



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

AKEMI EMANOELLA BRAGA VASCONCELOS

**ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E UM
DIREITO PENAL BRASILEIRO CONTAMINADO.**

**CAMPINA GRANDE-PB
2012**

AKEMI EMANOELLA BRAGA VASCONCELOS

**ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E UM DIREITO
PENAL BRASILEIRO CONTAMINADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Thamara Duarte Cunha Medeiros

CAMPINA GRANDE – PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

V331a Vasconcelos, Akemi Emanoella Braga.
Análise do direito penal do inimigo e um direito penal brasileiro contaminado [manuscrito] / Akemi Emanoella Braga Vasconcelos.– 2012.
22 f.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.
“Orientação: Profa. Dra. Thamara Duarte Cunha Medeiros, Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal. 2. Estado. 3. Legislação penal brasileira. I. Título.

21. ed. CDD 345

ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E UM DIREITO PENAL BRASILEIRO CONTAMINADO.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel Direito.

Aprovada em: 20 / junho / 2012

Nota: nove e meio (9,5)



Prof.ª. Dr.ª. Thamara Duarte Cunha Medeiros

Orientadora



Prof.ª. Me. Ana Alice Ramos Tejo Salgado

Avaliadora



Prof.ª. Me. Maria Cezilene Araújo de Moraes

RESUMO

Com a crescente violência que atemoriza a sociedade e o clamor público por iniciativas estatais que intimidem os autores de crimes, especialmente dos tipos criminais mais reincidentes no âmbito social, cresceu um Direito Penal mais hostil. Nesta diapasão, o professor alemão Günther Jakobs apresentou uma doutrina intitulada Direito Penal do inimigo, a qual foi baseada em precursoras ideias de pensadores como Rousseau, Fichte e de modo mais incisivo em Kant e Hobbes. Assim, o presente trabalho, fulcrado nos ensinamentos e conceitos do dito professor, discorrerá sobre esta vertente penal, que divide o ser humano em duas classes, a dos cidadãos, aqueles que mesmo cometendo um ilícito penal demonstram ao Estado que tal conduta foi apenas um deslize; e a dos inimigos, indivíduos que perdem seu *status* de pessoa, pois não apresentam garantias cognitivas que seguiram compactuando com as normas estatais. Na legislação penal brasileira se podem notificar dispositivos legais penais que transparecem o Direito penal do inimigo, a exemplo daqueles que este estudo se detém na exposição, quais sejam, a Lei do Abate, Prisão Preventiva, Lei dos Crimes Hediondos e o Regime Disciplinar Diferenciado. Por último, conclui-se que o Direito Penal do inimigo causa grande colisão com as ideias atuais de Direito Penal, entretanto aquele não pode ser ignorado.

Palavras-chave: Direito Penal do inimigo; Estado; legislação penal brasileira;

1 INTRODUÇÃO.

A violência é um mal da sociedade em que vivemos. Aprendemos a conviver e adaptar-nos a um convívio social precavido, regado não apenas pelas normas do Estado, mas pelo medo que nos assola.

Desde o momento que saímos de casa, empregamos em nossas atitudes todo o cuidado para afastar qualquer infortuno ou malfeitor que possa ameaçar nosso bem-estar. Já dentro de nossos lares, nos fortalecemos com o uso de todo monitoramento possível, além de grades em janelas e portas, enfim, esgotamos as opções para trazer-nos um pouco de segurança.

Assim, vivemos sempre na defensiva, com uma intensa e constante sensação de insegurança nos sentimos vulneráveis e pequenos, juntamente com uma sociedade que cada vez mais se esconde por trás das grades e muros que constrói para se proteger, com medo de ser a próxima vítima do crime.

Diante de tudo isso, nos tornamos passivos a qualquer medida que intimide o criminoso. Quanto mais inseguros e desprotegidos nos percebemos, mais ficamos complacentes aos meios estatais de punição e aos rigorosos tratamentos a delinquentes como também, aceitamos a penetração em nossa sociedade de uma legislação penal mais hostil.

Neste norte, frente a uma violência assustadora e a organizações criminosas cada vez mais poderosas e atuantes, juntamente com a frequência de atentados terroristas no contexto mundial, o Direito Penal, que atua como protetor dos bens jurídicos mais importantes, repleto de garantias individuais, sendo o mecanismo que o Estado emprega para aplicar *o ius puniendi*, não tem se mostrado suficiente para intimidar e neutralizar os ofensores da paz social.

Neste campo de insegurança e insatisfação é que cresce um Direito Penal mais agressivo, que por tantos é criticado e desdenhado, mas que sem dúvida merece uma discussão imparcial e menos partidária sobre o tema.

Maquiavel em sua estimada obra *O Príncipe* ensina:

De fato, o modo como vivemos é tão diferente daquele como deveríamos viver, que quem despreza o que se faz e se atém ao que deveria ser feito aprenderá a maneira de se arruinar, e não a de defender-se. Quem quiser praticar sempre a bondade em tudo o que faz está fadado a sofrer, entre tantos que não são bons. (...) Contudo, não deverá se importar com a prática escandalosa daqueles vícios sem os quais seria difícil salvar o Estado; isto porque, se se refletir bem, será fácil perceber que certas qualidades que parecem virtudes levam à ruína, e outras que parecem vícios trazem como resultado o aumento da segurança e do bem-estar.¹

Corroborando com a lição de Maquiavel e a aplicando à questão da criminalidade vivente dentro do Estado, temos que nos adaptar a realidade de uma sociedade que não segue um curso harmônico, mas que precisa constantemente lidar com aqueles que não são bons. Deste modo, é imprescindível o uso de ferramentas não previstas em um contexto onde o

¹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe* Comentado por Napoleão Bonaparte. São Paulo: Editora Martin Claret, 1998. P. 98-99.

Estado está seguro, pois caso possibilite o mesmo tratamento em duas situações diferentes, uma situação de conforto e outra de risco, não separando uma abordagem adequada para cada ocorrência torna-se inviável a consolidação eficaz do uso da norma penal.

Nesta seara, apresentamos um estudo acerca de um fenômeno que se expande: o Direito Penal do inimigo.

Em um primeiro plano, explicaremos e analisaremos os conceitos e ideias que originam e norteiam este Direito, valendo-se de um método analítico-descritivo pautado em pesquisas bibliográficas, em especial a obra do professor alemão Günther Jakobs intitulada *Direito Penal do inimigo: noções críticas*, que dividiu a autoria com o professor espanhol Manuel Cancio Meliá, detendo-se este último a uma exposição contrária do tema, a qual não iremos nos deter neste trabalho.

Jakobs apresenta um olhar diferenciado no que tange ao tratamento de indivíduos perigosos e criminosos habituais, através de um Direito Penal focado na exclusão daqueles que atacam o Estado de Direito, pois nada ofertam para a consolidação da soberania estatal e a paz social, sendo então considerados inimigos. Entretanto, nossa abordagem deste tema não será inclinada para uma vertente de engrandecimento ou exaltação do mesmo, mas com a finalidade de apontar que o nascimento e crescimento desta doutrina são, na verdade, um reflexo do ambiente invasivo e intimidador que vivemos.

Com este referencial, demarcamos a existência de um Direito Penal para o inimigo, ou seja, um Direito Penal mais hostil, dentro da legislação penal brasileira. Utilizamos-nos de quatro determinantes exemplos do direito pátrio para concretizar a demonstração do convívio, dentro de nosso país, com normas penais modeladas para impulsionar o combate a criminosos de maneira mais opressiva.

Muito se incorporou a figura do inimigo no terrorista e nas organizações as quais estes participam, mas sabe-se que estes não são os únicos, especialmente quando tratamos da realidade brasileira, onde nosso malfeitor não é o terrorista, mas sim os traficantes de drogas, exploradores sexuais, os políticos corruptos além de diversas organizações criminosas dentro de nosso país que realizam diversos tipos de ilícitos penais.

2.ORIGEM E PROGRESSO DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO

Desde o momento de sua geração, o Direito Penal do inimigo provocou inúmeras críticas e repreensões por grande parte da comunidade penalista assim como por aqueles envolvidos com a difusão dos Direitos Humanos. O trabalho desenvolvido pelo catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn, na Alemanha, Günther Jakobs, que proferiu suas primeiras palavras sobre o tema Direito Penal do Inimigo durante uma Conferência no ano de 1985, apresenta um Direito Penal que atua prospectivamente, ou seja, um direito que não espera a conduta típica acontecer para então buscar a condenação do agente, mas prega a sua coação ainda nos atos preparatórios do crime, ou até mesmo por apenas considerá-lo uma ameaça ao contrato social.

Nesse contexto, com os ataques terrorista as torres gêmeas do World Trade Center e ao coração da inteligência americana, o Pentágono, ficou evidenciado, principalmente para as sociedades ocidentais, a existência de um inimigo do Estado. Deste modo, personificou-se na figura do terrorista, o grande oponente a soberania do pactocidadão, todavia muitos outros inimigos nos ameaçam, de forma muita mais constante, entre eles o traficante de drogas, armas e seres humanos, o explorador sexual de mulheres e crianças e outros.

O Direito Penal do inimigo difunde a divisão do Direito Penal em dois polos distintos, o primeiro seria o Direito Penal do cidadão, aplicado àquele que mesmo tendo praticado um crime, oferece garantias de que se portará como um cidadão, ou seja, como pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico, não tornando o ato delituoso uma habitualidade em sua vida. O segundo polo é o que se encontra o Direito Penal do inimigo, este aplicado aos indivíduos, aqui não mais considerados pessoas, que se ausentam em sua grande maioria permanentemente do ordenamento jurídico, tornando-se fonte de perigo para o contrato social e a soberania estatal.²

“A reincidência, a habitualidade, o profissionalismo delitivo e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas”³ são sintomas decisivos para a perda de um cidadão e o nascimento de um inimigo, pois a constante ação delituosa evidencia ao Estado a periculosidade e insegurança gerada por aquele cidadão.

² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 28.

³ SÁNCHEZ *apud* MARTÍN, Luis Gracia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P.83.

Para Jakobs, que adotou a visão de crime formulada pelo alemão HEGEL, o crime é a negação da eficácia da norma. Deste modo, afirma o referido professor que para o cidadão a pena criminal reafirma a validade da norma contra fatos passados, enquanto que para o inimigo a pena teria um significado de custódia de segurança preventiva, como precaução de crimes futuros.

A aplicação da lei penal, portanto, nega a ação delituosa do criminoso e ao mesmo tempo, conseqüentemente, reafirma a vigência da norma, mostrando para os cidadãos que estes podem continuar acreditando na legitimidade do Direito e dos preceitos que este impõe. Nesta perspectiva, “a função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a contradição”⁴, enquanto, por outro lado, a função da pena no Direito Penal do inimigo é a supressão de um perigo.

O ilícito penal perpetrado por uma pessoa não acarreta o fim de sua vida como sujeito de direito, pois o ilícito pode ser apenas um desvio de conduta do cidadão, que uma vez repreendido (punido) pelo mal que causou, dá indícios que não mais retornará a praticar a mesma conduta. É correto que o cidadão que confronta o direito penal material causa desgaste a legitimação do Estado soberano, mas muito mais se destaca e requer ferramentas de controle aquele indivíduo que tornou o crime sua rotina e seu meio de vida. Corroborando esta ideia argumenta Luiz Gracia Martín que:

as atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito, e se dedica a atividades inequivocamente delituosas.⁵

O inimigo do Estado, entretanto, não é um diagnóstico recente, pois já tinha sido este detectado muito antes de Jakobs. “A visão do delinquente, ou pelo menos de alguns tipos de delinquentes, como ‘inimigos’, bem como a ideia de sua exclusão da sociedade e do Estado, não é em absoluto nova, mas algo muito antigo que permaneceu ao longo da história até os dias de hoje”.⁶

⁴ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*. P.34.

⁵ MARTÍN, Luis Gracia. *Op. Cit.*. P. 82-83.

⁶ MARTÍN, Luis Gracia. *Op. Cit.*. p.94.

Jakobs baseia sua tese, principalmente, nos pensamentos de grandes nomes que já há tempos remotos trouxeram a ideia de um inimigo, malfeitor e até de um ser sem personalidade que contribui para a destruição do contrato cidadão. Afirma Rousseau “que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este”⁷. De modo análogo argumenta Fichte:

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato contava-se com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.⁸

Assim, na percepção de Rousseau como igualmente para Fichte, todo delinquente é um inimigo. Com conceito menos extremista, Kant, afirma que é permitido a qualquer pessoa obrigar outra a entrar em uma Constituição cidadã, pois “aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva da segurança necessária, e lesiona, já por este estado, aquele que está ao lado, embora não de maneira ativa, mas sim pela ausência de legalidade de seu estado, que ameaça constantemente”⁹ O estado de natureza apontado por Kant é um estado sem leis e sem juiz onde cada habitante é guiado por sua própria liberdade, não existindo uma delimitação de direitos e deveres.

Já Hobbes, em princípio, resguarda o delinquente em seu *status* de cidadão, mas afirma que quando se trata de uma rebelião, isto é, um crime de alta traição que tem sua natureza na recisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza, o criminoso não deve ser castigado como súdito, mas sim como inimigo.

Thomas Hobbes em sua obra *Leviatã* ensina:

os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas. Dado que esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e portanto não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do

⁷ Rousseau *apud* JAKOBS, *Op. Cit.*. p.20.

⁸ Fichte *apud* JAKOBS, *Op. Cit.*. p.21.

⁹ KANT *apud* JAKOBS, *Op. Cit.*. p.22.

representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei, portanto deve sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. Porque as penas são estabelecidas pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, deliberadamente se revoltam e negam o poder soberano.¹⁰

Günther Jakobs em sua construção doutrinária é partidário a uma abordagem mais moderada, portanto, corroborando com mais intensidade com as ideias de Kant e Hobbes. A respeito daquele que comete um ilícito penal argumenta o dito professor alemão:

Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.¹¹

Mantendo seu *status* de cidadão, o criminoso garante a aplicação de todos os direitos processuais penais no percurso de seu julgamento, e caso seja condenado responderá por sua pena como um cidadão. É importante saber que a aplicação do direito penal do cidadão é a regra e o do inimigo, exceção.

Nessa esteira, se determinada pessoa adentra na residência de outrem sem seu consentimento e rouba joias valiosas e ainda causa lesões corporais graves no proprietário da casa, tal conduta criminosa, sem dúvida um mal das sociedades modernas, não acarreta a sucumbência do Estado, tampouco resultará na procura do autor do crime como um inimigo. O cidadão delinquente que culposamente ou dolosamente atenta contra um bem jurídico específico, mas demonstra “uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas

¹⁰ MALMESBURY, Thomas Hobbes. *Leviatã* ou Matéria, Forma e Poder de um estado Eclesiástico e Civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril, 1974. P.191.-192.

¹¹ JAKOBS, Günther. *Op Cit.*. P.21.

normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social”¹², preserva seu título de cidadão.

O Direito Penal do Inimigo vem para combater aqueles que se distanciaram permanentemente do ordenamento jurídico, que fizeram do crime sua rotina. O inimigo não atenta contra uma pessoa ou um bem qualquer em si, o inimigo atenta primeiramente contra a soberania buscada pelo Estado, contra a segurança almejada pelos cidadãos.

De extrema importância, portanto, se faz a separação entre a coação e sanção voltada para o inimigo e a aplicada ao cidadão, pois o indicado é que não se mesquem, devendo ser delimitado de forma regulamentada o campo e poder de atuação do Direito Penal do inimigo, uma vez que não seria benéfica à comunidade, a contaminação do Direito penal do cidadão por normas as quais garantias do Estado Democrático de Direito são relativizadas.

Günther Jakobs propõe em sua doutrina, assim como Hobbes em sua obra *Leviatã*, que o inimigo deve ser neutralizado através de uma medida de segurança. Esta custódia de segurança implica em uma “pena privativa de liberdade que garanta o asseguramento, quer dizer, que seja correspondentemente extensa.”¹³ É preciso paralisar o inimigo antes que cometa o ilícito penal, privá-lo do “direito à liberdade de conduta¹⁴”, afastá-lo do convívio com os demais cidadãos pelo tempo que for necessário.

1.0 DIREITO PENAL DO INIMIGO E O CONTEXTO PENAL BRASILEIRO

A questão da constitucionalidade ou não do Direito Penal do inimigo dentro do Brasil é forte e se bem analisada leva a constatar que este direito é inconstitucional, uma vez que o referido sistema de imputação afasta diversos pressupostos processuais aos quais todas as pessoas tem direito, gerando uma atmosfera de batalha, pois aquele considerado inimigo não é regido pelo devido processo legal, mas por um processo com caráter de tempos de guerra.

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo- ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 10 de junho de 2012.

¹³ JAKOBS, Günther. *Op Cit.*. P.43

¹⁴ JAKOBS, Günther. *Op Cit.*. p.45

Por outro lado, não deve o Brasil ficar inerte em face de uma violência que só cresce e se aprimora todos os dias. Assim, é importante que se preserve o Direito Penal do cidadão, mas que também se busque responder de forma ostensiva aos indivíduos que constantemente ameaçam o estado comunitário-legal.

A escolha por “leis penais com ameaça punitiva de maior intensidade”¹⁵ é notável em diversos ordenamentos jurídicos “sempre que as estatísticas demonstram um aumento significativo de determinados fenômenos criminais ou sempre que aumenta o alarde social promovido pela imprensa como se vivêssemos em pleno estado de guerra”.¹⁶

Pode parecer em um primeiro plano que a legislação penal brasileira em nada relaciona-se com um Direito Penal para o inimigo. Entretanto, essa é uma constatação superficial, uma vez que é possível encontrarmos pontes que ligam as normas penais do Brasil aos ensinamentos do Direito Penal do inimigo.

2.1 Lei dos Crimes hediondos

A Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu art.5º, inciso XLIII, expõe uma “ameaça punitiva de maior intensidade” para aqueles que praticam os definidos como crimes hediondos e, os crimes equiparados a hediondos, quais sejam, tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

A Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990 que dispõe sobre os chamados crimes hediondos mostra de maneira clara uma separação entre criminosos em seu artigo 2º, quando determina que os autores de crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins e de terrorismo não beneficiam “de anistia, de graça e indulto” (inciso I) e “fiança” (inciso II). Deste modo, aquele que comete os crimes já mencionados não é digno de certos benefícios penais.

Crime hediondo é aquele tido como repulsivo, repugnante, que causa horror, entretanto não existe um critério subjetivo para a constatação do que seja um crime hediondo, pois hediondos são tão somente os crimes que a lei determina. “Estamos assim diante de um grupo de crimes que, embora de objetos jurídicos distintos e de outros elementos de afinidade

¹⁵ VALENTE, Manuel M. Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso*. São Paulo: Almedina, 2012. P. 96.

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Op Cit.*.P.96.

discutível, têm o mesmo tratamento processual pela simples razão de que a lei assim o quis.”¹⁷ Sabe-se entretanto que a Lei dos Crimes Hediondos foi uma resposta ao povo, que precisava de uma maior sensação de segurança num momento que a criminalidade no país crescia consideravelmente. Assim, o governo, com o intuito de intimidar criminosos e mostrar ao povo uma maior dureza da lei diferenciou o tratamento processual penal, de concessão de benefícios e de extinção de punibilidade, entre autores de crimes hediondos e dos demais crimes.

Fica determinado no parágrafo primeiro da lei dos crimes hediondos, que para os condenados aos crimes previstos nela, a pena “será cumprida inicialmente em regime fechado”, transparecendo mais uma vez uma distinção com critério de rigorosidade entre apenados, pois para os crimes não hediondos não existe uma obrigatoriedade de início de cumprimento de pena em regime fechado.

Determinou também a Lei nº 8.072/90, no artigo 2º, parágrafo segundo, que a progressão de regime (entende-se progressão de regime como “um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena, critério objetivo, com o mérito do condenado, critério subjetivo”).¹⁸ para os crimes taxados nesta lei dar-se-á após o cumprimento de 2/5(dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5(três quintos), se reincidente. De forma diferenciada estipula o art. 112 da Lei de Execução Penal (para crimes não hediondos) , apontando o critério objetivo da progressão, profere que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva e poderá o condenado passar para um regime mais brando quando cumprir 1/6(um sexto) da pena e tiver bom comportamento carcerário, testificado pelo diretor do estabelecimento.

Assim, mais uma vez é comprovada uma diferenciação, onde existe uma punição mais severa até na própria progressão de regimes para determinados crimes e para outros não, pois a progressão mais rigorosa é aplicada a autores de crimes que atingem uma reprovação maior e conseqüentemente um clamor mais alto por punição por parte da sociedade. Deste modo, os delinquentes ou condenados por crime hediondo não beneficiam dos mesmos direitos que os demais presos.

É importante registrar que o texto original da Lei dos Crimes Hediondos trazia a vedação absoluta da progressão de regime para os presos por ela condenados. Inicialmente tal

¹⁷ MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. P. 512.

dispositivo foi aceito pelo STF, que só algum tempo depois veio decidir pela inconstitucionalidade da citada vedação.

Neste norte, constata-se:

uma despersonalização da pessoa face a presumível periculosidade. A censurabilidade é de tal modo elevada que os agentes de tais fatos hediondos não podem beneficiar dos direitos, liberdades e garantias (...) como os demais presos: são presos despersonalizados.¹⁹

A edificação do Direito Penal do inimigo não se consume apenas na “concepção material do Direito penal, mas reflete-se no Direito processual penal e no Direito penitenciário”.²⁰ O inimigo não gozaria das mesmas garantias e benefícios processuais que o cidadão, pois o tratamento que receberá será baseado em sua periculosidade, ou seja, a conduta ilícita terá um peso menor, enquanto a ameaça que o indivíduo representa ao Estado e também a sociedade terá um peso maior.

No tangente aos crimes hediondos, seus autores apresentam uma maior abjeção, ou seja, um maior estado de excessiva baixa moral, que conseqüentemente leva a deduzir que o autor destes crimes apresenta uma periculosidade mais relevante do que autores de crimes não hediondos, portanto deverão permanecer mais tempo reclusos pelo Estado.

Assim, o Direito Penal do inimigo transparece, pois em contrapartida a uma situação de perigo e insegurança social, ataca-se com hostilidade: com leis penais mais severas.

2.2 Prisão Preventiva

O instituto da prisão preventiva não poderia deixar de ser comentado frente a ótica do direito penal do inimigo, pois nela se reflete uma prisão guiada pelos critérios da segurança e da periculosidade do indiciado. O art. 312 do Código de Processo Penal ensina que uma vez havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada caso venha a garantir a ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Assim,

¹⁹ VALENTE, Manuel M. Guedes. *Op. Cit.* p. 95.

²⁰ VALENTE, Manuel M. Guedes. *Op. Cit.* P. 93

demanda-se, “ao menos, três fatores para a sua decretação: a) prova da existência do crime (materialidade) + b) indícios suficientes de autoria (...) + c) elemento variável”.²¹

Este “elemento variável”, que se trata de uma das opções descritas no artigo supracitado, vem a mostrar uma prisão baseada na periculosidade do autor, pois mesmo determinado cidadão já estar sendo indiciado por um crime, acredita-se que este não se afastará de atentar contra um bem jurídico e representa assim uma ameaça.

Nesta seara, vale ressaltar que o elemento variável desta equação jurídica afasta o direito penal do fato e da culpabilidade para dá espaço a “um discriminatório direito penal do autor e da periculosidade”²² Reforçando, assim, o crescimento de um Direito Penal do inimigo no âmbito da legislação brasileira, especialmente porque a Prisão Preventiva é acolhida com pouca resistência pela população e operadores do direito.

2.3 Regime Disciplinar Diferenciado

O instituto do Regime Disciplinar Diferenciado ou RDD instituído pela Lei nº 10.792/03 que alterou a Lei nº 7.210/84 e o Decreto-Lei nº 3.689/41(Código de Processo Penal) nasceu no estado de São Paulo, no ano de 2001, com o intuito de melhor combater o crescimento das facções criminosas dentro dos presídios com o isolamento de seus líderes e, também de qualquer outro detento que causasse grande transtorno nos presídios paulistas.

“Visando instituir o regime disciplinas diferenciado no ordenamento jurídico pátrio, o projeto n. 7.503/2001 tramitou e foi convertido em lei”²³, assim passou o RDD a existir não apenas no estado de São Paulo, mas em todo Brasil.

O regime pode ser aplicado a condenados como também a presos provisórios, nacionais ou estrangeiros, conforme o art.52 da LEP, por três possíveis hipóteses: 1) quando o preso praticar fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; 2) quando o preso representar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; 3) quando existir fundadas suspeitas de envolvimento ou participação do preso, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 63.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.*

²³ Marcão, Renato. *Curso de Execução Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P.75.

É importante esclarecer que o cumprimento de RDD não afasta a sanção penal cabível pelo crime doloso praticado.

O Regime disciplinar Diferenciado tem duração máxima de 360(trezentos e sessenta) dias, podendo ser repetido por igual período até o limite de um sexto da pena instituída ao recluso. O preso condenado ou provisório em cumprimento de RDD será recolhido em uma cela individual, sendo permitidas visitas semanais de duas pessoas, exceto crianças, com duração de duas horas e, o banho de sol, limitado a apenas 2 horas por dia.

O requerimento ao juiz da execução penal para inclusão de preso no RDD deverá ser proposto (e justificado) pelo diretor do estabelecimento carcerário ou por outra autoridade administrativa, como o Secretário de Segurança Pública ou da Administração Penitenciária, devendo ser ouvido o membro do Ministério Público e a defesa.²⁴ O juiz tem o prazo de quinze dias para proferir decisão, caso se trate de situação de urgência, a autoridade administrativa responsável poderá isolar preventivamente o preso por até dez dias, enquanto espera a decisão judicial. O tempo de inclusão preventiva no RDD deverá ser computado no período total de cumprimento da sanção disciplinar.

Como podemos observar o RDD é um severo regime disciplinar de combate ao preso perigoso, que em sua maioria são integrantes de quadrilhas ou organizações criminosas, não importando se este é condenado ou provisório, brasileiro ou forasteiro, pois relevante é o nível de ameaça que este transmite aos órgãos estatais. Neste diapasão, evidencia-se uma das infortunas vertentes da polêmica tese do Direito Penal do inimigo, uma vez que, na maioria das vezes, quem decide quem é o inimigo é aquele que está no poder. Nesse sentido, o RDD permite ao Estado selecionar ao seu bel prazer quem é preso perigoso.

Vale ressaltar nesta temática, que existe Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pela OAB pedindo ao STF que declare inconstitucional o RDD. Alega a referida ação que a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado atenta contra os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além de caracterizar tortura e ato desumano degradante.

2.4 Lei do Abate.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P.957

Em 1998 sancionou o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso a Lei nº 9.614 que acrescentou mais um parágrafo ao art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº7.565/86). O novo parágrafo 2º, que acabou por remanejar o antigo parágrafo para 3º, passou a permitir que:

esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (art.303 do CBA)

No ano de 2004 foi assinado pelo Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva o Decreto nº 5.144 que regulamentou os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. O dito decreto estabeleceu os procedimentos a serem seguidos pela aeronáutica em caso de detecção de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, considerando a ameaça que estas causam para a segurança nacional.

O Decreto aponta como aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, aquela que adentrar o território brasileiro, sem plano de voo aprovado, originária de regiões identificadas como produtora e distribuidora de drogas ilícitas, como também aquela que omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações essenciais a sua identificação ou não acatar ordem destes órgãos caso esteja percorrendo rota reconhecidamente utilizada pelo tráfico.

Em junho de 2009, pela primeira vez, um caça da Força Aérea Brasileira, com fulcro no referido Decreto, disparou tiros de advertência contra um monomotor que carregava aproximadamente 180 quilos de cocaína na região de fronteira do Brasil com a Bolívia. Inicialmente foi ordenado ao piloto do monomotor que pousasse no aeroporto de Cacoal/RO, entretanto a ordem não foi obedecida, levando ao piloto da FAB a disparar o TAV(tiro de advertência).

O ocorrido fato foi documentado e filmado pela Defesa aérea e, posteriormente, exibido nos diversos meios de comunicação do país, suscitando o início de uma longa discussão.

A Lei do Abate é majoritariamente classificada como inconstitucional, pois é vista como uma violação de diversas garantias constitucionais onde ocupa destaque o direito a vida, a proibição de pena de morte em tempos de paz e o devido processo legal.²⁵ Repudia-se a possibilidade de um piloto da FAB, com anuência do Presidente da República, abater um avião, matando quem por ventura estiver dentro dele com a justificativa de forte suspeita de tráfico de drogas, pois é o mesmo que o Estado matar alguém pelo fato de ter cometido um crime e, pior, sem direito a um devido processo legal.

Assim, temos a Lei do Abate como um espelho do Direito Penal do inimigo em nossa pátria, pois a referida lei olvida-se de diversos preceitos constitucionais para colocar a frente à defesa do país contra um relevante inimigo nosso: o traficante de drogas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O professor da Universidade de Bonn - Günther Jakobs – não foi o primeiro autor a conceituar um inimigo do estado comunitário-legal. A ideia do cidadão como pessoa e do inimigo como não pessoa foi há séculos pensada.

Não cabe ignorar este diagnóstico que cada dia mais se transparece nos estados de Direito: o inimigo existe e deve ser combatido. Importante, contudo, é que cada Estado questione quem é o seu inimigo e qual a melhor forma de combatê-lo.

No Brasil, figuras como o traficante de drogas, traficante de armas, exploradores sexuais, assaltantes de bancos, são exemplos de inimigos, entretanto se nos deslocarmos para sociedades diferentes, como os Estados Unidos, encontraremos outros opositores do contrato-cidadão. Neste país, encontramos inimigos como o terrorista e o imigrante ilegal. Já se analisamos realidades de alguns países africanos, nos depararemos com ditadores que afundam seu próprio povo na miséria. Destarte, é natural que cada Estado busque combater mais veemente as condutas ilícitas penais que mais ameacem sua soberania e a harmonia de seu povo.

O rechaço ao Direito Penal do inimigo em nosso país, reside na colisão entre dois interesses sociais, o primeiro está na luta pela consolidação tão almejada do direito a dignidade da pessoa humana que envolve a proteção dos bens jurídicos mais importantes

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Lei do Abate**: inconstitucionalidade. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> 29 de outubro de 2009. Acesso em: 09 de junho de 2012.

como a vida e a liberdade. O segundo interesse é o anseio por segurança, por respostas políticas que proporcionem a sociedade uma vida mais tranquila e não o ambiente hostil que se tornaram as ruas das cidades brasileiras.

Nesta seara, prepondera a luta pela dignidade da pessoa humana que ensina que as garantias constitucionais devem permanecer a frente de qualquer situação, ideia esta que muitas vezes a doutrina do Direito Penal do inimigo procura aniquilar, pois coloca em primeiro plano a eliminação de perigos e o resguardo do contrato social. Entretanto, parece ser inevitável a contaminação mesmo que lenta e algumas vezes imperceptível do Direito Penal comum por ideais do Direito Penal de exceção.

No Brasil a Lei do Abate é o reflexo mais reluzente do endurecimento da legislação penal em face do perigo trazido pelo inimigo. Aliás, a referida lei vai além, manifesta em tempos de paz preceitos apenas permitidos no Estado brasileiro em tempos de guerra. Assim, pior é ignorar a existência do Direito Penal do inimigo e permitir que este contagie o Direito Penal sem o devido controle, do que abrir bem os olhos para os rumos que se está seguindo o confronto ao inimigo, pois estes dois polos do direito existem, mas não é adequado que se misturem.

Por outro vértice, o Estado deve ser austero na proteção do contrato social, pois para que este perdure e não se regrida ao estado de natureza, se faz necessário à proteção da credibilidade das partes. O cidadão conferindo garantias que será fiel as normas que organizam a sociedade e o Estado incisivo na preservação da ordem, segurança, saúde, educação etc.

Ainda, se fomos além, nos voltaremos para um especial inimigo do Brasil: o político corrupto. Analisando a habitualidade e profissionalismo com que comete ilícitos penais, e a vasta consequência que tais ilícitos acarretam para a soberania e o bom desenvolvimento do estado, não titubearíamos em exigir um tratamento severo e duras penas a este delinquente, pois sem dúvida seus atos ameaçam grandemente o contrato cidadão. Será que o crime de corrupção tão reincidente nesta pátria e tão perturbador, não é merecedor de uma punição rigorosa? Sem dúvida que sim.

Então, que adianta fechar as portas para o direito penal do inimigo, nos enclausurando dentro de uma legislação que continuará garantindo, aos tantos que *não são bons*, boas condições para que continuem delinquindo, já que sempre se debruçaram na presunção de inocência e em todas as outras tantas garantias constitucionais.

“Certamente o mundo pode dar medo, e de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa.”²⁶

ABSTRACT

With the growing violence that frighten society and the public outcry over state to intimidate the perpetrators of crimes, especially the types over criminal recidivists in the social sphere, is the reason that a criminal law grows more hostile. Following this thought, the German professor Günther Jakobs presented a doctrine called Criminal Law of the enemy, which was based on precursor ideas of thinkers such as Rousseau, Fichte, and in a robust way in Kant and Hobbes. This criminal strand divides humans into two groups, the citizens, those who commit a criminal act, but demonstrate to the State that such conduct was just a slip and they will remain faithful to the social contract; and the enemies, individuals who lose their status as person, because deviate abruptly and largely permanently from law, showing no cognitive guarantees that they will follow the rules of the state. An enemy's dangerousness is pertaining to their character, and therefore they should be removed from society, not as a penalty, but as a safety measure. In Brazil it's possible to notify that some legal devices transpire the criminal law for the enemy, like those that this work focuses to exposure, know as, Shoot Down Law, Preventive penalty, Heinous Crimes Law and the Differentiated Disciplinary Regime. Thus, the present work surfaces the origin and construction of the concept of enemy and the right that fight against it, but also points out that the Brazil criminal law provided a permeable environment for it to grow.

Key words: Criminal Law of the enemy; State; brazilian criminal law.

²⁶ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*. P.11.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

_____. Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acessado em: 01 de junho de 2012.

_____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acessado em: 01 de junho de 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010

LIMA, Fernando. *Inconstitucionalidade da Lei do Abate*. 2004. Disponível em <<http://www.profpito.com/inabat.html>> Acesso em: 07 de junho de 2012.

MALMESBURY, Thomas Hobbes. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril, 1974.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe* Comentado por Napoleão Bonaparte. São Paulo: Editora Martin Claret, 1998.

MARTÍN, Luis Gracia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei do Abate: inconstitucionalidade*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> 29 de outubro de 2009. Acesso em: 09 de junho de 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo- ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 10 de junho de 2012.

VALENTE, Manuel M. Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso*. São Paulo: Almedina, 2012.
