



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas.

Felipe Guimarães do Couto

Rio de Janeiro
2012

FELIPE GUIMARÃES DO COUTO

A aplicação do direito penal do inimigo na repressão ao tráfico de drogas.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA REPRESSÃO AO TRÁFICO DE DROGAS.

Felipe Guimarães do Couto

Graduado pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Advogado.

Resumo: A Teoria criada por Gunther Jakobs do Direito Penal do Inimigo tem por fim suprimir garantias, de forma a dar tratamento diferenciado para pessoas perigosas na sociedade. Por isso, tem-se defendido sua aplicação no combate ao tráfico de drogas nos grandes centros urbanos. Para tanto é necessário compatibilizar esta teoria preconizada pela jurista alemão com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Funcionalismo. Direito penal do inimigo. Tráfico de drogas. Repressão.

Sumário: Introdução. 1. Funcionalismo Penal. 2. Direito Penal do Inimigo. 2.1. Críticas ao Direito Penal do Inimigo. 3. Direito Penal do Inimigo e as Garantias Constitucionais. 4. Aplicabilidade no Ordenamento Pátrio. 4.1. O Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. 4.2. A Lei 9.614/98 – O abate de aeronaves suspeitas. 4.3. A Lei 8.072/90 – Poder punitivo nos crimes hediondos. Conclusão. Referência

INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade brasileira, em especial na cidade de São Paulo no atual momento, é vítima da grande onda de violência provocada por organizações criminosas que exploram o tráfico de drogas. Tal situação gera a sensação de insegurança urbana, o que faz com que a sociedade busque meios para atenuar ou mesmo erradicar esse mal.

Diante desse quadro, os doutrinadores do direito viram-se obrigados a analisar a eficiência do sistema penal brasileiro. Essa discussão é um tanto penosa, uma vez que surge o embate entre garantismo penal e o direito penal do inimigo.

Nesse contexto, muitos se tornaram adeptos da Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Gunther Jakobs em seu Funcionalismo Sistêmico. Para muitos, esta teoria surge para ser aplicada em casos especialíssimos, como para os traficantes de drogas.

Desta forma, para a abordagem do tema é necessário adentrar na teoria desenvolvida por Gunther Jakobs, trazendo à tona suas críticas, bem como os seus defensores. Posteriormente, então, é imperioso discorrer sobre a sua aplicação no combate ao crime organizado.

1- FUNCIONALISMO PENAL

No Direito Penal, a Teoria do Funcionalismo se originou, principalmente, a partir dos fundamentos crítico-filosóficos de Claus Roxin ao finalismo estruturado por Hans Welzel.

No que tange ao mundo jurídico, pode-se afirmar que o funcionalismo é um método, um caminho de se conhecer o objeto da investigação, em especial, de se buscar solução justa para o caso concreto, à luz do Direito posto, sobretudo o constitucional.

Em síntese, o funcionalismo penal apregoa que o Direito Penal deve ser estruturado, interpretado, aplicado e executado tendo em vista a sua função e, em última análise, as finalidades das suas penas ou medidas alternativas.

Neste sentido, existem, em relação ao Direito Penal, duas correntes sobre o funcionalismo, ou seja, dois enfoques funcionais, surgidos na Alemanha, a partir da década de 1970. Funcionalismo moderado, teleológico, valorativo (teleológico-racional) contextualizado pelo penalista alemão Claus Roxin, a partir do funcionalismo estrutural de Parsons e Funcionalismo radical, estratégico normativo, construído pelo também penalista alemão Günther Jakobs a partir do funcionalismo-sistêmico do sociólogo Niklas Luhmann.

Com efeito, na ótica de Roxin, só se deve recorrer ao Direito Penal, como forma de controle social (proteção de bens jurídicos essenciais: coletivos ou individuais), como última opção (*ultima ratio*), isto é, se não for possível o controle por outro meio menos estigmatizante e desde que a pena seja necessária para tal.

Assim, ainda que o fato seja típico, antijurídico e culpável, por si só não é suficiente para se recorrer à sanção do Direito Penal, utilizando-se, para tal, os métodos dedutivo e indutivo (teleológico-racional), especialmente este último, pois sua preocupação é com a justiça do caso concreto.

Porém, no que tange à visão funcionalista de Jakobs, a aplicação da pena será sempre necessária na medida que ocorrer a prática de um crime, pois a função do Direito Penal (e das suas penas) é o de fortalecimento do teor normativo como punição à pessoa da sociedade que frustrar essa expectativa. O Funcionalismo, neste ponto, trata do método dedutivo (lógico-formal) em que basta infringir a lei.

Para Jakobs¹ o Direito Penal tem como função reafirmar os valores de determinada ordem jurídica, em razão disso, recebeu muitas críticas e sendo considerado, inclusive, nazista. No entanto, o teórico afirmou não estar apontando como o Direito Penal deve ser; mas, apenas apontando como o Direito Penal foi e é, ou seja, o Direito Penal foi e é um instrumento reafirmador da ordem jurídica vigente e, por consequência um modelo penal adotado em cada período histórico. Jakobs fez parte de uma concepção funcionalista conhecida como radical, onde o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e cupavelmente, assim, tentou explicar por sua teoria que o Direito Penal possui como função precípua a reafirmação da norma, buscando, desse modo, fortalecer as expectativas de quem a obedece.

¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, org. trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 34.

Na teoria de Jakobs os fatos sociais são regulados pelo Direito Penal que protege diretamente a norma e indiretamente os bens jurídicos. Por sua vez, o delito é a transgressão da norma que viola as expectativas funcionais.

A grande controvérsia em relação a esta teoria, diz respeito ao fato de defender que a norma deve ser obedecida mesmo estando errada, assim, foi criado o Direito Penal do Inimigo, onde muitas interpretações foram no sentido de que o ser humano não é pessoa, é integrante de grupo social.

Neste contexto, o Direito Penal do Inimigo, também denominado como o Direito Penal de Terceira Velocidade, recebe diversas críticas até os dias atuais. Ela é oriunda do Funcionalismo Sistêmico, desenvolvido por Gunther Jakobs, e visa ao tratamento distinto àquele transgressor da norma jurídica penal.

Para tanto, Jakobs observa ser necessário identificar quem são os inimigos que merecem este tratamento. Neste ponto, estão os terroristas, os criminosos organizados, os autores de crimes sexuais, bem como qualquer criminoso que cometa infração penal perigosa. Assim, inimigo seria quem se afastasse da norma jurídica para cometer crimes de forma permanente.

O tratamento dado aos inimigos consiste em suprir garantias processuais, pois ele não faria jus a um procedimento penal com as suas garantias e sim um procedimento de guerra. Isto se fundamenta na sua descaracterização como pessoa, pois ele não admite entrar no estado de cidadania.

O Direito Penal do Inimigo pune o inimigo não com base no fato ocorrido (passado) e sim no perigo que ele representa para a sociedade (futuro), em razão de sua personalidade voltada para a prática de delitos. Nesse sentido, a punição tem por fim proteger os demais componentes da sociedade que se portam como cidadãos, evitando a periculosidade que aquela pessoa representa.

Suas principais bandeiras são: (a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.).

O Direito é sempre o mesmo, o que muda são as formas (metodologia) de compreendê-lo e aplicá-lo de forma mais racional em proveito do homem tanto como ente social como individual.

2- DIREITO PENAL DO INIMIGO

O professor penalista alemão Jakobs conceitua primeiramente a teoria do Direito Penal do Inimigo em 1985, com uma aplicação muito ampla, foi criticada por diversos autores da época. Após o atentado às torres do World Trade Center em Nova York, volta a discutir sobre a teoria, porém delimitando a sua aplicação a delitos graves praticados contra a estrutura do Estado².

Atualmente o Direito Penal do Inimigo fundamenta-se em um contrato social entre o Estado e o indivíduo, caso esse venha descumpri-lo, cometerá um delito, e terá por

² Ibid., p. 94.

consequência há não aplicação dos benefícios do Estado, ou seja, ao atacar o direito social entrará em guerra com o Estado e deixará de ser um membro dele. A idéia de contrato social foi invocada das teorias contratualistas, defendidas por Rousseau, Kant, Fichte e Hobbes, que há muito tempo já conceituavam a figura do inimigo³.

Jakobs defende dois pólos no mesmo sistema jurídico criminal, de um lado tenho o direito penal voltado para o cidadão e do outro tenho um direito penal voltado ao inimigo do Estado.

O direito penal do cidadão ocorre quando um fato praticado por um cidadão viola uma norma e a ele é dada há oportunidade de restabelecer a vigência dessa norma, porque só a ‘pessoa’ oferece uma segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal. Dessa forma o Estado observa o cidadão apenas como autor de um delito, respeitando todas as garantias penais e processuais⁴.

Já o direito penal do inimigo é mais rigoroso, pois visa a neutralizar o inimigo que é uma fonte de perigo para a sociedade. Logo inimigo passa a ser aquele que comete crimes econômicos, sexuais e se organiza criminosamente para prática do terrorismo, dentre outros. Além de praticar uma infração penal grave deve ser afastado de modo permanente do Direito, pois almeja a destruição do ordenamento jurídico daquele Estado, sendo assim, não oferece garantias cognitivas suficientes de que vai continuar fiel ao contrato social⁵.

Dessa forma perde o status de cidadão e passa a ser tratado como inimigo, tendo como consequências: a inobservância dos princípios constitucionais básicos; o corte de garantias e direitos processuais fundamentais (ex. ampla defesa, contraditório, devido processo legal); aumento desproporcional das penas, dentre outras.

3 ALENCAR, Antônia Elúcia. *A inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 895, ano 99, maio de 2010, p. 3.

4 CREMASCO, Karine Pires. *O Direito Penal do Inimigo – “perspectivas doutrinárias e práticas na justiça brasileira”*. 2008. 56f. Monografia (obtenção do grau de Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Faculdades Integradas “Antônio Eufrasio de Toledo”. Presidente Prudente. 2008, p. 18.

5 RAMOS, Marcel Figueiredo. *Direito Penal do Inimigo. Violação ao princípio da ampla defesa negativa*. Disponível http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1085.html#vx. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 3.

A partir dessas reflexões, pode-se concluir que a conversão do ‘cidadão’ em ‘inimigo’ se dá mediante a habitualidade, a reincidência dos delitos praticados através da organização criminosa que está vinculado, expondo a sua periculosidade⁶.

O autor fundamenta a separação do direito penal (cidadão X inimigo) em três argumentos: a) o Estado tem o direito de se proteger dos inimigos, ou seja, irá viabilizar a segurança aplicando medidas juridicamente válidas, contra os indivíduos que praticarem delitos de forma reiterada; b) os cidadãos têm direito de exigir do Estado medidas adequadas e eficientes para a preservação da segurança diante dos inimigos; c) melhor limitar o direito penal do inimigo do que permitir a contaminação do direito penal. Logo o Estado não poderá tratar o inimigo como pessoa, pois vulneraria o direito de segurança perante os denominados cidadãos⁷.

Observando a teoria do direito penal do inimigo, o mestre penalista Luiz Flávio Gomes⁸, aponta as principais características:

“a) o inimigo não pode ser punido com pena, e sim com medida de segurança; b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante a 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 retrospectivo, sim, prospectivo; e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim um objeto de coação; f) o cidadão mesmo depois de delinquir, continua com status de pessoa, já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); g) o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, já o direito penal do inimigo combate preponderantemente o perigo; h) o direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos

⁶ SAKAUE, Jéssica Tiemi. *Direito Penal do Inimigo*. ETIC – Encontro de Iniciação Científica, vol.5, nº 5, 2009. Disponível <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/2562>. Acesso em: 10 jul. 2012, p. 5.

⁷ ALENCAR, op. cit., p. 2.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou inimigo do Direito Penal)*. Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf. Acesso em: 10 jul. 2012.

preparatórios; i) mesmo que a pena seja intensa (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 (quem vem confirmar a vigência da norma), em relação ao inimigo deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.”

Ao analisar as características adotadas pelo Gomes concluir que o inimigo frente ao Estado é uma fonte de perigo, sendo assim, terá um tratamento de coação, onde será combatida a sua periculosidade aplicando medidas de segurança com o intuito de neutralizar o inimigo. Esse tratamento de coação é feito de forma antecipada com o objetivo de alcançar os atos preparatórios, logo à punibilidade avança o âmbito interno do agente, ou seja, as medidas aplicadas olharam para os fatos que não foram praticados, dessa forma, o direito penal se torna prospectivo, pois condeno o indivíduo ‘por quem é’ e não ‘pelo que fez’, caracterizando o direito penal do inimigo como direito penal do autor.

2.1- CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Inúmeros são os autores que criticam o Direito Penal do Inimigo. Basicamente todos eles constroem seus argumentos na incompatibilidade da teoria com o Estado Democrático de Direito, e com a evolução histórica da sociedade, no que diz respeito às garantias e direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Para compreender as críticas deve-se denominar as vertentes do Direito Penal do Inimigo que são duas: o simbolismo e o punitivismo.

O direito penal simbólico é caracterizado por dispositivos que não geram efeitos protetivos concretos, mas que servem à manifestação de grupos políticos ou ideológicos, pela

afirmação de determinados valores, ou seja, esses grupos políticos vão repudiar uma determinada atividade (fato), e também (sobretudo) um específico tipo de autor, que considerem lesivos, tendo como principal objetivo acalmar a sociedade aflita, dando a falsa impressão que por meio da expansão da lei penal, estariam suprindo as ações indesejadas.

Nesse sentido, ressalte-se que não bastaria a promulgação da norma penal meramente simbólica, mas também um processo de criminalização (punitivismo) nos moldes antigos, que introduzirá no ordenamento jurídico atual, normais penais novas, ou endurecerá de forma quantitativa ou qualitativa as penas já existentes. Nota-se que vai contra o movimento de reforma das últimas décadas, que foi o desaparecimento de diversas infrações penais. De tal forma que o direito simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal, e da junção surge o Direito Penal do Inimigo⁹.

O exercício do poder punitivo de acordo com Zaffaroni¹⁰, deixou marcas irreversíveis na história da sociedade, pois quando as ideias ideológicas para a manutenção do poder eram desobedecidas, surgia à figura do inimigo. Este poder está intimamente ligado a um Estado autoritário e demonstra isso através da evolução do inimigo na sociedade: a) a essência do termo inimigo tem origem do Direito Romano, que diferenciava *inimicus* de *hostis*, o primeiro significa inimigo pessoa e o segundo inimigo público; b) na Revolução Mercantil, o Estado confisca o lugar da vítima, passando a dizer que a vítima era ele mesmo; c) no Colonialismo trazia uma repressão penal plural que se divide em: iguais ou inimigos. Os inimigos eram aqueles que iam contra os interesses da coroa e a pena de morte imposta era executada publicamente; d) na Revolução Inquisitorial, o Estado confisca o papel de Deus e aplica nos inimigos meios violentos e desumanos para suprir o apetite da verdade; e) na Revolução Industrial surge um aumento populacional nas cidades através da migração, o Estado observando o aumento da criminalidade legitima o poder punitivo, apelando ao valor

⁹ JAKOBS; MELIÁ, op. cit., p. 87.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Trad. Sérgio Lamarão. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

meramente simbólico da pena; f) nas Ditaduras Militares nos países colonizados, o inimigo era considerado biologicamente inferior, logo era desestimulada a união de raças. Mesmo com a independência decreta continuavam limitados aos países colonizadores através de seus descendentes reais que exerciam um poder altamente seletivo e discricionário; g) Autoritarismo Nazista, com a derrota da 1ª Guerra Mundial, a Alemanha entra numa ditadura comandada por Adolf Hitler, com o objetivo principal de aniquilação de todos que não fossem da raça ariana, para não ocorrer mistura de raças no país. Dessa forma milhares de judeus, negros, homossexuais, dentre outros grupos, raças e etnias, foram mortos, pelo simples fato que a sua existência contaminava a raça ariana (Direito Penal do autor); h) Atentado de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington nos Estados Unidos da América.

Posteriormente ao acidente, o Governo de George W. Bush aprovou a Lei Patriot Act que fortalece o poder de polícia sobre a sociedade civil, e cria as prisões de segurança máxima de Guantánamo e Abud Ghraid, que correspondem a mini-estados que não respondem a lei alguma, exceto a ditadura imposta pelas agências militares de inteligências norte-americanas. Esses detentos foram enviados para esses tipos de prisões por tempo indeterminado sob um regime jurídico de exceção por meio de tortura e tratamentos de desumano, desrespeitando a dignidade da pessoa humana, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Apesar da promessa do atual presidente Barack Obama e das denúncias de violação dos direitos humanos a prisão de Guantánamo continua em pleno funcionamento¹¹.

De acordo com as características apontadas na coluna cervical do direito penal do inimigo, o mesmo autor, Gomes (2004), inspirado no discurso crítico de Zaffaroni (2010) enumera sua censura à tese:

¹¹ EICHENBERG, Fernando. *Guantánamo, de limbo jurídico a mancha para os E.U.A.* O Globo. Rio de Janeiro, 11 set. 2011. Caderno especial, p. 3.

“a) o que Jakobs denomina de Direito penal do inimigo, como bem sublinhou Meliá, é nada mais que um exemplo de Direito penal do autor, que pune o sujeito pelo o que ‘é’ e faz oposição ao Direito penal do fato, que pune o agente pelo o que ‘fez’; b) se o Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que o ‘Direito penal do cidadão é um pleonasma, enquanto Direito penal do inimigo é uma contradição’. O Direito penal do inimigo é um não ‘direito’ que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais; c) não se reprovava (segundo Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso a pena e a medida de segurança deixam de serem realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agente inimputáveis, loucos ou semi-inimputáveis que necessitam de especial tratamento curativo); d) é um Direito penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito penal da culpabilidade; e) o Direito penal do inimigo não repeliu a idéia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade em relação aos danos causados; f) não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica ‘de guerra’ não se coaduna com o Estado de direito; g) perdem lugar as garantias penais e processuais; h) o Direito penal do inimigo constitui desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais processuais; i) é fruto, ademais, do Direito penal simbólico somado ao Direito penal punitivista (Cancio Meliá); j) as manifestações do Direito penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva, fruto disso é o Direito penal do Inimigo); l) Direito penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem combater medidas excepcionais em tempos anormais

(estado de defesa e de sítio); m) a criminalidade etiquetada como inimiga não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causar grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado); n) logo, contra ela só se justifica o Direito penal da normalidade – Estado de Direito; o) tratar o criminoso comum como ‘criminoso de guerra’ é tudo que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema; temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitativa a mais, não um tão de guerra. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático”.

Apesar de ter transcrito as críticas do professor, há pontos que vou explicar individualmente para a melhor compreensão da idéia central do trabalho.

Em primeiro lugar, afirma-se que a acepção do termo ‘direito’ do conceito da tese exposta, que é contrária aos fundamentos do Direito penal garantista. O Direito penal tem como principal função assegurar a paz e da proteção social, não só a população não delinqüente, como também aos transgressores da norma, contra abusos do Estado. Entretanto o ‘Direito’ penal do inimigo, tenta a todo custo suprir essa garantias, logo, se torna um falso direito, visto que, é contrário ao Estado de Direito Democrático, não podendo ‘conviver’ com os conceitos próprios do Direito penal¹².

Em segundo lugar, critica-se a diferenciação que o autor faz entre ‘pessoa’ e ‘inimigo’. A doutrina atual diz que essa diferenciação teve amparado na Teoria dos Sistemas de Luhman, que foi criticada “por sua despreocupação com os aspectos materiais dos conflitos que ocorrem no meio social e o seu desprezo pela desigualdade entre os membros da coletividade”¹³.

¹² MAGALHÃES, Thayana Calmon Leitão. *Inimigo e Direito Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2577, 22 de jul. 2010. Disponível <http://jus.com.br/revista/texto/17032>. Acesso em: 10 jul. 2012.

¹³ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá. 2010, p. 102.

Assim sendo, o Estado de direito não tolera que uma pessoa seja privada de seus direitos fundamentais, por meio de uma simples finalidade preventiva, ou seja, a medida imposta ao indivíduo não leva em conta o injusto cometido e o grau de autodeterminação para a sua atuação.

Em terceiro lugar, demonstra-se a incompatibilidade do ‘Direito’ penal do inimigo com o princípio do Direito penal do fato. Conforme aduz Dotti (2005) citado por Moraes¹⁴ a tese defendida por Jakobs representa “a ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob o foco do preconceito social”, logo, o Direito penal do inimigo é uma espécie do Direito penal do autor. Este por sua vez, vai de encontro com o Direito penal do fato, que nada mais é que a exclusão da responsabilidade jurídica penal dos atos preparatórios, visto que, estou punindo um ‘fato’ praticado pelo autor, e não, a figura do autor em si mesmo. Ao dizer que nossa sociedade possui as duas figuras (cidadão e inimigo) significa retroceder a um momento histórico que todos tentam apagar da memória.

Em quarto lugar, menciona-se a divergência da função da pena. A teoria defendida pelo ilustre autor representa uma prevenção geral positiva, ou seja, a pena reage frente à dúvida da vigência da norma, através do delito reafirmará a confiança social do Estado, visto que, de acordo com a tese toda a infração criminal pressupõe a quebra de uma norma¹⁵.

O ponto mais importante a ser discutido em relação às críticas do Direito penal do inimigo é a quebra do Estado de Direito. O penalista alemão invoca o Estado de direito concreto em sua tese, porém, se torna inaplicável, visto que, o soberano vai designar como inimigo quem considerará oportuno, ficando este sem poder oferecer resistência. Dessa forma qualquer um pode ser considerado inimigo, ficando a sociedade num estado de alerta constante, esperando a nova denominação de inimigo, informado pelo Estado. Não respeitando os princípios constitucionais, bem como, devido processo legal, presunção de

¹⁴ Ibid., p. 259.

¹⁵ JAKOBS; MELIÁ, op. cit., p. 102.

inocência, intervenção mínima, responsabilidade penal subjetiva, culpabilidade, legalidade, entre outros. Ao observar a história brasileira nota-se que a aplicação do direito penal do inimigo ao ordenamento jurídico pátrio será um retrocesso aos anos da ditadura militar na década de 60 e 70.

3- DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

É de se dizer que a teoria do direito penal do inimigo não se sustentaria no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Com efeito, a tese de Jakobs é de flagrante incompatibilidade com o rol de direitos constitucionalmente assegurados.

Destacam-se — sem prejuízo de outros — os seguintes princípios constitucionais a se oporem ao direito penal do inimigo:

A dignidade da pessoa humana, na medida em que o inimigo deixa de ser tomado por pessoa.

A presunção de inocência e o princípio da culpabilidade, demonstrando que o sistema penal constitucional não se baseia na periculosidade do agente, como o faz a teoria alemã. Se esse é o princípio que afirma que ninguém será considerado culpado senão por meio de sentença condenatória transitada em julgado, ele seria inaplicável em um sistema onde a culpabilidade não figurasse como pressuposto de aplicação da pena. A lei que impusesse pena a alguém independentemente de culpa, ou por considera-lo perigoso, ofenderia o aludido princípio.

Nesse mesmo diapasão, decorrentes da Constituição Federal, o princípio da retributividade, consoante o qual não há pena sem crime, bem como o princípio da responsabilidade penal pelo fato, vez que há a necessidade da prática de um fato criminoso para que se possa aplicar a pena àquele que o cometeu. O direito penal do inimigo violaria

esses princípios, punindo o agente sem que houvesse o prévio cometimento de crime, ou o encaixe de um fato por ele praticado em um tipo penal, ou punindo-o em virtude de qualidades pessoais.

O devido processo legal, também, porque o sistema pátrio não permitiria um roteiro procedimental onde não se verificasse a observância da ampla defesa e do contraditório ao acusado. Ora, no direito penal do inimigo, admitir que este constitua advogado, se defenda, se manifeste após a acusação, e recorra, não faz sentido algum se o procedimento adotado é o de guerra.

A isonomia, finalmente, pois que desprovida de razoabilidade a discriminação entre as duas categorias de indivíduos: o cidadão e o inimigo.

Compondo verdadeiras cláusulas pétreas, não se admite a exclusão desses preceitos do sistema. Além disso, uma vez que os direitos humanos figuram como conquistas irreversíveis da humanidade, a tendência hoje é a de se afirmar a impossibilidade de previsões legais ou constitucionais (mesmo oriundas do poder constituinte originário) que busquem abolir os direitos fundamentais e princípios como os expostos. Isso torna o direito penal do inimigo, portanto, insustentável no mundo contemporâneo.

É digna de nota a tentativa, dessa tese do direito alemão, de enfrentar a criminalidade organizada. Mas, nesse intento, não podem ser esquecidos os mandamentos constitucionais.

4- APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO PÁTRIO

4.1- O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD

A Lei 10.792, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2003, alterou a Lei de Execuções Penais brasileira (Lei 7.210, de 11 de junho de 1984) e introduziu o chamado

Regime Disciplinar Diferenciado RDD, que é aplicado a determinados detentos suspeitos de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Tal lei produziu uma importante reação doutrinária contrária em razão das importantes violações a garantias fundamentais, em especial à humanidade da execução de pena e o princípio de igualdade, pois se pune o delinquente não pelo fato praticado, regra do ordenamento jurídico brasileiro, mas pela periculosidade do autor como característica marcante do Direito Penal do Inimigo.

A redação do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, depois das modificações, estabelece o isolamento celular do apenado que comete o delito doloso ou falta grave, por até um ano, como possibilidade de repetição por um prazo igual a um sexto do prazo estabelecido inicialmente. Além disso, impõem-se restrições quanto à possibilidade de receber visitas.¹⁶

Em artigo publicado, o professor Rômulo de Andrade Moreira afirma que tais dispositivos do Regime Disciplinar Diferenciado são inconstitucionais: “Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranquilidade serem tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art.5.º, XLVII, alínea “e”, CF/88), assegurando-se ao preso (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito a integridade física e moral (art. 5.º, XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art.5.º, III).”¹⁷

¹⁶ CUNHA, Rogério de Vidal. *O Regime Disciplinar, O Simbolismo Penal e o Princípio de Humanidade nas Penas.*: Disponível em: <http://www.uj.com.br/Publicacoes/Doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2447>. Acesso em 20 set. 2012.

¹⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Este Monstro Chamado RDD. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos/ler_noticia.php?idNoticia=5502. Acesso em 20 set. 2012.

Por sua vez, Luiz Flávio Gomes argumenta que: “Ninguém contesta que o Estado deve intervir, com firmeza, para evitar danos para o patrimônio e vida das pessoas. Mas dentro do Estado de Direito até mesmo o Direito tem limites”.¹⁸

Nesse contexto, são inadmissíveis, em um Estado de Direito, normas contrárias às conquistas históricas dos direitos fundamentais. O Direito Penal do Inimigo não encontra guarida no sistema jurídico.

4.2- A LEI 9.614/98 – O ABATE DE AERONAVES SUSPEITAS

Em 16 de julho de 2004 foi editado o Decreto 5.144, que regulamentou o dispositivo do Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei 7.565/86, no tocante, especificamente, às aeronaves hostis e suspeitas de tráfico de entorpecentes e drogas afins.

A Lei 9.614, de 05.03.1998, chamada “Lei de Abate” possibilita a derrubada das aeronaves consideradas hostis dentro do Estado Brasileiro.¹⁹

Diante desse quadro, verifica-se sob a ótica constitucional que a chamada “Lei de Abate” afronta aos direitos fundamentais estatuídos na Carta Magna, notadamente quanto ao direito à vida, à liberdade, bem como ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Desta feita, estar a bordo de aeronave em voo, nos termos da lei inconstitucional, coloca em perigo a vida de inocentes que muitas vezes estão em aeronaves sobrevoando o território brasileiro, embora não estejam transportando drogas, poderão deixar de se identificar para os pilotos da Força Aérea Brasileira – FAB, e de obedecer à ordem de pousos

¹⁸ GOMES, Luís Flávio. *Legislação Inglesa Antiterror não Vale*. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B3971CBDC-8395-4372-8A33-DA8DD393B795%7D_terrorismo-luiz-flavio.pdf. Acesso em 20 set. 2012.

¹⁹ RODRIGUES FILHO, José Moaceny Félix. *A Legislação do Abate de Aeronaves (Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas)*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5735>. Acesso em 28 set. 2012.

por motivo de falta de equipamentos adequados. Isso acontece principalmente na Amazônia. Isso viabiliza, à execução sumária em pleno tempo de paz.

Nos termos do art.5º, XLVII, *a*, da Constituição da República, que respalda a existência de pena de morte, em caso de guerra declarada, conforme art. 84, inciso XIX, previsão esta em aparente afronta à garantia do direito à vida.

Atente para a cláusula pétreia contida no § 4º, do art. 60, Constituição Federal, que veda ao constituinte derivado a proposta de emenda constitucional destinada a abolir direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida.

Por tudo isso, é inconstitucional a Lei de Abate de Aviões. Com a regulamentação do Decreto 5.144, de 16 de julho de 2004, ao permitir a destruição de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins no espaço aéreo brasileiro, com autorização do Presidente da República ou autoridade delegada, introduziu, na prática, a execução extrajudicial, permitindo a condenação e a execução sumária sem o devido processo legal, pela simples suspeita do tráfico de drogas. Portanto é flagrantemente inconstitucional, pois a Constituição da República garante o direito à vida e proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII).²⁰

Trata-se do mais prático exemplo da interferência do direito penal do inimigo em nosso país.

4.3- A LEI 8.072/90 – PODER PUNITIVO NOS CRIMES HEDIONDOS

A lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), foi introduzida no ordenamento jurídico no início dos anos noventa, em decorrência de expressa determinação constitucional, que

²⁰ Ibid.

dispõe serem inafiançáveis de graça ou anistia, os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Todavia, o legislador infra-constitucional proibiu a liberdade provisória (proibição agora excluída através da Lei 11.464, de 28 de março de 2007), vedou o indulto, determinando o cumprimento integral da pena em regime fechado. Hoje tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959-7 e permitiu o apelo em liberdade, mediante decisão motivada, em caso de sentença condenatória.²¹

O Estado, atendendo ao clamor público, com seu poder repressivo, ao publicar a Lei dos Crimes Hediondos tinha como escopo demonstrar publicamente que dispunha de um poder punitivo que inibiria a violência dos delinquentes, esquecendo que às raízes da violência está no próprio sistema estatal que promove de maneira brutal a desigualdade social.²²

Querer, portanto, que a aplicação da pena de privação da liberdade resolva a questão da segurança pública é desconhecer as raízes da criminalidade, pois de nada adiantam leis severas, criminalização excessiva de condutas, penas mais duradouras ou mais cruéis sem combater a desigualdade social.

E nesse diapasão o legislador afoito em demonstrar para seus eleitores que está aprovando leis mais duras para punir o delinquente enxergou no Direito Penal um instrumento de combate à criminalidade. Como explica o professor Ivan Luís Marques da Silva²³,

²¹ SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes Hediondos*. 6ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 582.

²² Nesse sentido, ressalta Alberto Silva Franco, '(...) Mas essa exibição de força punitiva não passa, na realidade, de uma confissão de sua incapacidade de controlar o crime em níveis toleráveis e de seu fracasso no sentido de dar segurança à população. A ação repressiva, no entanto, como revela David Garland, "dá a ilusão de que está em vias de fazer alguma coisa" aqui, agora, rápida e bem feita" O castigo é um ato demonstrativo do poder soberano" que "visa suscitar um amplo suporte popular, a baixo preço e, habitualmente, com pouca oposição política". *Crimes Hediondos*. 6 ed.rev.Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p.570-573.

²³ SILVA, Ivan Luís Marques. *O contra-ataque garantista à globalização*. Boletim IBCCRIM, n. 177, p. 6-7, ago. 2007.

[...] Só que, por razões ‘inexplicáveis’, as leis penais exclusivamente repressivas não surtem efeito. Esse Direito Penal que deveria ser efetivo no combate à criminalidade tornou-se simbólico. As leis passaram a ser feitas para apaziguar a sociedade em momentos de revolta, mas sem consequências práticas e sem redução da criminalidade. Esse Direito Penal mostrou ser incompetente e ineficiente para os fins desejados pelo Legislativo e por boa parcela da sociedade [...].

A criminalidade não será combatida com elaboração de leis, propondo aumento de pena de delitos. Combate-se a criminalidade e a violência com efetiva intervenção do Estado, não como repressor, mais com políticas públicas em áreas sociais. Como bem ressalta Alberto Silva Franco²⁴,

A conclusão subsequente é a de que a Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos seguimentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa idéia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança.

CONCLUSÃO

Atualmente o Direito Penal passou a ser visto, não só pelo Estado, mas também pela sociedade, como uma solução para resolver os problemas sociais que a humanidade enfrenta. O Direito Penal do Inimigo surge nessa visão da aplicação da lei de forma mais severa ao titulado ‘inimigo’, divorciando-a das garantias prevista na Constituição, bem como nos Tratados Internacionais, que possui como alicerce o direito garantista.

Com o estudo aprofundado sobre o tema conclui-se que, em hipótese alguma se pode desprezar as conquistas de cunho humanitário, uma vez que, milhares de pessoas morram para nos deixar esse legado e a liberdade não pode ser vista como um contra ponto à segurança pública. Logo as leis penais excessivamente repressivas não surtam efeito no combate à criminalidade, tornam-se simbólicas. Para tanto é necessário uma intervenção Estatal, com o planejamento de política pública nas áreas sócias com maiores desigualdades.

²⁴ SILVA FRANCO, op. cit., p. 582.

Essa divisão do Direito Penal que, de um lado apresenta o cidadão e do outro o ‘inimigo’, além de afrontar o Estado de Direito, pois nega a dignidade ontológica do ser humano como pessoa, também fere os princípios vigentes na nossa Constituição. Dessa forma conclui-se que não se pode valorizar a figura do inimigo de tal forma que desvalorize a dignidade da pessoa humana, visto que, a norma é feita para proteger o indivíduo dos abusos praticados pelo Estado, não o contrário; e além do mais, a Constituição Federal, impõem a igualdade a todos os seres, sem a distinção de qualquer natureza, por meio de Cláusula Pétreas.

Lamentavelmente observa-se que o Brasil tem adotado o direito penal de emergência como modo de resolução da criminalidade. Observa-se, ainda, que alguns projetos de lei tem tentado impor um direito penal do inimigo disfarçado em nosso país.

Por mais redundante que possa parecer, a história mundial tem mostrado que somente a educação pode diminuir significativamente a questão da criminalidade e da violência num país. A educação deve ser sempre o objetivo principal de todo governo. Todas as medidas de resolução pertinentes à questão da criminalidade e da violência, exigem de médio a longo prazo, então quanto mais cedo forem adotadas, mais cedo serão colhidos os resultados.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. *A inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 895, ano 99, maio de 2010

BOSCHI, José Antônio Paganella. *das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Parte Geral*. 4. ed. Curitiba: Conceito Editorial, 2010.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes Hediondos*. 6. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007

ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.