

DIREITO PENAL DO INIMIGO

Fabiane Silva

Graduando (a) em Direito pelo UNIPTAN

e-mail: fabianesilva.direito@gmail.com

Orientadora: Érika Tayer Lasmar

Resumo: O artigo teve por objetivo a análise da teoria de Jakobs seria um Direito Penal onde separaria os criminosos em duas categorias. A primeira categoria seria aquela que continuaria a ter o status de cidadão e mesmo após infringir a lei, ainda teria o direito a se ingressar a sociedade mesmo após seu julgamento. Já a segunda categoria seria aqueles chamados de inimigo onde teriam um tratamento rígido e diferente daqueles considerados cidadãos. O Direito Penal do Inimigo se opõe ao Direito Penal do Cidadão onde o inimigo não é considerado cidadão, sendo assim, não recebe os mesmos benefícios nem garantias do que o cidadão ficando impossibilitado de reingressar na sociedade. Foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica. E como principal conclusão destaca-se que ainda que não é possível fazer dentro de um Estado Democrático de Direito, a distinção de cidadão ou inimigo, visto que não se pode destoar o Direito Penal, já que não temos um sistema concreto e seguro para a aplicação deste, oferecer então soluções racionais, proporcionais e de forma efetiva para a solução para fatos de alta gravidade que se repetem a cada dia, alastrando medo na sociedade, com a sensação de impunidade que paira sobre nós, e que acabam por abater o próprio Estado de Direito Democrático, o qual se perfaz na segurança pública.

Palavras-chave: Direito Penal do inimigo. Estado de Direito. Manutenção da ordem social.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo é uma hipótese lançada Gunther Jakobs, com base nas políticas públicas que combatem a criminalidade internacional, bem como a nacional. Esta preposição da mesma forma passa a ser conhecida como direito penal de terceira velocidade, ou seja, a punição seria com base no autor e não devido ao ato praticado por ele. Frise-se que esta designação tem maior destaque atualmente em razão de ataques terroristas ocorridos frequentemente. Jakobs propõe um direito diferenciado a pessoas de alta periculosidade, visto que para estas o direito penal do cidadão não se faz eficaz, assim, desta forma, os inimigos seriam os sujeitos criminosos, que cometem delitos de ampla crueldade, como crimes econômicos, crimes organizados, infrações penais perigosas, crimes sexuais, bem como terroristas. O direito penal do inimigo é, na realidade, uma forma de direito que serve para combater determinadas classes.

No entanto, o inimigo não representa somente um risco ao ordenamento jurídico, como também um perigo a sociedade, explicando a sua punição. Todo sujeito que comete uma infração penal faz jus a certas proteções, no entanto, o inimigo somente recebe a coação, por isso o nome Direito Penal do Inimigo, visto que, este somente se quadra para paralisar certas atitudes e o potencial ofensivo. Podemos compreender de tal forma que o Direito Penal do Inimigo seria a exceção do direito tradicional, tal exceção existiria para assegurar a estabilidade da regra. Desta forma, o direito penal do inimigo preza em eliminar todos aqueles que ofereçam à sociedade um risco, ou seja, não ofereçam uma garantia mínima necessária para que possam ser tratados como pessoas.

De outra sorte, o direito tradicional, somente preconiza a conservação ou a manutenção da ordem. A existência de inimigos é um fato real, o qual o perigo que eles representam ao ordenamento jurídico é um problema que não pode ser resolvido pelo direito penal, muito menos através de meios policiais. Atualmente, pode-se destacar que em 2003, entrou em vigor a Lei nº 10.792, sendo uma forma dissimulada de infiltração do instituto do Direito Penal do Inimigo, o chamado regime disciplinar diferenciado que nada mais é do que o instituto caracterizador, visto que, primeiramente se alterou a forma de interrogatório, para posteriormente tratarem do inimigo.

Portanto, o indivíduo que não cumpre com o dever de cidadão, cuidando pela segurança estatal e desrespeitando normas cogentes impostas pelo Estado, deve ser este indivíduo banido da sociedade como cidadão, não devendo ser mais tratado como tal.

Assim, o objetivo geral deste estudo foi: demonstrar a prescindibilidade da antecipação da punibilidade. E como objetivos específicos tem-se: i) Esclarecer e avaliar os prejuízos acarretados com a antecipação de sanção referenciada não no ato cometido, mas no ato futuro.; ii) Identificar a incompatibilidade de certos crimes com o inimigo descrito o Gunther Jakobs.

1 – CONCEITOS DIREITO PENAL DO INIMIGO E CONTEXTUALIZAÇÃO.

De forma ampla, pode-se conceituar o Direito Penal como sendo o ramo do direito apto a controlar e planejar a vida em comum, ou seja, aquele utilizado para fins de preservação da tranquilidade jurídica que o homem necessita para conviver pacificamente em sociedade. Representa também o conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o devido exercício do poder sancionador e preventivo do Estado, onde estabelece-se o conceito de crime como pressuposto e anterior à ação estatal, bem como a responsabilidade do sujeito ativo e por último, associando-se à infração da norma penal uma sanção, que tanto pode ser uma pena quanto uma medida de segurança.

Para Luiz Régis Prado (2007, p.63)

Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, combinando-lhes determinadas consequências jurídicas — penas ou medidas de segurança (conceito formal). Enquanto sistema normativo, integra-se por normas jurídicas (mandatos e proibições) que criam o injusto penal e suas respectivas consequências. De outro lado, refere-se, também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso.

Para Jakobs, o Direito Penal pode atuar, em relação ao inimigo, antes mesmo dele ter cometido qualquer infração, bastando ser perigoso para a sociedade, adotando-se, assim, a antecipação da tutela penal.

Assim, afirma Jakobs:

Direito penal do cidadão, mantém a vigência da norma. O Direito penal do inimigo (em sentido amplo) perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias². (JAKOBS,2007, p. 30).

O Direito Penal do Inimigo se opõe ao Direito Penal do Cidadão onde o inimigo não é considerado cidadão, sendo assim, não recebe os mesmos benefícios nem garantias do que o cidadão ficando impossibilitado de reingressar na sociedade. (JAKOBS,2007).

O Direito Penal do inimigo caracteriza-se por ser um Direito Penal de exceção, tratando-se de um mecanismo teórico pautado basicamente na diferença entre cidadãos e não-cidadãos, baseando-se na própria separação entre pessoas e não-

peças. Assim, tal teoria dirige-se a uma diferenciação entre o indivíduo e o delincente contumaz, coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, divididos em dois tipos de penalização, uma dirigida ao cidadão e outra ao inimigo.

Nesse sentido conceitua Greco:

O direito penal do inimigo "só se mostra legítimável como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional", e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação. (GRECO, 2012, p.39)

O Direito Penal do inimigo possui como uma de suas maiores características o ataque aos riscos impostos pela sociedade, e por isso simboliza, em muitos casos, uma antecipação de punibilidade, na qual o "inimigo" é interceptado em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade, descaracterizando o homem como o centro de todo o Direito e supervalorizando o sistema puramente normativo. (MARTIN, 2007).

2 – TEORIA DE JAKOBS

Pautada em políticas públicas de combate à criminalidade, Jakobs vai concretizar a sua teoria - formando o seu próprio conceito de inimigo - em bases filosóficas que tem como expoentes máximos Thomas Hobbes e Immanuel Kant ainda que estes, em épocas distintas, já tenham disposto sobre quem seria o inimigo. (JAKOBS, 2009).

A estabilidade das normas é o principal objetivo da aplicação do sistema jurídico, pois as normas jurídicas têm a função de orientar, estabilizar e institucionalizar as expectativas sociais, a fim de que sejam evitadas decepções. Quando a decepção ocorre, porém, ou seja, quando há uma infração à norma, é necessário que se expresse que, embora tenha havido uma infração, a norma continua válida. O autor sustenta então que a pena se justifica pela necessidade de reafirmação da validade da norma, devido ao fato de sua violação abalar o sistema. Dito de outra forma, a pena não tem a função de prevenir delitos (prevenção negativa), antes o seu objetivo é garantir a vigência da norma (prevenção positiva), demonstrando que ela continua determinante, não o comportamento infrator. (BITENCOURT, 2003).

E o que, de fato, seria o Direito Penal do Inimigo? Para JAKOBS (2009, p. XXV), “são regras jurídico-penais que, como suas correlatas, as regras do Direito Penal do Cidadão, somente são concebíveis enquanto tipos ideais” e, prossegue afirmando que o “Direito Penal do Inimigo é, essencialmente, violência silenciosa; o Direito Penal do Cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma.”. Desta forma, “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só contexto jurídico penal” (JÚNIOR, 2005, p. 21).

Jakobs estabelece que “a função da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para a relação social. O conteúdo da pena é uma contradição da negação da autoridade da norma, à custa do infrator da mesma” (1983, p. 7 apud BARATTA, 2005, p. 9).

Segundo Jakobs, a sociedade torna toda pessoa portadora de um papel, o que se refere à ideia luhmanniana de expectativa, competindo, então, a todas pessoas o dever de não produzir decepções, isto é, de não violar as normas penais. É somente assim, portanto, cada pessoa portando um papel, que a vida em sociedade é possível, ainda mais hoje, com a frequência de contatos anônimos, pois se para cada contato social todos tivessem de analisar as múltiplas consequências a sociedade ficaria paralisada (JAKOBS, 2009).

3 – CRIMES QUE PODEM SER COMPATÍVEIS E INCOMPATÍVEIS COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Na busca imediata da punição a certos crimes, o legislador na ânsia de contentar a sociedade, pois esta demonstra repúdio público através dos meios de comunicação às suas práticas, edita leis para dar a falsa impressão de segurança. Assim, embalados em movimentos populares pró-segurança e instigados pelos meios de comunicação, o legislador, tem justificado a edição de leis penais com considerável perda de benefícios e até mesmo o cerceamento de outros.

Alves apud Oliveira, nesse sentido crítica que:

Os novos campos de periculosidade, com suas inéditas características, conduzem a atividade legislativa ao constante emprego dos crimes de perigo abstrato e de normas penais em branco [...] dentre outros instrumentos jurídicos. O Direito Penal acaba sendo adaptado à ótica da sociedade do

risco, visando à sua minimização e à produção de segurança, apresentando-se cada vez mais expansivo, com a proteção de novos bens jurídicos e adiantamento das barreiras da punibilidade - crimes de perigo - e com a mudança de paradigma da lesão do bem jurídico para a periculosidade da ação, dentre outras manifestações contemporâneas. (ALVES *apud* OLIVEIRA,2007).

A Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que versa sobre os crimes hediondos foi introduzida no ordenamento jurídico, em decorrência de expressa determinação constitucional, que dispõe serem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Por ocasião de sua promulgação, o legislador infra A Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que versa sobre os crimes hediondos foi introduzida no ordenamento jurídico, em decorrência de expressa determinação constitucional, que dispõe serem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos. Por ocasião de sua promulgação, o legislador infraconstitucional proibiu a liberdade provisória, excluída mais tarde através da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, bem como vedou o indulto, determinando o cumprimento integral da pena em regime fechado, tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *HC* 82.959-7 e permitiu o apelo em liberdade, mediante decisão motivada, em caso de sentença condenatória.

A Lei 9.034, de 03 de maio de 1995, foi promulgada com a finalidade de combater as organizações criminosas que atentasse contra a sociedade e Estado, visando a punição de organizações, definidas na lei com quadrilha ou bando, principalmente, de tráfico de drogas, contrabando de armas, contra a economia e qualquer outro crime praticado nessas condições. A Lei autorizou violações de sigilo protegidos pela Constituição, como acesso de dados dos participantes dessas organizações, proibiu, ainda, a liberdade provisória com ou sem fiança e a possibilidade de apelar em liberdade, bem como determinou o início de cumprimento da pena sempre em regime fechado.

Com a edição do o Decreto 5.144, em 16 de julho de 2004, que regulamentou o dispositivo do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565 de 19 de dezembro de

1986, no que tange, especificamente, às aeronaves hostis e suspeitas de tráfico de entorpecentes e drogas afins, e posterior promulgação da Lei 9.614, de 05 de março de 1998, chamada “Lei de Abate” que possibilita a derrubada das aeronaves consideradas hostis dentro do Território Brasileiro, inicia-se mais um capítulo da expansão do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento.

Nesse contexto, Gomes critica que:

A Lei 11.343/2006 já estabelece normas para repressão ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. Na ânsia de defender a sociedade, o legislador infraconstitucional deu solução incompatível com a Lei Maior. O legislador deve criar outras formas de controle que não impliquem em flagrante violação dos direitos fundamentais. (GOMES,2012, p.32).

Assim, diante dessa lei verifica-se sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988 que a chamada “Lei de Abate” afronta, diretamente, os direitos fundamentais estatuídos nela, principalmente quanto ao direito à vida, à liberdade, bem como ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Nos termos do *art.5º, XLVII, a, c/c art. 84, inciso XIX*, da Constituição da República Federativa do Brasil, é possível sustentar a existência de pena de morte, em caso de guerra declarada e apenas nessa hipótese, de outro modo, há previsão na lei de abate, em aparente afronta à garantia do direito à vida, quando em tempo de paz, devendo-se atentar, ainda, para a cláusula pétreia contida no *§ 4º, do art. 60, da Constituição da República Federativa do Brasil*, que proíbi ao constituinte derivado a proposta de emenda constitucional fadada a suprimir direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida.

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 destinado a determinados detentos suspeitos de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Essa lei estabeleceu enorme reação contrária da doutrinária em razão das consideráveis violações às garantias fundamentais, em particular, à humanidade da execução de pena e o princípio de igualdade, pois com base no Regime Disciplinar Diferenciado pune-se o delinquente não pelo delito praticado, regra do ordenamento jurídico brasileiro, mas pela periculosidade do autor como característica marcante do Direito Penal do Inimigo.

4 – CRÍTICAS A TEORIA EM RELAÇÃO A ANTECIPAÇÃO DA SANÇÃO.

Em tom crítico quanto à aplicação do Direito Penal do Inimigo, Alejandro Aponte afirma que o primeiro interessado na existência de cidadãos é o Estado, o qual deve oferecer possibilidades reais de socialização para todos os indivíduos. Ainda segundo o autor, é necessário analisar se o próprio Estado respeita o Direito, ou se é o primeiro, através de suas instituições e organizações, a não o respeitar. (ALEJANDRO,2004).

O professor Francisco Muñoz Conde, tratando do tema do Direito Penal do Inimigo e sua relação com o Estado de Direito, afirma ser impossível a legitimação daquele, uma vez que a possibilidade de derrogação de alguns princípios inerentes ao Estado de Direito abriria a possibilidade de desmantelamento deste, transformando-o apenas em um ordenamento puramente tecnocrático e funcionalista. (MUNÓZ,2012).

Não há como sustentar a existência de um Direito Penal do Inimigo, uma vez que o Direito Penal “comum” tem como destinatário o homem real, ou seja, o mesmo alvo do sistema formulado por Jakobs. Sendo assim, os sujeitos devem ser regidos pelas mesmas regras, princípios e garantias, não cabendo um sistema excepcional.

Outro ponto que reforça a impossibilidade da legitimação do modelo proposto por Jakobs é que a restrição a direitos e garantias fundamentais, segundo a moderna doutrina constitucional, deve estar em sintonia com o princípio da proporcionalidade, o qual é dividido em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O Direito Penal do Inimigo, conforme demonstraremos, não se adequa ao princípio acima referido e, por este motivo, fica impossibilitado de ser legitimado no Estado Democrático de Direito (BITTAR,2007).

Como já dito, o princípio da proporcionalidade é composto de três elementos, sendo que o primeiro a ser tratado é o da adequação. Conforme visto, a função do Direito Penal do Inimigo “é a eliminação de um perigo.

Posto isso, entendemos que os meios utilizados por Jakobs, tais como antecipação da tutela penal, a desproporcionalidade das penas e a relativização das garantias penais e processuais, podem, a princípio, ser aptos a alcançar o fim almejado pelo professor alemão.

Vale frisar, com arrimo em André Ramos Tavares, que “para caracterizar-se como inidôneo quanto à sua conformação aos fins colimados o meio deverá ser *totalmente* inviável”. (TAVARES,2007, p.23).

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio do presente trabalho, procurou-se mostrar que a teoria do Direito Penal do Inimigo, muito embora se apresente como interessante, com suas propostas de punições mais severas para aqueles que amedrontam a sociedade e colocam em risco a manutenção desta, deve ser analisada com cuidado. Isso porque o poder punitivo que o Estado adquire é demasiadamente grande e os direitos e garantias fundamentais, que têm como função a sua respectiva limitação, acabam por ser suspensos. Assim sendo, percebe-se uma clara tendência para que as sanções impostas aos inimigos se estendam também aos cidadãos, fato esse que ocasionará a criação de um estado geral de insegurança para todos os indivíduos.

Em virtude das mudanças ocorridas dentro da sociedade e conseqüentemente, dentro do Direito Penal, vemos a valorização de alguns bens jurídicos anteriormente não considerados essenciais a ponto de justificar a intervenção estatal, a tipificação de novas condutas, bem como o surgimento de crimes e organizações que possuem caráter transnacional, capazes de afetar diversos Estados. Diante desse contexto, surge a teoria do Direito Penal do Inimigo, com promessas de individualização e efetiva neutralização daqueles considerados como um perigo à sociedade, que encontra abrigo nas exigências desta por soluções que traduzam tal violência e também na ânsia dos legisladores em satisfazer tais desejos, que acabam por se materializar em punições desmedidas.

6- REFERÊNCIAS

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 51, 2004, p. 22.

BARATTA, Alessandro. **Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica**. *Neopanopticum*, 27 nov. 2005. Acesso em: 29 de novembro de 2022.

BITTAR, Eduardo, **Direito e Liberdade: Contrapontos entre poder, não poder e dever**, São Paulo.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio**. 6ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GOMES, Luiz Flávio - Muñoz Conde e o Direito Penal do Inimigo – Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/admin/clc_search/begin/index.php?query=direito+penal+do+inimigo. Acesso em 26/11/2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 14ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**, pp. 33-34.

JAKOBS, Günther. **Incriminação do estado prévio à lesão de um bem jurídico**. Tradução de André Luís Callegari. In:_____. **Fundamentos de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, de 26. jul. 1990, P. 14303. Acesso em 27 de novembro de 2022.

_____. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, de 04. mai. 1995. P. 6241. Acesso em 27 de novembro de 2022.

_____. **Lei nº 9.614, de 05 de março de 1998.** Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, de 06. mar. 1998. P. 1. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9614.htm>. Acesso em 27 de novembro de 2022.

_____. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.** Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, de 02. dez. 2003. P. 2. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em 27 de novembro de 2022.

MARTIN, Luiz Garcia. **O Horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha **Almeida de. Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal,** pp. 200-201.

_____. **Muñoz Conde e o Direito Penal do Inimigo.** Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/admin/clc_search/begin/index.php?query=direito+penal Acesso em :27 de novembro de 2022.

SANNINI NETO, Francisco. **Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito:** compatibilidade. São Paulo, n. 51, 2004, p. 22.

REGIS PRADO, Luiz. **Direito Penal do Inimigo.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/> Acesso em: 27 de novembro de 2022.

Revista Jurídica Consulex- **Regularização Fundiária,** P 201, 01.06.01, fas 345, pag. 49.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais,** p. 148.

TAVARES, André Ramos. **Op. cit.,** p. 686.