



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ALAN VICTOR COSTA RIOS NOGUEIRA

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

FORTALEZA

2013

ALAN VICTOR COSTA RIOS NOGUEIRA

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Monografia apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientador: Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

N714d	<p>Nogueira, Alan Victor Costa Rios.</p> <p>Direito penal do inimigo e o regime disciplinar diferenciado / Alan Victor Costa Rios Nogueira. – 2013.</p> <p>55 f. : enc. ; 30 cm.</p> <p>Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.</p> <p>Área de Concentração: Direito Penal.</p> <p>Orientação: Prof.Dr. Samuel Miranda Arruda.</p> <p>1. Pena (Direito) - Brasil. 2. Prisões - Brasil. 3. Criminologia - Brasil. 4. Direito penal - Brasil. I. Arruda, Samuel Miranda (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.</p>
-------	--

ALAN VICTOR COSTA RIOS NOGUEIRA

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharel em direito.

Aprovada em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestranda Tainah Simões Sales
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, companheiros, que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A todos que contribuíram de alguma maneira, para a conclusão deste trabalho, fica a minha sincera gratidão, em especial:

À Deus, por abençoar a minha vida sempre e ter me iluminado em toda a minha jornada na Universidade.

Aos meus pais, pelo apoio, pela confiança, pelo exemplo de vida que me proporcionam.

Ao professor Samuel Arruda, pela orientação, apoio, bem como o aprendizado na área de Direito Penal, que viabilizou o presente trabalho.

Aos colegas da faculdade, com os quais vivi momentos inesquecíveis. Em especial, aos amigos Daniel, Jonas, Kate, Mário, Paulo, Rafael, Samuel, Tiago, Victor e Yuri que desde o primeiro ano da faculdade tornaram-se grandes amigos dentro e fora do ambiente acadêmico.

A todos que pertencem a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, professores, funcionários e alunos.

“No fim tudo dá certo, e se não deu certo é porque ainda não chegou ao fim.”

(Fernando Sabino)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma síntese do Direito penal do inimigo, mostrando as principais características e conceitos da teoria, para assim, procedermos com uma análise do Regime Disciplinar Diferenciado e verificando os reflexos do Direito penal do inimigo no referido dispositivo legal. O Direito penal do inimigo, teoria enunciada pelo jurista alemão Günther Jakobs em 1985 (na Revista de Ciência Penal – ZStW, n. 97, 1985, p. 753 e ss.), difere do Direito penal tradicional (ou Direito penal do cidadão, nos dizeres de Jakobs), pela ausência dos princípios fundamentais que são pertinentes em um estado de Direito garantista. O primeiro capítulo faz uma contextualização do Direito penal do inimigo, através da evolução histórica do Direito Penal, a evolução da Teoria do Delito e a classificação do Direito penal em três velocidades por Silva Sánchez. O segundo capítulo passa a analisar o Direito penal do inimigo, sua formulação, características, a crítica doutrinária e alguns aspectos favoráveis. O terceiro capítulo passa a analisar o Regime Disciplinar Diferenciado (Lei nº 10.792/2003), seu contexto histórico, conceito, características, hipóteses de cabimento, os reflexos do Direito penal do inimigo em seu corpo legal, bem como outros dispositivos legais com elementos de Direito penal do inimigo.

Palavras-Chave: Direito penal do inimigo. Regime Disciplinar Diferenciado. Lei nº 10.792/2003.

ABSTRACT

The present study aims to summarize the criminal law of the enemy , showing the main features and concepts of the theory , thus , proceed with an analysis of the Regime Disciplinar Diferenciado (Differentiated Disciplinary Regime) and checking the reflexes of the criminal law of the enemy in that device . The criminal law of the enemy , theory enunciated by the German jurist Günther Jakobs in 1985 (in the Journal of Criminal Science - ZStW , n . 97 , 1985 , p . 753 ff.) , Differs from the traditional criminal law (or criminal law of the citizen , in the words of Jakobs) , due to the absence of the fundamental principles that are relevant in a state of law. The first chapter is a contextualization of the criminal law of the enemy , through the historical development of criminal law , the evolution of Theory of Crime and the classification of criminal law at three speeds (or dimensions) by Silva Sánchez . The second chapter goes on to analyze the criminal law of the enemy , its formulation , characteristics, criticism and some favorable aspects . The third chapter goes on to analyze the Regime Disciplinar Diferenciado (Law No. 10.792/2003) , its historical context , the concept , characteristics , applicability , the effects of the criminal law of the enemy on it and on others laws in Brazilian legal system.

Keywords: criminal law of the enemy. Regime Disciplinar Diferenciado. Differentiated Disciplinary Regime. Law No. 10.792/2003.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	13
2.1 Evolução histórica do Direito Penal.....	13
2.2 Evolução da Teoria do Delito.....	17
2.3 As velocidades do Direito Penal.....	24
3 ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	27
3.1 A formulação do Direito Penal do Inimigo.....	27
3.2 Cidadão x Inimigo.....	28
3.3 Esboços jurídico-filosóficos.....	29
3.4 Características.....	31
3.5 Crítica.....	33
3.6 Considerações favoráveis.....	36
3.7 Reflexões.....	39
4 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	40
4.1 Contexto Histórico.....	40
4.2 Conceito.....	41
4.3 Características.....	42
4.4 Aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.....	44
4.5 O Regime Disciplinar Diferenciado como reflexo do Direito Penal do Inimigo.....	46
4.6 Outras disposições legais brasileiras com reflexo no Direito Penal do Inimigo.....	48
4.6.1 Lei dos Crimes Hediondos.....	48
4.6.2 Lei do Crime Organizado.....	49
4.6.3 Lei de Abate.....	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51

REFERÊNCIAS.....53

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal em sua coerção aplicável às condutas consideradas indesejáveis e nocivas à sociedade deve intervir no caso concreto diante de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. Mas é pressuposto a proteção ao cidadão não só contra terceiros, mas também contra o próprio Estado. A partir dessa constatação, surgem como principais instrumentos garantistas, os direitos individuais elencados na Constituição Federal contra qualquer abuso do Estado em seu *jus puniendi*, sendo um dos mais notáveis o direito ao devido processo legal.

Indubitavelmente, o Direito é mutável e deve sempre seguir ajustando-se às mudanças e aos anseios da sociedade a qual ordena, sob o risco de tornar-se ineficaz. Na sociedade contemporânea, a partir dos avanços na área da tecnologia e da informação, nota-se cada vez mais intenso o chamado processo de globalização, possibilitando uma rede de comunicação mundial quase em tempo real.

Apesar das inegáveis vantagens e avanços advindos dessa verdadeira revolução digital, tal sociedade, tornando-se alvo de organizações criminosas como grupos terroristas, pode sofrer danos potencializados pelo risco do descontrole social, em razão da rápida disseminação do pânico pelos meios de comunicação.

É diante desse contexto, de uma sociedade de risco, que o doutrinador alemão Günther Jakobs, torna-se um dos precursores da Teoria Funcionalista Sistêmica, na qual sustenta que o Direito Penal tem por finalidade resguardar o sistema jurídico de toda ação delituosa por parte daqueles que ameacem a sociedade como um todo, ou seja, é função do Direito Penal dar credibilidade ao ordenamento jurídico do Estado, punindo eficazmente (leia-se suprimindo garantias individuais) todo aquele considerado por este como inimigo.

A partir dessa constatação, Jakobs desenvolve a Teoria do Direito Penal do Inimigo, que separa o Direito Penal aplicável ao cidadão e o Direito Penal aplicável ao inimigo do Estado. Visando preservar o indivíduo enquanto cidadão, a sociedade e o Estado, Jakobs diminui o espaço do sistema punitivo garantista, ao mesmo tempo em que aumenta a intervenção repressiva, tutelando crimes de perigo abstrato e de mera conduta.

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), introduzido pela Lei nº: 10.792/2003 surge no ordenamento jurídico brasileiro com forte influência das ideias da doutrina de Jakobs. Em razão da enorme preocupação com a preservação dos princípios garantistas e com os ditames constitucionais, tal regime é visto muitas vezes como incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, merece ser investigado.

Diante do exposto, esse trabalho de pesquisa acadêmica, propõe, ainda que não esgotasse o tema e de caráter superficial, analisar o Direito Penal do Inimigo de Jakobs e a sua relação com o Regime Disciplinar Diferenciado, principalmente porque entendemos que existem sérias consequências advindas de uma eventual adoção de preceitos de tal doutrina, ainda que não de maneira integral.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Antes de analisar o Direito Penal do inimigo, entende-se ser necessário, para melhor compreender a formação da doutrina de Jakobs e entender sua finalidade, verificar em qual contexto ela se insere. Com esse intuito, o capítulo tem o objetivo de estudar a evolução do Direito Penal, analisando a formação de seus princípios norteadores, destacando os princípios garantistas que possuem íntima relação com o propósito deste trabalho, bem como a evolução da teoria do delito, em especial da teoria funcionalista sistêmica, passando pela classificação em velocidades do Direito Penal de Silva Sánchez.

2.1 Evolução histórica do Direito Penal

O Direito Penal é o ramo do direito público, que, na definição de Bitencourt, é formado por um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes, sejam penas ou medidas de segurança¹.

Em sua coerção aplicável às condutas consideradas indesejáveis e nocivas à sociedade, o Direito Penal deve intervir no caso concreto diante de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. Mas nem sempre o Direito Penal apresentou-se de maneira clara e com funcionalidade definida. Foi preciso um longo processo de evolução e amadurecimento para que se adquirisse e consolidasse princípios que hoje sustentam o moderno Direito Penal.

A origem do Direito Penal remonta aos primórdios das civilizações, diante da necessidade dos povos antigos em punir condutas consideradas por estes graves e inadequadas ao objetivo constitutivo daquelas sociedades. A lei, nas sociedades ágrafas, era praticada através dos costumes. No começo, os costumes eram criados pelos líderes locais, memorizados, pregados e praticados pela população, sendo de fato a primeira versão da lei².

Quando as sociedades evoluíram, e a escrita desenvolvida, os costumes foram documentados e tradicionalmente colocados à vista da população, para que com isso as condutas e suas respectivas punições fossem inequívocas para todos, e, com isso, eficaz.

¹ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.2.

² ALBRECHT, J. F. **The (Misconstrued) Influence of Greek Law on Roman**. Disponível em: <http://www.mypolice.ca/research_and_publications/GreekRomanJurisprudence.htm>. Acesso em: 23 out. 2013.

Durante esse período, destaca-se o Código de Hamurabi, desenvolvido na Babilônia e tendo como base a lei de Talião, que consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena, apropriadamente chamada de retaliação (ato ou efeito de retaliar, aplicação da pena de *talião*).³ A pena era aplicada por aquele que fora lesado (fase da “vingança privada”). Válido ressaltar que o fator social e político também eram determinantes para a aplicação da pena, havendo privilégios de nascimento, de ocupação e de classe social, não havendo homogeneidade na aplicação da mesma.

Nessas sociedades antigas, comumente a lei era indissociável da religião (fase da “vingança divina”), possuindo a pena muitas vezes um caráter divino, estando envolta de rituais religiosos, cuja aplicação cabia aos sacerdotes. Nessa fase destaca-se o Código de Manu na sociedade hindu.

Dessa forma, essas leis afastam-se da noção moderna de justiça, tendo caráter meramente vingativo, por vezes justificada pela ira divina, com a existência de penas e castigos cruéis, sendo aplicadas de maneira desproporcional, não se podendo admitir, a existência de um sistema de princípios jurídicos norteadores.

Foi na Roma antiga que esses princípios jurídicos emergem de maneira a influenciar a criação de um direito separado da religião e mais condizente aos avanços da sociedade, na qual não mais se admitia penas justificadas pela ira particular ou pela vontade divina. Em Roma, desvinculou-se o direito da religião, ocorrendo a criação do direito romano, com o advento de institutos como a legítima defesa, fiança, agravantes, erro, dolo, culpa, entre muitas outras novidades que marcaram uma evolução nos direitos do homem. A pena não passava mais a ser aplicada por terceiros, e sim pelo Estado⁴.

Apesar do avanço, durante a Idade Média, em especial no auge do Absolutismo, imperava muitas vezes a arbitrariedade do soberano, que como chefe de Estado e de Justiça, frequentemente aplicava a pena de maneira desproporcional, havendo banalização da pena capital, extensão de punições aos familiares do réu e às futuras gerações descendentes do mesmo (fase da “vingança pública”). A segurança jurídica era mínima e persistia o privilégio de classes.

³ HOUAISS, A. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2ª reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

⁴ ALBRECHT, J. F. **The (Misconstrued) Influence of Greek Law on Roman**. Disponível em: <http://www.mypolice.ca/research_and_publications/GreekRomanJurisprudence.htm>. Acesso em: 23 out. 2013.

Com o crescimento da burguesia, já na Idade Moderna, a insatisfação com o Antigo Regime só crescia, e no século XVIII o Iluminismo surge trazendo a razão como solução para a sociedade medieval europeia considerada arcaica. Nessa efervescência, advém o chamado Período Humanitário do Direito Penal, cujo principal expoente foi Cesare Beccaria.

Beccaria em sua obra *“Dos delitos e das penas”* construiu as bases do Direito Penal moderno, e sua obra, apelidada de “pequeno grande livro”, “tornou-se o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal vigente”⁵. Segundo Beccaria: “todo ato de autoridade de um homem contra outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico”⁶. Beccaria diz: “Uma crueldade consagrada [...] é a tortura do réu enquanto se forma o processo, ou para constrangê-lo de confessar um delito. [...] A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do Juiz”⁷. Nota-se de imediato o caráter universal da obra de Beccaria, cujos preceitos foram lembrados na Declaração dos Direitos do Homem e o fortalecimento dos princípios garantistas, como a noção de devido processo legal, que tanto se chocam com o Direito Penal do inimigo que veremos mais adiante.

A partir de então, com o fortalecimento do Direito como ciência jurídica, surgem as chamadas Escolas. Primeiramente surge a Escola Natural, durante o período racionalista e iluminista dos séculos XVI ao XVIII, com grande influência para o Direito Penal e também para o trabalho de Jakobs. Dentre seus principais representantes constam Grócio, Hobbes, Spinoza, Rousseau e Kant. A doutrina do Direito Natural apregoava como fundamento do Direito a natureza humana, o contratualismo e os direitos naturais inatos⁸. Os direitos naturais inatos seriam aqueles comuns a todos os seres humanos e que deveriam ser resguardados como bens jurídicos pelo Direito Penal, fortalecendo assim a ideia dos princípios universais de Direito.

Pós-iluminismo segue o período da evolução do Direito Penal conhecido como Escola Clássica, dividida entre a fase filosófica ou teórica e a jurídica ou prática. A primeira fase é notadamente marcada pela presença das ideias de Beccaria, que influenciara grandes nomes como Romagnosi, Bentham e Von Feuerbach, que destacavam o caráter preventivo da pena. A segunda fase o principal expoente foi Francesco Carrara, um dos primeiros defensores do

⁵ DUARTE, M. F. **Evolução histórica do Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932>>. Acesso em: 23/10/2013.

⁶ BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.40.

⁷ Ibidem, p.63.

⁸ FRANZEN JÚNIOR, C. J. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421. Acesso em: 23 de out. 2013

fim da pena capital na Europa. Sua principal obra foi o *Programma dal corso di diritto criminale*.

No fim século XIX, influenciado pelas descobertas e avanços científicos, surge o Período Científico ou Criminológico no Direito Penal, influenciado pela filosofia determinista, segundo a qual todos os fenômenos do universo, incluindo aí a natureza e a sociedade são subordinadas a leis e causas necessárias.

É nesse meio que surge a Escola Juspositivista, considerando o crime como um fato humano e social, passando a defender o experimentalismo em oposição ao questionamento puramente racional da Escola Clássica. Para os clássicos, o Direito preexistia ao homem, transcendental. Para os juspositivistas o Direito é o resultado da vida em sociedade, sendo sujeita a variações no tempo e no espaço, consoante a lei da evolução de Darwin. A Escola Positivista teve três fases: antropológica, sociológica e jurídica⁹.

Os juristas desse período acreditavam que o delito, como um fato social, também estaria sujeito a uma correlação determinista. Havia uma preocupação com o homem que delinquia e por qual motivo este o fazia. Surge então a figura do médico Cesare Lombroso, autor do livro *“L'uomo Delinquente”* no qual considerando o delito como um fenômeno biológico e por meio de um método experimental procurou explicar a causa do delito, dando início à fase antropológica do positivismo jurídico¹⁰.

Lombroso é considerado o pai da “antropologia criminal”, chegando a afirmar a existência de um criminoso “nato”, caracterizado por determinados estigmas somato-psíquicos e cujo destino indeclinável era delinquir, sempre que o ambiente fosse favorável. Discípulo de Lombroso, Ferri, considerado o grande nome da fase sociológica, enumerou um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos, sociais e físicos. Dividiu ainda o criminoso em cinco categorias: o nato, o louco, o habitual, o ocasional e o passional. Outro grande nome do período, Garofalo (que juntamente com Lombroso e Ferri ficaram conhecidos como os “Evangelistas”) foi o primeiro a usar a expressão “criminologia” no Direito Penal, realizou diversos estudos sobre o delito, o delinquente e a pena. Foi considerado o grande nome da fase jurídica¹¹.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

Em seguida ao juspositivismo, surge a Escola Crítica, uma escola mista, no começo do século XX, que tentou conciliar preceitos clássicos e positivistas. Seus principais nomes foram Impalomeni, Alimena e Carnevale. Os seus representantes defendiam a independência do Direito Penal da influência da Sociologia, não admitiam o tipo criminal antropológico de Lombroso, fundando-se na causalidade e não na fatalidade, acreditavam na pena tendo por fim a defesa social. A Escola Crítica ignora qualquer hipótese de ressocialização do agressor, tendo a pena o único fim de afastar o criminoso do meio social.

Por fim, tem-se a Escola Moderna Alemã, outra escola mista, cujo principal representante é Von Liszt. Para Liszt, a pena tem função tanto preventiva geral (em relação a todos os indivíduos) quanto específica (recaindo sobre o agente infrator). Liszt ainda contribuiu com o conceito clássico do delito como sendo ato, contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena¹². Seus representantes sustentavam, entre outras: a) assim como os positivistas a necessidade de investigação antropológica e sociológica através do método experimental; b) que a finalidade da punição é preventiva, para proteger a sociedade, no entanto ela não perde seu caráter de castigo, devendo afligir o infrator; c) concordam com a concepção de responsabilidade moral da Escola Clássica, embora sem fundamentar no livre arbítrio, pois entende o crime como um fato jurídico, humano e social; d) medidas cautelares para os considerados inimputáveis. Da Escola Moderna Alemã, surgiram grandes contribuições práticas como as medidas de segurança, o livramento condicional e o sursis.

Quanto à tendência contemporânea, vigora a preocupação com a pessoa do condenado em uma visão mais humanista, instituindo-se a chamada doutrina da Nova Defesa Social, na qual a sociedade só é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao convívio social, com o foco na progressão de regime e ressocialização do condenado.

2.2 Evolução da Teoria do Delito

Com a elaboração do conceito clássico do delito por Von Liszt, expoente da Escola Moderna Alemã, surge a primeira teoria clássica do delito, a Causalista, também conhecida como Natural, Clássica ou Causal-Naturalista. Influenciado pelos princípios do positivismo e pelos métodos da ciência experimental, Liszt ao afirmar que o delito era um ato, contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena, fixou o núcleo do delito na ação (manifestação

¹² ARAÚJO NETO, F. **Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 573, 31 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6245>>. Acesso em: 23/10/2013.

física), esta que modificava o mundo exterior (resultado), decorrente de um processo causal unitário, verificou, entre um e outro a existência de um nexo de causa e efeito.

Os demais elementos do crime, portanto, seriam meros predicados do conceito de ação. Para Liszt, portanto, os elementos integrantes e indissociáveis para o conceito do delito eram a ação (no sentido de um processo causal), a antijuridicidade (a ação teria que ser contrária ao direito) e a culpabilidade (imputabilidade do agente, dolo ou culpa)¹³.

Coube a Ernst Beling inserir a noção de tipicidade à Teoria Causalista, que seria a simples adequação da conduta do agente ao preceito legal. Dessa forma, tem-se a definição clássica do delito como fato típico, antijurídico e culpável, sendo assim chamada de “teoria tripartida”.

A definição causalista do delito traz o dolo e a culpa como espécies de culpabilidade, não sendo, portanto, verificáveis na tipicidade. Ou seja, o dolo e a culpa seriam analisados posteriormente quando do momento de analisar a culpabilidade. Estando ambos ausentes, o fato não será culpável e o agente não terá cometido crime, apesar de o fato ter sido típico. Segundo Zaffaroni¹⁴:

Fica claro que mesmo em suas origens positivistas, o conceito causal de ação não era nem rigorosamente naturalista, pelo papel das representações, nem estritamente descritivo, porque o conceito de omissão não podia ser construído sem referência à antijuridicidade.

É fácil perceber que a Teoria Causalista possui apenas previsão para os crimes chamados materiais, com tipos penais normais, com apenas elementos objetivos. A Teoria Causalista, dessa forma, recebeu várias críticas por não colocar dolo e culpa na tipicidade, bem como não prever a omissão como crime no conceito de ação. Nas palavras de Greco¹⁵: “A concepção clássica recebeu inúmeras críticas no que diz respeito ao conceito de ação por ela proposto, puramente natural, uma vez que, embora conseguisse explicar a ação em sentido estrito, não conseguia solucionar o problema da omissão”.

Tentando aperfeiçoar a teoria do delito, surge uma nova etapa do causalismo conhecida como neokantismo ou neoclássica, profundamente influenciada pelos pressupostos

¹³ Ibidem.

¹⁴ ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**, 2007, p.84. In: FRANZEN JÚNIOR, C. J. Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421>. Acesso em: 23/10/2013.

¹⁵ GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 14 ed. Niterói: Impetus, 2012, p.150.

da filosofia de Kant. Os neokantianos abandonaram o método empírico da fase anterior passando a adotar o método compreensivo e valorativo. Segundo Jeschek¹⁶:

(...) en lugar de la coherencia formal de un pensamiento jurídico encerrado en sí mismo se situó ahora la aspiración de estructurar el concepto de delito según los fines perseguidos por el Derecho penal y las valoraciones en que descansa (teoría teleológica del delito).

A Teoria Neokantista manteve o caráter tripartido, mas modificando a antiga ideia de ação sendo exclusivamente movimento corpóreo, como defendia a Teoria Causalista, passando a ser entendida como manifestação exteriorizada da vontade, superando a questão da omissão e a problemática de casos de tipo ideal, como a injúria.

Mesmo com a novidade na interpretação, com o fim da influência naturalista, retirou-se o foco da ação proposta por Von Liszt, deixando esta de ser o núcleo da teoria do delito, passando-se a dar mais atenção ao binômio antijuridicidade-culpabilidade.

Os neokantianos aproximaram a antijuridicidade da tipicidade, dando um enfoque axiológico-teleológico a partir da concepção da antijuridicidade como elemento verdadeiramente material do delito. Quanto à culpabilidade, os neokantianos trouxeram a ideia de juízo de reprovação, abandonando a concepção psicológica defendida pelos causalistas.

No entanto, mantiveram o dolo e a culpa na culpabilidade, mas não mais como espécie, e sim como elemento, passando a reconhecer e admitir no tipo penal os elementos normativos, ou seja, os elementos não objetivos. Com isso, a Teoria Neokantista é criticada por manter o dolo e a culpa ainda na culpabilidade, bem como pela contradição de admitir elementos não objetivos no tipo.

Em seguida ao período neokantistas, surge o modelo finalista, voltando-se novamente para o estudo da ação. Inspirados pelas correntes filosóficas ontologistas, fenomenológicas e jusnaturalistas, seus adeptos adotavam uma postura lógico-objetiva, acreditando que a ação deveria estar dirigida a um determinado fim. O principal nome da Teoria Finalista foi Hans Welzel.

A ação passava a ser vista como o exercício de uma atividade final, ou seja, finalista, isto significa que o desfecho da ação é previsível por parte do agente. Isso mostra uma visão

¹⁶ JESCHECK, H.-H. **Tratado de derecho penal, parte general**, 1993, p.184. In: FRANZEN JÚNIOR, C. J. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421>. Acesso em: 23/10/2013.

radicalmente diferente da Teoria Causalista, nos dizeres de Welzel (*apud* Araújo Neto): “*la causalidad es ciega, la finalidad vidente, un actuar dirigido desde la meta*”¹⁷. Segundo Navarrete (*apud* Araújo Neto): “O ponto nuclear da teoria finalista orbita em torno da consciência do fim; da vontade reitora de um acontecer causal”¹⁸.

Dessa forma, a conduta, elemento do fato típico, é compreendida como uma ação humana voluntária, dirigida a um determinado fim, ou seja, o dolo e a culpa estão presentes no momento da ação (conduta), migrando da culpabilidade para o fato típico. O dolo passou a ter uma nova interpretação, retirando-se dele a consciência da ilicitude, passando a ser visto como consciência da conduta e do resultado, caracterizando a vontade do agente em realizar a conduta. A culpabilidade passou a ter como elementos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta adversa e a potencial consciência da ilicitude do fato. Ou seja, há um esvaziamento da culpabilidade, entendida como mera reprovabilidade.

A Teoria Finalista sofreu críticas por não conseguir explicar os crimes culposos, ao conceituar a conduta como um comportamento humano voluntário dirigido a um fim ilícito. Foi retirada então a expressão “ilícito” da finalidade, abrangendo assim os crimes culposos.

Em razão da desnaturação da culpabilidade, alguns adeptos do modelo finalista passaram a entender o delito apenas como fato típico e ilicitude, ou seja, entendem o conceito analítico do delito como bipartido. Essa concepção passou a ser conhecida como Teoria Finalista Dissidente, excluindo a culpabilidade do conceito de crime, vista apenas como um juízo de valor, um pressuposto da aplicação da pena:

A Teoria Finalista dissidente tem como adeptos Damásio de Jesus, Fernando Capez e Julio Fabbrini Mirabete. Segundo esta teoria, crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade não seria requisito do crime, mas sim pressuposto da pena. Os demais preceitos seguem a teoria finalista tripartida que é a majoritária em nosso ordenamento.¹⁹

¹⁷ ARAÚJO NETO, F. **Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 573, 31 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6245>>. Acesso em: 23 out. 2013.

¹⁸ NAVARRETE, M. P. **Derecho penal, parte general – teoría jurídica del delito**, Tomo II, V. I. Bosch, S.A. Barcelona, 2000, p. 21. In: ARAÚJO NETO, F. **Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 573, 31 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6245>>. Acesso em: 23/10/2013.

¹⁹ NOBRE, A. **Breves Considerações Sobre a Expansão do Direito Penal e seus Efeitos**. In: FRANZEN JÚNIOR, C. J. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421>. Acesso em: 23/10/2013

Após o modelo finalista, surge a Teoria Social da Ação, que volta a adotar o conceito tripartido do delito. A principal novidade consiste em compreender a conduta, como um comportamento humano voluntário, psiquicamente dirigido a um fim socialmente relevante.

A conduta socialmente relevante é aquela considerada prejudicial e indesejável à sociedade. Portanto, por mais que uma conduta seja objetiva e subjetivamente típica, se não for contrária ao sentimento comum de justiça, a adequação social de um lugar, ao que é considerado normal, não deve ser relevante para o Direito Penal.

Com essa nova concepção, o dolo e a culpa ainda estão no fato típico, mas também são analisados na culpabilidade, a partir do momento em que ela precisa ser reprovável em um determinado meio social. Dessa forma, pode-se dizer que a Teoria Social da Ação buscou conciliar o causalismo e o finalismo, ao analisar o dolo nos dois momentos.

A Teoria Social da Ação, a última teoria clássica, sofreu críticas no sentido de que há bastante subjetividade e falta de clareza no tocante ao que é fato socialmente relevante.

Com o fim do período clássico, inicia-se o período moderno das teorias modernas do delito no Direito Penal. Esse período é de fundamental importância para o entendimento da doutrina do Direito Penal do inimigo de Jakobs.

Coube à Teoria Funcionalista Teleológica inaugurar esse período, entendendo o delito também em um conceito tripartido, a saber: fato típico, ilicitude e reprovabilidade. A reprovabilidade substitui a culpabilidade, e tem como elementos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta adversa, potencial consciência da ilicitude e necessidade da pena.

No funcionalismo teleológico, a conduta é vista como um comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado. O Direito Penal teria por objetivo proteger bens jurídicos considerados indispensáveis ao homem. O principal nome do funcionalismo teleológico foi Roxin, que propôs a integração de elementos de política criminal ao Direito Penal.

Uma das principais críticas ao funcionalismo teleológico foi à substituição da culpabilidade pela reprovabilidade, que, na prática, só mudou de nomenclatura. Além disso, há quem entenda que não houve mudança que revolucionasse ao período clássico, podendo a teoria ser entendida dentro do âmbito da função social do direito penal. Há ainda a preocupação com a influência da política criminal no âmbito da ciência jurídica:

O funcionalismo, assim, inaugurado por Claus ROXIN, ao propor a integração de elementos de política criminal ao Direito Penal, apresenta uma modernização favorável do Direito Penal, mas por vezes descuida-se dos riscos que as incorporações precipitadas das demandas sociais podem trazer ao seio do Direito Penal.²⁰

Em seguida ao modelo funcionalista teleológico, surge, em meados da década de 80 do século XX, a Teoria Funcionalista Sistêmica, conhecida também como Radical ou Estratégica. Esse novo modelo surge abordando a real finalidade do Direito Penal, visto como um instrumento de proteção do ordenamento jurídico, sendo essa sua principal utilidade à sociedade.

Para o funcionalismo sistêmico, o Direito Penal ao proteger diretamente a norma jurídica, indiretamente protege os seus bens jurídicos. O ato de delinquir é visto como um atentado não só ao ordenamento jurídico, como também a uma expectativa da sociedade.

O meio social tem fundamental importância para o entendimento da Teoria Funcionalista Sistêmica, sendo a sociedade atual, entendida como uma sociedade de risco. Segundo Rassi (*apud* Franzen Júnior):

O que verifica a teoria da “sociedade do risco” é que, não só o homem não conseguiu controlar as catástrofes naturais, como criou uma série de novos riscos, através das novas tecnologias e formas de organização da produção que, tanto quanto os fenômenos naturais fogem ao controle humano. Estas novas tecnologias e organização da forma de produção é chamada de sociedade pós-industrial.²¹

Para os sistêmicos, as expectativas sociais controlam-se a partir das sanções do Direito Penal, tendo a pena função de manter a vigência da norma, como meio de manter a eficácia e validade do contrato social. A norma jurídica é o bem jurídico a ser tutelado pelo modelo funcionalista sistêmico, pois apenas com a observância constante da norma que seria possível a construção de uma sociedade equilibrada e duradoura.

Pouco importa para a teoria ora estudada, se a ação foi comissiva ou omissiva, estando de acordo com o princípio da imputação objetiva. O que importa é a atribuição de deveres, que podem ser negativos ou positivos. O núcleo dos deveres negativos consiste em não prejudicar terceiros, enquanto o núcleo dos deveres positivos consiste em reconhecer o outro como membro integrante da sociedade, tendo como base a existência de obrigações dirigidas

²⁰ RASSI, J. D. **A sociedade de risco, teoria dos sistemas e o funcionalismo penal: uma aproximação teórica**. In: FRANZEN JÚNIOR, C. J. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421. Acesso em: 23 de out. 2013

²¹ *Ibidem*.

a determinados indivíduos em razão de um papel que desempenham em um contexto específico da sociedade, ou seja, o de garantidor.

Tanto os deveres positivos quanto os negativos, por serem compostos por um conjunto de mandados e proibições, por essa razão são violados tanto por condutas comissivas quanto por omissivas, sendo por isso irrelevante a discussão para o conceito analítico de delito proposto pelos funcionalistas sistêmicos.

Assim como os finalistas, os adeptos do funcionalismo sistêmico reconhecem o elemento subjetivo de toda ação penal relevante. No entanto discorda do liame psíquico do agente, os finalistas acreditam que o indivíduo orienta-se pela realização de um resultado material. Para o funcionalismo sistêmico, como a norma jurídica por si só é o bem jurídico, a transgressão da norma pelo agente já é a realização do resultado material, independente do resultado, abrindo a possibilidade de punição por atos preparatórios.

Dessa forma, rompe-se com os conceitos causalistas e finalistas do resultado externo da ação, não mais vista como uma mera produção de uma modificação no mundo externo. A ação penalmente relevante configura-se perfeita do momento da não observância da norma jurídica. A existência ou não de um resultado naturalístico é irrelevante.

Um exemplo prático da aplicação do modelo funcionalista sistêmico seria a aplicação da pena de crime consumado ao agente que, por circunstâncias alheias à sua vontade, deixou de praticar a conduta delituosa. Não há de se falar em crime na modalidade tentada, uma vez que o agente já estava revestido pela vontade de infringir a norma jurídica. Tampouco seria aplicável o benefício da desistência ou do arrependimento eficaz ao agente, que por própria iniciativa impediu que o delito se consumasse. Uma vez tendo exteriorizado sua vontade de violar o ordenamento, deve responder com a pena do delito consumado, pois o bem jurídico é a norma.

O dolo e a culpa no funcionalismo sistêmico são vistos como modalidades de uma deficiência de motivação, que levaria o agente a agir em desconformidade com o ordenamento jurídico. Existe uma expectativa social de que cada indivíduo aja de maneira motivada pelo cumprimento das normas jurídicas vigentes. Essa motivação, quando deficiente, gerariam condutas que fogem às expectativas normativas da sociedade, que seriam dolosas ou culposas, sendo aquelas, naturalmente, mais graves que estas.

Portanto, podemos dizer que no funcionalismo sistêmico, o delito é visto como o não reconhecimento da norma jurídica por meio do descumprimento de papéis atribuídos ao indivíduo dentro de um determinado contexto social. Para que se complete o conceito funcionalista sistêmico, é necessário introduzir a ideia de evitabilidade.

A evitabilidade significa dizer que a conduta do agente deve ser evitável, isto é, o indivíduo só comete o delito, quando desrespeita a norma jurídica em descumprimento do papel que lhe cabe na sociedade no momento em que poderia ter agido de outro modo.

Dessa forma, fica claro que a culpabilidade foi importada para o conceito-jurídico penal através da evitabilidade, pois a culpabilidade nada mais representa do que a valoração da conduta do agente no que se refere à sua faculdade de agir de forma diversa. A culpabilidade não pode nunca ser afastada, pois é a partir dela que se imputa penalmente o agente.

2.3 As velocidades do Direito Penal

A Teoria das Velocidades no Direito Penal foi concebida pelo doutrinador espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, que buscava a consolidação e o fortalecimento de um único Direito Penal moderno, evitando a expansão e a flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação inerentes às penas privativas de liberdade impedindo assim uma modernização generalizada.

De acordo com Silva Sánchez, o Direito Penal é formado por dois grandes blocos de ilícitos, sendo o primeiro relacionado às infrações penais às quais são cominadas penas de prisão e o segundo relacionado às infrações às quais são cominadas a outros gêneros de sanções penais. Essa distinção básica serve como cerne para a classificação proposta pelo doutrinador espanhol.

Para Silva Sánchez, o Direito Penal de primeira velocidade é aquele caracterizado pelo respeito às garantias constitucionais clássicas, utilizando-se principalmente da pena privativa de liberdade, combinada com o respeito às garantias individuais contra o arbítrio do poder do Estado, tal qual Beccaria postulava no Período Humanitário. Silva Sánchez define a primeira velocidade como: “representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual se haveriam de manter

rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais”²², incluindo entre estes os princípios da procedibilidade de regime.

O Direito Penal de segunda velocidade ou Direito Penal reparador, por sua vez, foi marcado pela substituição da pena de prisão por penas alternativas, como as penas restritivas de direito, penas pecuniárias, dentre outras. Dessa forma, caracteriza-se pela flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais e a adoção de medidas restritivas de direito, com o claro objetivo de substituir a pena privativa de liberdade, sendo definida como Direito Penal de “não prisão”.

Nas palavras de Silva Sánchez:

O direito penal de segunda velocidade é para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar flexibilização proporcional a menor intensidade de sanção.²³

Conclui-se que o Direito Penal de segunda velocidade adota uma flexibilização das garantias penais e processuais, adotando punições proporcionais ao ilícito, fazendo uso de medidas alternativas à prisão com o objetivo de humanizar e agilizar a aplicação da lei penal. Para as penas de maior gravidade e longa duração, no entanto, permanece o rigor previsto no Direito Penal de prisão.

A terceira velocidade do Direito Penal surge através da união entre características das duas velocidades anteriores, a saber: utiliza-se da pena privativa de liberdade (primeira velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (segunda velocidade), com o intuito de punir um determinado indivíduo considerado de alta periculosidade para a existência do Estado, sendo considerado dessa forma um direito penal do autor e não do fato.

Os institutos e garantias do Direito Penal e Processual Penal são deixados de lado diante do excessivo funcionalismo dirigido ao combate dos delitos considerados atentatórios à existência da própria sociedade, com a aplicação constante de medidas de segurança, como a restrição da liberdade.

Utilizando-se do conceito de “sociedade de risco”, a terceira velocidade do Direito Penal pressupõe um constante estado de insegurança na era contemporânea que justificaria,

²² SÁNCHEZ, J. M. S. **A Expansão do Direito Penal** – Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós Industriais. 2 ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011, p.193.

²³ Ibidem, p.148.

através de um clamor da sociedade, um Direito Penal destinado a pôr fim a essa mesma insegurança, não importando o quão seja a flexibilização das garantias materiais e processuais.

É nesse contexto que se insere a doutrina do Direito Penal do inimigo proposto pelo jurista alemão Günther Jakobs, a ponto de sua teoria ser considerada o sinônimo de terceira velocidade do Direito Penal. Segundo Oliveira:

A terceira velocidade representa o chamado “Direito Penal do Inimigo”, um conceito criado com a intenção de coagir e neutralizar pessoas que não oferecem respaldo cognitivo de suas condutas, pois romperam com o ordenamento jurídico em prol de outros vínculos que se sobrepõem a ele como a religião, a cultura estrangeira do imigrante, uma ideologia política ou uma organização criminosa”²⁴

Portanto, o Direito Penal de terceira velocidade consiste em um Direito Penal de exceção, onde supostamente seria necessário diante da incapacidade do Direito Penal tradicional de conferir segurança à sociedade moderna de risco. Para isso, penaliza o autor, e não o fato, restringindo garantias sendo exatamente por isso bastante questionado.

Há de se falar ainda, em Direito Penal de quarta velocidade, construção doutrinária recente, surgida na Itália, relacionada ao Neopositivismo. Está diretamente vinculada ao Direito Internacional, passando a abordar os crimes contra a humanidade. Na quarta velocidade, chefes de estado que violarem gravemente tratados internacionais de direitos humanos, serão aplicadas as normas do Tribunal Penal Internacional, com nítida diminuição de garantias individuais.

Diante de todo o exposto até aqui, acreditamos que, embora não esgotando a matéria, conseguimos contextualizar e inserir o Direito Penal do inimigo dentro da evolução histórica da doutrina penal.

²⁴ OLIVEIRA, R. S. De. **Da sociedade de risco ao direito penal do inimigo**: tendências de política criminal. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10543-Da-sociedade-de-risco-ao-direito-penal-do-inimigo:-tendencias-de-politica-criminal>>. Acesso em: 23/10/2013.

3. ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal liberal ou garantista foi durante boa parte do século XX visto como eficaz para o controle social e à conservação da ordem pública. No entanto, para os defensores do Direito Penal do inimigo, diante dos avanços da sociedade contemporânea, com o dinamismo da nova sociedade industrial e globalizada, através do progresso desenfreado, vivemos em uma sociedade de risco, na qual os conceitos e princípios garantistas devem ser flexibilizados.

3.1 A formulação do Direito Penal do inimigo

Os avanços no campo da ciência e da indústria, especialmente no fim do século XX e começo do século XXI, influenciaram sobremaneira a sociedade moderna, nos mais diversos campos, como o de alimentos, informática e telecomunicações.

Apesar das inegáveis vantagens e avanços advindos dessa verdadeira nova revolução industrial, tal sociedade, tornando-se alvo de organizações criminosas como grupos terroristas, pode sofrer danos potencializados pelo risco do descontrole social, em razão da rápida disseminação do pânico pelos meios de comunicação. A tecnologia e a mídia podem ser utilizadas para disseminar o terror e atitudes que afrontam à sociedade e o controle estatal. Por essa razão, a sociedade moderna é vista como uma sociedade de risco.

Dessa forma, cresce o clamor popular da sociedade, assustada, por maior segurança e por maior repreensão, diante do rápido acesso à informação e à divulgação da criminalidade pelos meios de comunicação. Com isso, o Direito Penal liberal entra em crise, e um novo Direito Penal surge opondo-se ao modelo garantista, este visto como ineficaz diante da supervalorização de princípios que inibem a eficácia do direito penal.

Este novo Direito Penal, claro, é o proposto por Günther Jakobs, em 1985, durante a Jornada de Professores de Direito Penal, realizada em Frankfurt. A princípio, Jakobs entendia que o Direito Penal do inimigo não se coadunava com as liberdades dos cidadãos nos Estados Democráticos, sendo legítimo apenas de maneira excepcional, como um Direito de emergência. De certa forma, Jakobs possuía um olhar analítico-crítico da sua própria doutrina²⁵.

²⁵ BERTI, N. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em: 17 nov. 2013.

Mas com o início do presente século, em 2003 com a obra “Direito penal do inimigo” lançada no contexto da onda de terrorismo internacional, notadamente marcado pelo atentado do 11 de setembro de 2001 em Nova York, que a teoria de Jakobs ganhou contornos mais precisos e o destaque no âmbito do Direito em todo o mundo²⁶.

A partir dessa obra, Jakobs passa a adotar uma postura mais afirmativa em relação ao Direito Penal do inimigo. Antes visto como um direito de caráter excepcional, Jakobs passa a tentar legitimá-lo, apontando-o como inevitável na sociedade atual, contudo, sem jamais abandonar o caráter autocrítico e racional de seu texto. Com isso, a denominação do Direito Penal do inimigo perde o seu valor pejorativo, passando Jakobs a entender como um erro a sua demonização²⁷.

3.2 Cidadão x Inimigo

O cerne da teoria de Jakobs consiste na classificação dos indivíduos entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas). A partir desta distinção, Jakobs estabelece dois direitos distintos: o Direito Penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) e o Direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*).

O Direito Penal do cidadão é aplicável aos delitos cometidos por indivíduos de forma incidental, aos transgressores de normas que não causam maiores transtornos à sociedade. A esse indivíduo, é imposta a sanção como meio de restaurar a vigência do preceito normativo, sem a necessidade de afastá-lo da sociedade. Esses indivíduos permanecem com *status* de cidadão, capazes de desfrutar dos direitos e garantias pré-estabelecidos no ordenamento jurídico.

Portanto, o Direito Penal do cidadão reage à violação do ordenamento através da pena, como exercício de reafirmação da condição normativa da sociedade. A garantia da vigência da norma é a sua principal preocupação.

Por sua vez, o Direito Penal do inimigo é aplicável àqueles indivíduos que possuem um intuito permanente de confrontar a ordem jurídica vigente, ou seja, aqueles que ameaçam a própria existência da sociedade, chamados de inimigos. O Direito Penal do inimigo tem

²⁶ Ibidem.

²⁷ JAKOBS, G. **Direito Penal do Inimigo**. Org: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.1.

como principal objetivo proteger a sociedade, deixando em segundo plano a restauração da vigência da norma jurídica.

O inimigo, dessa forma, é um indivíduo que abandona o Direito, seja através de atuação profissional ou de ligação com grupos de organizações para fins criminosos, seja pela sua atuação recorrente. O inimigo está fora da sociedade, almejando destruí-la, mesmo que inconscientemente, através constante desrespeito às normas, não podendo valer-se das prerrogativas de direitos e garantias previstos na ordem jurídica.

3.3 Esboços jurídico-filosóficos

Para dar embasamento e justificação para a existência de um grupo de indivíduos considerados como não pessoas, Jakobs retoma os ensinamentos dos contratualistas do período da Escola Natural, notadamente Rousseau, Fichte e Hobbes.

Jakobs lembra que os contratualistas viam o crime como uma violação do contrato social por parte do infrator “que, a partir de então, não mais participa de seus benefícios: ele deixa de viver com os outros a mesma relação jurídica”²⁸.

Segundo o autor alemão:

Rousseau afirma que todo ‘malfeitor’ que agride o ‘Direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, porque está em guerra contra este, como demonstra a sentença contra ele pronunciada. A consequência é: ‘faz-se o culpado morrer menos como cidadão do Estado (citoyen) do que como inimigo (ennemi)’²⁹.

Em seguida, citando Fichte:

Quem por vontade ou imprudência, abandona o contrato civil numa parte em que, no contrato, contava-se com sua ponderação, perde, a rigor, todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, quedando-se destituído de direitos³⁰.

No entanto, Jakobs prefere não seguir o conceito de Rousseau e Fichte, “pois é demasiado abstrato em sua distinção radical entre o cidadão com seu direito, de um lado, e, de outro, o injusto do inimigo”³¹. Jakobs entende que o transgressor tem o Direito de acertar-se novamente com a sociedade, bem como o dever de ressarcir-la, e, para isso, pressupõe-se sua personalidade, portanto, *em princípio*, o ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito

²⁸ JAKOBS, G. Direito Penal do Inimigo. Org: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.4.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem, p.5.

o criminoso. Em suma: “o criminoso não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu fato”³².

Hobbes, por outro lado, reconhecia isso. Jakobs lembra que, em princípio, o contratualista inglês não retira do criminoso seu papel de cidadão, pois este não pode invalidar seu *status* por si mesmo. Mas, em caso de rebelião, ou seja, alta traição, o mesmo não se verifica: “pois a natureza desse crime está na recusa da submissão, o que significa um retorno ao estado de guerra... E aqueles que delinquem dessa forma são punidos não como súditos, mas sim como inimigos”³³.

Em seguida, Jakobs analisa o pensamento de Kant, que utiliza o modelo do contrato como ideia reguladora na justificação e delimitação do poder estatal: “Em Kant, toda pessoa está autorizada a coagir qualquer outra pessoa a uma constituição civil para possibilitar a proteção da propriedade”³⁴. Para Kant, em seu escrito *Para a Paz Perpétua*, não se trata como pessoa quem não se deixa coagir, e sobre isso, Jakobs afirma, citando Kant³⁵:

O homem, ou o povo, no simples estado natural priva-me... dessa segurança (necessária) e lesa-me já por se encontrar ao meu lado nesse estado, ainda que não efetivamente (facto), mas sim pela ausência de lei de seu estado (statu iniusto), que é uma constante ameaça para mim; e eu posso forçá-lo a entrar comigo num estado comunitário-legal ou a afastar-se do meu lado”. Assim sendo, aquele que não participa de uma vida num “estado comunitário-legal” deve-se afastar, o que significa que será expulso (ou lançado à custódia de segurança) ou que, em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, podendo-se, como observa expressamente Kant, “tratá-lo como um inimigo.

Jakobs então assevera que o Estado tem direito de proteger-se contra indivíduos que constantemente delinquem, pois a custódia de segurança em si, é um instituto jurídico. Mais do que isso, os cidadãos, para Jakobs, possuem o direito de exigir do Estado medidas apropriadas para que a segurança seja mantida. No entanto, lembra Jakobs, que nesse Direito não está contido o inimigo, que, em Hobbes é o alto traidor; em Kant, o que ameaça constantemente; este é o Direito dos demais³⁶.

Nas palavras de Jakobs: “Direito Penal do cidadão é o Direito de todos; o Direito Penal do inimigo é o Direito daqueles que se contrapõem ao inimigo; em relação ao inimigo, ele é somente coação física, chegando até à guerra”³⁷. Segundo o autor alemão, essa coação

³² Ibidem.

³³ Ibidem, p.6.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem, p.8.

³⁷ Ibidem.

estaria limitada sob dois aspectos: a) o Estado não deve necessariamente excluir o inimigo de todos os direitos. A título de exemplo, o indivíduo submetido à custódia de segurança permaneceria intacto em seu papel de proprietário de coisa material; b) o Estado não deve fazer tudo aquilo que está livre para fazer, podendo conter-se, sobretudo, para não obstruir a possibilidade de um acordo de paz posterior.

Conclui Jakobs que, apesar dessas limitações, não muda o fato de que a medida dirigida contra o inimigo nada significa, apenas coage: “O Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo, incluindo o Direito de medidas de segurança) combate perigos, sendo certo que existem muitas formas intermediárias”³⁸.

3.4 Características

As principais e essenciais características do Direito Penal do Inimigo, segundo Cancio Meliá podem ser resumidas em: a) antecipação da tutela penal; b) penas elevadas; c) a relativização de garantias penais e processuais penais³⁹.

No que concerne ao adiantamento da punibilidade, o Direito Penal do Inimigo busca a ideia de um ordenamento jurídico-penal prospectivo, isto é, voltado ao futuro, não mais retrospectivo, que visa o fato cometido.

Dessa forma, o Estado não mais tipifica apenas as condutas exteriorizadas, pois ao inimigo também são tipificadas as condutas não exteriorizadas, ou seja, as condutas planejadas. Nota-se então, o aumento do âmbito de incidência da punibilidade, com o perigo de tipificar condutas que antecedem a própria lesão ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, percebemos uma semelhança entre a doutrina de Jakobs e o Direito Penal de autoria, quando se pune o indivíduo pelo que ele é, pensa ou representa e não pelas condutas que praticou. Como dito anteriormente, o Direito Penal do Inimigo justifica esse tratamento ao entender o inimigo como uma ameaça permanente à própria existência do ordenamento jurídico.

Diante de tal quadro, Cancio Meliá assevera sobre a necessidade de eliminar substancialmente a diferença entre preparação e tentativa, entre autoria e participação,

³⁸ Ibidem.

³⁹ CANCIO MELIÁ, M.; JAKOBS, G. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p.80.

defendendo a penalização severa de mera participação em organização criminosa ou terrorista⁴⁰.

Dentro da antecipação da punibilidade, além da punição de atos preparatórios, o Direito Penal do Inimigo tem como característica a proliferação de tipos penais de mera conduta e dos tipos de perigo abstrato. Fala-se em crimes de mera conduta quando o comportamento do indivíduo já é suficiente para caracterizar o delito, não se exigindo resultado naturalístico. Já crime de perigo abstrato, não requer que o perigo seja demonstrado ou comprovado, a conduta vedada é presumida perigosa, sendo inerente à ação ou omissão.

Quanto à segunda característica essencial do Direito Penal do Inimigo, temos a elevação das penas. A imposição de penas duras e desproporcionais está relacionada à intensificação da proteção dos bens jurídicos.

Consoante Jakobs, a pena possui caráter duplo. Primeiramente, ela reafirma a vigência da norma jurídica, transgredida através do delito. O delito representa um ataque ao ordenamento jurídico e a pena representa uma resposta ao delinquente de que a norma continua vigente. Além do caráter de reafirmar a vigência do ordenamento, a pena possui ainda um caráter coativo, já que produz resultado naturalístico, como a privação da liberdade, que impede que o agente pratique novos delitos. Essas duas características da pena estão presentes no Direito Penal do Cidadão.

Por sua vez, no Direito Penal do Inimigo, a pena significa apenas coação física, pois este Direito possui o interesse maior em combater perigos ao ordenamento jurídico, conforme Jakobs: “No Direito Penal do Cidadão, a função manifesta da pena é a oposição; no Direito Penal do Inimigo, a eliminação de um perigo”⁴¹.

Sendo o inimigo um indivíduo que se recusa a pertencer à sociedade, a pena tem como objetivo protegê-la de futuros atos lesivos por parte daquele. O endurecimento da pena, portanto, tem o objetivo de privar a sociedade do convívio com o inimigo.

A pena extensa, dessa forma, visa proteger o cidadão, isolando o inimigo do convívio em sociedade. Não se busca aqui a reafirmação da vigência do ordenamento, mas garantir a segurança da sociedade.

⁴⁰ Ibidem, p. 101-102.

⁴¹ JAKOBS, G. **Direito Penal do Inimigo**. Org: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.22.

A terceira e última característica essencial do Direito Penal do Inimigo consiste na relativização das garantias penais e processuais penais. Relativização aqui pode ser entendida em um sentido amplo, podendo em alguns casos sendo vista como restrição ou até supressão.

Berti ilustra a relativização das garantias ao asseverar que no Direito Penal do Inimigo:

Passa-se a questionar princípios como o da presunção de inocência, a partir da ampla intervenção nas comunicações para fins investigativos, bem como com a ampliação dos casos de incomunicabilidade. Ampliam-se ainda os prazos de prisões provisórias para a investigação, bem como se restringe o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, relativizando-se o princípio segundo o qual não se pode exigir que o acusado produza provas contra si mesmo.⁴²

A relativização das garantias é vista de maneira mais clara no direito processual penal, onde o devido processo legal é bem diferente para aqueles vistos como inimigo pelo Estado, sendo que “há inúmeras formas de coação, tais como a prisão preventiva, as extrações de sangue e produções de prova que exigem o fornecimento de material biológico pelo réu, a intervenção nas comunicações, as investigações secretas, entre outras”⁴³.

Apenas o inimigo é quem deve ser submetido ao radicalismo dessas medidas, visto como adversário ao ordenamento jurídico-penal vigente. O inimigo é um indivíduo que não está em conformidade com o Direito, abandonando-o a partir do momento em que age diretamente ou indiretamente, com o intuito de infringir a norma jurídica a partir de condutas consideradas de grande gravidade por parte do Estado. Para o Estado, o inimigo é uma não pessoa, que não oferece garantias cognitivas suficientes, e por esse motivo é permitido tudo o que é necessário para a segurança da sociedade.

3.5 Crítica

O Direito Penal do Inimigo é duramente criticado pela doutrina garantista, ora majoritária. Seus críticos observam que a natureza maniqueísta, ao separar os indivíduos em classes distintas, nas quais diferentes direitos lhe seriam aplicáveis é incompatível com os princípios que regem os Direitos Humanos e o Estado Democrático e Social de Direito.

⁴² BERTI, N. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em: 17/11/2013.

⁴³ Ibidem.

Nesse sentido crítico, Milanese afirma que propor a flexibilização de uma parte do Direito Penal, com a supressão de garantias em razão de um Direito Penal do Inimigo é um verdadeiro retrocesso e um ataque aos fundamentos de um Estado Social e Democrático de Direito⁴⁴.

Luiz Flávio Gomes tece crítica severa à doutrina de Jakobs ao afirmar que o Direito Penal do Inimigo nada mais é do que um exemplo de Direito Penal de autor, lembrando Gomes que a máxima expressão do Direito penal de autor ocorreu durante o regime nazista e que o Direito penal do inimigo relembra esse trágico período⁴⁵.

Segue Gomes asseverando que no Direito penal do inimigo não se reprovava a culpabilidade do agente, mas sua periculosidade, implicando na falta de distinção entre penas e medidas de segurança. Postulação essa que conflita diametralmente com as leis vigentes no país, que só destinam medida de segurança para agentes inimputáveis ou semi-imputáveis que necessitam de tratamento especial.

Os criminosos identificados como inimigos, segundo Gomes, não chegam a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais, apesar de afetarem bens jurídicos relevantes e de causarem clamor midiático e popular, não chegam a colocar em risco a própria existência do Estado e, por isso, contra esses criminosos basta o Direito penal da normalidade, ou seja, o Estado de Direito.

Cancio Meliá enxerga o Direito penal do inimigo como fruto do Direito penal simbólico somado ao Direito penal punitivista. Simbólico porque é promulgado apenas com o intuito de aplacar a ira e o clamor da população. Punitivista porque entende que apenas o rigor da pena é a solução para conter a criminalidade. Segundo Cancio Meliá: “[...] como Direito positivo, o Direito penal do inimigo só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real: Direito penal do cidadão é um pleonismo; Direito penal do inimigo, uma contradição em seus termos”⁴⁶.

Damásio de Jesus afirma da inconstitucionalidade do Direito penal do inimigo, pela impossibilidade de admitir que um indivíduo seja tratado como mero objeto de coação,

⁴⁴ MILANESE, P. **El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima**. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,0,0,1,0>>. Acesso em: 15/11/2013.

⁴⁵ GOMES, L. F. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Publicado em 27 set. 2004. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print>. Acesso em: 22/11/2013.

⁴⁶ JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.58.

despido de sua condição de pessoa. O autor afirma ainda que o modelo decorrente desse Direito não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que influenciou não tiveram êxito em reduzir a criminalidade. Em consonância com Gomes, não enxerga a especial periculosidade alegada por Jakobs, no sentido de praticarem atos que ameacem a existência do Estado, uma vez que o risco de dano causado pelos inimigos dá-se mais no plano simbólico do que no real⁴⁷.

Zaffaroni (*apud* Pinheiro) mostra preocupação com a segurança jurídica, ao afirmar que esta não tolera que uma pessoa, ou seja, um ser capaz de autodeterminar-se, seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, em medida imposta tão somente pela sua inclinação pessoal ao delito, sem que se leve em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar⁴⁸.

Segundo o mestre, “Jakobs deve ser criticado pela introdução de elementos próprios do estado absoluto no interior do Estado de Direito”⁴⁹. Zaffaroni argumenta que todo o espaço concedido ao Estado de polícia, isto é, o Estado repressor é usado por este até atingir o Estado absoluto, enterrando o inimigo: o Estado de direito⁵⁰. Exatamente por isso, nas palavras do autor, o Direito penal do inimigo é o remédio que mata o paciente⁵¹.

Por fim, sobre o Direito penal do Inimigo, Luís Greco tece brilhante argumentação contrária ao Direito penal do inimigo. Segundo o autor, a tese de Jakobs pode ser vista como conceito legitimador, crítico ou meramente descritivo⁵².

Sobre o Direito penal do inimigo como conceito legitimador, afirma que:

Como primeira conclusão pode-se, de acordo com a opinião majoritária, recusar decididamente o conceito legitimador-afirmativo do direito penal do inimigo. Uma idéia que leva a que se anulem todos os limites absolutos ao poder de punir (razão epistemológica), que não é precisa o suficiente para iluminar os aspectos preventivos

⁴⁷ JESUS, D. E. De. **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em: 12/11/2013.

⁴⁸ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. In: PINHEIRO, R. F. Considerações acerca do direito penal do inimigo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11086&revista_caderno=3>. Acesso em nov 2013.

⁴⁹ ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.160.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 167.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² GRECO, L. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, nº 7, 2005, p.229.

que se mostrem dignos de discussão (razão pragmática) e que ainda apresenta um sabor autoritário (razão retórica) de nada pode prestar à ciência do direito penal⁵³.

A preocupação com o autoritarismo e totalitarismo mostra-se clara:

A estigmatização de grupos inteiros de seres humanos como “diferentes”, a segregação entre “nós” e “eles” a que estas idéias levam – nada disso promove a necessária atitude de tolerância e humanidade. As incertezas em que estão envolvidas as prognoses de periculosidade são de todo ignoradas pela idéia do direito penal do inimigo, que tampouco leva em conta a possibilidade de que tais prognoses atuem seletivamente e produzam criminalidade que depois dizem combater⁵⁴.

Como conceito denunciador-crítico, o Direito penal do inimigo “deve ser recusado: primeiramente por sua dimensão excessivamente difamatória e emocional, em segundo lugar por sua dispensabilidade”⁵⁵.

Quanto ao conceito meramente descritivo, o autor não vê possibilidade em razão da excessiva valorização que o termo “inimigo” carrega, forçando a ciência normativa do direito penal como o discurso cotidiano sobre os fenômenos do crime e da pena a valorarem. Esse conceito seria tampouco necessário, enquanto não fosse explicitado em que medida ele contribuiria para uma melhor compreensão do direito vigente se comparado a conceitos previamente à disposição⁵⁶.

Conclui o autor duramente:

O conceito de direito penal do inimigo não pode pretender lugar na ciência do direito penal. Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador-affirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, unimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário. A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional. [...] Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo”⁵⁷.

Dessa forma, fica evidente que o Direito penal do Inimigo é nocivo ao Direito, não cabendo lugar dentro da ciência jurídica.

3.6 Considerações favoráveis

A tese de Jakobs foi duramente criticada pela maior parte da doutrina, que apontou, além das críticas acima destacadas, que o conceito de Direito penal do inimigo significaria

⁵³ Ibidem, p.235.

⁵⁴ Ibidem, p.234.

⁵⁵ Ibidem, p.246.

⁵⁶ Ibidem, p.239-240.

⁵⁷ Ibidem, p.246.

uma volta a ideias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos, apresentando uma problemática semelhança a certas concepções de Mezger ou ao pensamento com base nas categorias amigo/inimigo, de Schmitt⁵⁸.

Sobre isso, Lyra Junior e Rodrigues apontam a impropriedade cronológica entre o regime nazista, que vigorou na Alemanha durante as décadas de 1930 e 1940, e a concepção do Direito penal do inimigo nos anos 1980. Segundo eles, é certo que ambos adotam o direito penal do autor como fundamento para punir aqueles que perseguem, no entanto, a aparente congruência seria desfeita quando levado a efeito as filosofias correspondentes⁵⁹.

Explicam que a adoção do direito penal do autor, pelos nazistas, era fundada na *Volksgemeinschaft*, isto é, na comunidade do povo, embasando a chamada “comunidade de sangue e solo”, perseguindo minorias religiosas e étnicas, homossexuais e deficientes físicos. Por outro lado, o Direito penal do inimigo fundamenta-se na periculosidade do agente e tem o legítimo objeto de proteção o Estado e a sociedade, sendo os inimigos terroristas, criminosos organizados, criminosos sexuais, entre outros. Portanto, associar, sem o devido cuidado, a doutrina de Jakobs ao regime nazista de Hitler seria uma tentativa desonesta de desqualificar o Direito penal do inimigo.

Alexandre de Moraes também desmistifica aspectos da doutrina de Jakobs, ao considerar que a aceitação do Direito penal do inimigo não implicaria que tudo seria permitido contra o inimigo, pois na luta contra este, não se pode ultrapassar a medida do necessário⁶⁰.

Jakobs busca, através da legislação alemã, justificar a despersonalização de cidadãos na categoria de inimigos, ou não pessoas. Segundo o doutrinador alemão, o art. 14, § 3º da Lei de Segurança Aérea, uma aeronave empregada “contra a vida de seres humanos” pode ser abatida⁶¹. Dessa forma, as vítimas são despersonalizadas, sendo privadas de seu direito à vida em benefício de terceiros. Em uma sociedade que concebe o Estado como instrumento de gestão da felicidade de cada cidadão, não é adequado que alguns se sacrifiquem, precisando,

⁵⁸ Ibidem, p.223.

⁵⁹ LYRA JÚNIOR, R. P.; RODRIGUES, L. A. Revista do Curso de Direito, n.134 - UNIFACS, **Direito Penal do Inimigo, esse desconhecido**. Disponível em:

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1728/1319>>. Acesso em: 22/11/2013.

⁶⁰ MORAES, A. De. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: “o Direito Penal do Inimigo”**. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica, 2006, p.202.

⁶¹ JAKOBS, G. **Direito Penal do Inimigo**. Org: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.64.

assim, renunciar a todas as expectativas de felicidade. Um Estado numa tal sociedade despersonaliza ao exigir o sacrifício de pessoas não responsáveis⁶².

Dessa forma, Jakobs emenda que:

Por conseguinte, se o Estado, encontrando-se em necessidade extrema, não tem qualquer escrúpulo sequer para com seus cidadãos não responsáveis, mas faz o que for necessário, com mais razão, não pode ele se impor escrúpulos quanto a medidas para prevenções de situações de extrema necessidade que se dirijam contra terroristas, ou seja, contra os causadores da situação de necessidade, ao menos não dentro dos limites do necessário⁶³.

Quanto à alegação de que o Direito penal do inimigo seria contrário aos Direitos Humanos, Jakobs assevera que:

Como é evidente, não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma constituição mundial (comunitário-legal), deverá castigar aos que vulnerarem os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa pelo seu nome: Direito penal do inimigo⁶⁴.

Restando claro que a doutrina de Jakobs não busca um rompimento com os Direitos Humanos (ao menos no sentido integral) Lyra Junior e Rodrigues resumem os argumentos favoráveis ao Direito penal do inimigo:

Por derradeiro, é possível abstrair os seguintes argumentos favoráveis a tese de Jakobs: (i) o endurecimento das leis contra criminosos de notável periculosidade; (ii) serve o Direito Penal do Inimigo como eficaz instrumento de intimidação e repressão, sobretudo em países dominados pelo tráfico de entorpecentes; (iii) adequada e proporcional aplicação do Direito Penal, assegurando a proteção dos direitos humanos, principalmente, aos cidadãos; (iv) a caracterização da periculosidade do agente evita ou, ao menos, minimiza a reiteração e a própria reincidência criminal, impedindo sua liberdade até que cessada em definitivo. (v) endurecimento da execução penal, possibilitando o isolamento de presos considerados de alto risco, de modo a evitar qualquer persuasão aos demais presos, tampouco permitir a gestão de atos criminosos externos⁶⁵.

Evidente que os argumentos favoráveis descritos acima possuem um viés punitivista. É válido ressaltar que o Direito penal do inimigo nunca foi posto em prática em sua plenitude, portanto não há como garantir a sua eficácia.

⁶² Ibidem, p.65.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.48.

⁶⁵ LYRA JÚNIOR, R. P.; RODRIGUES, L. A. Revista do Curso de Direito, n.134 - UNIFACS, **Direito Penal do Inimigo, esse desconhecido**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1728/1319>>. Acesso em: 22/11/2013.

3.7 Reflexões

Destacamos nesse capítulo, a partir da essencial distinção entre Cidadão e Inimigo, as principais características do Direito penal do inimigo, a saber: a) a antecipação da tutela penal; b) penas elevadas; c) a relativização das garantias penais e processuais, bem como a discussão doutrinária acerca de suas ideias.

Como não poderia ser diferente, a tese de Jakobs causou grande comoção no meio doutrinário, com diversos questionamentos sobre a razoabilidade e legalidade da sua concepção. Nesse sentido, tendemos a concordar com a doutrina majoritária quanto à temerária distinção dos indivíduos entre duas classes. Não só é algo inconstitucional, escancarado no célebre art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (e isso, por si só, bastaria para sustentar um posicionamento contrário,) como também é insustentável do ponto de vista empírico. Por mais que existam indivíduos, que diante de seu alto grau de periculosidade ameacem a segurança dos cidadãos, estes não ameaçam jamais a existência do Estado.

O terror causado pelo inimigo, que infunde o clamor popular, não passa de dano causado do ponto de vista simbólico, como argumentou Damásio. Do ponto de vista real, o dano não abala as estruturas do Estado. Até hoje, não se pôs em xeque a existência do estado americano após o maior atentado terrorista da história quando do fatídico 11 de setembro de 2001.

Acreditamos que, em alinhamento com o pensamento de Luiz Flávio Gomes, que ao “inimigo”, cabe o Direito da normalidade, ou o Estado de Direito. O rigor da aplicação da lei e o esforço conjunto da polícia e da justiça para conter a impunidade são o remédio para a violência, o terrorismo e o crime organizado, e não uma separação de pessoas em classes, com um direito diferente aplicado em cada grupo.

Ao argumento de que o Direito penal do inimigo, com seu caráter intimidador e repressivo, seria a solução para os problemas acima, é necessário ressaltar que isto fica restrito ao âmbito teórico, visto que não há experiência alguma da aplicação plena do Direito penal do inimigo como concebeu Jakobs. No entanto, há legislação claramente inspirada em sua doutrina, que será discutida no próximo capítulo deste trabalho.

4. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O Regime Disciplinar Diferenciado surge no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro como principal expressão das ideias defendidas pelo Direito penal do inimigo, tal relação será analisada neste presente capítulo.

4.1 Contexto Histórico

No começo do século XXI, o cenário criminal no Brasil encontrava-se em grave crise. Facções criminosas organizavam diversas rebeliões em presídios no estado de São Paulo, lideradas pelo Primeiro Comando da Capital (PCC), e no estado do Rio de Janeiro, lideradas pelo Comando Vermelho (CV). A mais notável, ocorrida em 18 de fevereiro de 2001, consistiu em uma megarrebelião que tomou conta de 29 unidades da capital, região metropolitana e interior do Estado de São Paulo, a maior rebelião registrada até então no Brasil. A ação coordenada pelo PCC protestava contra a transferência de seus líderes da casa de detenção do Carandiru para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, considerada uma prisão de segurança máxima⁶⁶.

Esses grupos criminosos não se limitavam apenas a esfera carcerária, chefes das facções comandavam ataques de dentro do presídio, cujos alvos estavam eram policiais, autoridades da segurança pública, juízes, espalhando o medo e o terror dentro da população brasileira, que acompanhava o caos através dos meios de comunicação.

Tal cenário, como podemos notar, fora previsto por Jakobs. A situação crítica vivida no Brasil naquele momento poderia facilmente ilustrar o conceito de “sociedade de risco”.

Em resposta a ação dos criminosos, e atendendo a um clamor popular, a Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, por meio da Resolução nº 26, de 04/05/2001 lançou as bases do chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). A Resolução SAP 26 autorizou um novo regime de cumprimento de pena, que seriam aplicados nos presídios de Taubaté, Iaras e Presidente Bernardes.

O art. 1º da referida resolução, seriam aplicados aos líderes e integrantes de facções criminosas e presos cujo comportamento exigisse tratamento diferenciado. O art. 4º previa o

⁶⁶ COSATE, T. M. **Regime disciplinar diferenciado (RDD). Um mal necessário?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2112, 13 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12606>>. Acesso em: 16/11/2013.

prazo máximo de 180 dias para a permanência no regime, na primeira inclusão, e de 360 dias, nas seguintes⁶⁷.

Buscando ampliar o alcance do RDD, foi editada a Medida Provisória 28, em 04/02/2002, que instituía o regime em âmbito federal⁶⁸. Apesar disso, a medida teve pouca duração, uma vez que não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional.

Em agosto de 2002, foi criada a Resolução SAP 59, que instituía o RDD no complexo penitenciário de Campinas/Hortolândia⁶⁹, enquanto que no Rio de Janeiro, o RDD foi instituído através da Resolução 08 de 07/03/2003⁷⁰.

No entanto, polêmica adveio acerca da legalidade das medidas, uma vez que a resolução foi ato de secretário de Estado, membro, portanto, do Executivo. Questionava-se a possibilidade de uma resolução legislar sobre matéria penal, pois conforme os preceitos da Constituição Federal⁷¹, em seus arts. 22, I e 24, I, cabe à União legislar sobre tal matéria.

Dessa forma, surgiu então uma lei para tratar do tema, a Lei nº 10.792/2003, de 01/12/2003, que alterou a Lei 7.210/1984 (a chamada Lei de Execuções Penais), incluindo o Regime Disciplinar Diferenciado na legislação federal.

4.2 Conceito

O Regime Disciplinar Diferenciado, conforme Silva, consiste em uma sanção disciplinar que se aplica a presos provisórios e condenados e é fixado no caso de prática de

⁶⁷ SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária. **Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)**. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em: 16/11/2013.

⁶⁸ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Medida provisória 28 de 04 de fevereiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2002/28.htm>. Acesso em 20/11/2013.

⁶⁹ SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária. **Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)**. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em: 16/11/2013.

⁷⁰ BERTI, N. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em: 17/11/2013.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.26-30.

fato previsto como crime doloso quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, observando-se as características previstas em lei⁷².

Segundo Mirabete, o Regime Disciplinar Diferenciado:

[...] não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei⁷³ (MIRABETE, 2004, p.116).

O Regime Disciplinar Diferenciado é visto hoje como a sanção disciplinar mais extrema do ordenamento jurídico brasileiro, e por essa razão, deve ser aplicada em caráter de excepcionalidade.

4.3 Características

As características do Regime Disciplinar Diferenciado estão contidas no art. 52 da Lei de Execução Penal, alterado pela Lei nº 10.792 de 2003, *in verbis*:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando."

⁷² SILVA, F. C. L. **Análise da In (Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1409969/analise-da-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-fernanda-cintra-lauriano-silva>>. Acesso em: 22/11/2013.

⁷³ MIRABETE, J. F. **Execução Penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.116.

Observado o exposto acima, depreendem-se as seguintes considerações: duração máxima de 360 dias, sem que haja prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, não contando crianças, com duração de duas horas; direito a duas horas diárias de banho de sol.

Quanto à falta grave da mesma espécie, a medida será aplicada até o limite de 1/6 da pena aplicada, ou seja, não se trata de 1/6 da pena cumprida ou a cumprir. Havendo uma terceira falta, há duas correntes. A primeira assevera que, para cada repetição da falta, deve-se contar um novo 1/6 da pena. A segunda corrente defende que o 1/6 da pena vale para a segunda e todas as demais faltas disciplinares. Resumindo, na primeira falta, o limite é 360 e nas demais somadas não pode ultrapassar o limite de 1/6 da pena. Prevalece a primeira corrente.

A cela individual, ainda que solitária, não poderá ser escura e insalubre, sendo assim vedada pelo art. 45 da LEP, em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:

Art. 45 - Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

§ 1º - As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado.

§ 2º - É vedado o emprego de cela escura.

§ 3º - São vedadas as sanções coletivas.

Em relação à visita semanal, existem duas interpretações quanto à expressão “sem contar crianças”. A primeira corrente entende que as crianças não são computadas no limite de duas pessoas. A segunda corrente defende que crianças não podem visitar presos no RDD, amparada pelos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) - princípio geral e especial de atendimento integral a criança, garantia prioritária, proteção estatal, prevalência dos direitos do menor, indisponibilidade dos interesses do menor, que

recomendam a proibição dessas visitas⁷⁴. O Tratado de Direitos Humanos da ONU estabelece, em seu item 79 que, “a visita é um direito, desde que conveniente para ambas as partes”⁷⁵.

O direito ao banho de sol por duas horas diárias garante ao preso a oportunidade de sair da cela durante o dia. O horário de saída é definido pelo delegado ou pelo diretor do estabelecimento, não é o preso quem decide. O recomendável é que se evite a rotina, não havendo, portanto, um horário pré-determinado.

4.4 Aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado

As hipóteses de cabimento do Regime Disciplinar Diferenciado estão contidas no art. 52 da LEP, em seu *caput* e nos §§ 1º e 2º. As três hipóteses são: a) prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; b) presos que apresentem alto risco para a ordem ou a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) presos sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A prática de fato previsto como crime doloso, por si só, não é suficiente para a ingresso do preso no RDD. Segundo o *caput* do art. 52, o fato delituoso deve estar associado à subversão da ordem ou disciplina, ou seja, a tumultos carcerários. É questionável a suposta imprecisão da expressão “subversão da ordem ou disciplina internas”, que, para entendimento de muitos, podem estas serem afetadas por diversas razões, sendo difícil delimitar seu campo de incidência. Por essa razão, críticas são feitas ao dispositivo, em razão da imprecisão e falta de clareza legal, que podem levar a arbítrios judiciais por falta de taxatividade da lei, violando o princípio da legalidade. É válido ressaltar que o RDD não atinge aquele que responde por crime culposos, nem preterdoloso, no entendimento do STJ⁷⁶.

A segunda hipótese de cabimento do RDD consiste na alta periculosidade de presos para a manutenção da ordem ou segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Fica claro, novamente, o uso de expressões vagas e imprecisas quando se fala em “alto risco para a

⁷⁴ BOLDRINI, I. **O que é o RDD?** Disponível em: <<http://iaraboldrini.blogspot.com.br/2011/08/o-que-e-o-rdd.html>>. Acesso em: 18/11/2013.

⁷⁵ SILVA, F. C. L. **Análise da In (Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1409969/analise-da-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-fernanda-cintra-lauriano-silva>>. Acesso em: 22/11/2013.

⁷⁶ BERTI, N. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em: 17/11/2013.

ordem ou segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”. Não importa para a aplicação desse dispositivo, a naturalidade do preso, sendo aplicável igualmente a nacionais e estrangeiros. Destaque-se também que esse dispositivo não se aplica àqueles que cumprem pena em medida de segurança⁷⁷.

Quanto à terceira hipótese de cabimento, temos a fundada suspeita de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Tal hipótese é bastante criticada, uma vez que temos uma relativização clara das garantias de ampla defesa e do contraditório, assim como da presunção de inocência, em razão da mera suspeita justificar um tratamento diferenciado ao preso.

A competência para a aplicação do RDD é do juiz competente, conforme o art. 54 da LEP:

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

É válido ressaltar que, apesar do artigo referir-se a despacho, trata-se na verdade de sentença e a autorização depende de requerimento elaborado pelo diretor do estabelecimento, dessa forma, o juiz não poderá agir de ofício.

O Ministério Público também é considerado parte legítima para requerer o regime disciplinar, mesmo não sendo autoridade administrativa, em razão do disposto no art. 68, II, a, da LEP que incube ao *parquet* de requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo.

Após a decisão do magistrado pela inclusão do preso no RDD, deverá ser respeitado o devido processo legal, com prévia manifestação do Ministério Público, conferindo-se o direito de defesa ao réu condenado.

Sobre a natureza jurídica do instituto, Silva assevera que:

⁷⁷ Ibidem.

[...] observa-se que as normas atinentes ao RDD possuem natureza mista, ou seja, possui uma fachada de processo penal (execução penal), porém, com um acentuado caráter de Direito Penal, já que torna mais rigoroso o regime e, portanto, interfere na liberdade do cidadão.

Sendo norma mista, suas regras regem-se pela disciplina do Direito Penal e não do Direito Processual Penal, logo, aplica-se o artigo 5º, XL da CF/88, sendo, pois, irretroativa tal lei, além de incompatível por medida provisória.⁷⁸

4.5 Regime Disciplinar Diferenciado como reflexo do Direito penal do inimigo

A partir do exposto sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, podemos identificar características que aproximam o instituto com o Direito penal do inimigo proposto por Günther Jakobs. Como dito anteriormente, todo o contexto de introdução do RDD na legislação brasileira apresenta profunda semelhança com o cenário previsto por Jakobs, que justificaria a implantação de dois tipos de Direito para dois tipos de indivíduos, os cidadãos e os eleitos inimigos.

Quando reparamos na extensão da pena, que pode chegar a 360 dias, nas condições de isolamento que ao preso estará sujeito, vemos que a medida é desumana, até mesmo cruel, cabendo ainda repetição por igual período. Sobre isso é válido destacar o art. 58 da LEP:

Art. 58 - O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado.

Notadamente o legislador fez a ressalva, mas não nos parece razoável tamanha discrepância entre o prazo máximo de 360 dias do RDD e o prazo máximo de 30 dias para os casos de isolamento em que o RDD não é aplicável. O legislador, em princípio, considerou que a pena de isolamento não deveria se estender por mais de 30 dias. Com o advento do RDD, passou-se a punir alguém com um regime de isolamento mais severo por até 360 dias. Parece-nos válido questionar a coerência e razoabilidade de tal medida.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária manifestou-se contrariamente:

O projeto, ao prever 360 dias de isolamento, certamente causará nas pessoas a ele submetidas a deterioração de suas faculdades mentais, podendo-se dizer que o RDD

⁷⁸ SILVA, F. C. L. **Análise da In (Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1409969/analise-da-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-fernanda-cintra-lauriano-silva>>. Acesso em: 22/11/2013.

não contribui para o objetivo da recuperação social do condenado e, na prática, importa a produção deliberada de alienados mentais⁷⁹.

Portanto, a crueldade da sanção disciplinar do RDD, está claramente em conformidade com uma das características do Direito penal do inimigo, a severidade das penas.

Por sua vez, a primeira hipótese de aplicação do RDD, como vimos, abre uma margem de arbitrariedade, em razão da falta de precisão técnica sobre o que é considerada subversão da ordem e da disciplina internas, possibilitando a punição, com o regime de cumprimento de pena mais severo, de um infindável número de situações. Podemos entender dessa forma, como uma ampliação do âmbito punitivo do poder estatal, em plena conformidade com os preceitos da teoria de Jakobs.

Dessa forma, nota-se clara violação ao princípio da legalidade e uma relativização das garantias do réu, típico do Direito penal do inimigo:

Assim, tem-se que o princípio da legalidade é uma garantia ao cidadão contra o poder punitivo estatal, garantia esta que se vê relativizada pela disposição deste artigo 52, caput, da Lei de Execução Penal. Eis, aqui, outra característica do Direito Penal do Inimigo: a relativização de garantias do réu⁸⁰.

Já sobre a segunda hipótese de cabimento do RDD, tem-se a clara aproximação com o Direito penal de autoria, quando o legislador busca punir os presos com base na periculosidade. Isto significa dizer que o preso não será punido pelo que fez, e sim pelo que ele *é*, ou seja, um indivíduo considerado de alto risco para o estabelecimento prisional ou para a *sociedade*. Temos, dessa forma, exatamente a definição de Jakobs sobre o inimigo. Pune-se o sujeito por não oferecer garantia cognitiva suficiente de seu comportamento.

Nota-se ainda a falta de clareza e precisão nos termos, que nos leva a uma flagrante violação do princípio da legalidade e a consequente relativização de garantias. Fica o questionamento: a quem caberia atribuir a periculosidade ao sujeito, este ser capaz de por a sociedade em alto risco?

⁷⁹ KUEHNE, M. **Alterações à execução penal - primeira impressões em reforma criminal**. 2004. In: SILVA, F. C. L. Análise da In (Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1409969/analise-da-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-fernanda-cintra-lauriano-silva>>. Acesso em: 22/11/2013.

⁸⁰ BERTI, N. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em: 17/11/2013.

Verifica-se ainda mais uma característica do Direito penal do inimigo, o adiantamento da punibilidade, uma vez que o preso é posto em um regime mais severo sem que tenha cometido ou exteriorizado qualquer ato.

Por fim, a terceira hipótese de cabimento do RDD, é uma síntese do que já foi demonstrado. A suspeita fundada de envolvimento ou participação em organização criminosa já é o suficiente para autorizar a ingressão do agente no RDD, ou seja, não é necessário nem que se prove o envolvimento ou participação. Claramente observa-se um desrespeito às garantias de ampla defesa e do contraditório, bem como da presunção de inocência.

Portanto, entende-se que o Regime Disciplinar Diferenciado possui clara inspiração na doutrina de Günther Jakobs, estando presentes nele as principais características do Direito penal do inimigo, bem como a sua motivação seguir os mesmos caminhos que justificam a implantação do Direito penal do inimigo, segundo Jakobs.

4.6 Outras disposições legais brasileiras com reflexo no Direito penal do inimigo

Não foi somente o Regime Disciplinar Diferenciado que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como dispositivo legal fortemente influenciado pelo Direito penal do inimigo. A importância do estudo da doutrina de Jakobs mede-se de acordo com a abrangência da influência de suas ideias, e verificamos claramente um endurecimento, a partir dos anos 1990, das políticas criminais, não só no Brasil, mas no mundo todo, que se coaduna com o proposto pelo doutrinador alemão. É difícil dizer se cada legislador agiu inspirado pelo Direito penal do inimigo, mas podemos traçar influências e paralelos que podem nos fazer entender todo um contexto do Direito Penal. Podemos citar nessa categoria dentro do ordenamento jurídico brasileiro a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) e a Lei de Abate (Lei nº 9.614/98).

4.6.1 Lei dos Crimes Hediondos

A Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990 surgiu com base em expressa determinação constitucional, conforme art. 5º, XLIII que assevera que 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".

O governo brasileiro, em resposta à criminalidade, promulgou tal lei impondo um regime de cumprimento de pena integralmente fechado, sendo vedada a progressão de regime e a liberdade provisória.

A falta de progressão de regime era um claro sinal de endurecimento da pena, indo inclusive de encontro com o estabelecido na Constituição. Tal característica pode ser associada ao endurecimento de penas típico do Direito penal do inimigo para crimes considerados severos.

Com o julgado do HC nº 82.959-7/SP em 2006, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da vedação da progressão de regimes. Em 2007, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 11.464/2007 que passou a admitir a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos⁸¹.

4.6.2 Lei do Crime Organizado

Promulgada como Lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995, a Lei do Crime Organizado, como o próprio nome indica, visava punir as organizações, definidas na lei como quadrilha ou bando, principalmente de tráfico de drogas, contrabando de armas, fraudes econômicas ou qualquer outro crime praticado naquelas situações, ou seja, relacionando com o Direito penal do inimigo, aquelas que atentassem contra a sociedade e ao Estado.

Para isso, a referida lei autorizou violações de sigilo protegidas pela Constituição, proibiu a liberdade provisória e a possibilidade de apelar em liberdade, assim como determinou o início de cumprimento da pena sempre em regime fechado⁸². Por essas características de endurecimento de pena, podemos traçar paralelos com a tese de Jakobs.

⁸¹ Ibidem.

⁸² FRANZEN JÚNIOR, C. J. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421>. Acesso em: 23/10/2013.

4.6.3 Lei de Abate

A polêmica Lei nº 9.614 de 05 de março de 1998 que regulamentou o dispositivo do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86), possibilita a derrubada das aeronaves consideradas hostis e suspeitas de tráfico de drogas e afins dentro do território brasileiro em seu § 2º:

§2º 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.

A referida lei contraria direitos fundamentais contidos na Constituição, como o direito à vida, à liberdade, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Com essa lei, pessoas que estiverem a bordo de aeronaves consideradas suspeitas, inocentes ou não, estarão com as vidas em risco em caso de não serem identificadas ou não responderem à ordem de pouso dada pela Força Aérea Brasileira. Dessa forma, a lei autoriza, na prática, uma execução extrajudicial, consentindo a condenação e execução sumária sem o devido processo legal, por mera fundada suspeita. Fica claro, portanto a relação entre a referida lei e o Direito penal do inimigo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho iniciou-se com um breve histórico sobre a evolução do Direito penal enquanto ciência, para que, dessa forma, pudéssemos entender melhor em que contexto se inseria o nosso principal objeto de estudo, o Direito penal do inimigo. Para isso, também passamos a uma breve análise sobre as teorias do delito, tendo em destaque a Teoria Sistêmica, de fundamental importância para a doutrina de Jakobs, esta vista como um Direito penal de terceira velocidade por Silva Sánchez.

Passando ao estudo do Direito Penal do inimigo, foi feita a necessária distinção prévia entre inimigo e cidadão, o grande cerne da tese de Jakobs. A diferença crucial entre os dois indivíduos consiste na aceção de que o inimigo é um sujeito que não apresenta garantias cognitivas suficientes de que não irá parar de delinquir e de que continuará a praticar condutas consideradas graves e que põe em risco a sociedade e o Estado, sendo considerado então um não pessoa.

Destacamos a existência de um Direito penal voltado para o cidadão, que nada mais seria do que o “Estado de normalidade”, ou o “Estado de direito” e o um Direito penal voltado para o inimigo, opressor, cujas principais características seriam a antecipação da punibilidade, o endurecimento das penas e a relativização das garantias penais e processuais.

Diante de tamanho radicalismo, a maior parte da doutrina insurge contrária ao Direito penal do inimigo proposto por Jakobs, flagrantemente inconstitucional, inseguro juridicamente, desnecessário do ponto de vista empírico, para não dizermos moralmente reprovável.

Em seguida, apresentamos o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), como principal dispositivo legal influenciado pelas ideias de Jakobs. O contexto histórico que motivou sua promulgação é um retrato vivo da chamada “sociedade de risco” e mostra como Jakobs estava correto em dar importância à voz da mídia e da população.

Foram apresentadas as características do RDD, e a partir delas traçadas as influências do reprovável Direito penal do inimigo no corpo legal, dentre as quais destacamos: a crueldade da pena de isolamento pelo período de 360 dias; a arbitrariedade do poder punitivo do Estado em razão da falta de precisão nos termos que podem levar a uma infundável gama de situações puníveis com o RDD, violando o princípio da legalidade e restringindo garantias; a antecipação do poder punitivo com uma aproximação ao Direito penal de autor em razão da

punição ao agente por mera periculosidade; condenação prévia por mera suspeita fundada de envolvimento com organizações criminosas, desrespeitando o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Posteriormente, foram apresentadas outras legislações nacionais que refletem ideias contidas no Direito penal do inimigo de Günther Jakobs.

Por fim, após todo o exposto acima e guardada as óbvias e devidas proporções, podemos concluir, que o preso do qual se refere o art. 52 da LEP é o “inimigo” eleito pelo Estado brasileiro e o Regime Disciplinar Diferenciado é o “Direito penal do inimigo” do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, J. F. **The (Misconstrued) Influence of Greek Law on Roman**. Disponível em: <http://www.mypolice.ca/research_and_publications/GreekRomanJurisprudence.htm>. Acesso em: 23/10/2013.

ARAÚJO NETO, F. **Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 573, 31 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6245>>. Acesso em: 23/10/2013.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BERTI, N. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em: 17/11/2013.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOLDRINI, I. **O que é o RDD?** Disponível em: <<http://iaraboldrini.blogspot.com.br/2011/08/o-que-e-o-rdd.html>>. Acesso em: 18/11/2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Lei n. 7210 de 11 de Julho de 1984. **Vade Mecum**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Lei n. 8.072 de 25 de Julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 22/11/2013.

BRASIL. Lei n. 9.034 de 3 de Maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm>. Acesso em: 22/11/2013.

BRASIL. Lei n. 9.614 de 5 de Março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9614.htm>. Acesso em: 22/11/2013.

CANCIO MELIÁ, M.; JAKOBS, G. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

COSATE, T. M. **Regime disciplinar diferenciado (RDD). Um mal necessário?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2112, 13 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12606>>. Acesso em: 16/11/2013.

DUARTE, M. F. Evolução **histórica do Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932>>. Acesso em: 23/10/2013.

GOMES, L. F. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Publicado em 27 set. 2004. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print>. Acesso em: 22/11/2013.

GRECO, L. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, nº 7, 2005.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 14 ed. Niterói: Impetus, 2012.

HOUAISS, A. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2ª reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FRANZEN JÚNIOR, C. J. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421>. Acesso em: 23/10/2013.

JAKOBS, G. **Direito Penal do Inimigo**. Org: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JESCHECK, H.-H. **Tratado de derecho penal, parte general**. 4 ed. Granada, 1993.

JESUS, D. E. De. **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em: 12/11/2013.

LYRA JÚNIOR, R. P.; RODRIGUES, L. A. Revista do Curso de Direito, n.134 - UNIFACS, **Direito Penal do Inimigo, esse desconhecido**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1728/1319>>. Acesso em: 22/11/2013.

MILANESE, P. **El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima**. Disponível em: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,0,0,1,0>>. Acesso em: 15/11/2013.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, A. De. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: “o Direito Penal do Inimigo”**. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica, 2006.

NAVARRETE, M. P. **Derecho penal, parte general – teoría jurídica del delito**, Tomo II, V. I. Bosch, S.A. Barcelona, 2000.

NOBRE, A. **Breves Considerações Sobre a Expansão do Direito Penal e seus Efeitos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/breves-consideracoes-sobre-a-expansao-do-direito-penal-e-seus-efeitos/34093/>>. Acesso em: 23/10/2013.

OLIVEIRA, R. S. De. **Da sociedade de risco ao direito penal do inimigo: tendências de política criminal**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10543-Da-sociedade-de-risco-ao-direito-penal-do-inimigo:-tendencias-de-politica-criminal>>. Acesso em: 23/10/2013.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Medida provisória 28 de 04 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2002/28.htm>. Acesso em 20/11/2013.

RASSI, J. D. **A sociedade de risco, teoria dos sistemas e o funcionalismo penal: uma aproximação teórica**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10342-A-sociedade-de-risco,-teoria-dos-sistemas-e-o-funcionalismo-penal:-uma-aproximacao-teorica->>. Acesso em: 23/10/2013.

SÁNCHEZ, J. M. S. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós Industriais**. 2 ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária. **Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)**. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em: 16/11/2013.

SILVA, F. C. L. **Análise da In (Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1409969/analise-da-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-fernanda-cintra-lauriano-silva>>. Acesso em: 22/11/2013.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.