

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

ALLAN GUILHERME LOPES FERREIRA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUAS INSERÇÕES NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Guarapari/ES

2019

ALLAN GUILHERME LOPES FERREIRA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUAS INSERÇÕES NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de
Guarapari, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Fábio Pedreto

Guarapari/ES
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI
2019

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUAS INSERÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**, elaborado pelo aluno **ALLAN GUILHERME LOPES FERREIRA** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de **BACHAREL EM DIREITO.**

Guarapari, ____ de _____ 2019.

Prof. Fábio Pedroto
Faculdades Doctum de Guarapari
Orientador

Prof. Fabrício da Mata Correa
Faculdades Doctum de Guarapari

Prof. Kélvia Faria Ferreira
Faculdades Doctum de Guarapari

A Deus. Por me sustentar e sempre estar
comigo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus por me manter de pé durante minha jornada acadêmica. Pois a ele pertence a honra o poder e a glória.

À minha família que sempre esteve perto.

Aos meus nobres companheiros de curso, por tornar esta trajetória mais alegre e inesquecível.

Ao meu orientador o Srº Fábio Pedroto, por me encaminhar ao rumo correto de meu projeto, por todo apoio e suporte.

Nem olhos viram, nem ouvidos ouviram,
nem jamais penetrou o coração humano o
que Deus tem preparado para aqueles que
o amam.

(1 Coríntios 2.9, Bíblia)

DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUAS INSERÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Allan Guilherme Lopes Ferreira¹

Fábio Pedoto²

RESUMO

O presente trabalho traz uma análise legal e infra legal acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo, teoria trazida por Gunther Jakobs, e sua manifestação em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se hoje que o direito penal sofre alterações conforme se faz necessário para que consiga suprir suas funcionalidades no tocante à proteção social do Estado e de seus cidadãos, e isso advém de um processo de transformações de forma globalizada. E com este processo de modernização das normas penais nos deparamos com algumas adequações no sistema penal, uma delas por sua vez a teoria trazida por Jakobs. Dito isto, analisaremos de forma teórica, filosófica e política para entendermos o ponto que nos encontramos e a correlação do sistema penal brasileiro com a doutrina apresentada por Jakobs.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo. Ordenamento jurídico. Garantias individuais. Repressão criminal.

¹ Graduando em direito. E-mail:allan.lopesferreira@hotmail.com

² Especialista em Direito Penal e Processual Penal. E-mail:pedrotodotum@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Neste Trabalho de Conclusão de Curso, o tema a ser exposto trata-se do Direito Penal do inimigo, que por sua vez se encontra na esfera do âmbito penal. Atualmente a maior aplicação deste tema se faz na Alemanha, contendo o Brasil alguns engajamentos no que se diz respeito ao tema e, muitas discussões também são presentes em nosso país.

O direito penal do inimigo é um assunto bastante delicado e muito discutido atualmente. Tudo se deve, pois é uma teoria considerada por muitos como sendo rígida demais e, desta forma, acaba ferindo o direito constitucional. No entanto, também existem adeptos a esta teoria, que por sua vez, defendem que se as leis fossem feitas de acordo com esta teoria, muitos crimes poderiam ter sido evitados. De igual forma, as pessoas de mal caráter iriam se ver menos incentivados a cometerem crimes, uma vez que, iriam sofrer penas mais duras.

A ideia da pesquisa apresentada é justamente analisar se tal teoria seria adepta á nossa realidade e, se nossa sociedade aceitaria ou não um código penal mais severo em suas punições.

O foco da pesquisa se delimita em expor os pontos positivos e negativos do “Direito do Inimigo”, e analisar até que ponto se adequaria a nossa realidade. Tal tema foi selecionado para esta pesquisa, pois se trata de algo extremo, que chama atenção por sua força bruta, que poderia ser a solução para uma sociedade mais pacífica. Entretanto, muitos ainda não concordam com esta postura, devido sua rigidez, também por falta de previsão legal em nossa Constituição Federal.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO GUNTHER JAKOBS

Para se entender o Direito Penal do Inimigo se faz por bem compreender sobre o objetivo principal de seu autor, o alemão Günther Jakobs. Seu conceito sobre o Direito Penal é de que este existe para que se tenha ordem jurídica, desta forma, a pena tem seu caráter de reação, como o agente se comportou em seu meio social.

Nas palavras de Jakobs e Meliá (2007. Pág. 69) “O Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra”

A teoria teve sua apresentação na década de 1980 na Alemanha, quando esta se encontrara dividida por muros, os famosos “muros de Berlim”. Este acontecimento histórico foi o responsável pela criação da teoria do “Direito Penal do Inimigo”.

Jakobs e Meliá (2007) pensavam que, uma sociedade só passa a ter estabilidade jurídica quando o seu cidadão tiver convicto de que a norma tem sua vigência assegurada pelo poder controlador do Estado. Ou seja, caso alguma norma for afrontada de forma a ser quebrada, o responsável por tal afronta será punido, de forma que os demais se sintam seguros e, aos que tem mera expectativa de cometer o mesmo delito, sejam desmotivados pela eficácia da sanção sofrida por quem a comete.

A visão de Jakobs e Meliá (2007) é no sentido de que, se existe no País sua norma controladora, no caso do Brasil o Código Penal e Constituição, estes devem ser respeitados de forma pacífica. Aos que não aceitem ser submissos a estas normas, devem ter para si, uma norma adversa daquela que é usada pelos demais cidadãos comuns, pois estes agentes infratores jamais se adequarão a norma da maioria e só servirão para causar desordem social.

Jakobs e Meliá (2007) dizem que, “O direito penal do cidadão tem o dever de manter a norma vigente, enquanto o direito penal do inimigo o de combater perigos.”

3 DO CONCEITO DE INIMIGO

O inimigo é aquele que a seu modo de viver, pensar e agir, mantém resistência ao sistema das normas vigentes, ou seja, é aquela pessoa de que a norma não a serve como limites ou restrições. De modo que, a mesma por este motivo não as respeita e não as cumpre, em outras palavras esta pessoa ignora a norma vigente de forma permanente.

Para Kant (2006. Pág. 125):

O estado de paz entre homens que vivem juntos não é um Estado Natural (status naturalis), que é mais um estado de guerra, ou seja, um estado no qual ainda que as hostilidades não estejam declaradas, nota-se uma constante ameaça. O estado de paz deve, portanto, ser instaurado, pois a omissão de hostilidade não é ainda garantia de paz e, se um vizinho não dá segurança ao outro (o que somente pode acontecer em um estado legal), cada um pode considerar como inimigo o que lhe exigiu esta segurança.

O cidadão comum comete um crime e mesmo assim reconhece a norma como sendo aplicada pelos seus atos, o 'inimigo' do estado ao contrário, é aquele que simplesmente a norma em sua visão é inexistente, de nada vale ou de nada adianta, a norma simplesmente é ignorada.

Para ser considerado inimigo da sociedade é preciso abandonar de forma vitalícia o direito, e causar desordem mútua e contínua.

Este inimigo é então o agente incomum da sociedade, aquele que não existe regras por parte do Estado, nem por parte de ninguém, que apenas está na sociedade para causar problemas e cometer crimes de forma contínua e não é eventual.

4 CONCEITO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Já que para o "inimigo" inexistente a norma controladora, Jakobs e Meliá (2007) defendem que, nada mais justo do que criar para este indivíduo uma forma especial de punição, que seria o "Direito Penal do Inimigo". Onde este agente será tratado de forma diferente dos demais cidadãos da sociedade, uma vez que, para o restante da sociedade apenas a norma convencional já é o bastante para obter a ordem do estado.

O direito Penal do Inimigo conta com três elementos fundamentais que garantem seu funcionamento e o caracterizam.

O primeiro é a punibilidade de forma adiantada, pois se o agente é o inimigo da sociedade isso pressupõe que ele não pensará duas vezes antes de cometer o crime novamente, uma vez que, desconsidera totalmente o que é explícito na lei e, não tem qualquer pretensão de a obedecer. Neste caso, não se tratará de fato passado, mas sim de fato futuro, há aqui a intervenção do Estado antes mesmo que o fato ocorra. Pois, como dito, não existe a pretensão do ato diverso por parte do agente, se não a prática do crime.

O segundo é o da desproporcionalidade das penas, aqui percebemos que Jakobs e Meliá (2007) trazem o pensamento de que, se tal agente é um inimigo não há o por que tratar o mesmo com cordialidade e equiparação a um cidadão comum. Sendo assim, a este deve ser direcionado todo o poder coercitivo do Estado, uma forma mais eficaz de manter o cidadão comum livre de potenciais perigos e, também, como forma de causar desmotivação a qualquer outro agente que queira se tornar

inimigo da sociedade. Quanto maior o tempo de cumprimento de pena do inimigo, maior será o tempo de estabilidade da sociedade que estará livre daquele indivíduo contrário ao bem-estar social.

O terceiro é a garantia processual supri, neste pensamento o pressuposto é de que o inimigo já responderá como tal, o que significa que o processo para que este seja considerado culpado seja menor, pois é claro que não se trata da primeira vez que o agente comete o crime e não será a última, devido a inobservância que o mesmo tem das normas do estado. Deste modo o próprio Estado cuida para que se perca tempo com este indivíduo.

5 INSERÇÕES DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar de muita discussão em razão desta teoria, já conseguimos ver alguns traços da mesma em nossa legislação brasileira, o que novamente reforça que não é de muito aproveitamento que toda a teoria seja recepcionada em nosso sistema de leis e penas. Porém, o que se tem em mente é que, determinadas áreas podem sim carregar consigo um traço um pouco mais forte em relação a coerção do estado sobre o indivíduo que burla de forma efetiva e duradoura a legislação pátria.

Vejamos a seguir alguns exemplos onde mostram a prática da teoria em nossa legislação.

Na Lei 11.343/2006, a Lei Antidrogas, encontramos algo bem parecido com a ideia de Jakobs e Meliá (2007), isso pois ao analisarmos a lei citada acima percebemos que no artigo 33:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

Esta Lei, em especial, nos apresenta os verbos que definem condutas criminosas e cujas penas das mesmas são iguais. Por exemplo, quem detém em depósito poucas gramas de substâncias entorpecentes, não importando a quanto tempo se consuma o ato, responderá pelo mesmo crime que aquele que fabrica uma tonelada de cocaína e a mantém em depósito.

Como vemos, a pena prevista para este crime varia entre 5 a 15 anos e multa. Algumas das doutrinas dizem que, esta pena é maior que a pena prevista para crimes de maior impacto, como por exemplo, um incêndio, ou uma explosão, onde suas penas vão variar entre 3 a 6 anos.

Artigo 250, Código Penal:

Incêndio: Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. Pena - reclusão, de três a seis anos e multa

Artigo. 251, Código Penal:

Explosão: Art. 251 - Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos. Pena - reclusão, de três a seis anos e multa (BRASIL, 2006).

Isso demonstra a desproporcionalidade das penas, onde o legislador querendo acabar com o depósito de entorpecentes elevou a pena de forma a ultrapassar crimes mais gravosos, como modo de impor receio para aquele que viesse a cogitar o crime.

Ainda continua os exemplos, o artigo 59, caput do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 2006).

Este artigo traz a previsão de que caberá ao juiz estabelecer a pena imposta ao agente, de acordo com o que conste em seus antecedentes criminais, tal como também sua conduta social e a personalidade e, logo mais à frente, ainda no Código Penal agora porém no artigo 77:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício (BRASIL, 2006).

A previsão é que, fica a faculdade do juiz, suspender a pena por 2 a 4 anos quando, entre outros requisitos, o agente possuir culpabilidade, antecedentes, assim como conduta social e personalidade, que permitam tal benefício.

Claramente se percebe que, nesta hora, o que vai pesar contra ou em favor ao agente é sua personalidade, um critério inteiramente subjetivo, que dá ac uma imensa discricionariedade no momento de aplicar a pena ou suspendê-la.

6 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO MEDIANTE A LEI N° 13.260/2016 (LEI DE TERRORISMO)

O crime de terrorismo é um tema bastante discutido no mundo inteiro, como se sabe, é um problema em que pesa a todos. Foi em 1972, na Assembleia Geral das Nações Unidas, que se teve formalmente a primeira discussão acerca do assunto.

Com isso e diante de tamanha preocupação, o Brasil tomou para si o compromisso de apoiar as formas de repressão a este crime, onde surge então o Decreto n° 3.018/1999:

Art. 1º. A Convenção para Prevenir e Punir os atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional, concluída em Washington, em 2 de fevereiro de 1971, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém (BRASIL, 1999).

Neste momento, o Brasil aderiu á Convenção de prevenção e punibilidade dos atos terroristas contra a pessoa. Se comprometendo então a cumprir os dispostos nela contidos.

Até então, com este novo compromisso, o Brasil não possuía uma lei nacional prevista em seu ordenamento jurídico, tipificando o ato como ilícito penal, ficando previsto o tipo como ilícito agora na própria Constituição Federal, no artigo 5º, inc. XLIII:

Artigo 5º, Constituição Federal:
XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o **terrorismo** e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

A pena estabelecida para o crime de terrorismo constitui pena de reclusão, que tem seu tempo mínimo de cumprimento de 12 e seu máximo de 30 anos, sendo distintas as penas de ameaça e violência, caso sejam cometidas concorrentemente conforme vemos a seguir:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. Com pena de reclusão, de 12 a 30 anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência (BRASIL, 1999).

A lei de terrorismo, conforme seu artigo 3º diz que, também comete a conduta ilícita, tida como terrorismo, a promoção, constituição, a prestação de auxílio ou a mera integração em organização criminosa, seja de forma pessoal ou interposta. Vejamos:

Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista. Pena - reclusão, de cinco a oito anos e multa (BRASIL, 2016).

É evidente que a Lei nº 13.260/2016, em seu artigo 5º, prevê o perigo advindo dos atos pré terroristas e os pune como se o agente já tivesse consumado o crime.

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito. Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade (BRASIL, 2016).

Existe também na citada lei as majorantes do crime, como dita o artigo 7º.

Art. 7º Salvo quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nesta Lei, se de algum deles resultar lesão corporal grave, aumenta-se a pena de um terço, se resultar morte, aumenta-se a pena da metade (BRASIL, 2016).

Diante esta análise da Lei nº 13.260/2016, Lei de terrorismo, se observa que, por menor que seja, houve sim um avanço ao que diz respeito a definição do terrorismo e sua criminalização, tais como organização criminosa, financiamento e participação direta ou indireta destes dispositivos. Tomando o Brasil, no papel de

combater de forma eficaz e recorrente a estes atos que a muitos no mundo tem tirado a vida e causado caos a muitos países, dando fim a vida de muitos inocentes.

Apresentada a Lei do Terrorismo podemos agora fazer a análise em questão, quando se toma a referida Lei para equiparação se percebe que houve sim determinadas adequações ao que diz respeito a características da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Por mais que os doutrinadores defendam que, não há no ordenamento jurídico a manifestação da teoria de Jakobs e Meliá (2007), que por sua vez, apenas pequenos fragmentos não podem configurar uma possível adequação da norma penal brasileira a tal teoria. Desta vez, com a criação da Lei nº 13.260/2016 ocorreu uma adequação puramente fiel e de total acordo com o que trata o modelo imposto por Jakobs e Meliá (2007).

A referida Lei que traz o dispositivo do terrorismo é exatamente o que se entende por Direito Penal do Inimigo, ou seja, uma norma emergencial, bélica e de terceira velocidade.

Se afirma isto, diante do que se lê na Lei e dos pensamentos de Jakobs e Meliá (2007), que neste caso, em concreto se encontram de forma harmoniosa, trazendo consigo algumas relações claras em respeito aos dois, que são: a punição antecipada, aplicação de penas de forma desproporcional, supressão de garantias processuais, aplicação dos poderes de polícia, estereótipo focado na periculosidade do agente. Todos estes elementos se encontram na Lei de Terrorismo como também no conceito apresentado por Jakobs e Meliá (2007) em sua teoria do Direito Penal do Inimigo

No momento em que o legislador define o crime de terrorismo no artigo 2º da referida Lei, o mesmo destaca que, a finalidade do ato é de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo. Não deixando claro o que vem a ser o terror em questão e, muito menos, de que perigo se trata, se seria um perigo concreto ou abstrato, ficando assim um tipo penal aberto, o que é defendido por Jakobs e Meliá (2007) em sua teoria.

Outro fator bem presente no tipo penal do terrorismo é a desproporcionalidade das penas cominadas, neste tipo a pena prevista é entre 12 a 30 anos de reclusão. Uma pena equivalente a mesma aplicada em crimes como do homicídio qualificado, onde ocorre o consumo do tipo penal o resultado morte, que por sua vez é mais

grave que a conduta imposta no tipo penal do terrorismo, o de ameaçar, usar, guardar ou portar instrumentos capazes de causar danos de destruição em massa.

Com o mesmo raciocínio, se destaca o artigo 6º da Lei em questão que traz a punição a quem financia ou auxilia de forma direta ou indireta atos terroristas, onde prevê pena de reclusão entre 15 a 30 anos, isso com também previsão de major que se encontra no artigo 7º da mesma Lei, que traz o aumento da pena em terço a metade, a depender da grau da lesão corporal. Veja:

Art. 6º Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei. Pena - reclusão, de quinze a trinta anos ((BRASIL, 2016).

Percebemos por estes dispositivos a equivalência da Lei de Terrorismo ao que Jakobs e Meliá (2007) visavam como um ideal de Direito Penal do Inimigo, onde existem as penas desproporcionais em crimes realizados pelos “inimigos”.

No artigo 3º da Lei de Terrorismo, encontramos outra relação com a teoria de Jakobs e Meliá (2007), pois neste artigo o legislador pune a integração e a participação em organização terrorista. Nota-se que, estamos diante de um crime de mera conduta e de perigo abstrato.

Ainda seguindo esta linha de pensamento, vemos que, o artigo 5º da Lei em questão traz as punições aos atos preparatórios de terrorismo, punindo o agente antes mesmo que este venha a cometer o crime desejado, bastando apenas o propósito da consumação do fato típico. Em que pese a questão, estes atos são inteiramente descritos na teoria de Jakobs e Meliá (2007).

É importante se ver também que, a Lei de Terrorismo traz a possibilidade de acesso a dados do investigado sem que tenha autorização judicial, o que vai contra o que diz a constituição e, causando assim, a supressão do devido processo legal, exatamente como diz a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Diante de tais dispositivos apresentados e, em sentido de correlação ao Direito Penal do Inimigo, percebe-se a inteira adequação da Lei 13.260/2016, que regula os crimes de terrorismo com a teoria de Jakobs e Meliá (2007). Onde se estabelece uma legislação de terceira velocidade no direito penal, de forma a unir penas impostas juntamente a supressão de garantias processuais.

A Lei nº 13.260/2016 é um direito prospectivo, uma vez que, regula atos e condutas que, não de fato, vieram a acontecer, apenas são expectativas. Portanto, punindo o agente pelo o que ele poderá vir a fazer, trazendo a base de respaldo na periculosidade que o agente representa a sociedade, não sendo analisada sua culpabilidade.

Não restando dúvida de um direito prospectivo, preventivo e de ter velocidade.

Pela análise de tais fatores, se percebe que a Lei nº13.260/2016 traz consigo, com clareza e exatidão, o reflexo do Direito Penal do Inimigo. E se trata de uma norma de total procedência no ordenamento jurídico, mesmo sendo ela, um reflexo de uma teoria de tanto embate entre doutrinadores e considerada c

inconstitucional.

7 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO MEDIANTE A LEI Nº 9.296/96 (INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA)

Este é mais um exemplo de que o Direito Penal do Inimigo já se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro, a interceptação telefônica. Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 677) estabelece o significado de interceptação como sendo:

Em sentido estrito, interceptar algo significa interromper, cortar, impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão equivocada de construir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com o fito de colheitas de informes.

Porém estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inc. XII:

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

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

Atualmente, percebe-se que, entre os doutrinadores existe o pressuposto de que há tempos não existe uma norma ou garantia fundamental de caráter absoluto. Hoje a interceptação é liberada pela justiça, desde que, para afins de investigações e para o andamento célere do processo penal, se requerido por magistrado e previsto em lei.

Sendo assim, mais uma vez estamos diante da teoria de Jakobs e Meliá (2007) em pleno ordenamento penal brasileiro, a interceptação telefônica traz consigo os traços da teoria, pois é usada para descobrir o crime e sua autoria. Não restando dúvida ao que tange a uma prospecção investigatória, ou seja, é o Estado agindo como titular, no sentido de que se evite uma futura ofensa a norma vigente. Usa-se, desta forma, a interceptação para neutralizar os atos que antecedem o crime, ou seja, é criada para que o crime não seja consumado.

8 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO MEDIANTE A LEI N° 9.605/98 (LEI DE CRIMES AMBIENTAIS)

A Lei de Crimes Ambientais, sancionada pelo ex-presidente Fernando H. Cardoso, veio com o fim de fazer efetivo o disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, conforme descrito abaixo:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

A fim de assegurar a aplicabilidade da Lei, assim prevê o parágrafo 1º e seguintes do citado artigo:

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Na Lei em comento, pode-se verificar muitas formas de punição que o legislador impõe a quem cometa o ilícito do artigo, tais como interdição temporária de direito:

Art. 10. As penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos (BRASIL, 1998).

Suspensão condicional da pena:

Art. 16. Nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos (BRASIL, 1998).

Sursis especial:

Art. 17. A verificação da reparação a que se refere o § 2º do art. 78 do Código Penal será feita mediante laudo de reparação do dano ambiental, e as condições a serem impostas pelo juiz deverão relacionar-se com a proteção ao meio ambiente (BRASIL, 1998).

Dentre outras mais, o artigo 31 da Lei também traz a seguinte previsão:

Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente. Pena - detenção, de três meses a um ano e multa (BRASIL, 1998).

Também no artigo 52 lemos que:

Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente. Pena - detenção, de seis meses a um ano e multa (BRASIL, 1998).

Desta forma, percebe-se que o legislador se preocupou com o que pode vir a acontecer e não com o que já tenha ocorrido. Sendo punido a probabilidade de dano ao meio ambiente, mesmo que o dano nem se quer tenha ocorrido ou, dado iníquo ato de dano. O que se mostra esta Lei, conforme conta na teoria do Direito Penal do Inimigo.

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 685) diz a respeito dos atos preparatórios o seguinte:

Cuida-se de tipo penal que pune a preparação do delito como, no primeiro enfoque, faz o artigo 253 do código penal em relação ao artigo 251 do código.

9 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

As críticas a respeito da doutrina de Jakobs e Meliá (2007) são inevitáveis. A começar pelo fato de muitos constitucionalistas tratarem a sua teoria como inconstitucional, pois de forma bruta e agressiva, fere princípios como o da dignidade da pessoa humana, elencado, por sua vez, na Constituição Federal de 1988, inciso III. Que traz a previsão de toda pessoa ter como parte indissolúvel seus direitos como pessoa humana.

Há quem defenda que o Direito Penal do Inimigo é um elemento que não visa retribuir o mal causado a vítima, porém, tão somente ao ato praticado. De forma que, a pretensão punitiva se torna um fator de represália desnecessário, pois o papel da pena é de corrigir o dano causado a outrem e, não ao pensamento ou, a predisposição de cometer um tipo ilícito.

Existe ainda a tese de que esta doutrina traz muitos poderes ao Estado, causando assim, um quadro perigoso a sociedade. Visto que, a qualquer momento poderíamos retornar a época de ditadura ou a algo parecido, o que não é aceitável por nossa constituição, visto que, somos um Estado democrático de direito.

Também existe o fato de que assim como já acontece no Direito Penal do Inimigo, ter como inimigo quem não se adequa a suas normas, fazendo jus aos terroristas e a outros grupos de “inimigos”. Poderia vir a acontecer, do Estado ter como inimigos outros grupos, como os homossexuais, por exemplo, ou outra esp de minoria no país.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contextualização do Direito Penal tende a acompanhar a sociedade, visto que, a mesma está em constante mudanças e evoluções. De modo que, as novidades trazidas por tal inovação sejam de modo eficiente aplicada no meio social do Estado.

Deste modo, se faz inevitável ao Estado criar normas de acordo com o que sua sociedade vem vivendo, sendo forçado a controlar estes novos perigos.

Este processo de modernização dos crimes praticados por determinados indivíduos, devem ser acompanhados de perto pelas normas de repressão do Estado, como o Código Penal por exemplo, que deve evoluir assim como a criminalidade e os crimes evoluem.

O que se busca ao final de tudo é a plena harmonia da sociedade, ou o que estiver ao alcance neste sentido, onde pessoas vejam que a prática de delitos não tem a recompensa maior que a de obedecer as leis que moldam o Estado, para que não haja o conflito entre cidadão e Estado.

Com isso, percebemos que, a legislação brasileira buscou e, ainda busca, novas formas de combater aqueles que desrespeitam as normas impostas por ela. Nesta busca, acabou por se aderir a algumas leis de seu ordenamento ao Direito Penal do Inimigo, que mesmo sendo tido como inconstitucional, é sim utilizado como forma de reprimir agentes precursores de perigos.

A discussão em relação á teoria existe desde sua criação por Gunther Jakobs, dizendo, grande parte dos doutrinadores, ser esta uma teoria desumana e terrível.

De forma, a ser ela dispensada como meio de repressão do Estado, pois a sua intenção não seria a mesma tida pela constituição, a qual fere a integridade humana e fundamentos básicos de direitos.

O que ocorre em prática é que esta mesma teoria julgada deste modo, é a utilizada pelo Estado em alguns dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico. De forma que, as leis entram em acordo total com princípios adotados por Jakob.

O que resta é saber se de fato o que está errado, se seriam as leis em acordo com a teoria do Direito Penal do Inimigo ou, se o pecado está em a legislação não reconhecer a utilização da teoria sendo vigente no Estado, mesmo quando a condena por inteiro em suas disposições constitucionais.

ENEMY CRIMINAL LAW: ITS INSERTIONS IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Allan Guilherme Lopes Ferreira³

Fábio Pedroto⁴

ABSTRACT

This paper presents a legal and infra legal analysis about the Enemy Criminal Law theory, theory brought by Gunther Jakobs, and its manifestation in relation to the Brazilian legal system. It is known today that the criminal law undergoes changes as necessary to be able to meet its functionalities with regard to the social protection of the state and its citizens, and this comes from a process of transformation in a globalized way. And with this process of modernization of penal norms we come across some adjustments in the penal system, one of which in turn brings the theory by Jakobs. That said, we will analyze theoretically, philosophically and politically to understand the point we are in and the correlation of the Brazilian penal system with the doctrine presented by Jakobs.

Keywords: Criminal law of the enemy. Legal system. Individual warranties. Criminal repression.

³ Graduando em direito. E-mail:allan.lopesferreira@hotmail.com

⁴ Especialista em Direito Penal e Processual Penal. E-mail:pedrotodotum@gmail.com

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Decreto nº 3.018, de 6 de abril de 1999. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3018.htm.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 24 de agosto de 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm.

BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 17 de março de 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 27 de julho de 1996. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 13 de fevereiro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm.

GRECO, Luis. Tipos de autor e lei de tóxicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 43, p. 226-238, 2003.

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

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua: Estudo introdutório**. Tradução de Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.