

Renata Emanuelle de Azevedo Pereira

Discente do Curso de Bacharelado em Direito (CESVALE).

Samuel Lima Verde e Silva Filho

Discente do Curso de Bacharelado em Direito (CESVALE).

Carlos Eduardo de Sousa Costa

Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS).

Especialista em Direito Penal e Processo Penal (CESVALE).

Coordenador de Pós-Graduação (CESVALE).

Professor Universitário (CESVALE).

RESUMO

Em suma, a teoria do Direito Penal do Inimigo trata da diferenciação do *cidadão vs. inimigo*, ou seja, a maneira como o Direito Penal deveria tratar o cidadão quando este comete um fato deleitoso, tratamento baseado no respeito a dignidade humana, e o segundo, o inimigo, ser humano que se coloca à margem do tratamento cidadão/Estado por vontade própria, e atentando contra estes, teria um tratamento que não respeitaria as garantias constitucionais e processuais, visto que o crime cometido seria tão grave que o “inimigo” não mereceria o garantismo. Para Günther Jakobs, a teoria seria apenas uma resposta, apesar de extrema, ao nível da criminalidade e violência da sociedade. O objetivo central deste artigo é abordar a influência que a teoria supracitada tem na legislação brasileira, analisar leis como Lei de Abate, Lei de Crimes Hediondos, entre outras à luz da Constituição Federal/88 e suas garantias.

Palavras-chave: direito penal do inimigo; legislação brasileira; garantias constitucionais.

INTRODUÇÃO

É indubitável que o Direito existe para um fim, e tal finalidade é a de tornar a sociedade mais justa e igualitária, vez que “ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus” – “Onde há homem, há sociedade; onde há sociedade, há Direito”. Uma vez entendido o descrito acima, podemos adentrar nas teorias criadas para fortalecer esse meio de “controle” societário, uma delas chamada de a teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Günther Jakobs.

Tal teoria traz a ideia de um direito penal de exceção, abordando a ideia de que a sociedade pode ser dividida em dois tipos de pessoas: o cidadão e o inimigo. O primeiro trata-se do indivíduo que tem suas garantias asseguradas, vez que aceita se sujeitar às diretrizes normativas e uma eventual desobediência seria apenas um erro justificável. Já o segundo, como

o próprio nome sugere, trata-se daquele que adquire um status de adversário direto do Estado e que precisa ser combatido, ainda que implique em reduções de garantias processuais e penais.

De acordo com o criador alemão da teoria, *“a culpabilidade não depende de circunstâncias específicas do sujeito, mas constitui mera falta de fidelidade ao direito”*, justificando, pois, a imposição de pena, sendo *indiferente* o funcionamento desse sistema em um Estado democrático ou em um Estado totalitário, o que não condiz com a realidade.

Nos dias atuais, com toda evolução societária e, conseqüentemente, no Direito, é incontestável a influência dos Direitos Humanos, a necessidade do Devido Processo Legal e os princípios constituídos na Constituição Federal de 1988 na relação do Estado com o indivíduo. Portanto, quando uma teoria como a de Gunther Jakobs surge, é necessária uma busca por resquícios dessa teoria no sistema legal brasileiro, especificamente nas leis penais, a exemplo da lei nº 9.614/98 (Lei de Abate), a lei nº 11.343 (Lei de Drogas), dentre outras, e esta busca será baseada em uma pesquisa com metodologia bibliográfica e qualitativa.

CONTEXTO HISTÓRICO

É sabido que até os dias atuais o Direito que conhecemos sofreu diversas atualizações, desde os primórdios quando o direito era tido como uma Vingança Divina, ou seja, acreditavam que as pessoas que cometiam “delitos” deveriam ser duramente castigadas, pois se caso não acontecesse, a ira divina iria recair sobre eles. Após tal fase, a evolução nos levou à Vingança Privada, onde os seres humanos retaliavam os atos cometidos com força própria, a crítica a este tipo é que as retaliações eram desproporcionais e violentas.

Mais tarde, surgiu a chamada Lei de Talião, um dos pontos pilares na história do Direito. Tal lei era baseada no famoso “olho por olho, dente por dente”, ou seja, neste momento já se entendia a necessidade da proporcionalidade nas medidas punitivas. Mas ainda assim, com a evolução diária da sociedade, cria-se a Vingança Pública, onde o Estado é o único legitimado para impor penas criminais e promovê-las.

Entretanto ao surgir o Estado de Direito, momento presente, encontra-se um Estado limitado, ou seja, o poder anterior de “impor penas criminais e promovê-las” também serve para limitar as atitudes do Estado perante a sociedade. E assim surge o Direito Penal, um medidor, que tem como objetivo não só punir e conter condutas que sejam indesejadas para uma sociedade segura e resguardada, mas como também garantir os direitos dos *cidadãos* para que as leis garantam justiça e respeitem os princípios consolidados no Estado Democrático de Direito, fielmente representados na Constituição Brasileira de 1988.

No sentido de resguardar o Estado Democrático de Direito e manter a violência em padrões baixos, cria-se diversas teorias, uma delas baseada na teoria dos sistemas de Luhmann, adepta ao funcionalismo radical, teoria

esta que considera o Direito Penal como um instrumento para assegurar a eficácia do sistema social e normativo. A teoria em questão foi idealizada por Günther Jakobs, doutrinador alemão, e chama-se teoria do Direito Penal do Inimigo.

A teoria do Direito Penal do Inimigo baseia-se na existência de dois tipos de Direito Penal, um voltado para o cidadão, no qual este possui as garantias proferidas pela Lei Magna, e de um outro lado o Direito Penal voltado para o inimigo, este não possui garantias, apenas normas para puni-lo.

Jakobs ainda ensina que:

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa, sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o adversário.

Para tanto, Vantuir Galvão Melo Souza ainda pontua que Jakobs propõe, com sua teoria, funções para o Direito Penal, e sua teoria funcionalista é denominada como Estratégica, Normativa, Sistêmica ou Radical, por tratar o Direito Penal como instrumento que se destina a garantir eficácia da norma, e não a proteção de bens jurídicos, vez que estes em meio a atos delituosos já estaria comprometido, portanto não faria sentido impetrar punições para evitar o mal já cometido, como prelecionam os funcionalistas moderados, mas sim para reprimir o perigo que esse indivíduo representa para o futuro pois na teoria do jurista alemão o Direito Penal deixa de ser retrospectivo e passa a ser prospectivo.

Em resumo, a teoria trataria de dois direitos penais:

a) O Direito Penal do Cidadão: Este seria a regra geral, ou seja, seria a regra aplicada à pessoa que cometeu um crime, mas que demonstra garantias de obediência ao sistema proposto. Nesse caso, e somente neste caso, a pessoa não deve ser vista como um inimigo persistente, mas um cidadão que cometeu um “deslize”, mas que se mantém em concordância com o sistema normativo.

b) O Direito Penal do Inimigo: Em contrapartida, este seria aplicado aos indivíduos que colocam a existência do Estado, ou seja, os indivíduos que vivem em conflito contínuo com o ordenamento, um tipo de “reincidência”. O inimigo se trata de um ser que não oferece o comportamento/obediência para viver em sociedade, sendo considerado um

perigo para aqueles que vivem como cidadãos e se encontram em harmonia com o sistema normativo.

A teoria de Günther visa eliminar o perigo/ evitar consequências futuras, por isso, foi denominada como *prospectiva*. Então, nesse caso, não há como tratar de proporcionalidade entre o dano causado e a pena. A pena, neste âmbito, serve não como uma maneira de ressocialização, mas sim como uma coação, uma resposta ao fato praticado por um ser racional. Não há como dominar um caráter reeducativo ou retributivo, mas sim a garantia das expectativas normativas.

De acordo com o que Alexandre Rocha Almeida de Moraes ensina:

O 'Direito Penal do Cidadão', segundo o modelo funcionalista de Gunther Jakobs pautado pela prevenção geral positiva, mantém a vigência da norma (retrospectivo), enquanto o 'Direito Penal do Inimigo' combate preponderantemente perigos (prospectivos), ou seja, retrata a concepção de prevenção especial, eis que o agente 'inimigo' é tido como foco do perigo.

O jurista alemão não acredita que haja possibilidade de ressocialização para o inimigo, portanto não há como tratar de pena de igual força punitiva para o cidadão e para o inimigo. Para o cidadão existe a possibilidade de ressocialização, para o inimigo não existe.

CIDADÃO VS. INIMIGO

Para Jakobs, a afirmação que todos devem ser tidos como pessoas, é mera argumentação teórica, na realidade, uma sociedade realmente operante e eficiente não é constituída apenas de cidadãos. Para ser considerado uma pessoa, sujeito de direitos e deveres, o cidadão deve iniciar respeitando as premissas impostas pelo Estado, já que o conceito de pessoa não deve ser confundido com o de ser humano, pois este é derivado da natureza, enquanto aquele deve depender do seu comportamento e do meio onde está inserido.

Portanto, o conceito de pessoa é relativo e depende da construção social onde ela está inserida, conseqüentemente não seria permanente e nem preponderante. O que acaba tornando essa proposição abstrata, pois o próprio comportamento do indivíduo implica para que ele seja tratado como cidadão.

Existe uma forte crítica a essa teoria, visto que para muitos doutrinadores existe uma escassez na real delimitação de inimigo e cidadão, e tal escassez gera uma insegurança, uma vez que todos correriam o risco de serem imputados como inimigos e terem seus direitos básicos deturpados e abatidos pelo Estado.

É reforçado na teoria que os criminosos comuns serão e devem ser punidos, mas os inimigos devem ser abatidos. É importante ressaltar que quando o inimigo é "abatido", não se trata de retribuição pelo ato cometido,

porque como já dito, Günther não acredita na ressocialização do inimigo, portanto a retaliação é defesa. Trata-se de agir como Estado de guerra mesmo quando o estado se encontra em “paz”. Em consonância com a doutrina de Cleber Masson:

O inimigo, assim, não pode gozar de direitos processuais, como o da ampla defesa e o de constituir defensor, haja vista que, sendo uma ameaça à ordem pública, desconsidera-se sua posição de sujeito na relação jurídico processual. Possível, inclusive, a sua incomunicabilidade. Em uma guerra, o importante é vencer, ainda que para isso haja deslealdade com o adversário. Como representa grande perigo à sociedade, deixa-se de lado o juízo de culpabilidade para a fixação da reprimenda imposta ao inimigo, privilegiando-se sua periculosidade

As penas para o Direito Penal do inimigo e para o Direito Penal do Cidadão teriam funções diferentes, porém ambas seriam legítimas. Para o cidadão teria função de contradição, para o inimigo a eliminação.

O penalista alemão crer que é impossível combater o inimigo com os meios aplicados em um Estado de Direito, vez que o cidadão e o inimigo são tidos como pessoas igualitárias. Devido a isto, o Direito Penal do Inimigo se torna o único meio qualificado para deter a violência e abater o inimigo de modo que isto não cause a ruína do direito.

Sobre isso, Jakobs afirma que quem não pode oferecer cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa não só não pode esperar ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado estará autorizado a tratá-lo como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.

O inimigo é um opositor irreconciliável, ou seja, apresenta uma rejeição ao modelo normativo imposto, é aquele que desenvolve sua vida às margens das normas, e a todo momento tenta ser contrário a legitimidade do ordenamento, sendo assim um risco para o Estado. E este como propulsor do ordenamento não tem outra opção a não ser aniquilá-lo. Hobbes ainda afirma que a recusa de obediência ao “pacto social” é premissa de renúncia de todo o sistema e isso é visto como traição.

O Direito Penal do inimigo é destinado àqueles que atentam permanentemente contra o Estado, é coação física, retaliação em conformidade com o Estado de Guerra, já o Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos.

Em seu prefácio, Jakobs afirmou que:

São regras jurídico-penais que, como suas correlatas, as regras do Direito Penal do Cidadão, somente são concebíveis enquanto tipos ideais. O Direito Penal do Inimigo é essencialmente, violência silenciosa; o Direito

Penal do Cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma.

Entende-se então que o inimigo não é simplesmente o criminoso habitual ou aquele que pratica pequenos e médios delitos, mas sim aquele que abdicou de todos os preceitos impostos na vida em sociedade, e previsto no sistema normativo, são aqueles vinculados a organizações criminosas ou terroristas, aqueles que põem em risco o Direito, o Estado e a sociedade.

Para Gunther, sobre o cidadão deve recair um juízo de culpabilidade, ou seja, um juízo que o punirá na medida de seus atos. Entretanto para aquele que não respeita o ordenamento, tipicamente intitulado como inimigo, não pode existir tal juízo de culpabilidade, e si, de periculosidade, visando este tutelar atos futuros, ou seja, este não tem direito a penas punitivas pelos atos por ele praticado, mas sim medidas de segurança que permitam que ele seja abatido, fortalecendo assim o Direito e permitindo sua existência sem riscos futuros.

Assim então, é nítido a supressão de alguns princípios, como o da presunção de inocência, da segurança jurídica, da legalidade, entre outros. E, além disso, há uma mitigação da garantia processual do devido processo legal haja vista em que o inimigo perde esse direito e se adota um procedimento sem limites, já que se trata de uma guerra contra o mesmo.

Por fim, e em consonância com o doutrinador Luiz Flávio Gomes:

- a) O inimigo será punido com medida de segurança, não com aplicação da pena;
- b) Será punido de acordo com a periculosidade que representa para a sociedade, não com a culpabilidade;
- c) As medidas tomadas contra o inimigo levam em consideração atos futuros (direito prospectivo), não o que o indivíduo fez no passado;
- d) O inimigo perde seu status de pessoa, sendo considerado objeto de coação e não sujeito de direito;
- e) O cidadão, mesmo cometendo crimes, mantém seu status de pessoa;
- f) A principal função do Direito Penal do Inimigo deve buscar antecipar a tutela penal, objetivando alcançar os atos preparatórios;
- g) Mesmo que a pena aplicada aos atos preparatórios seja desproporcional, ainda assim, justifica-se;
- h) Para que o Direito Penal seja aplicado ao cidadão, é necessário que ele exteriorize a conduta criminoso, em relação ao inimigo, este deve ser interceptado antes da ocorrência do fato, considerando sua periculosidade.

Está é a linha de raciocínio aplicada por Jakobs, já que entende que deve ser aplicado o verdadeiro estado de guerra mesmo estando num estado de paz. Em suma, numa guerra as regras do jogo devem ser diferentes.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDIVÍDUO

Há tanto é especulado se existe possibilidade de aplicação do Direito Penal do Inimigo no Corpo da Constituição de 1988, entretanto é sabido que um dos princípios fundamentais da Carta Magna é o princípio da isonomia, ou seja, todos são iguais perante a lei, apesar da real aplicação comprometida do princípio.

Para que haja possibilidade da inclusão do Direito Penal do inimigo no ordenamento pátrio, o primeiro passo seria intitular as pessoas, ou seja, definir quem entra no rol de cidadão e quem será considerado inimigo. Assim sendo, pessoa seria quem presta “garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”, isto é, quem tem a capacidade de se manter em conformidade com a lei. O indivíduo é quem não se submete a norma, e a todo tempo tem atitudes que demonstram perigo ao ordenamento. Além disso, as penas impostas para um e para outro tem funções diferentes, para o cidadão seria contradição, para o inimigo seria eliminação. Ambas seriam legítimas. Portanto, pelos princípios fundamentais dispostos na Carta Magna, no artigo 1º, I - V e no artigo 5º, caput, e seus incisos, conclui-se que a teoria de Jakobs é inconstitucional, atingindo diretamente aos preceitos basilares do ordenamento jurídico pátrio.

É fato que devido ao desenvolvimento diário da sociedade e o aumento da sociedade cada vez leis mais severas são criadas com o intuito de controle de criminalidade, e também societário.

Além do já mencionado no parágrafo acima, é importante ressaltar que a CF/88 delimita o princípio da presunção da inocência em seu artigo 5º, inciso LVII, ou seja, ninguém poderá ser considerado culpado sem ser respeitado, primeiramente, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Outrossim, a Lei Maior Federal também assegura o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois ao acusado deve ser dado todos os meios possíveis e legais para a apresentação de sua defesa. Ampla defesa, neste caso, seria a apresentação de todos os fatos que possam fazer surgir a verdade, ou manter o silêncio, vez que isto também lhe é assegurado pela constituição. O contraditório seria a resposta efetiva da defesa a tudo que a acusação apresentar.

Contudo, para a teoria alemã, o procedimento adotado é o de guerra, portanto, para o inimigo, não existe possibilidade de ampla defesa, contraditório, quem dirá isonomia. Com isso, torna-se comprometido o devido processo legal e demais princípios basilares propostos pela CF/88, o que é totalmente inaceitável, melhor dizendo, é inconstitucional.

INFLUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO

Muito embora as bases da Teoria do Direito Penal do Inimigo não harmonizem com os preceitos constitucionais vigentes no Brasil, ainda é possível perceber resquícios de sua aplicação na legislação pátria, mesmo que de forma indireta, vide legislações que vão desde a supressão de garantias, até mesmo a “execução sumária” de possíveis “inimigos”.

Ademais, a onda punitivista aproveita-se de marcos legais para inserir na lei ideias que derivam da dogmática de Jakobs. Exemplos disso são a Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), a Lei nº 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo), a Lei nº 9.614/98 (Lei de Abate), a Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos) e a Lei nº 10.702/2003, que versa sobre o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), alterando a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

No texto destas leis podemos observar um reflexo perfeito daquilo que Jakobs pregava em sua teoria, através de determinações como segregação de tipos penais como mais graves, aumento de pena, desproporcionalidade de reprimendas, tratamento diferenciado para uma determinada classe, seja em âmbito processual ou executivo.

Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos)

A lei que versa sobre os crimes hediondos, do ano de 1990, decorre da Constituição de 1988, que estabelece no seu artigo 5º, inciso XLIII, a necessidade da criação de uma norma que regulamente os crimes hediondos, de forma seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Observa-se que o legislador cita um termo vago que precisa de uma norma regulamentadora, a lei nº 8.072, que entrou em vigor dois anos após a promulgação da Constituição. Tal lei estabelece uma rotulação valorativa sobre determinados crimes, ao passo que diz em seu artigo 1º que “são considerados hediondos os seguintes crimes [...]”, determinando ainda a mitigação de alguns benefícios processuais e executivos, como o aumento do prazo para progressão de regime. Tal conceito se enquadra de maneira rigorosa nos moldes do Direito Penal do Inimigo (RAIZMAN E PEDRINHA, 2009).

Dentre as garantias mitigadas, pode-se observar: impossibilidade de graça, anistia e indulto; a exasperação de penas de crimes do Código Penal; vedação de fiança; impossibilidade de liberdade provisória; e aumento do prazo para a progressão de regime. É notória a semelhança com os princípios da teoria Jakobsiana, vez que, dada determinada espécie de crime, este será rotulado por uma alcunha valorativa, ou seja, “hediondo”, o que justificaria a mitigação das garantias, bem como a exasperação de penas, ou seja, são tratados como “inimigos” (GOMES E BIANCHINI, 2004).

Quanto à vedação de fiança e de liberdade provisória, tem-se uma tentativa do legislador de antecipar ao máximo a tutela penal, anulando a sua possibilidade de responder ao processo em liberdade, assim como entende Gabriel Habib, “mantendo- o na prisão independentemente de qualquer outro elemento”, pelo fato de ter cometido crime hediondo (HABIB, 2016).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o cumprimento total em regime fechado por condenados pelos crimes da referida lei, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, no ano de 2006. No ano seguinte, o congresso aprovou a Lei nº 11.464/2007, normatizando o posicionamento da Suprema Corte no ano anterior.

Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas)

Mais um grande exemplo da aplicação do Direito Penal do Inimigo na legislação é a lei de organizações criminosas, de nº 12.850/2013. O diploma legal traz a verdadeira possibilidade de punir atos preparatórios, visto que, ao definir uma organização criminosa, estatui ilegal apenas o fato de esta se estruturar para fins ilícitos, ainda que antes de cometê-los. Além disso, traz a determinação de penas iguais para comportamentos diferentes dentro da organização, assim como na teoria de Jakobs.

No início da lei, percebe-se a rotulação do inimigo nas pessoas que se associam à organização com fins de cometerem infrações penais, ou seja, corrobora com a antecipação da tutela da teoria em questão. Reza o parágrafo 1º, do artigo 1º da lei:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Além de convergir com a teoria Jakobsiana na punição de atos preparatórios, também se assemelha na desproporcionalidade de penas. Exemplo disso está no seu artigo 2º, onde estabelece a mesma pena de reclusão, qual seja, 3 a 8 anos, e multa, tanto para aquele que promove, quanto para aquele que financia, ou ainda aquele que integra a organização criminosa.

Lei nº 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo)

Desde o início do presente século até os recentes anos, o mundo tem se chocado com diversos exemplos de ataques terroristas. Dentre tantos, talvez o mais emblemático seja o de 11 de setembro, com o ataque às torres gêmeas e ao pentágono, nos Estados Unidos. Com o aumento de casos, é de se esperar que vários países entrem em estado de alerta e, inclusive, criem leis que previnam e reprimam o terrorismo.

No Brasil, em 2016, a lei antiterrorismo foi aprovada como resultado da repressão mundial ao terrorismo, na mesma linha de países que foram vítimas de ataques e de países que se comprometeram com o combate a tais práticas. Dentre os artigos da lei, temos, assim como a lei de organizações criminosas, há, em seu artigo 2º, uma determinação conceitual do que é terrorismo, e as práticas que o configuram. Entretanto, o legislador deixa alguns conceitos vagos, como “terror social ou generalizado”.

Segue o artigo 2º:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Além disso, com o artigo 5º da referida lei, o legislador visou punir atos preparatórios, estipulando ainda a pena idêntica para aqueles que recrutam, fornecem ou recebem treinamento para os fins de terrorismo, deixando vago o critério para avaliar se tais condutas se encaixam no rol. O mesmo acontece no artigo seguinte, onde o legislador estabelece diversas práticas que incorrem na mesma pena, além das práticas do seu parágrafo único, onde pune com a mesma reprimenda. Tal determinação remete à teoria de Jakobs pela desproporcionalidade das penas, com um teor punitivista de emergência.

Lei nº 9.614/98 (Lei de Abate)

A chamada Lei de Abate foi sancionada no Brasil em março de 1998, alterando dispositivos do Código Brasileiro da Aeronáutica. O ponto polêmico

desta lei e que muito se assemelha à teoria de Jakobs é o que se encontra no artigo 1º, parágrafo segundo, onde estabelece que:

Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

Tal determinação traz à aeronave uma classificação de hostil, podendo ser abatida rapidamente. O que ocorre, na verdade, é que a aeronave passa a ser uma espécie de “inimigo” do Estado, visto que pode ser destruída sumariamente, pela simples suspeita de estar trazendo consigo contrabando de armas ou, ainda, tráfico ilícito de entorpecentes, sem que haja uma investigação concreta e um devido processo para que ocorra a punição.

Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos)

Outro marco legal que apresenta resquícios do Direito Penal do Inimigo certamente é a lei nº 11.343, de 2006, mais conhecida como Lei de Tóxicos ou Lei de Drogas. O texto legal traz reflexos de desproporcionalidade penal, bem como a mitigação de garantias processuais ao preso e ao condenado, como aumento de prazos para garantias.

Em seu artigo 33, a lei traz a tipificação do crime de tráfico, exemplo clássico da desproporcionalidade de penas, visto que, atribui igual pena desde aquele que guarda até ao que exporta drogas, qual seja, a pena de 5 a 15 anos de reclusão. Resta observar que a lei traz um teor punitivista em relação à comercialização ilegal de entorpecentes.

Há de ser observado ainda que, determinados verbos da tipificação penal são considerados de preparação, como a produção ou cultivo de matéria-prima que tenha o fim de integrar alguma droga. Isso nada mais é do que a aplicação da antecipação de tutela prevista na teoria de Jakobs.

Logo mais, em seu artigo 44, a lei disciplina a mitigação de diversas benesses ao preso e apenado. Reza o artigo 44:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Lei nº 10.792/2003 (Regime Disciplinar Diferenciado)

O chamado Regime Disciplinar Diferenciado, ou RDD, foi instituído pela lei nº 10.792, de 2003, alterando o texto da Lei de Execução Penal (LEP), de nº 7.210/84, mitigando garantias do apenado que vier a cometer falta grave

durante a execução da pena. Tal exemplo mostra mais um ponto da teoria Jakobsiana, qual seja, a desumanização do inimigo. Alguns doutrinadores chamam o regime disciplinar diferenciado de “regime fechadíssimo”, e não é por menos. Dentre as sanções, o apenado pode ficar até um ano isolado, recolhido em uma cela individual, com visitas semanais de duas pessoas na duração de 2 horas, além de 2 horas de banho diário de sol. O que se percebe é a verdadeira segregação do indivíduo inimigo da lei, além de uma forma de exaurir o contato social do preso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a teoria do Direito Penal do Inimigo, elaborada por Günther Jakobs, aborda a diferenciação de cidadão e inimigo. O primeiro é o ser humano que possui todas as garantias constitucionais a seu favor, se acabar por cometer um “erro”, este seria justificável e punido de acordo com as regras comuns. Já no caso do inimigo, ao cometer um erro, este é tido como grave e injustificável, vez que é uma demonstração de inaceitabilidade do ordenamento pátrio, portanto é considerado como inimigo e todas as garantias que antes poderiam ser aplicadas, nesse caso são mitigadas.

A teoria mencionada se manifesta na prática através de medidas radicais aplicadas em determinado ordenamento jurídico, como a aplicação de medida de segurança ao inimigo, dada a sua periculosidade intrínseca, e não por fato ilícito, exasperação de penas de forma deliberada e desproporcional, punição de atos preparatórios, dentre outras medidas.

Acontece que, ao ser confrontado com os princípios constitucionais, percebe-se que a teoria apresenta ideias que são nocivas aos direitos e garantias fundamentais, seja do cidadão ou do inimigo, dada a subjetividade destas alcunhas. Entretanto, a teoria Jakobsiana encontra-se presente na realidade jurídica brasileira, ainda que de forma indireta. Trata-se de leis em caráter excepcional, que vão desde a restrição de direitos do apenado e do acusado, como a lei de crimes hediondos, que os define como insuscetíveis de graça, anistia, liberdade provisória, até regras que legitimam uma verdadeira execução sumária, como a lei 9.614/98 (Lei de Abate).

Desta feita, é de suma importância debater o assunto tanto em viés acadêmicos, como em sociais, vez que o tema aborda a maneira que o Direito Penal deve agir perante cidadãos, e “inimigos”. Além de sugerir duramente a mitigação dos direitos dos acusados. A Constituição Federal de 1988 deixa claro a importância das garantias processuais para um processo justo. Portanto, como inserir um Direito Penal que julga antes de entender a real situação? É necessário estimular o debate acerca do assunto para evitar que ao ordenamento jurídico sejam incorporadas ideias extremistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 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 República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.260**, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.614**, de 05 de março de 1998. Brasília.

BRASIL, **Lei nº 12.850**, de 2 DE AGOSTO DE 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infiltrações 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-se outras providências.

BRASIL. **Lei nº 8072**, de 25 de julho de 1980. 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, 25 jul. 1980.

BRASIL. **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 - Brasília, DF: Presidência da República, 2003.

DIEL, N. I. L. DIREITO PENAL DO INIMIGO. **Revista Ibero-Americana de Humanidades**, Ciências e Educação, v. 7, n. 12, p. 285-299, 2021.

SILVA, R. D. **DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA SOCIEDADE**. TCs ON-LINE de Direito-FACULDADE PROGRESSO, n. 1, 2022.

GENTARA, S; DINIZ, T. A. N. M. **O direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro**. Academia de Direito, v. 1, p. 365-383, 2019.

GOMES, L. F. **Direito penal do inimigo** (ou inimigos do direito penal). Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, nov. 2005. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigo/22193/direito-penal-do-inimigo-ouinimigos-do-direito-penal>. Acesso em: 20 mar. 2022.

HABIB, G. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos**. 1 ed. Editora Impetus. 2015.

JAKOBS, G. MÉLIA, M. C. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JAKOBS, G. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – Vol.1**. 8. Ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Método, 2014.

MORAES, A. R. A. **Direito Penal do Inimigo – a Terceira Velocidade do Direito Penal**, 1ª ed. (2008), 2ª reimpressão (2011). Curitiba: Juruá, 2011.

RAIZMAN, D. A; PEDRINHA, R. D. **Os Fundamentos Epistemológicos da Construção do Direito Penal do Inimigo na Contemporaneidade: Aspectos Nacionais e Transnacionais**. 2009.

SAMPAIO, V. P. et al. **Direito penal do inimigo: uma análise crítica da lei do abate em face dos princípios e garantias constitucionais**. 2020.

SILVA, N. R. FILHO; RAGGI, F. **A APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**.

SOUZA, V. G. M. **O discurso do direito penal desigual Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52075/o-discurso-do-direito-penal-desigual>. Acesso em: 19 de março de 2022.