades fundamentais no combate ao terrorismo, ao dar margem atos arbitrários ou discriminatórios, representaria um retrocesso que viria ao encontro dos interesses dos grupos terroristas.

3 Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

3.1 Considerações Iniciais

Tornou-se cada vez mais crescente nos ordenamentos jurídicos democráticos a construção de um arcabouço jurídico sedimentado no uso excessivo da força estatal sobre o cidadão.

Neste sentido, Conde (2012) observa que o acúmulo de leis excepcionais contrários ao espírito democrático vem germinando até mesmo nos Estados comprometidos com as garantias fundamentais do ser humano. Segundo Conde (2012):

Este tipo de Direito penal excepcional, contrários aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar também nos estados democráticos de direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos do Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, e sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal.

No Brasil, a legislação simbólica ganhou destaque a partir da nefasta insatisfação da sociedade contra o aumento generalizado da violência. Neste ínterim, o Congresso passou a adotar uma política de recrudescimento penal como forma de coibir à criminalidade, em que pese, longe de ser eficaz.

Conforme Greco (2014), construindo uma visão crítica acerca do tema aduz que o Direito Penal simbólico se transformou na ferramenta preferida dos nossos governantes, sendo utilizado com a finalidade de dar satisfação à sociedade, em virtude do aumento da criminalidade.

No mesmo sentido, Hobsbawm (2001) salienta que:

Todo observador realista e a maioria dos governos sabiam que não se diminuía nem mesmo se controlava o crime executando-se os criminosos ou pela dissuasão de longas sentenças penais, mas todo político conhecia a força enorme e emocionalmente carregada, racional ou não, da exigência em massa dos cidadãos comuns para que se punisse o antissocial

A realidade é que no ordenamento jurídico brasileiro nota-se facilmente diversas alterações e inclusões normativas como mera reação simbólica à pressão popular. Dentre vários exemplos se destacam institutos da Lei nº 8.072/90 (lei de Crimes Hediondos), da Lei nº 9.614/98 (lei do Abate), bem como da Lei nº 10.792/03 (Regime Disciplinar Diferenciado).

Após tudo o que foi dito linhas atrás, não há como negar que a expansão do Direito Penal baseado em reformas antiguarantistas tende a influir drasticamente nas políticas criminais direcionadas aos infratores, uma vez que se a relativização de garantias fundamentais se torna de praxe.

3.2 Sobre o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD

O Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido também pelas siglas RDD, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 10.792/2003, passando a compor a estrutura da Lei de Execução Penal.

As principais características deste regime estão sedimentadas no art. 52, I a IV da LEP, destacando-se: a) duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de 2 (duas) pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; d) direito do preso de sair da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol.

Por sua vez, as hipóteses de cabimento também são muito bem definidas, e serão aplicadas nas seguintes hipóteses: a) com a prática de fato previsto como crime doloso, que constitui falta grave, desde que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sem prejuízo da sanção penal correspondente; b) quando o preso representar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) quando existirem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação

de preso provisório ou condenado, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

O tratamento áspero do regime fez com que uma gama de doutrinadores se posicionasse contra à inovação. Merecem ser transcritas as lições de Távora (2014) e Rodrigues (2014) que, com precisão, apontam minuciosamente as irregularidades que maculam o instituto:

Permitir que inserção em RDD se dê pela prática de crime doloso, materializando falta grave, sem julgamento definitivo da infração, fere de morte a presunção de inocência. Imagine que o agente seja colocado no RDD, e depois absolvido da imputação pelo crime doloso que autorizou a sanção. Estaríamos diante de verdadeira antecipação de sanção, sem prévio julgamento. Por sua vez, permitir o RDD em razão de o detento representar alto risco para a segurança do estabelecimento ou da sociedade é imputar o ônus da falência do sistema prisional exclusivamente ao preso. E o que seria este alto risco? A sanção seria motivada por aquilo que o preso representa, e não pelo que ele realmente fez, um verdadeiro direito penal do autor, e não do fato. Já a inserção no RDD pelas fundadas suspeitas de participação em organização criminosa, quadrilha ou bando também merece reparos. [...] Se eventualmente o envolvimento nestas organizações era pretérito, deve está caracterizado na sentença condenatória, e não mais teríamos fundadas suspeitas, e sim certeza deste envolvimento.

Na exposição destes autores, observamos de forma clara e evidente a presença de características no RDD que coadunam com o Direito Penal do inimigo, notadamente pela antecipação de sanção sem prévio julgamento, desrespeito à presunção de inocência, encarceramento fundado em meras suspeitas, punição pela periculosidade e não pelo fato (direito penal do autor).

Por sua vez, Bitencourt (2012) preleciona que o RDD é parte da influência proscrita dos pensamentos de Jakobs, que insere no ordenamento jurídico as normas odiosas que dão vida ao famigerado Direito Penal do autor:

Enfim, aquela pretendida reforma da Lei de execução Penal que tanto nos assustava, está aí, corporificada na lei (10.792, de 1-12-2003, *DOU* de 2-12-2003), que cria, dentre outras monstruosidades, o denominado regime disciplinar diferenciado. Essa posição assumida pelo governo de plantão (não importa quem seja o titular da hora, não muda a filosofia da política penitenciária no País) passa a adotar o proscrito direito penal do autor, de cunho fascista, ressuscitado por movimentos radicais e capitaneados, no plano político-criminal, por Gunther Jakbs, com seu Direito Penal do inimigo. [...] Com efeito, à luz do novo diploma legal, percebe-se que as instâncias de controle não importa o que se faz (direito penal do fato), mas sim quem faz(direito penal do autor). Em outros termos, não e pune pela prática de fato determinado, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico Direito Penal do autor.

Para ele, o Regime Disciplinar Diferenciado adota posição inversa dos princípios insculpidos na carta magna. Leis com este estereótipo são capazes de justificar as mais variadas e truculentas interferências contrárias à proteção constitucional dos apenados.

É válido pontuar que a Constituição Federal de 1988, prega o respeito à integridade física e moral do preso, a observância do contraditório e da ampla defesa, veda a tortura, o tratamento desumano, degradante, além de coibir as penas cruéis.

Em sede jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de argumentar favoravelmente sobre a validade do regime, rebatendo veementemente os argumentos sobre uma possível inconstitucionalidade da lei. Embora extenso, vale a pena a sua leitura com o fim de confrontar as opiniões até aqui abordadas:

Considerando que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas, vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu aos princípios da proporcionalidade. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da Lei de execuções Penais, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaças por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raros culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também no meio social. (...) Assim, não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da FC), à proibição da submissão à tortura, à tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVIII da CF), na medida em eu e certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restritas pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo, não representa, per si, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse pro exemplo, em celas insalubres escuras ou sem ventilação. Ademais, o sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção. Outrossim, a inclusão no RDD não traz qualquer mácula à coisa julgada ou ao princípio da segurança jurídica, como quer fazer crer o impetrante, uma vez que, transitado em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado, na execução da pena, uma nova relação jurídica e, consoante consignado, o regime imposto pela Lei 100.792/2003 visa propiciar a manutenção da ordem interna dos presídios, não representando, portanto, uma quarta modalidade de regime de cumprimento de pena, em acréscimo àqueles previsto no Código penal (art. 33 do CP). Pelo mesmo fundamento,

a possibilidade de inclusão do preso provisório no RDD não representa qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que, nos termos do que estabelece o parágrafo único do art. 44 da Lei de Execução Penal, “estão sujeitos à disciplina o condenado À pena privativa de liberdade e o preso provisório.”¹

Se por um lado, ao menos teoricamente, o instituto mantém os líderes de facções criminosas temporariamente incapacitados de continuar a conduzir os negócios criminosos de dentro da prisão, por outro, afeta diretamente toda a política garantista que o Estado alega proteger.

3.3 Lei do Abate

A Lei 9.614 de 05 de março de 1998, foi o ato normativo responsável por inserir no Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei 7.565/86, a possibilidade de interceptação (destruição) de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substância entorpecentes ou drogas afins.

Todavia, somente após a publicação do Decreto nº 5.144/04, restou regulamentada todas as disposições necessárias para o pleno funcionamento do abate. Disciplina o Decreto que:

Art. 4º “A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º, será classificado como aeronave hostil e estará sujeito à medida de destruição”.

Art. 5º “A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como ultimo recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes no ar ou em terra”.

Somente pela leitura dos dispositivos, nota-se a flagrante violação que esta regulamentação insere no ordenamento jurídico, pois priva o suposto acusado de oferecer o contraditório e a ampla defesa – devido processo legal e o considera de plano culpado, ainda que ausente uma sentença penal condenatória.

Na verdade, a sentença sede espaço para o julgamento unilateral e arbitrário do Comandante da Aeronáutica que, pelo teor do art. 9º, fica delegada ao mesmo a competência para autorizar a medida de destruição.

¹ HC 40.300-RJ rel. Min Arnaldo Esteves de Lima, 5ª Turma, j. 07.06.2005.

A pena de morte, que ora é justificada apenas em tempo de guerra, instala-se mesmo que informalmente em tempos de paz, revelando, por mais, quão violento e insano pode ser o Estado, ao ponto de atribuir a um órgão responsável por garantir a segurança, a função de executor de vidas.

Neste sentido, Moraes (2008) expõe sua crítica baseado no texto publicado por Maierovitch, cujo tema nos incute a refletir: A lei do Abate é uma forma de pena de morte? O autor é claro em sua concepção:

Um dos poucos que defendeu a inconstitucionalidade da medida – salientou que o Presidente da República, ao regulamentar, no combate ao tráfico de drogas, o tiro de abate de aeronaves por suspeitas de narcotráfico, disciplinando, ainda, o afundamento de embarcações tripuladas em mar territorial brasileiro, institucionalizou a pena de morte: “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, no enfrentamento das drogas ilegais, com execuções sumárias e decorrente de suspeitas”.

A vida é considerada como o bem jurídico maior a ser protegido, pois é dela que se emanam os demais direitos. A Lei do Abate desprestigia a vida ao permitir a privação do bem jurídico maior arbitrariamente.

Convém salientar que um ato normativo deve estar em sintonia com a Constituição a quem é vinculada, caso contrário, será inválida e deve prontamente ser extirpada. Se a Carta Magna não permite a pena de morte aos grandes chefes do tráfico, não faz sentido uma lei infraconstitucional decretar aos transportadores dos entorpecentes a sua execução sumária.

Frente a essa desproporcionalidade, evidencia mais uma vez a introdução de normas antidemocráticas, contrária aos alicerces que fundamentam o Estado de Direito – é o reflexo da interferência do Direito Penal do inimigo.

3.4 LEI N° 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos

Intensas discussões acirraram opiniões tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial acerca de dois institutos disciplinados na Lei dos Crimes Hediondos, quais sejam: o cumprimento da pena integralmente em regime fechado e a inadmissibilidade de se conceder a liberdade provisória. Vejamos a redação original da referida lei:

Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – Anistia, Graça e Indulto

II – Fiança e liberdade provisória (redação original)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado (redação original).

Como visto, o parágrafo primeiro trazia em seu bojo a regra de que os condenados por crimes hediondos deveriam cumprir toda a pena em regime fechado, logo, não se aplicaria aos infratores hediondos a regra da progressão para o regime semi-aberto e, posteriormente, ao regime aberto, após o cumprimento de parte da reprimenda.

Por longos anos essa regra permaneceu válida, embora muito criticada por parte da doutrina que apontavam, basicamente, violações ao princípio da individualização da pena, da proporcionalidade, além da vedação às penas cruéis e degradantes.

Somente em março de 2006, o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento no julgamento do HC 82.959-SP, declarando a inconstitucionalidade do referido parágrafo. Ao tratar sobre a histórica decisão do STF, Lima (2014) aduz:

Na visão da Suprema Corte, por força do princípio da individualização da pena, confere-se ao legislador ordinário o poder de disciplinar a individualização da pena nas fases legislativa, judicial e executória, mas não lhe autoriza excluí-la em nenhuma dessas etapas, sob pena de violação do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Afinal, o juiz da execução, também precisa dispor de instrumentos para buscar a individualização do cumprimento da reprimenda imposta ao condenado, sobretudo se considerarmos que a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies, fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dias ou menos dias, voltará ao convívio social. Logo, não se pode privar o preso, em abstrato, do direito à progressão.

Com o posicionamento consolidado no STF, não restou alternativa ao Congresso senão modificar a redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.72/90, constando, dessa vez o cumprimento “inicialmente” em regime fechado.

No que se refere à liberdade provisória, inicialmente o legislador impediu que tal instituto fosse concedido aos que praticaram crimes hediondos. O que se via na prática era a manutenção do custodiado no cárcere até o pronunciamento da sentença condenatória.

Lima apud Moraes (2014), esclarece que ao se admitir que a lei vede peremptoriamente a liberdade provisória, desconstrói os princípios da pena imposta na Constituição, tendo em vista violar a presunção de inocência, além de antecipar automaticamente a pena e impossibilitar o exame da proporcionalidade conforme o caso.

Com o entendimento semelhante, o Supremo Tribunal Federal começou a pronunciar no sentido de que, o crime hediondo, por si só, não seria capaz de afastar a liberdade provisória. Por seu turno, seguindo o espírito democrático, o Congresso Nacional por força da Lei 11.464/2007, alterou a tortuosa reprimenda, de modo a admitir liberdade provisória sem fiança.

Lecionando sobre o impacto da mudança, bem como a repercussão na sociedade, Lima (2014) extrai a seguinte conclusão:

Apesar do inconformismo de diversos setores da sociedade e da mídia diante da nova redação da lei dos crimes hediondos, a modificação foi extremamente salutar. Isto porque, ao se admitir em tese a concessão de liberdade provisória sem fiança aos autores de crimes hediondos, de modo algum se está afirmando que todo e qualquer autor de crime hediondo e equiparado será colocado em liberdade. Na verdade, admite-se a análise da imprescindibilidade da manutenção da prisão cautelar do indivíduo, devendo o juiz apontar de maneira fundamentada a hipótese do artigo 312 do CPP que justifica sua segregação, ou, caso contrário, que seja concedida ao preso a liberdade provisória sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão.

Em que pese grande parcela da sociedade visualizar a mudança como um afrouxamento da lei perante os criminosos, não se pode descuidar de nortear a atuação do Estado ao império da Lei Maior.

Por fim, argumentamos não haver dúvidas de que a negação da liberdade provisória e o cumprimento total da pena em regime fechado são características do poder repressivo latentes do Direito Penal do inimigo.

4 Considerações Finais

Os novos paradigmas da sociedade têm exigido cada vez mais do Direito Penal a sua intervenção como forma de controle dos mais variados problemas comunitários.

Frente à nova criminalização, buscam-se meios capazes de contornar a insegurança que afeta os hábitos da comunidade. Daí surge os fundamentos que sustentam o direito Penal do inimigo.

Este modelo de direito penal é baseado na existência de duas esferas distintas capazes de proporcionar regras antagônicas no mesmo ordenamento jurídico. As regras mudam de acordo o delinquente: se o infrator é um legítimo cidadão aplica-se o processo penal desenhado na constituição; caso seja um delinquente por princípio, o código de guerra é o melhor instrumento de comunicação.

Das bruxas ao herege, do ateu ao judeu, os inimigos foram se intercalando a cada veraneio. Nos dias atuais ele é personificado na caricatura do indomável terrorista – aquele capaz de destruir torres num piscar de olhos. Seria cômico se não fosse trágico imaginar que o novo modelo de terrorismo que ora pretende destruir nações e derrubar governos, se dedica agora a firmar-se como um autêntico Estado soberano.

Restou comprovado que mesmo em um corpo jurídico submisso a mais cidadã das Constituições, o Direito Penal do inimigo, de forma sorradeira, introduziu fragmentos que ferem a democracia e suas garantias. Deu vida ao insurgente RDD, legitimou a pena de morte através da Lei do Abate, além de espalhar uma gama de flexibilizações e relativizações entre artigos, incisos e parágrafos.

O apelo midiático, a sensação de insegurança, a figura de um Estado impotente e incapaz de resolver seus problemas sociais, a insatisfação da sociedade, as perspicácias do legislador em agradar seu eleitorado destacam-se entre os principais fatores que hipertrofiaram o Direito Penal.

Não faltaram críticas à tese de Jakobs, pois a maioria dos doutrinadores adotaram posição contrária, ou pelo menos, questionadora acerca do tema. Nos países onde o poder emana do povo é impensável a idéia de o ser humano ser tratado como não-pessoa.

Evidente que as comparações foram direcionadas imediatamente às atrocidades cometidas pelo regime nazista comandado por Hitler, que pregava a pura

e simples extermínio dos “estranhos à comunidade”. Destacamos em linhas anteriores o projeto de lei que contou com a participação direta do penalista Mezger.

Acredito que a intenção de Jakobs não era chegar tão longe em suas posições e concepções igual propunha Mezger. Argumenta Jakobs sobre a necessidade de delimitar o campo Direito penal do inimigo com o fito de salvaguardar o Direito Penal do Cidadão.

Todavia, considerando as desagradáveis experiências que assustaram o mundo, chegamos à conclusão de que esse modelo penal termina por abrir as portas ao Estado totalitário e autoritário, urgindo como negação ao Estado de Direito.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Intervenção mínima, da legalidade, da proporcionalidade, da individualização da pena, da limitação da pena, da adequação social, da ofensividade ou lesividade, da responsabilidade pessoal, do devido processo legal, da exclusiva proteção ao bem jurídico, são apenas alguns exemplos de princípios flagrantemente violados no Direito penal do inimigo.

Concluimos desse modo, que o Estado democrático de Direito jamais deverá se afastar dos princípios ideológicos que norteiam seu fundamento, tendo sempre por objetivo a proteção do ser humano enquanto pessoa.

Referências Bibliográficas

ABÍLIO, Romeu. **Noções de Constitucionalismo e de Direitos e Garantias Fundamentais com Enfoque no Processo Penal**. 1º Ed., São Paulo: 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Edurado C. B, ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**, 6ª Ed. 2007: editora Atlas.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

_____. **As origens ideológicas do Direito Penal do Inimigo**. Revista Justiça e Ciências Criminais. V. 1, nº 2. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2009.

CUNHA, Cícero Leal. **Terrorismo internacional e a política externa brasileira após o 11 de setembro** – Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.

HC 40.300-RJ rel. Min Arnaldo Esteves de Lima, 5ª Turma, j. 07.06.2005.

HOBBSAWM, ERIC. **A era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 335.

GOMES, Luis Flávio. BIANCHINI, Aline. **Direito Penal do inimigo e os inimigos do Direito Penal**. Revista Eletrônica do Centro de investigações criminologias da USMP, 2º edição, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 7ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2014

JAKOBS, Guinher; CANCIO MELIÁ. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Trad. André Luíz callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquemmatizado**, 16ª Ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Penal Especial Comentada**. 2ª Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: editoraa jusPODIVM, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** – Parte Geral – Vol. 1 – 6ª Ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito internacional Público**. 5ª. Ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz. **O Terrorismo na Agenda Internacional**. Revista CEJ, nº 18, Brasília: 2002.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. Pág. 28.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo – a terceira velocidade do direito penal**. 1ª e. Paraná: Juruá, 2008.

MOREIRA, Romulo de Andrade. **Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2007.

NAPOLEONI, Loreta. **A Fênix Islamita – O estado Islâmico e a reconstrução do Oriente Médio**, Tradução de Milton Chaves de Almeida. Bertrand Brasil, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PANDOLFI, Dulce Chaves,. **Cidadania, justiça e violência – Percepção dos direitos e participação social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PENA, Rodolfo F. Alves. "**Principais grupos terroristas da atualidade**"; Brasil Escola. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/geografia/grupos-terroristas-mundo.htm>>. Acesso em 02 de novembro de 2015.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9º Ed. rev. Amp. e atual. Salvador: jus podivm, 2014,

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**. São Paulo: Almedina, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007