

A APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Natalia Ribeiro da Silva ¹

Raggi Feguri Filho ²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO; 3 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO; 3.1 CIDADÃO X INIMIGO; 3.2 A PENA PARA O INIMIGO; 3.3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PENAL; 4 APLICAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO; 4.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO PELO MUNDO; 4.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS (IM)POSSIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

RESUMO: O presente artigo versa de forma explicativa sobre as características e fundamentos da Teoria do Direito Penal do Inimigo, sendo esta criada por um dos doutrinadores mais polêmicos na área penal, Günter Jakobs. Situa cronologicamente o Direito Penal do Inimigo nos dias atuais, bem como destaca as polêmicas abordadas neste ramo do Direito. Localizando a teoria de Günter Jakobs no que se conhece como funcionalismo radical, sistêmico ou normativo no Direito Penal. Para o referido autor existe a figura de dois tipos de criminosos: o cidadão e o inimigo. Baseado nesta teoria a penalização do sujeito não deve levar em consideração o fato criminoso praticado, mas sim o grau de periculosidade que o criminoso apresenta à sociedade. Inúmeras são as críticas apresentadas a essa teoria, tendo em vista que suas características muito se aproxima as adotadas em épocas nazistas, e ainda vai de encontro ao Estado Democrático de Direito, modelo de Estado adotado pela República Federativa do Brasil. Mesmo assim o objetivo do presente trabalho é expor e discutir a aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro, mostrando a posição do Direito Penal pátrio frente à tese do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que embora tratada como inconstitucional, muitos são os reflexos desta teoria no Brasil. Trazendo, a fim de comprovar tal afirmativa, exemplos de legislações penais brasileiras que se assemelham a teoria de Günter Jakobs.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal do Inimigo. Inimigos do Estado. Inconstitucionalidade do Direito Penal do Inimigo. Aplicação Prática do Direito Penal do Inimigo.

¹ Acadêmico ou Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2010. E-mail para contato: natalia_riibeiro@hotmail.com

² Sócio-diretor da Feguri & Feguri Advogados Associados. Professor Universitário na Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR) e professor titular do Colégio Platão (Apucarana), e do Colégio Materdei (Apucarana). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2001). Bacharel em Administração de Empresas pela Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana (1997). Especialista em Administração Financeira e Contábil pelo Instituto Brasileiro de Pesquisas Sócio Econômicas, Brasil(1995). Bacharel em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal do Paraná (1993).

ABSTRACT: *This article deals with an explanatory way on the characteristics and fundamentals of the Theory of Criminal Law of the Enemy, which was created by one of the most controversial scholars in the penalty area, Günter Jakobs. He chronologically examines the paths taken by the criminal law throughout history up to present day, as well as controversies addressed in this branch of law. Finding the Enemy's Criminal Law is known as radical, systemic or normative functionalism in Criminal Law. For the author, there are two types of criminals: the citizen and the enemy. Based on this theory, the penalty of the subject should not take into consideration the criminal act committed, but the degree of danger that the offender presents society. There are numerous criticisms to this theory, considering that this theory and its characteristics closely approach the ones adopted in Nazi times to mainly meet the characteristics adopted by the democratic state model adopted by the Federative Republic of Brazil. Yet it is the objective of this work to expose and discuss the applicability of the Direct Criminal Enemy in the Brazilian legal system, showing the position of the paternal Criminal Law opposite to the thesis of the Criminal Law of the Enemy, being it unconstitutional despite many being reflections of theory in Brazil. Bringing in order to prove this statement, examples of Brazilian criminal laws that resemble Jakobs theory.*

KEY-WORDS: *Criminal Law of the Enemy. Enemies of the state. Unconstitutionality of the Criminal Law of the Enemy. Practical Application of the Criminal Law of the Enemy.*

1 INTRODUÇÃO

Dentre os temas que instigam tomadas de posição, certamente o Direito Penal do inimigo, também intitulado como Direito Penal de Terceira Velocidade, merece especial atenção e discussão, principalmente quanto aos seus reflexos espalhados pelos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, mesmo sendo, em regra, tratado como inconstitucional pela maioria dos países.

Elaborado por Günther Jakobs, essa linha de pensamento basicamente traduz a ideia da existência de um indivíduo que não merece ser tratado pelo Estado como pessoa, mas sim como um “inimigo”, ou seja, como uma fonte de perigo constante que atenta contra a estrutura do Estado e não oferece garantia de que em dado momento atuará com fidelidade ao país, buscando com seu ato criminoso a quebra do Contrato Social. Tornando-se assim, perfeitamente possível a proposição de um adiantamento da punibilidade, aderindo uma visão prospectiva do indivíduo, com incremento considerável de penas, ou ainda uma minimização de determinados direitos e garantias fundamentais.

A ideologia adotada por Günther Jakobs para a aplicação de sua teoria vai de encontro aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, contudo, ainda em países onde o Direito Penal do Inimigo puro é visto como inconstitucional, os reflexos do mesmo são inevitáveis. Ao tomar o Brasil como exemplo desta afirmação, mesmo levando em consideração que a Constituição Federal vigente coloca os direitos à vida, à igualdade, à liberdade como Cláusula Pétreia (art.60 §4º IV), a teoria de Günther Jakobs encontra-se fortemente presente na legislação pátria.

Ainda será exposto no presente trabalho que toda discussão sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro não tem sido meramente teórica, na legislação penal e processual penal, em matéria de tráfico, terrorismo e outros, já se pode ver traços da tese. Portanto, justos são os questionamentos a esse respeito, pois embora claramente inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, a tese de Günther Jakobs demonstra estar presentes, mesmo de que forma indireta.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Atualmente vive-se o direito pós-finalista, também chamada de teoria funcionalista, onde é deixado de lado a preocupação em definir o que é o direito, focando na definição de qual a função do Direito Penal. Alexandre Rocha Almeida de Moraes se manifesta no seguinte sentido:

A questão 'o que é Direito?' deu lugar ao dilema 'para que serve o Direito?'. Logicamente essa transformação também se deu no Direito Penal, que passou a ter seus objetivos na busca da eficácia e eficiência. Como efeito primordial dessa mudança, o foco passou a ser o direito de punir e a busca da prevenção da criminalidade, pano de fundo do Direito Penal da 'normalidade' ou da descrição do Direito Penal do Cidadão' segundo a concepção de Jakobs.³

O funcionalismo no Direito Penal tem como base o fato de que o Direito, mais especificamente o Direito Penal, possui o objetivo garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas. Seguindo esta

³ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. 2008. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p.126.

linha de raciocínio a indagação é a seguinte: como e com que norte se dará o uso deste instrumento?⁴

Para Flávio Ribeiro da Costa podemos dividir essa resposta em duas principais vertentes. A primeira chamada de funcionalismo moderado ou teleológico (Claus Roxin - 1970), onde defende-se que o Direito Penal está voltado para a necessidade da Política Criminal, afim de que esta possa penetrar na dogmática penal, ou seja, para Claus Roxin o Direito Penal não passa de um controlador social, que serve exclusivamente para administrar a vida social e não para punir.

Já a segunda vertente chamada de funcionalismo radical, sistêmico ou normativista (Günter Jakobs - 1985) é inspirado pela Teoria dos Sistemas de Luhmann, e a mais marcante característica desta corrente funcionalista é que enquanto outros autores colocam a dignidade da pessoa humana como o centro do sistema, Luhmann e Jakobs fazem o contrário e colocam a sociedade neste lugar. Günter Jakobs conceitua juridicamente a pessoa como um sujeito de direitos e obrigações, obedecendo assim seu papel social, e quando esta joga fora seus atributos de cidadão, deixa de ser vista como tal, não lhe sendo concedido a ela os devidos princípios do processo penal democrático.⁵

Sendo então no âmbito do funcionalismo radical que surge a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida em 1985 por Günther Jakobs, doutrinador alemão, discípulo de Welzel tido como um dos mais respeitados e polêmicos juristas daquela época.⁶

Neste mesmo ano o autor trouxe à tona o Direito Penal do Inimigo em uma Jornada de Professores de Direito Penal, realizada em Frankfurt, inicialmente apenas identificando o tema e estabelecendo ainda uma possível separação do Direito Penal em Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, ou seja, uma distinção de acordo com o sujeito para o qual cada direito se destinava.⁷

⁴ MORAES, *loc. cit.*

⁵ COSTA, Flávio Ribeiro da. **Os fundamentos do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 211. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1680>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** 2008. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p.181.

⁷ BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos:** Análise e Crítica. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 15 mar. 2015. p. 10.

O termo 'Direito Penal do Inimigo' apresentado por Jakobs, é designando por um conceito doutrinário e um postulado político-criminal compatível com determinados dispositivos de Direito Penal e Processo Penal, que através de suas características, estruturam um particular *corpus legal* punitivo aparentemente alheio aos princípios, garantias e fins do Direito Penal liberal.⁸

Em 1999 Jakobs participou da Conferência do Milênio em Berlim, onde apresentou ao mundo o conceito definitivo do Direito Penal do Inimigo, tratando do tema "Os desafios da ciência do Direito Penal frente ao futuro", ou seja:

A necessidade de reconhecer e admitir que nas sociedades atuais, junto a um Direito Penal dirigido à única tarefa de restabelecer através da sanção punitiva a vigência da norma violada pelo delinquente e a confiança dos cidadãos do Direito (segurança normativa), inspirado em conceitos mais ou menos flexíveis ou funcionais, porém respeitosos e adequados ao sistema de garantias e limites do poder punitivo no Estado de Direito, havia outro Direito Penal, um Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht), pelo qual o Estado diante de determinados sujeitos, que de forma grave ou reiterada se comportam contrariamente às normas básicas que regem a sociedade e constituem uma ameaça para a mesma, tem que reagis de forma muito mais contundente para restabelecer a confiança normativa e sim pela "segurança cognitiva".⁹

Fica claro em 2003, por meio do livro apresentado por Jakobs (*Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003), que o autor abandonou, definitivamente e de forma clara, aquela postura crítica e meramente descritiva do Direito Penal do Inimigo, passando a apresentar uma tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.¹⁰ O que antes ele apresentava como um direito de caráter excepcional, como um Direito Penal de emergência, agora o autor passa a visualizar formas para o legitimar, considerando esse direito como inevitável na sociedade moderna, defendendo assim a necessidade da existência de dois Direitos Penais: "um

⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. v. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107.

⁹ CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo**. (Tradução de Karyna Batista Sposato). Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 27 nov. 2010. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 15 mar. 2015. p.1.

destinado à ‘pessoa/cidadão’ – Direito Penal do Cidadão; e outro destinado a ‘não-pessoa/não-cidadão’, ou seja, ao inimigo – Direito Penal do Inimigo”.¹¹

O suporte filosófico usado para fundamentar a teoria do doutrinador Günther Jakobs está em autores contratualistas como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Tendo em vista que para todos eles o delinquente que infringe o contrato social não pode usufruir das garantias que o Estado disponibiliza aos cidadãos, sendo assim, o delito nada mais é do que uma infração ao contrato social.¹²

Francisco Muñoz Conde afirma que o Direito Penal excepcional sempre existiu, e apresenta a fim de exemplificar o seu parecer, o século XIX na Espanha, com o aparecimento de uma legislação excepcional para reprimir casos de banditismo organizado, ou ainda, após a Guerra Civil (1936-1975), uma legislação de caráter bélico ou militar que se prolongou com maior ou menor intensidade durante o regime da ditadura, e culminado ainda neste ano, com a execução de cinco membros de grupos terroristas condenados a morte por um tribunal militar.¹³ O autor ainda afirma:

Não há dúvidas de que acontecimentos como os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o de dezembro de 2003 em Bali da Indonésia, o de 11 de março de 2004 na Estação de Atocha de Madri, o de 1º de setembro na Escola de Beslan, Rússia, e o 7 de julho de 2005 no metrô de Londres, demonstraram a existência de um perigo real e a possibilidade de outros atentados.¹⁴

Com base no crescente índice de acontecimentos terroristas torna-se notório o aumento no interesse de vários países ao que Jakobs nominou de Direito Penal do Inimigo, com isso o legislador deixa de dialogar com os seus cidadãos, e passa a ameaçar seus inimigos.

Por fim, tendo em vista toda a complexidade do Direito Penal do Inimigo e para conseguir compreender toda estrutura da teoria construída por Jakobs, é preciso analisar e entender alguns conceitos e características essenciais

¹¹ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal do inimigo**: uma análise sob os aspectos da cidadania. 2008. Mestrado - UPM/Direito Político e Econômico. Domínio Público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2015. p. 63.

¹² PILATI, Rachel Cardoso. **Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs**. 2011. Mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 20 mai. de 2015. s/p.

¹³ CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo**. (Tradução de Karyna Batista Sposato). Curitiba: Juruá, 2012. p. 32.

¹⁴ CONDE, *op. cit.*, p.26.

do Direito Penal do Inimigo, os quais foram consolidados com base na sua construção teórica.

3 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O autor Luiz Greco apresenta três finalidades ao conceito de direito penal do inimigo, sendo eles:

É primeiramente possível ver no conceito de “direito penal do inimigo” nada mais é do que um instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo. Algumas normas de nosso ordenamento jurídico seriam então caracterizadas como direito penal do inimigo, o que não significaria serem elas boas ou ruins por causa disso [...]. Em segundo lugar, pode-se utilizar o termo “direito penal do inimigo” para fazer mais do que meramente caracterizar determinados dispositivos. Ao considerar uma certa regra de direito penal do inimigo, pode-se estar almejando estigmatizá-la como especialmente anti-liberal e contrária ao estado de direito, apontando, assim, para a necessidade de sua reforma [...]. Existe, porém, uma terceira maneira de trabalhar com o conceito “direito penal do inimigo”, que é a de formular uma teoria de seus pressupostos de legitimidade e afirmar que estes estariam predominantemente satisfeitos na realidade. Em outras palavras: esse terceiro caminho declararia o direito penal do inimigo algo legítimo.¹⁵

E assim como em qualquer outra teoria, o Direito Penal do Inimigo também possui suas características próprias, sendo essas classificadas por Jakobs, como necessárias para o enfrentamento dos inimigos na sociedade, bem como para a aplicação do Direito Penal do Inimigo.

Günter Jakobs elenca em sua obra três elementos que caracterizam o Direito Penal do Inimigo:

- a) O amplo adiantamento da punibilidade, sendo essa uma mudança de perspectiva do fato típico praticado para aquele fato que será produzido. Como por exemplo nos casos de terrorismo e organizações criminosas.
- b) A falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento, ou seja, a punição não é acompanhada de nenhum tipo de redução, tornando estas muitíssimo altas.

¹⁵ GRECO, Luís. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005. Fundação Dom Cabral. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015. p. 226.

c) A mudança do Direito Penal, para um direito de luta contra a delinquência.¹⁶

Justificando cada um desses elementos, Luiz Regis Prado se manifesta nos seguintes termos:

a) antecipação da punibilidade com o escopo de combater perigos, de forma a alcançar momentos anteriores à realização de fatos delituosos, até mesmo meros atos preparatórios, por seu autor integrar uma organização que atua à margem do Direito; b) notável incremento e desproporcionalidade das penas, mormente porque à punição de atos preparatórios não acompanharia nenhuma redução de pena; c) para Jakobs, é manifestação própria do Direito Penal do inimigo o fato de diversas leis alemãs serem denominadas “leis de luta ou de combate”; d) supressão ou redução de direitos e garantias individuais nas esferas material e processual penal, bem como a inserção de alguns dispositivos de Direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios.¹⁷

Ainda, seguindo esta mesma linha de raciocínio, o autor e professor Luis Flávio Gomes elenca, de forma resumida, as principais características desta teoria:

Características do Direito Penal do inimigo: (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.¹⁸

É fácil prever o quão polêmico essa teoria tornou-se e ainda se torna, tendo em vista que a mesma vai na contramão de muitos pontos considerados imutáveis nos Estados Democráticos de Direito. Contudo, Jakobs demonstra o

¹⁶ JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. (Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes). São Paulo: Manole, 2003. v.1. Coleção Estudos de Direito Penal. p.55-57.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo**: uma palavra. Disponível em: <www.regisprado.com.br> Acesso em: 20 mai. 2015. s/p.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Evolução da Teoria da Tipicidade Penal**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050606124155299&mode=print>. Acesso em: 20 mai. 2015. p. 2.

quanto essas medidas são necessárias para que o direito penal acompanhe a evolução da sociedade.

3.1 CIDADÃO X INIMIGO

Um dos grandes questionamentos de Jakobs é no que toca a validade dos instrumentos do Direito Penal contra alguns tipos de delinquentes num ordenamento jurídico de indivíduos imputáveis e inimputáveis, onde ambos tornam-se capazes de praticar fatos típicos e ilícitos.

Para o autor, sobre o indivíduo imputável deve recair um juízo de culpabilidade, ou seja, um juízo que o punirá por sua prática na devida proporção de seu ato. Em contrapartida possuímos a figura dos inimputáveis, sendo estes considerados absolutamente incapazes de entender a ilicitude do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sendo assim, para inimputáveis não há um juízo de culpabilidade sobre o seu comportamento, mas sim um juízo de periculosidade, visando este tutelar atos futuros.¹⁹ Em síntese, é a partir desta linha de raciocínio que surge a teoria de Jakobs, onde o inimigo é equiparado a um inimputável perigoso, não tendo direito a penas punitivas pelos atos por ele praticados, mas sim a medidas de segurança.

Sendo assim, ao introduzir no Sistema de Justiça Criminal a categoria do inimigo como um diferenciado tipo de autor, é juntamente introduzido um duplo sistema de imputação penal, onde por um lado o sistema penal seria constituído por um Direito Penal da culpabilidade pelo fato passado de autores definidos como cidadãos, e por outro, de um Direito Penal preventivo através da impetração de medidas de segurança a autores definidos como inimigos pelos perigos de fatos futuros que estes poderiam praticar.²⁰

O Direito Penal do Inimigo é um direito que não se aplica aos cidadãos, mas sim aos seus inimigos,²¹ percebe-se então que este direito se apoia a duas distinções essenciais, separando aquilo que é direito daquilo que está fora do

¹⁹ CONTEÚDO JURÍDICO. **Direito Penal Atual - Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/aula-em-video,direito-penal-atual-direito-penal-do-inimigo-alexandre-salim-aula-3-6-videos-saber-direito,31718.html>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O Direito Penal do Inimigo** – ou o Discurso do Direito Penal Desigual. Disponível em: <www.cirino.com.br>. Acesso em: 23 abr. 2015. p. 10-11.

²¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. 2008. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p.109.

direito, ou ainda, na distinção entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Jakobs ao traçar essa diferenciação, liga o primeiro a uma visão tradicional garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes, e o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estariam diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado. Sendo este raciocínio aplicado ao verdadeiro estado de guerra, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra as regras do jogo devem ser diferentes.²²

Luiz Regis Prado trata a distinção entre cidadão e inimigo nos seguintes termos:

[...] entre o inimigo e o cidadão não há nenhuma comunicabilidade [...]: o primeiro atendendo ao objetivo de neutralização ou destruição do inimigo e o segundo, depurado de todos esses elementos, destina-se exclusivamente aos cidadãos. Entretanto, admitindo-se que entre inimigo e cidadão há em realidade uma lógica *fuzzi*, o resultado é totalmente diverso: reconhece-se que os dois opostos são matizáveis, pois não existiria uma realização do Direito Penal caracterizada de forma pura como de diálogo e respeito a todos os direitos fundamentais, e, de outra parte, destacada por contornos bélicos, de combate ao inimigo.²³

Ainda no que se refere a essa diferenciação o professor Luis Flavio Gomes manifesta-se no seguinte sentido:

O estado pode proceder de dois modos contra os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. [...] um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.²⁴

²² GRECO, Rogerio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br>. Acesso em: 23 de abr. 2015. s/p.

²³ PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo**: uma palavra. Disponível em: <www.regisprado.com.br>. Acesso em: 23 abr. de 2015. s/p.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 23 abr. 2015. p.1.

O cidadão seria então todo aquele considerado pessoa de bem e que, porventura pratica algum crime, ou realiza alguma conduta ilícita, mas não nega a existência de um Estado. Em suma, o cidadão é autor de “crimes normais”, onde sua conduta seria meramente acidental ou um deslize reparável. Assim, o indivíduo infrator é chamado, enquanto cidadão, a restaurar o equilíbrio da vigência normativa, o que se dá por meio da submissão a uma sanção penal.²⁵ A estes seriam impostas penas baseadas em seus atos (Direito Penal do Fato), a fim de que este indivíduo possa ser restabelecido ao convívio social.

Já os inimigos são aqueles que praticam condutas de alta traição, buscando destruir a sociedade e, por consequência disso, garantir-lhe a sobrevivência. O Estado estaria legitimado a declarar guerra contra eles, sendo que a punição destes indivíduos não estaria mais relacionada a atos realizados pelo agente, mas sim, contra aquilo que ele é, onde o delinquente não teria sequer que consumir o crime ou até mesmo que dar início a qualquer *iter criminis* para ser considerado um inimigo, ou seja, os meros atos preparatórios já bastariam para tanto, tendo em vista o risco que ele causa à sociedade.²⁶

Sendo assim, todo aquele que não oferece segurança cognitiva de comportamento pessoal não deve ser tratado como pessoa pelo Estado, já que o contrário vulneraria o direito a segurança dos demais,²⁷ devendo assim, o Estado se proteger destes inimigos e não lhes dar proteção, ou seja, o indivíduo que não se admite ingressar no estado de cidadania, este também não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.

É de grande importância destacar que embora Jakobs defenda a existência de dois Direitos Penais, um direcionado ao cidadão e outro ao inimigo, o autor mesmo afirma que esses dois direitos dificilmente apareceriam como dois tipos puros, ou seja, não trata-se de esferas isoladas e apartadas entre si, mas de dois lados ou tendências de uma mesma realidade e de um mesmo contexto jurídico-

²⁵ PUPO, Matheus Silveira. Os direitos humanos do inimigo. **IBCCRIM – INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em: 23 abr. 2015. s/p.

²⁶ PUPO, Matheus Silveira. Os direitos humanos do inimigo. **IBCCRIM – INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em: 23 abr. 2015. s/p.

²⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 2008. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p.191.

penal, tornando assim, perfeitamente possível que essas duas tendências se sobreponham.²⁸

Por fim, diante destes inúmeros conceitos doutrinários faz-se o seguinte questionamento: Quem é esse inimigo? Ou ainda, quem define o inimigo para a sociedade? Para cada época vivida intitulou-se algum indivíduo como tal, cabendo assim ao Estado, ou aos seus governantes, essa definição (judeus, mulheres, comunistas...).²⁹

O autor Matheus Silveira Pupo ainda complementa:

[...] os detentores desse poder poderão subvertê-lo para perseguir grupo de pessoas, certamente mais fracos política e economicamente, que tenham interesses contrários aos seus, tornando o Direito Penal, mais uma vez, como já o foi no passado, um instrumento de controle, e lembrando, inclusive, da ideia de Karl Marx sobre o Direito como uma superestrutura ideológica (überbau) de dominação de algumas pessoas sobre outras.³⁰

O autor Rogério Greco se depara com o mesmo questionamento, manifestando-se no seguinte sentido:

[...] quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em seqüestros para fins de extorsões... E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o estuproador de sua filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido por quaisquer das garantias conquistadas ao longo dos anos.³¹

Contudo, baseado na obra de Günter Jakobs, pode-se caracterizar como inimigo os terroristas, os delinquentes organizados, os autores de delitos

²⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. (Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 21.

²⁹ CONTEÚDO JURÍDICO. **Direito Penal Atual - Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/aula-em-video,direito-penal-atual-direito-penal-do-inimigo-alexandre-salim-aula-3-6-videos-saber-direito,31718.html>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

³⁰ PUPO, Matheus Silveira. Os direitos humanos do inimigo. **IBCCRIM – INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em: 23 abr. 2015. s/p.

³¹ GRECO, Rogerio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br>. Acesso em: 31 mai. 2015. s/p.

sexuais, criminosos econômicos, entre outros, desde que se enquadrem no estereótipo de indivíduos potencialmente que não oferecem garantias que serão fieis à norma.

3.2 A PENA PARA O INIMIGO

A pena para Günther Jakobs tem uma função bem específica, quando tratada em sua teoria, o autor desenvolve suas concepções baseadas na corrente dogmática do funcionalismo, conforme já visto anteriormente, afirmando que a pena teria função meramente simbólica de reafirmação da vigência da norma em face do delinquente.

Sobre isso o Direito Penal do Inimigo destaca-se pela imposição de penas elevadas e desproporcionais, sendo que esta desproporcionalidade se manifesta em dois sentidos. Tem-se de um lado a tipificação de condutas prévias à lesão ao bem jurídico, admitindo a punição de atos preparatórios, bem como não havendo a possibilidade de redução da pena em casos de crimes consumados ou tentados, e de outro lado, pelo fato do inimigo delinquir de forma habitual, profissional ou pertencendo a organização criminosa, é usado o aumento da pena de forma considerável, sendo ela desproporcional ou não aos fatos delitivos cometidos.³²

Günther Jakobs afirma em sua obra que pena por si só é abstrata para se efetivar, é necessário que produza algum resultado fisicamente observável, com efeitos no mundo real, conforme demonstrado no trecho a seguir:

Entretanto, a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo. Assim, por exemplo, o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade [...]. Nesta medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso.³³

³² BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: Análise e Crítica**. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2015. p. 92.

³³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. (Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 22.

O núcleo deste assunto traz à mente a ideia de pena, sendo esta a resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa uma desautorização da norma, um ataque à sua vigência, e a pena significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se a configuração da sociedade,³⁴ ou seja, a pena representa uma resposta ao delinquente, mostrando que embora o mesmo tenha agido de maneira reprovável, a norma continua vigente e sem qualquer modificação diante do ataque a ela dirigido.

Sobre o tema, Fábio da Silva Bozza ainda faz as seguintes considerações:

[...] Jakobs considera a prevenção geral positiva como única função da pena criminal. Tal função concentra as finalidades de intimidação, correção, neutralização e retribuição. A legitimação do discurso punitivo consiste no exclusivo objetivo de afirmação da validade da norma, a qual seria colocada em dúvida caso em seguida de um crime não houvesse punição.³⁵

Natália Berti traz uma clara distinção de qual a finalidade da pena para o cidadão e para o inimigo:

No Direito Penal dos cidadãos, o delinquente, que mantém a qualidade de cidadão, comete uma comunicação defeituosa. Seu fato delitivo é um deslize reparável, uma irritação social da comunidade. Com o crime o delinquente manifesta simbolicamente sua não aceitação da norma vigente, afirmando que a norma infringida não lhe compete. Por sua vez, o Estado, com a imposição da pena, manifesta simbolicamente que a norma segue sendo vigente [...]. Contudo, para o Direito Penal do inimigo, a pena [...] é tão somente coação física, pois enquanto o Direito Penal do cidadão visa manter e reafirmar a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo objetiva combater perigos, tornando inócua a ação de agentes perigosos [...]. Em função deste significado neutralizador da pena em relação aos inimigos, há, como consequência, a generalização e o aumento substancial da pena privativa de liberdade e, simultaneamente, uma restrição aos benefícios penitenciários.³⁶

Baseado no Direito Penal do Inimigo, Luis Regis Prado afirma que não se reprova a culpabilidade do agente, mas sim sua periculosidade, contudo,

³⁴ JAKOBS, *loc. cit.*

³⁵ BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 70. p. 41-70. jan. 2008. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 20 mai. de 2015. s/p.

³⁶ BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos**: Análise e Crítica. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2015. p. 93-94.

essa postulação conflita diametralmente com a leis vigentes atualmente no Brasil, onde se destina a medida de segurança exclusivamente a agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo, mostrando-se então essa teoria como um Direito Penal prospectivo, ao contrário do aplicado atualmente, o Direito Penal do retrospectivo.³⁷

Baseado no exposto até o momento, fica fácil perceber que o objetivo de Jakobs foi ressaltar o caráter de contenção do Direito Penal do Inimigo, elaborando sua teoria com proposta que flexibilizam o avanço do poder punitivo, possibilitando maior eficiência as penas aplicadas aos considerados inimigos do Estado, e por outro lado, permitindo que o restante do Direito Penal continue a funcionar dentro dos princípios de Direito Penal liberal.

3.3. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PENAL

A medida imputada ao inimigo não tem como objetivo abranger os fatos pretéritos, mas sim, eventuais fatos futuros, ou seja, o perigo futuro que este indivíduo representa a sociedade. Sendo assim, trata-se, portanto, de um direito penal voltado a possibilidades futuras e incertas, visando a proteção do bem jurídico antes que ele seja lesado.³⁸

Criticando de forma explícita essa característica do Direito Penal do Inimigo, Luis Flavio Gomes afirma:

Esse Direito Penal “do legislador” é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como “produto” o tal de Direito Penal do inimigo;³⁹

Em suma, dá-se ao Estado o poder de antecipar a criminalização, deixando de tipificar apenas as condutas exteriorizadas, e possibilitando a punição de condutas meramente preparatórias. A legislação jurídico-penal passa abarcar

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 15 mai. 2015. p.3.

³⁸ SOUZA, Juciene. Entendendo o tal "Direito Penal do Inimigo". **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 20 mai. 2015. s/p.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 21 mai. 2015. p.3.

novos fatos e situações, ampliando excessivamente seu âmbito de incidência, especialmente com a tipificação de condutas que em muito antecedem a lesão ao bem jurídico tutelado.⁴⁰ Contudo, para Jakobs, mesmo a pena sendo intensa e desproporcional, a antecipação da proteção penal é justificável, pois no âmbito do Direito Penal do Inimigo torna-se necessária a intervenção precoce do Estado para que o perigo seja sanado antes do acontecimento do injusto.⁴¹

Esse tratamento diferenciado imputado ao cidadão e ao inimigo baseia-se no fato de que para do cidadão, autor de um crime ocasional, espera-se a exteriorização do fato para iniciar a persecução penal, para assim confirmar a vigência da norma. Contudo, para o inimigo, como por exemplo, um terrorista ou traficante internacional de drogas, deve haver uma interceptação prévia, em razão de sua periculosidade.⁴²

Baseado na obra do autor Günter Jakobs essa prática torna-se possível ao destacar o elevado risco que o delinquente oferece a coletividade. Sendo assim, a minimização das garantias deste delinquente se mostram irrisórias diante da grande destruição que o mesmo poderia causar a ordem social.

4 APLICAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Apesar da grande polêmica causada pelo Direito Penal do Inimigo em todo o mundo, tendo em vista a necessidade de medidas mais drásticas para o tratamento de determinadas situações, tonou-se inevitável a necessidade da aplicação da teoria de Jakobs mesmo que de forma indireta. Mesmo em países onde o Direito Penal do Inimigo puro é visto como inconstitucional, os reflexos desde no ordenamento jurídico para a manutenção da ordem é inevitável.

Atualmente o Direito Penal do Inimigo encontra-se naquilo que se reconhece no Brasil como a terceira velocidade do Direito Penal, sendo que a primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo

⁴⁰ BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: Análise e Crítica**. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2015. p. 90.

⁴¹ SOUZA, Juciene. Entendendo o tal "Direito Penal do Inimigo". **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2015. s/p.

⁴² SOUZA, SOUZA, *loc. cit.*

a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantias, sejam elas penais ou processuais penais.⁴³

Consequente, tem-se ainda o Direito Penal de segunda velocidade, atribuído à crimes econômicos, onde é incorporado duas tendências: flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais junto com medidas alternativas de prisão,⁴⁴ a título de exemplo, temos no Brasil o que ocorre com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o art. 62 da Lei no 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, contudo, deve-se priorizar as penas restritivas de direitos e a multa, sendo assim, nessa segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.⁴⁵

Procura-se entender o Direito Penal do Inimigo como uma terceira velocidade, sendo esta uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade), ou seja, utilizando-se da pena privativa de liberdade, contudo, permitindo a flexibilização de garantias materiais e processuais.⁴⁶

Baseando-se nessas premissas fica fácil identificar ordenamentos jurídicos que acabam minimizando algumas garantias materiais e processuais dos delinquentes em prol da segurança da coletividade. Mesmo que a grande maioria dos doutrinários critiquem ou até mesmo abominem esta teoria, é difícil não admitir que é impossível fugir dos reflexos da mesma.

4.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO PELO MUNDO

É primordial que o Direito acompanhe a evolução das sociedades, bem como sua criminalidade, afim de que a aplicação do Direito Penal não seja amoldada só ao tipo penal, mas também à pessoa do transgressor, atingindo assim

⁴³ GRECO, Rogerio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br>. Acesso em: 31 mai. 2015. s/p.

⁴⁴ FERNANDES, Marina Martins. **Direito Penal do Inimigo**: Está a sociedade preparada para utilizá-lo?. 2010. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente Brasil. Interm@s ISSN 21-76-8498. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 31 mai. 2015. p. 92.

⁴⁵ GRECO, Rogerio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br>. Acesso em: 31 mai. 2015. s/p.

⁴⁶ GRECO, *loc. cit.*

sua plena eficácia da efetivação da finalidade, mantendo assim o equilíbrio e a ordem social.

Tendo em vista o grande crescimento da criminalidade em várias partes do mundo, em especial no que diz respeito aos ataques terroristas, a teoria de Jakobs passou a ser vista com outros olhos, podendo ser citado como marco inicial alguns acontecimentos internacionais, sobretudo o ataque terrorista em 11 de setembro de 2001 nas torres gêmeas e ao Pentágono, ambos nos EUA, onde notam-se novas políticas criminais que retiraram princípios e garantia, punindo a pessoa e não o fato cometido.⁴⁷

Um dos países onde mais facilmente se identifica a presença do Direito Penal do Inimigo são os Estados Unidos, adotando uma legislação de caráter autoritário-repressivo, que acabou por influenciar muitos outros países. Sendo por este adotada a ideia da chamada “tolerância zero”, tendo como base o pânico que pairava em toda Europa.⁴⁸

Logo após o trágico atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 foi aprovada pelo Senado americano *Patriot Act* como resposta imediata aos ataques, Roberto Candelori esclarece que:

Criado em outubro de 2001 pelo presidente George W. Bush, o USA *Patriotic Act* visa facilitar a captura de terroristas e, para tanto, permite aos órgãos de segurança e de inteligência vasculhar a privacidade dos cidadãos. Literalmente, *Patriotic Act* significa “lei patriótica”, mas é também a abreviação de “*Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*” (prover ferramentas necessárias para interceptar e obstruir atos de terrorismo).⁴⁹

Junto a aprovação desta norma vieram inúmeras críticas por esta ter ocorrido de forma oportunista e sem o debate necessário para tal medida, tendo sido sequer previamente analisado por muitos dos senadores norte-americanos dada a

⁴⁷ CREMASCO, Karine Pires. SANCHES, Cláudio José Palma. **Direito penal do inimigo: “Perspectivas Doutrinárias e Práticas na Justiça Brasileira”**. 2008. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente Brasil. Interm@s ISSN 1677-1281. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 07 jun. 2015. p.37-38.

⁴⁸ CREMASCO, Karine Pires. SANCHES, Cláudio José Palma. **Direito penal do inimigo: “Perspectivas Doutrinárias e Práticas na Justiça Brasileira”**. 2008. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente Brasil. Interm@s ISSN 1677-1281. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 07 jun. 2015. p.37-38

⁴⁹ CANDELORI, Roberto. Atualidades: USA *Patriotic Act* e o fim da privacidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2015. s/p.

rapidez de sua aprovação. Luiz Flávio Gomes traz as seguintes manifestações sobre a referida norma:

No contexto da guerra contra o terror, praticamente tudo passou a ser permitido (veja Vervaele, 2007, p. 2 e ss.): a privacidade foi relativizada, visto que os EUA invadem as comunicações do mundo inteiro (incluindo o Brasil, como se sabe), valendo-se do programa Carnivore (por exemplo); buscas e apreensões prescindem de autorização judicial, prisões são feitas com base em provas secretas, o Departamento de Justiça não respeita as ordens judiciais, o governo congelou os bens de várias ONGs, os prisioneiros de Guantánamo foram julgados por tribunais de exceção militares (muitos nem sequer julgados foram), o FBI foi reforçado (ele gasta 36% do orçamento contra o terror), criou-se o superministério da segurança nacional (DHS), o serviço de inteligência foi reformulado, uma legislação de emergência foi aprovada (a USA Patriot Act), o princípio da legalidade foi flexibilizado, o Executivo ignorou em vários momentos os demais poderes (Legislativo e Judiciário) etc.⁵⁰

Nessa mesma época o governo de George W. Bush ainda tentou aprovar o *Tips*, Sistema de Prevenção e Informação sobre Terrorismo, porém, este foi rejeitado pelo Congresso. Contudo, se aprovada, essa lei transformaria milhares de norte-americanos em confidentes do governo, ou seja, eletricitas, carteiros, entre outros, seriam convidados a colaborar como informantes da polícia.⁵¹

Outro exemplo trazido pelos Estados Unidos que se aproxima da colisão entre o Direito Penal do Inimigo e as garantias fundamentais é a prisão a eles destinadas em Guantánamo⁵². Trata-se de uma ilha localizada em Cuba que foi arrendada de forma perpétua aos Estados Unidos em 1903 com a finalidade de explorar a mineração e realizar operações navais, contudo, o governo de Roosevelt, em 1942, assinou o Decreto-Lei 9.066, autorizando pela primeira vez, prisões em Guantánamo após o ataque japonês à base de Pearl Harbor.⁵³

O tratamento aplicado aos prisioneiros em Guantánamo sempre foi alvo de grandes polêmicas, isto porque há diversas denúncias e relatos sobre a prática de tortura, maus tratos, e métodos escusos para obtenção de das confissões

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **EUA e a guerra ao terrorismo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 01 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2015. s/p.

⁵¹ CANDELORI, Roberto. Atualidades: USA *Patriotic Act* e o fim da privacidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2015. s/p.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. **EUA e a guerra ao terrorismo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 01 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2015. s/p.

⁵² MACEDO, Maria Fernanda Soares. **Direito Penal do Inimigo e Cidadania: Polos Opostos**. 2013. Mestrado - Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <<http://up.mackenzie.br/upm/r>>. Acesso em: 7 jun. 2015. p. 111.

⁵³ SANTOS, Larissa Aparecida Lima. **Guerra contra o Terrorismo e o Direito Penal do Inimigo na Prisão de Guantánamo**. 2013. Mestrado - Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Disponível em: <<http://www.pucgoias.edu.br/>>. Acesso em: 7 jun. 2015. p. 75.

pelos crimes ocorridos. Além disso, ainda existe a identificação do tempo de duração dos processos, bem como a falta informações sobre as acusações aos presos imputadas.⁵⁴

Mesmo com as solicitações da ONU Bush não promoveu o fechamento da prisão, e o atual presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, apesar de em sua campanha eleitoral ter assumido o compromisso do fechamento da mesma também não o fez. Os opositores ao fechamento da prisão de Guantánamo argumentam que caso os prisioneiros fossem transferidos para seus países de origem, conforme sugerido pelo presidente Barack Obama, teriam maior possibilidade de fuga. E, se fossem transferidos para prisões de segurança máxima dos Estados Unidos o país poderia se tornar alvo de ataques com a finalidade de facilitar a fuga dos detentos. Por fim, apesar de não ter chegado a um consenso, o Presidente Barack Obama se rendeu à oposição e o resultado disso é o pleno funcionamento da prisão nos dias atuais.⁵⁵

Outro exemplo sobre vulnerabilidade dos direitos da pessoa submetido ao sistema prisional, é a *Pelican Bay*, prisão localizada na Califórnia, onde estão alojados prisioneiros agressivos, perigosos, ligados a crimes organizados e a gangues. Por cuidar deste perfil de prisioneiros trata-se de um presídio de segurança máxima, e uma de suas bases se funda justamente no excessivo isolamento ao qual os presos ficam sujeitos.⁵⁶

Tamanho é o rigor aplicado aos detentos, que houve a iniciação de uma greve de fome como medida de protesto pacífico para reivindicação de direitos e preservação da dignidade humana. Ian Lovett retrata a realidade dos presos em *Pelican Bay*:

A maioria dos prisioneiros [...] vivem em celas de concreto sem janelas e com isolamento acústico. Para se comunicar, precisam gritar de cela a cela, ainda que ativistas dos direitos dos presidiários que mantiveram contato com os detentos não saibam se foi assim que organizaram o movimento. A falta de contato humano muitas vezes resulta em depressão e surtos de raiva, de acordo com psicólogos. Os prisioneiros e ativistas afirmam que essas condições representam punição cruel e excessiva [...]. Para retornar

⁵⁴ MACEDO, *loc. cit.*

⁵⁵ SANTOS, Larissa Aparecida Lima. **Guerra contra o Terrorismo e o Direito Penal do Inimigo na Prisão de Guantánamo**. 2013. Mestrado - Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Disponível em: < <http://www.pucgoias.edu.br/>>. Acesso em: 7 jun. 2015. p. 75.

⁵⁶ MACEDO, Maria Fernanda Soares. **Direito Penal do Inimigo e Cidadania: Polos Opostos**. 2013. Mestrado - Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <[http://up.mackenzie.br/upm/ r](http://up.mackenzie.br/upm/r)>. Acesso em: 7 jun. 2015. p. 118.

ao regime de prisão comum, dizem os ativistas, eles sofrem pressão para informar as autoridades quanto a outros líderes de gangues.⁵⁷

Após o atentado terrorista de 11 de março de 2004 em Madri, em 21 de setembro de 2004 o governo espanhol também se posicionou na luta contra o terrorismo. Nesta data foi criada a uma legislação de defesa intensiva pelo país, tipificando novas condutas como crime associados ao terrorismo, agravando as penas e atualizando alguns tipos penais já previstos, tendo em vista que a Espanha não detém uma lei antiterrorista especial, determinando então a eleição do endurecimento da segurança como principal meio de combate face ao terrorismo.⁵⁸

No Reino Unido, embora em 28 de fevereiro de 2001 tenha entrado em vigor a *Terrorism Act 2000* como a primeira grande medida legislativa adotada como ferramenta antiterrorista por este país, ressaltando que até esta data tal construção era praticamente inexistente no ordenamento jurídico britânico, não foram medidas suficientes para evitar o desastre ocorridos em 7 de Julho de 2005 em Londres, onde nesta data três dispositivos-bomba explodiram no sistema do Metropolitano londrino, trazendo consigo a surpresa de quão deficiente o sistema de segurança do Governo Britânico se mostrava.⁵⁹ O governo procurou então imediatamente aprovar medidas antiterrorismo que demonstrassem que o país não se mostrava inerte ameaças terroristas, contudo buscava combatê-la de forma imediata e eficiente.

Foi criada a *UK Terrorism Act 2006*, sendo tipificado novos crime interligados ao terrorismo, estendendo ainda proibições a qualquer tipo de apoio ou incentivo ao terrorismo, a qualquer tipo de grupo ou associação, quer se encontre sob suspeita de envolvimento neste tipo de crime, quer não. Vale salientar que esta proibição de encorajamento do terrorismo levantou questões acerca de uma possível excessiva restrição da liberdade de expressão num Estado de Direito Democrático, na medida em que qualquer indivíduo cujo discurso incite a esta “prática” será

⁵⁷ LOVETT, Ian. Greve de fome de presidiários é desafio para sistema penitenciário da Califórnia. (Tradução de Paulo Migliacci). **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2015. s/p.

⁵⁸ FERNANDES, Hélène Marine Serra. **O Direito Penal do Inimigo**: Reconfiguração do Estado de Direito?. 2011. Mestrado - Faculdade de Desporto da Universidade do Porto. Disponível em: <http://sigarra.up.pt/fadeup/pt/web_page.Inicial>. Acesso em: 7 jun. 2015. p. 21.

⁵⁹ FERNANDES, Hélène Marine Serra. **O Direito Penal do Inimigo**: Reconfiguração do Estado de Direito?. 2011. Mestrado - Faculdade de Desporto da Universidade do Porto. Disponível em: <http://sigarra.up.pt/fadeup/pt/web_page.Inicial>. Acesso em: 7 jun. 2015. p. 24.

criminalizado pelo mesmo. Contudo, o governo britânico caracterizou esta lei como uma resposta necessária face à conjuntura mundial de criminalidade organizada.⁶⁰

Até aqui foram elencados alguns dos principais reflexos da teoria de Jakobs no Direito Penal aplicado pelo mundo, no intuito de comprovar que o Direito Penal do inimigo vai além de meras discussões doutrinárias, passando a produzir reflexos práticos e concretos. Não se pretendeu estudar de forma detalhada cada uma das legislações estrangeiras mencionadas, mas sim demonstrar o quanto a Teoria de Jakobs está presente em cada uma delas.

4.2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS (IM)POSSIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito penal brasileiro não fica fora da tendência mundial de expansão legislativa, buscando incansavelmente combater à criminalidade. Contudo, devem ser respeitados alguns limites existentes para se atingir esse objetivo. É fato notório que o Direito Penal do Inimigo não está em conformidade com o Estado Democrático de Direito aplicado no Brasil, tornando então a aplicação desta teoria ainda mais polêmica.

O Estado Democrático tem como base o princípio da soberania popular, bem como a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, a afirmação da democracia real da qual participem todos os cidadãos, fazendo-se uma conexão entre o cidadão e o Estado de Direito, a fim de se criar condições sociais reais de garantir o desenvolvimento e concretização de todos os direitos fundamentais concedidos a cada indivíduo.⁶¹

Cabendo ao Estado a função de aplicar as leis, disciplinando assim as relações em sociedade, o direito de punir encontra limites nos direitos fundamentais dos cidadãos, sendo neste ponto o ápice das severas críticas voltadas a teoria do Direito Penal do Inimigo. Pois, segundo as críticas apresentadas a teoria de Jakobs, esta conflita de forma direta com os princípios constitucionais

⁶⁰ FERNANDES, *op. cit.*, p. 27.

⁶¹ BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: Análise e Crítica**. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2015. p. 115.

estabelecidos na Constituição Federal.⁶² Ou seja, um Estado Democrático de Direito não se pode vislumbrar a possibilidade de um indivíduo ser tratado como um objeto, conforme é defendido pelo autor Günther Jakobs, e não como um sujeito de direito. Da mesma forma que tratar um criminoso como inimigo, suprimindo-lhe garantias como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, é tido como inconstitucional.⁶³

A crescente onda de criminalização e exasperação de penas em virtude da inflação legislativa no Brasil, é derivada de uma insegurança que permeia todos os patamares da sociedade, em um país onde a segurança se torna cada vez mais utópica. Nesta linha, enquanto doutrinadores adeptos ao minimalismo penal, defendendo que o direito penal deve interferir o mínimo possível no status do indivíduo, realmente voltado para o direito penal como *ultima ratio*, ou seja, buscando a punição somente de condutas contrárias ao direito que afetem de forma relevante bens jurídicos, em contrapartida destaca-se a corrente que acredita no direito penal do inimigo como forma de solução, bem próximo ao modelo norte americano de lei e ordem, no sentido de ter como solução para a violência e a criminalização que se mostram cada vez maiores e a relativização de direitos individuais.⁶⁴

Porém, mesmo que o direito penal do inimigo não encontre proteção no ordenamento jurídico brasileiro de forma explícita, tendo em vista sua clara inconstitucionalidade quando aplicada de forma pura e simples, é facilmente verificado traços, em alguns casos não muito sutis, desta teoria no Brasil.

Após análises feitas às novas leis elaboradas nos últimos tempos, é facilmente constatado características que as denunciam como seguidoras do Direito Penal do Inimigo, a título exemplificativo pode-se citar a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), as Leis de Drogas (Lei nº 11.343/06), Lei do Abate de Aviões (Lei 9.614/98), e também o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), introduzido a Lei de Execução Penal pela

⁶² SANNINI NETO, Francisco. **Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito:** compatibilidade. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 09 jun. 2015. s/p.

⁶³ SANNINI NETO, *loc. cit.*

⁶⁴ IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo:** Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

Lei 10.792/2003, dentre inúmeras outras, que se comparadas a teoria do Direito Penal do Inimigo torna-se notória as semelhanças entre ambas.⁶⁵

O autor Rogério Greco se manifesta do seguinte sentido:

Em muitas passagens de sua obra, Jakobs aponta como exemplo as atividades terroristas. Tentando adaptar esse raciocínio à realidade brasileira, poderiam ser considerados como inimigos, por exemplo, os traficantes que praticam o comércio ilícito de drogas, principalmente nas grandes cidades, a exemplo do Rio de Janeiro, e que, basicamente, criam um estado paralelo, com suas regras, hierarquias, etc.?⁶⁶

Dados os inúmeros exemplos de Leis possuidoras dos reflexos teoria de Jakobs no Brasil cita-se o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que conforme já mencionado foi introduzido a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) pela Lei 10.792/2003, tratando de um regime mais rigoroso de cumprimento de pena, que pode ser aplicado a presos que pratiquem fatos previstos no ordenamento jurídico penal brasileiro classificados como dolosos, ocasionando a subversão da ordem ou disciplina interna do país, ou ainda, presos que apresentem alto risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento penal ou a sociedade, podendo ser citado ainda presos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilhas ou bando.⁶⁷

Observa-se uma grande similaridade entre o regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo. Para Luís Greco, o Direito do Estado de recusar a seres humanos o status de pessoa, no conceito do Direito Penal do Inimigo significaria uma volta a ideias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos. E é exatamente por isso que a Lei 10.792/03, que institui o regime disciplinar diferenciado, é considerada precursora do direito penal do inimigo, considerando como inimigos todos aqueles detentos que venham praticar crime doloso durante o período de segregação ou as demais hipóteses já analisadas e expostas no artigo 52 da Lei de Execuções Penais.⁶⁸

⁶⁵ MARTINS, Lígia Inoue. Direito penal do inimigo. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS. v. 11. n. 21. jan-jun de 2009. Disponível em: < <http://www.unigran.br/>>. Acesso em: 11 jun. 2015. p. 108.

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br>. Acesso em: 12 jun. 2015. s/p.

⁶⁷ BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: Análise e Crítica**. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2015. p. 104.

⁶⁸ GRECO, Luís. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005. Fundação Dom Cabral. Disponível em:

O RDD é entendido como a mais drástica sanção disciplinar adotada pelo Direito Penal brasileiro, tratando-se de uma medida excepcional a todas as outras existentes em nosso ordenamento jurídico. Alguns doutrinadores vêm entendendo o RDD como um regime integral fechado "plus", denominando este como um "regime fechadíssimo". Ou seja, além dos regimes fechado, semiaberto e aberto, existe também o regime disciplinar diferenciado, regime fechadíssimo, uma espécie de prisão no interior da prisão, aplicável àquele que se achar preso provisória ou definitivamente.⁶⁹ As características do Regime Disciplinar Diferenciado estão delineadas nos incisos I, II, III e IV do artigo 53 da Lei nº. 7.210/84, que ora se transcreve:

Art. 52. 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, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.⁷⁰

Outra característica que revela o Direito Penal do Inimigo no Regime Disciplinar Diferenciado é o aniquilamento da integração social do condenado. Não existe neste regime qualquer medida que vise a referida readaptação social do detento, uma vez que o delinquente fica isolado em uma cela, sem contato com outros presos ou outras pessoas, ainda que familiares, que apenas podem visita-lo semanalmente por um período de no máximo duas horas. Sendo assim, o preso fica incomunicável, uma vez que não dispõe de qualquer acesso a telefones, internet, televisão, ou qualquer outra mídia que lhe permita comunicar-se com o mundo exterior, ao contrário do preso comum.⁷¹

<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2015. p. 112.

⁶⁹ NEVES, Bruna Larissa. Da Aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015. s/p.

⁷⁰ BRASIL, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 12 jun. 2015.

⁷¹ VALE, Ionilton Pereira do. O Regime Disciplinar Diferenciado e suas Relações com o Direito Penal do Inimigo. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015. s/p.

Sobre o referido tema, a visão do Superior Tribunal de Justiça é de que a inclusão do Regime Disciplinar Diferenciado traz a sociedade uma prevenção geral e especial positiva, tendo em vista que a inclusão do reeducando no Sistema Penitenciário Federal, conforme disposto no art. 10 da Lei de Transferência e Inclusão de Presos em Estabelecimentos Penais Federais de Segurança Máxima, somente deve ocorrer em casos excepcionais e de forma provisória, quais sejam: diante da sua periculosidade ou para a sua própria proteção, e ainda quando comprovado que o detento, mesmo encarcerado, chefia organizações criminosas.⁷²

Vale salientar ainda que o interesse da segurança pública, sem ofender ao princípio da dignidade da pessoa humana, pode sobrepor-se ao particular, servindo como fundamentado à manutenção do paciente no Sistema Penitenciário Federal, especialmente se o reeducando apresenta trajetória criminosa com forte liderança que ainda persiste mesmo dentro da prisão. Esta posição está bem destacada no pensamento de Jakobs, em que direito penal dirigido contra terroristas, tem mais a função de garantir a segurança que de preservar a ordem jurídica.⁷³

Destaca-se ainda como um exemplo prático que podemos citar do reflexo do Direito Penal do Inimigo no Brasil a Lei nº 9.614/1998, a chamada Lei do Abate, regulamentada pelo Decreto Presidencial nº 5144 em julho de 2004, que tem como objetivo a destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando contrabando de armas, ou ainda tráfico ilícito de entorpecentes, sem que forneçam a devida identificação ou ainda não correspondam a ordem de pouso. Esta norma instituiu a execução sumaria de passageiros de aviões civis sem o devido processo legal, baseada em uma simples suspeita. O Decreto nº 5144/2004 estabeleceu procedimentos que devem ser adotados pelos pilotos da Força Aérea Brasileira, onde será efetuado o abatimento após o descumprimento dos procedimentos.⁷⁴

⁷² VALE, *loc.cit.*

⁷³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 116.301. Habeas Corpus. Descumprimento de decisões proferidas neste tribunal. Superveniência de julgamento em sede de reclamação. Perda de objeto. Pleito prejudicado. Relator Ministro Jorge Mussi. Rio de Janeiro, 28 fev. 2007. Quinta Turma. **Jus Brasil**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

⁷⁴ CREMASCO, Karine Pires. SANCHES, Cláudio José Palma. **Direito penal do inimigo: "Perspectivas Doutrinárias e Práticas na Justiça Brasileira"**. 2008. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente Brasil. Intern@s ISSN 1677-1281. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015. p. 36.

É explícito a aplicação do Direito Penal do Inimigo no caso em comento, tornando-se ainda mais notório a semelhança entre ambas se analogicamente se aplicar essa penalidade a um carro que se encontre sob essas mesmas circunstâncias, mesmo que neste haja passageiros, o motorista recusando-se a obedecer à ordem de parar, não poderia todos serem mortos, ainda que houvesse a tentativa de fuga dos mesmos, o que comumente ocorre. Não se mostra plausível que estes fossem submetidos a pena de morte ou condenados a qualquer pena sem o devido processo legal.⁷⁵

Embora considerada inconstitucional por muitos doutrinadores, esta norma se mantém vigente, tendo base na Lei de Segurança Nacional, em seu art. 15, onde prevê a punição de meros atos preparatórios para o crime de sabotagem contra instalações militares. Este fundamento encontra guarida na teoria do Direito Penal do Inimigo, que possibilita a aplicação da pena a atos preparatórios⁷⁶:

Art. 15. Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

[...]

§ 2º - Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave.⁷⁷

Tem-se ainda como norma vigente no Direito Penal atual a Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, que versa sobre os crimes hediondos, a qual foi introduzida no ordenamento jurídico em decorrência de expressa determinação constitucional, que prevê como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.⁷⁸

É notória a ideia do legislador de punir com mais rigor aquele que praticar algum dos crimes citado na referida lei, sendo essa uma clara característica da teoria de Jakobs, tornando mais rigorosa as penas de determinados delitos, e

⁷⁵ CREMASCO, *loc. cit.*

⁷⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** (Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 22.

⁷⁷ BRASIL, Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 dez. 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm>. Acesso em: 12 jun. 2015.

⁷⁸ SOUZA, Juciene. Entendendo o tal "Direito Penal do Inimigo". **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015. s/p.

considerando que aqueles que o praticarem serão considerados e tratados como inimigos. Isso se comprova pelo fato de que a referida lei restringe garantias processuais, através da proibição de anistia, graça e indulto, também aumenta o prazo para progressão de regime e retira a possibilidade de o réu poder apelar da sentença em liberdade.⁷⁹

Inicialmente a referida lei foi marcada pela adoção de medidas rigorosas aos crimes por ela regulado, determinado o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, vedando também a liberdade provisória, o indulto individual e o coletivo. Contudo, no *Habeas Corpus* 82.959-7/SP, em 2006, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime, e conseguinte, em 2007, o Congresso Nacional aprovou a Lei 11.464/2007, que passou a admitir de maneira expressa a progressão de regime aos agentes condenados.⁸⁰

Tem-se ainda a título exemplificativo desta teoria a Lei 11.343/2006, a nova Lei de Drogas, que foi destacada tendo em vista um drástico endurecimento no que se refere as penas e aos crimes tipificados, embora tenha apresentado tratamento mais brando ao usuário. Inicialmente esta lei trazia em seu texto a vedação a liberdade provisória ao acusado de tráfico, convertendo a prisão em regra e não mais em exceção. Contudo, esta também teve tal medida julgada inconstitucional, em 10 de maio de 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, pelo julgamento do *Habeas Corpus* 104.339/SP.⁸¹

A característica mais relevante que liga a Lei de Drogas as características presentes no Direito Penal do Inimigo é a antecipação da punibilidade, de forma que dentre as condutas elencadas no artigo 33 da referida lei, podem ser classificadas algumas práticas como de perigo abstrato ou de mera conduta, como nos casos de expor a venda ou produzir.⁸²

⁷⁹ MONTEIRO, Fernanda Borini. **Direito Penal do Inimigo em Combate ao Crime Organizado**. 2011. Bacharelado. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente Brasil. Interm@s ISSN 1677-1281. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015. p.17.

⁸⁰ BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: Análise e Crítica**. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2015. p. 103.

⁸¹ BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: Análise e Crítica**. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2015. p. 103.

⁸² MONTEIRO, Fernanda Borini. **Direito Penal do Inimigo em Combate ao Crime**

E por fim, vale ainda citar a Lei do Crime Organizado, Lei nº 12.850/2013, onde percebe-se que a ideia de crime organizado faz com que a legislação limitativa de direitos e garantias fundamentais venha ganhando cada vez mais espaço, contudo, por não se conseguir sequer esclarecer com clareza o conceito de organização criminosa a intervenção estatal se torna habilitada de forma mais brutal, ficando as pessoas submetidas a uma mais profunda limitação de direitos e garantias,⁸³ estando explícito as características do Direito Penal do Inimigo em mais esta norma brasileira.

[...] dentro dos esforços para estabelecer a criminalização da conduta de crime organizado foi editada a Lei 12.850/2013, que acaba por deixar manifesto o claro desejo legislativo de pulverização do afastamento das garantias fundamentais em relação às pessoas acusadas de praticar infrações penais. Muito além de meramente conceituar um fenômeno social, a nova lei autoriza a utilização de meios excepcionais de persecução, próprios de modelos autoritários ou sociedades imersas em conflitos extremos, como as guerras civis, para a normalidade do dia a dia do processo penal brasileiro.⁸⁴

Tem-se essa norma como objetivo principal o combate a organizações criminosas que atentasse contra a sociedade e Estado, visando a punição de organizações, definidas na lei com quadrilha ou bando, principalmente no tocante a hipóteses de tráfico de drogas, contrabando de armas, crimes contra a economia e qualquer outro tipo praticado nessas condições.⁸⁵

Sendo assim, mediante todos os exemplos elencados, é extremamente equivocado afirmar a não aplicação do Direito Penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. Mostra-se clara a utilização das características da teoria de Jakobs pelo estado, num contexto onde o combate à criminalidade se efetiva através de medidas inconstitucionais aos olhos de muitos, em conjunto a aplicação de sanções previstas na lei penal, sendo estas submetidas, mesmo que de forma implícita, a vários reflexos da teoria de Günther Jakobs.

Organizado. 2011. Bacharelado. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente Brasil. Interm@s ISSN 1677-1281. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015. p. 18.

⁸³ TASSE, Adel El. Nova Lei de Crime Organizado. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015. s/p.

⁸⁴ TASSE, loc. cit.

⁸⁵ SOUZA, Juciene. Entendendo o tal "Direito Penal do Inimigo". **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015. s/p.

5 CONCLUSÃO

O Direito Penal do Inimigo é um tema muito amplo e polêmico, em um meio onde facilmente encontramos divergência de posicionamentos entre doutrinadores. Eis que alguns se mostram adeptos a teoria, fundamentando-se no fato de que a aplicação desta seria viável para a redução da criminalidade que paira sobre o país. Contudo, na contramão deste entendimento temos os doutrinadores que colocam os direitos e garantias fundamentais acima de qualquer outra problemática que tem-se vivido no país, se mostrando definitivamente contrários a esta teoria, comparando a mesma a um direito totalitário e inconstitucional.

Trata-se de uma teoria que ressurgiu em um momento extremamente delicado no cenário político-criminal de todo o mundo, sendo que cada nação se utilizou dos reflexos da mesma onde acreditava-se achar necessário, suprimindo as necessidades que o Direito Penal por si só não alcançava. Utilizando-se assim do Direito Penal do Inimigo, ou algumas de suas características, para conseguir barrar o desenvolvimento da criminalidade, tendo em vista que, segundo Jakobs, ao tratar esses delinquentes como inimigos, o Estado adquire o “poder” de agir da maneira necessária para suprimi-los, e assim, manter a ordem social.

Ademais, embora o Direito Penal do Inimigo seja visto na maioria das vezes com maus olhos por muitos, não existe como se esquivar do fato de que ele tem se tornado cada vez mais presente nas legislações atuais, mesmo em cenários de Estado Democrático de Direito, o qual se perfaz o Brasil, sendo neste âmbito extremamente criticado, como quando tem-se que imaginar a divisão da sociedade em duas classes de pessoas, sendo alguns considerados e tratados como cidadãos e outros como não cidadãos, enquanto a Constituição vigente no Brasil impõe igualdade a todos como *clausula pétrea*.

Contudo, tendo em vista as necessidades penais dos países, tem havido de forma cada vez mais frequente a minimização das garantias processuais penais. Vive-se atualmente em um cenário onde o Direito Penal puro e simples não tem suprido todas as necessidades sociais na defesa contra a criminalidade, assim, fica fácil concluir que se faz primordial insistir no endurecimento das sanções penais para determinados crimes, bem como, na criação de novos tipos penais na proporção das necessidades sociais.

Conclui-se então que, diante de todo o exposto, é óbvio que o Direito Penal do Inimigo não é passível de ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, haja vista a carência que a sociedade atual tem se deparado no que toca a segurança e harmonia, foram-se inseridas medidas que embora contrarias ao regime adotado pelo país, se mostraram-se necessárias para que o Estado continue mantendo a ordem e a paz social.

REFERÊNCIAS

BERTI, Natalia. **O Direito Penal do Inimigo e os Estados Constitucionais Democráticos: Análise e Crítica**. 2012. Mestrado – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v. 70. p. 41-70. jan. 2008. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

BRASIL, Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 dez. 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jul. 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____, Lei 8.073, 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 União**, Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____, Lei 9.614, de 5 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 União**, Brasília, 5 mar. 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____, Lei 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 União**, Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____, Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____, Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

CANDELORI, Roberto. Atualidades: USA *Patriotic Act* e o fim da privacidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2015. s/p.

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

CONTEÚDO JURÍDICO. **Direito Penal Atual - Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/aula-em-video,direito-penal-atual-direito-penal-do-inimigo-alexandre-salim-aula-3-6-videos-saber-direito,31718.html>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

COSTA, Flávio Ribeiro da. **Os fundamentos do funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 211. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1680>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

CREMASCO, Karine Pires. SANCHES, Cláudio José Palma. **Direito penal do inimigo**: “Perspectivas Doutrinárias e Práticas na Justiça Brasileira”. 2008. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente Brasil. Interm@s ISSN 1677-1281. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal do inimigo**: uma análise sob os aspectos da cidadania. 2008. Mestrado - UPM/Direito Político e Econômico. Domínio Público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

FERNANDES, Hélène Marine Serra. **O Direito Penal do Inimigo**: Reconfiguração do Estado de Direito?. 2011. Mestrado - Faculdade de Desporto da Universidade do Porto. Disponível em: <http://sigarra.up.pt/fadeup/pt/web_page.Inicial>. Acesso em: 7 jun. 2015.

FERNANDES, Marina Martins. **Direito Penal do Inimigo**: Está a sociedade preparada para utilizá-lo?. 2010. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente Brasil. Interm@s ISSN 21-76-8498. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 31 mai. 2015.

GUERRA, Bernardo Pereira De Lucena Rodrigues. A luta contra o terror e o terrorismo sob a égide do direito internacional dos direitos humanos. IN _____. **O terrorismo, a luta contra o terror e o direito internacional dos direitos humanos**. 2008. Doutorado em Filosofia do Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Domínio Público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2015. p. 207-260.

GOMES, Luiz Flávio. **Evolução da Teoria da Tipicidade Penal**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050606124155299&mode=print>. Acesso em: 22 fev. 2015.

_____. **EUA e a guerra ao terrorismo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 01 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2015. s/p.

_____. **Direito penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

GRECO, Luís. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. n. 7. dezembro de 2005. Fundação Dom Cabral. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

GRECO, Rogerio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br>. Acesso em: 23 abr. 2015.

IEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo**: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. (Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. (Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v.1. Coleção Estudos de Direito Penal.

KATO, Vilma Leiko. **Sociedade de Risco e Paradigmas de Imputação Penal**. 2009. Mestrado – Universidade Estadual Do Norte Do Paraná. UENP. Disponível em: <<http://www.uenp.edu.br/>>. Acesso em: 20 de mai. 2015.

LOVETT, Ian. Greve de fome de presidiários é desafio para sistema penitenciário da Califórnia. (Tradução de Paulo Migliacci). **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

MARTINS, Lúgia Inoue. Direito penal do inimigo. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS. v. 11. n. 21. jan-jun de 2009. Disponível em: <<http://www.unigran.br/>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

MACEDO, Maria Fernanda Soares. **Direito Penal do Inimigo e Cidadania: Polos Opostos**. 2013. Mestrado - Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <<http://up.mackenzie.br/upm/>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

MARCHIONNO, Daniele R. **Escolas penais. Positivismo jurídico. Neokantismo. Finalismo. Funcionalismo. Atual. Direito penal do inimigo**. Disponível em: <http://sis.posugf.com.br/AreaProfessor/Materiais/Arquivos_1/12319.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2015.

MONTEIRO, Fernanda Borini. **Direito Penal do Inimigo em Combate ao Crime Organizado**. 2011. Bacharelado. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente Brasil. Interm@s ISSN 1677-1281. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. 2008. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

NEVES, Bruna Larissa. Da Aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

PILATI, Rachel Cardoso. **Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs**. 2011. Mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

PRADO, Luiz Regis. Síntese Histórica do Pensamento Jurídico-Penal. IN: _____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. v. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo**: uma palavra. Disponível em: <www.regisprado.com.br>. Acesso em: 23 abr. 2015.

PUPO, Matheus Silveira. Os direitos humanos do inimigo. **BCCRIM – INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 116.301. Habeas Corpus. Descumprimento de decisões proferidas neste tribunal. Superveniência de julgamento em sede de reclamação. Perda de objeto. Pleito prejudicado. Relator Ministro Jorge Mussi. Rio de Janeiro, 28 fev. 2007. Quinta Turma. **Jus Brasil**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

SANNINI NETO, Francisco. **Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito**: compatibilidade. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O Direito Penal do Inimigo – ou o Discurso do Direito Penal Desigual**. Disponível em: <www.cirino.com.br>. Acesso em: 23 abr. 2015.

SANTOS, Larissa Aparecida Lima. **Guerra contra o Terrorismo e o Direito Penal do Inimigo na Prisão de Guantánamo**. 2013. Mestrado - Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Disponível em: <<http://www.pucgoias.edu.br/>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

SOUZA, Juciene. Entendendo o tal "Direito Penal do Inimigo". **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 20 mai. 2015.

TASSE, Adel El. Nova Lei de Crime Organizado. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015. s/p.

VALE, Ionilton Pereira do. O Regime Disciplinar Diferenciado e suas Relações com o Direito Penal do Inimigo. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. A Ideologia Penal no "Estado do Bem-Estar" nos Países Centrais. IN _____. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. vol. 1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **O inimigo no direito penal**. (Tradução de Sérgio Lamarão). 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.