

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

GUILHERME DE SOUZA FERREIRA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

**CARANGOLA
2018**

GUILHERME DE SOUZA FERREIRA

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL
CONTEMPORÂNEO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Carangola, como
requisito parcial à obtenção do título
de Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Processual Penal e Direito Penal.**

Orientador: Prof. Felipe Tannus Cheim

CARANGOLA

2018

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo tecer considerações acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo e sua aplicação em países democráticos. Ao se falar do Direito Penal do Inimigo, um ponto relevante se sobressalta aos olhos dos doutrinadores, no tocante a possibilidade ou impossibilidade de sua aplicação em países democráticos, sendo esta uma das principais críticas a essa teoria. O Direito Penal do Inimigo, se resumiria em um direito penal de exceção, que existiria como uma forma de se tratar mais rigorosamente determinados indivíduos, os chamados “inimigos”. As demais pessoas, consideradas cidadãos, seriam alcançados pelo Direito Penal comum. No entanto, muito se discute sobre a possibilidade de aplicação de uma política criminal de exceção, onde algumas pessoas são tratadas de forma diferenciada da maioria da sociedade. Sendo, desta forma, de extrema importância se avaliar essa teoria que vem ganhando força no ordenamento jurídico pátrio, apesar de se encontrar disfarçada de boa vontade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo. Países Democráticos, Teoria do Risco.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the theory of the Criminal Law of the Enemy and its application in democratic countries. The account in the application of the laws, the non-relevant one is startled to eyes of the doctrinators, is not possible for the application in their democratic ones, which is the one critical and to a critical theory. The Criminal Law of the Enemy, can be summed up as a criminal law of exception, which exists as a way of treating more strictly the individuals, the so-called "enemies". Too many people, void citizens, achieved by common criminal law. However, much is discussed about a possible application of a criminal policy of exception where some people are treated differently from the majority of society. Being, in this way, of extreme importance, the same as that which comes from time, comes by force in the order of the day, despite finding it disguised with good will.

KEYWORDS: Criminal Law of the Enemy. Democratic Countries, Risk Theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE MODERNA	8
2.1 A globalização e seu reflexo no ordenamento jurídico.....	8
2.2 A sociedade de riscos, incerteza, inseguranças e medo.....	10
3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO	15
3.2 Direito penal do inimigo: origem, conceito e significado.	15
3.3 Pessoas versus inimigo.....	18
3.4 Principais características normativas da teoria de Jokobs.....	20
4 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	22
4.1 A terceira velocidade do Direito Penal	22
4.2 Redução e/ou supressão de garantias penais e processuais penais	23
4.3 A influência do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira	240
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
REFERÊNCIAS.....	27

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho realiza uma abordagem sobre o Direito Penal do Inimigo e sua aplicação no Direito Penal contemporâneo.

O Direito Penal de hoje é resultado de uma evolução histórica da sociedade. Com a globalização, avanços tecnológicos e científicos intensos, a sociedade passou a ser cada dia mais dinâmica, evoluindo exponencialmente. O mundo passou a registrar transformações imediatas e incontroláveis, o que gerou o surgimento de novos riscos, levando a sociedade a assumir uma postura de insegurança e medo, em especial, sobre o elevado aumento da criminalidade, e de suas novas roupagens.

Esses novos riscos, frutos da evolução social, da globalização da economia, do desenvolvimento dos novos e avançados meios de comunicação e tecnologia, fazem com que as pessoas dessa era reajam de forma, muitas das vezes, irracional tendo em vista a imensurável incerteza vivida nos dias de hoje. A sociedade acaba por se submeter a uma política de segurança pública que por vezes viole garantias individuais.

Dessa forma, a sociedade atual, clama pela solução das novas demandas, e passa a exigir do Estado uma ação mais enérgica e rápida, para tentar solucionar os novos riscos. Assim, o Estado acaba por estender a proteção a novos bens jurídicos, configurando com isso um novo caráter expansivo de antecipação de tutela penal. Esse ramo do direito, denominado do risco, é pautado em uma política criminal que se preocupa tanto com a prevenção como com a repressão exacerbada, o que se identifica com um modelo de Direito Penal de terceira velocidade, o qual se denomina Direito Penal do Inimigo.

A referida teoria tem como principal doutrinador Günther Jakobs, que foi seu criador, e possui como base, filósofos contratualistas, como Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes. No entanto, a maioria dos juristas estrangeiros e brasileiros, combatem fortemente o conceito de Direito Penal do Inimigo, e repudiam a sua existência em um meio democrático.

Segundo a teoria do Direito Penal do Inimigo, as pessoas renunciariam a alguns de seus direitos para um governo ou autoridade com a finalidade de

conseguir vantagens de ordem social. Trata-se aqui do contrato social, que pode ser definido como um acordo entre os membros da sociedade que por meio daqueles reconhecem a autoridade, e se submetem a um conjunto de regras, seja de um regime político ou de um governante.

Com esse contrato, surge para o Estado o direito de punir mais rigorosamente aqueles que rompessem o contrato ou que dele nunca fizeram parte. O mesmo ocorreria no Direito Penal do Inimigo, no qual aqueles considerados inimigos, por não oferecerem uma garantia cognitiva do comportamento pessoal, teriam uma punição mais rígida do que os considerados cidadãos.

Para estes criminosos considerados mais perigosos ou reincidentes, a lei deveria restaurar a ordem aumentando os níveis punitivos e os penalizando com maior severidade.

É comum na sociedade moderna, que as pessoas vejam umas às outras como pessoas comuns e não como inimigos. Ver o outro como um inimigo, implica em senti-lo como uma pessoa diferente de você, não merecedor dos mesmos direitos e deveres que você. Portanto, para o Direito Penal, não seria muito diferente, tratar o outro como inimigo é a mesma coisa, a única diferença é que neste caso é o Estado que decide quem é o inimigo, é o Estado quem determina qual deve ser a punição para os crimes praticados por este inimigo.

Tal teoria, como já mencionado, foi fortemente criticada. Tendo os doutrinadores, em sua quase totalidade, a considerado inviável de aplicação em um Estado Democrático de Direito.

Vários são os questionamentos sobre o Direito Penal do Inimigo, e o trabalho que pretende se desenvolver, está longe de conseguir responder a todas, mas pretende dar uma visão panorâmica de alguns doutrinadores, e por fim demonstrar como a legislação de diversos países, que se dizem democráticos, utilizam desta teoria de forma velada. Apesar das variadas críticas, é certo que o Direito Penal do Inimigo está presente em grande parte do Direito Penal de hoje, e ainda se mantém mais atual do que nunca.

O presente projeto justifica-se pela necessidade e relevância do estudo do tema em tela, qual seja, a aplicação do Direito Penal do Inimigo nos ordenamentos jurídicos democráticos, em especial no Brasil. O Direito Penal do Inimigo, tem se apresentado discretamente nas legislações de países

democráticos, sob a influência da pressão trazida pela sociedade, que se vê cada vez mais insegura e com isso clama por respostas mais imediatas e céleres por parte do Estado.

O presente estudo será realizado por meio de pesquisa bibliográfica, que se dará através de levantamento bibliográfico realizado por meio de leitura crítica da doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema em tela. Pretende-se verificar a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, em países democráticos, através de uma política criminal de Exceção.

Por fim, esta monografia será exposta em três capítulos, onde no primeiro se fará uma análise geral do Direito Penal na sociedade moderna. No capítulo seguinte será abordado o Direito Penal do Inimigo e por último se estudará a aplicação do Direito Penal do Inimigo em países democráticos.

2 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE MODERNA

2.1 A globalização e seu reflexo no Ordenamento Jurídico.

A globalização por ser um fenômeno econômico, auxilia na produção da criminalidade, tanto da macrocriminalidade como da microcriminalidade, por não fazer distinção de classes sociais. Para compreender este contexto é necessário realizar um breve relato temporal.

Na Europa, no final do século XIX, houve um intenso movimento de emigração, onde as pessoas saíram do campo em sentido as cidades, devido ao processo de industrialização. As cidades, por sua vez, não estavam preparadas para esse grande fluxo de pessoas, o que acarretou na proletarianização dos camponeses, e estes foram aos poucos, perdendo suas referências religiosas, culturais e até profissionais. Contudo, muitos dos migrantes se envolveram com a marginalidade, praticando algum tipo de delito, em especial os que eram contra o patrimônio.

Conseqüentemente, se teve a alteração da finalidade da pena, que anteriormente tinha por objetivo reprovar e punir o ato infracional praticado, e passou a ter, além do caráter repressivo e retributivo, também o preventivo, buscando intimidar o delinquente ocasional, ressocializar o delinquente habitual, mas ainda corrigível e ainda neutralizar o delinquente incorrigível. Surgiu nessa época também medidas de segurança a serem aplicadas a depender da periculosidade do agente infrator.

Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, novo fenômeno migratório aconteceu, devido a fatores econômicos e culturais, e novamente se questionou a finalidade da pena, se esta deveria ser preventiva, retributiva ou mista.

A globalização surgiu devido à necessidade de interdependência entre os povos e países. Esse fenômeno de integração não ficou limitado somente ao continente europeu, mas sim em todo o mundo, e afetou os mais diversos aspectos, tais como políticos, econômicos, jurídicos, entre outros.

Diante dessa necessidade de integração entre os países, as fronteiras nacionais começaram a cair, e com a internacionalização da economia, grandes grupos econômicos, comerciais e políticos, foram surgindo como a

ALCA, MERCOSUL, UNIÃO EUROPÉIA, NAFTA e G8, além da formação de organizações internacionais, como a ONI, o FMI, a OIT e a AIEA.

No entanto, relevante ressaltar que junto com a globalização, sérias consequências foram surgindo, tais como a redução dos espaços geográficos, a evolução desenfreada dos meios de comunicação, o aumento da pobreza mundial, a destruição descontrolada do meio ambiente, aumento das reclamações sobre os direitos humanos, e com tudo isso, se aumentou circunstancialmente as demandas penais, e a prática de delitos.

Segundo Jakobs, alguns problemas no sistema jurídico podem ser titulados como frutos da globalização, como a constante desespecificação de ordenamentos normativos, o conflito nas relações entre os distintos ordenamentos específicos e, sobretudo, a ingerência jurídico-penal em ordenamentos alheios. (JAKOBS, 2009, p. 36)

Dessa forma, se torna inegável a influência da ordem econômica sobre a ordem jurídica, principalmente após o movimento de globalização.

Raul Zaffaroni, cita algumas das principais características da economia que se desenvolveram no contexto da globalização, sendo elas, a Revolução Tecnológica e Comunicacional; a redução do poder regulador econômico por parte do Estado; aceleração do capital; redução de custos por corte de pessoal; competição entre os poderes políticos para atrair investimentos; crescente desemprego e deterioração salarial; especulação financeira, institucionalização de refúgios fiscais, redução de precauções fiscais, entre outras. (ZAFFARONI, 2000, 14-15)

A constante busca pelo lucro, faz com que os riscos corridos pelo mercado ultrapassem a linha do permitido. E é extremamente difícil coibir tais ações, principalmente por não existir um sistema jurídico universal, que estipule termos éticos mínimos como parâmetro.

O enfraquecimento de um sistema político, pode acarretar severas consequências para uma democracia, em especial, para garantir a segurança pública, regular as relações trabalhistas e para promover o bem-estar social.

O sistema jurídico, não se encontrava preparado para as grandes mudanças causadas pela globalização, situação que se agrava a cada dia mais diante do forte avanço tecnológico, da despreparação do judiciário para atender demandas até então desconhecidas.

Apesar de todo o desenvolvimento e todas as novidades, as novas demandas penais não se diferenciam em muito de sua base criminal tradicional, mais possuem agora maior extensão.

Celso Fernandes Campilongo, sobre os efeitos da globalização preleciona:

Não faltará quem diga que as desilusões geradas pela democracia e pela globalização, ao invés de serem atribuíveis à baixa complexidade das perspectivas valorativas, sejam produzidas pelas desigualdades, injustiças e perversidades de relações sociais concretas. Há quem insistia na linearidade, causalidade e determinismo das relações sociais. Como se mais participação sempre provocasse, necessária e inequivocamente, mais legitimidade, e esta mais igualdade, e daí mais justiça, num incessante círculo virtuoso. A globalização seria a negação disso tudo e, conseqüentemente, um círculo vicioso. Tudo simplório demais para ser levado a sério. Não há soberania mundial, mas sim consenso forçado. Não há oposição, mas capitulação ou resistência. Não há cronologia nem variabilidade de opções, mas cartilhas unilaterais. E, onde há incerteza ou indeterminação, não pode haver democracia. (CAMPILONGO, 2000, p. 123-124)

Portanto, essas mudanças acabam por enfraquecer o Poder Público e todo o aparato de garantias que o Direito tutela.

Kelly Cardoso da Silva, aduz que:

A globalização econômica está corrompendo o sistema jurídico, seja defendendo a descriminalização de condutas que obstaculizem a eficiência econômica, seja amparando a criação desarrazoada de novos tipos capazes a proteger interesses que possibilitem a maximização de riquezas. (SILVA, 2016, p. 12)

Certo é que o sistema jurídico não se encontra preparado para as novas e intensas mudanças que a globalização tem revelado.

2.2. A sociedade do medo e insegurança

Nos últimos anos, muito tem-se discutido na Alemanha e no mundo sobre os problemas atuais do ramo do Direito Penal. Forte debate é enfrentado pela doutrina penal, relativo a evolução dessa área do direito, que vem sofrendo com a elevada influência da chamada “sociedade de risco”, que trata-se de um modelo sociológico em ascensão nos últimos tempos.

O sociólogo Ulrich Beck, desenvolveu um modelo teórico baseado na concepção da sociedade de risco, e tal modelo se incorporou rapidamente nas

teorias que tratam da evolução do Direito, tanto na área penal, como também nas demais áreas do ordenamento jurídico.

Esse modelo sociológico, baseado na sociedade de risco apresenta algumas características primordiais, tais como, crescimento da orientação, prevenção e transformação do controle penal de conflitos e a ampliação das fronteiras da punibilidade. A discussão sobre a influência desse modelo sociológico no Direito é de grande extensão, por abranger várias questões globais, que podem indicar um aumento da intervenção penal com intuito de prevenir riscos, mas que podem custar fortes transformações estruturais e de garantias no âmbito penal.

Para essa investigação, o que se tem interesse é a discussão envolvendo o meio estritamente jurídico. Se analisará aqui a influência dessa configuração da sociedade de risco para a perspectiva jurídica.

Silva observa que “o bem-estar social sofreu grande influência da globalização e do avanço tecnológico que deu origem a novas demandas. ” (SILVA, 2016, p.11)

O conceito de “sociedade de risco”, surgiu do elevado número de indivíduos que tem sido considerado como meio de risco pessoal e patrimonial, assim assevera Ulrich Beck.

Os avanços tecnológicos, científicos e econômicos estimularam e muito a sociedade de risco, apesar de serem considerados como conquistas do capitalismo, são diretamente responsáveis pelos novos e aumentos dos velhos perigos e ameaças que caracterizam essa nova sociedade.

Ulrich Beck apresenta o conceito de risco:

Designa um estágio da modernidade em que ameaçam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, impondo-se a necessidade de considerar a questão da autolimitação do desenvolvimento que desencadeou essa sociedade. A potencialização do risco, que está marcada por ameaças e debilidade que projetam um futuro incerto. (BECK, 2002, p. 14)

O uso do termo “sociedade de risco” implica em críticas negativas as sociedades pós-industriais, devidas a evolução tecnológica, a implementação do sistema de produção e de consumo que ameaça massivamente os

cidadãos, uma vez que levam a aparição de novos riscos para a sociedade moderna.

A falta de conhecimento dos riscos ou dos meios que podem produzir os riscos, é, essencial para a conceituação da terminologia “sociedade de risco”, pois é pressuposto que as pessoas da sociedade contemporânea são responsáveis pelos riscos impostos a si mesmas, produzem o seu próprio perigo. O desenvolvimento tecnológico da sociedade moderna não é compreendido em sua completude, o que remonta a imprevisibilidade do futuro. Tudo isso desencadeia na busca incessante pela segurança

Silva explica que:

De acordo com a caracterização da sociedade de risco, parte-se de uma sociedade cujos membros vivem mais seguros, mas que, paradoxalmente, possuem uma crescente sensação subjetiva de insegurança. Com isso, a demanda especificamente normativa de segurança busca não somente a proteção objetiva frente a riscos e perigos, mas a possibilidade de assegurar a proteção, a confiança ou segurança, convencendo os membros da sociedade que estão livres de temores. (SILVA, 2016, p. 12)

Esses dois fatores quando interligados, quais sejam, risco e insegurança, ou seja, o medo do risco com a busca incessante pela segurança, tem levado uma forte aspiração da sociedade, os indivíduos exigem do Estado, cada vez mais, a prevenção dos riscos. Essa busca incansável tem se tornado o motivo central da ordenação social.

O problema maior frente essa demanda constante da sociedade, é que o destinatário final de todas as exigências feitas pela opinião pública, a mídia e até mesmo pelas autoridades, é o Direito Penal e Processual Penal, que se vê forçado a se desenvolver intensamente em um curto espaço de tempo, para conseguir realizar o controle dos novos riscos que estão surgindo e sendo impostos a sociedade diariamente.

Para assumir esse papel de ser o responsável direto pela segurança das pessoas, papel este, que não deveria lhe pertencer, muito menos, ser-lhe exclusivo, pressupõe-se uma intervenção penal excessiva, que culminaria no desenvolvimento de um Estado preventivo. No entanto, o Direito Penal, sob a ótica do modelo clássico liberal, inclina-se mais para a segurança dos bens

jurídicos mais importantes, assim, se tornaria o Estado da segurança, o que colocaria em cheque aspectos garantistas do Direito Penal.

Consoante Silva:

Gera-se uma mudança de perspectiva no Direito Penal, de um modelo fundamentalmente reativo-repressivo e limitador a um preventivo, que, ao menos em alguns âmbitos, como no sistema político-administrativo, conduz a um Estado intervencionista e em certo sentido também a um Estado de Segurança. (SILVA, 2016, P. 13)

A questão central agora a se elucidar efetivamente o conceito de sociedade de risco, segundo as reflexões jurídicas.

Parte-se do pressuposto de que os novos riscos surgem e se desenvolvem por meio de atuações humanas individuais e coletivas, e se apresentam, pelo menos de início, suscetíveis de serem controlados, daí a ideia de que o Direito Penal, seria o meio adequado para se proteger a sociedade dos novos e perigosos riscos.

Novamente Silva, com maestria, explica:

Se a sociedade de risco tem uma verdadeira necessidade de minimizar a insegurança e esta necessidade se traduz na tendência a conter, com ajuda do Direito Penal, a formação de perigos não consentido em uma etapa muito inicial de seu desenvolvimento, excluindo já em fases antecipadas determinadas classes de comportamento que poderiam ser iniciadoras de perigos, o conceito de sociedade de risco poderia servir como chave para o entendimento de um Direito Penal que se encarregou do tratamento dos perigos e inseguranças subjetivas.

O Direito Penal do risco é uma criação conceitual crítica com a que se designaria uma forma de desenvolvimento e um conjunto de modificações estruturais pelas quais o Direito Penal se adaptou. Deste ponto de vista mais crítico, com as consequências que a nova penetração da ideia de risco no Direito Penal traz consigo, a questão crucial não seria tanto o surgimento do Direito Penal de risco, mas quais são as consequências para esse ramo do direito e até que ponto estas podem supor uma autêntica crise jurídica. (SILVA, 2016, p. 13)

O Direito Penal, passou assim a possui um intenso potencial para controlar os novos riscos, mas essa imputação se deve à grande demanda social por segurança, através de um controle penal.

A sociedade se encontra preocupada com as novas formas de criminalidade, e, por esse receio, é que o Direito Penal, vem sendo escolhido como instrumento para garantir a segurança dos indivíduos. Acredita-se que

utilização de medidas criminais é medida mais eficiente do que outras medidas de cunho político social ou econômica. O Direito Penal nesse caso, perde sua finalidade, deixando de ser considerado como *última ratio*, e perdendo seu caráter subsidiário.

Vale ressaltar que não se questiona no presente o direito de a sociedade clamar por segurança, uma vez que se trata de direito com previsão constitucional, mas sim, se o Direito Penal é o meio mais eficaz para atender a esses anseios sociais.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.1 Direito penal do inimigo: origem, conceito e significado

Como já mencionado anteriormente, a dogmática criminal tem se estabelecido fundada nas características da sociedade moderna, onde se tem um número elevado de demandas, onde o risco passou a fazer parte da vida social e com isso resultou na constante sensação de insegurança, que só aumenta diante das informações transmitidas pelos diversos meios de comunicação e pela opinião pública.

O Direito Penal tem se afastado mais a cada dia do modelo clássico, fundando-se no crescimento excessivo da legislação e em elaboração de tipos penais e instrumento processuais novos, caracterizando o conhecido Direito Penal Máximo.

Dentro desse modelo do Direito Penal, Günther Jakobs, se destaca como um dos doutrinadores de maior agressividade, tendo ele teorizado o chamado Direito Penal do Inimigo.

Nascido em Mönchengladbach, na Alemanha, no ano de 1937, graduou-se bacharel em direito pela Universidade de Bonn, em 1967. Seguidor dos ensinamentos de Welzel, tem sido apresentado como um dos doutrinadores mais respeitado e polemico da era pós-moderna, tendo idealizado o funcionamento sistêmico baseado na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

Diante disso, sustenta Jakobs que o Direito Penal, tem por função precípua reafirmar a vigência da norma, e somente se prestaria a tutela indireta dos bens jurídicos fundamentais. A pena funcionaria como um meio de se auto preservar o sistema jurídico penal, um modo de estabilizar faticamente uma prática delituosa.

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi publicada pela primeira vez no ano de 1985, em Frankfurt, durante uma palestra realizada em um Seminário de Direito Penal, tendo sido a referida exposta de uma forma mais descritiva.

A referida teoria causou inicialmente uma boa impressão na doutrina alemã, no entanto, algumas dúvidas foram surgindo, como o questionamento se a teoria seria somente uma descrição de parte da legislação alemã, ou um

conceito do autor de submissão. Mas para Jakobs, a sua teoria não passava de uma descrição da realidade. Silva, sobre Jakobs e sua teoria leciona que:

Jakobs afirmou, por exemplo, que em um Estado Liberal, o autor de um delito seria considerado somente um cidadão, e não um inimigo. Também consta que o referido teórico considerava que o Direito Penal do Inimigo não seria já um direito, mas luta ou guerra, sendo sua denominação meramente eufemística. Ainda, salientou que o Direito Penal do Inimigo seria totalmente incompatível com um ideal de um Estado de Direito. (SILVA, 2016, p. 24)

Logo após passar o frenesi que a Teoria do Direito Penal do Inimigo causou, passaram a questionar se Jakobs não estaria sendo contraditório em sua própria concepção de Direito Penal e ainda sobre os fins da pena.

Somente em 1999, é que Jakobs apresentou ao mundo o Direito Penal como seu conceito definitivo, e só então passou a defender fortemente sua teoria, dando a mesma maior publicidade.

Relevante destacar que a Teoria do Direito Penal do Inimigo é fundada na Teoria dos Sistemas Sociais que tem por base a comunicação, ou seja, a pessoa existe para suas relações sociais.

Jakobs, sustenta que:

[...] de acordo com uma cômoda ilusão, todos os seres humanos, enquanto pessoas, estão vinculados entre si por meio do direito. Esta suposição é cômoda porque exime da necessidade de iniciar a comprovar em que casos se trata, na realidade, de uma relação jurídica e em que outros de uma situação não jurídica; de certo modo, como jurista, nunca se corre o risco de topar com seus limites. É ilusória porque um vínculo jurídico, quando se pretende que concorra não só conceitualmente, senão na realidade, há de constituir a configuração social; não basta o mero postulado de que tal constituição deve ser. Quando um esquema normativo, por mais justificado que esteja, não dirige a conduta da pessoas, carece de realidade social...Idêntica à situação a respeito do Direito em si mesmo é a das instituições que cria e, especialmente, da pessoa: se já não existe a expectativa séria, que tem efeitos permanentes de direção da conduta, de um comportamento pessoal – determinado por direitos e deveres -, a pessoa degenera até converter-se em mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente. Isso significa, para o caso da conduta cognitiva, o aparecimento d indivíduo perigoso: o inimigo” (JAKOBS, 2009, p. 9 e 10)

Kelly Cardoso da Silva sobre a Teoria de Jakobs, por sua vez, explica que

Considera Jakobs que os inimigos não são pessoas. O conceito de pessoa, entretanto, para o citado autor não pode ser confundido com o conceito de ser humano. Como adota a base sistêmica de Luhmann, o jurista alemão refere-se à “pessoa” como a forma pela qual o sistema social é construído. Somente pode ser considerada pessoa aquele indivíduo que oferece uma garantia cognitiva satisfatória de um comportamento pessoal, e isso advém da premissa de que toda a normatividade, para ser real, precisa uma base cognitiva. (SILVA, 2016, p. 25)

Se não houver essa base cognitiva, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade em relação ao crime e passa a ser uma reação contra um inimigo.

Novamente Silva preceitua que

Essa garantia representa que o indivíduo está inserido em um Estado de cidadania. Todavia, quando este indivíduo não aceita entrar neste estado de cidadania, não poderá participar dos benefícios que este proporcional, permanecendo no estado de natureza representado pela ausência de normas, de liberdade e lutas excessivas. (SILVA, 2016, p. 25)

Assim, segundo os conceitos de pessoa apresentado por Jakobs e Luhmann, o sujeito livre, sempre terá responsabilidades. “Ser pessoa significa representar um papel (é a representação de uma competência socialmente compreensível)” (SILVA, 2016, p. 25)

Assim, existiria uma separação jurídica entre o indivíduo que vive com base em sua consciência e aquele que vive pautado na comunicação.

Nesse aspecto a pessoa seria uma construção social, e assim, nem todo indivíduo pode ser considerado pessoa no termo jurídico-penal. O que resultaria na afirmação que o inimigo não poderia ser considerado como uma pessoa pelo Estado.

Silva, assim pontua quem seriam as pessoas a serem consideradas como inimigos:

Em um primeiro momento pode-se afirmar que criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais rigorosas são os indivíduos potencialmente tratados como inimigos, aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de vão continuar fiéis à norma. Desta forma, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de pessoa. Uma vez que não se amoldam em sujeitos

processuais não fazem jus a um procedimento penal legal, mas sim, um procedimento de guerra. (SILVA, 2016, p. 26)

Assim, a referida teoria sugere a separação e aplicação de um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. No entanto, como conciliar a aplicação de um Direito Penal diferente a depender do indivíduo, em um Estado democrático, sem ferir os direitos e garantias individuais.

É certo que a regulamentação de direitos fundamentais passou a ser imprescindível para a configuração da democracia, delimitando um âmbito de atuação do Poder Público no desenvolvimento social e jurídico das pessoas para evitar abusos do Estado contra seus cidadãos.

Assim, os direitos e garantias fundamentais foram conquistados ao longo do tempo e sua conquista refletiu, principalmente, em uma limitação ao *ius puniedi* estatal.

E esta é a maior crítica a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo. Essa teoria não encaixaria em um sistema democrático, por ferir direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, o direito a igualdade.

3.2 Pessoas versus inimigo

Conforme já mencionado anteriormente, o Estado teria duas maneiras diferentes para tratar os delinquentes, como indivíduos que não respeitaram uma regra imposta a sociedade, mas não se distanciaram de forma permanente desta, e, como indivíduo de extrema periculosidade, que devem ser impedidos de atrapalhar o ordenamento jurídico e prejudicar a sociedade por meio de coação.

Segundo Jakobs, ambos os tratamentos são legítimos, e possuem seu espaço no ordenamento, podendo conviverem em harmonia. No entanto, as mesmas, não podem ser usadas uma no lugar da outra de maneira equivocada.

Relembrando que a personalidade de um indivíduo, segundo a Teoria do Direito Penal do Inimigo, pautada na Teoria dos Sistemas sociais, só pode ser tratada como real, quando verificado que este corresponde as expectativas de uma vida em sociedade. “Assim, quem não proporciona uma segurança cognitiva satisfatória de um comportamento pessoal não deverá ser tratado

pelo Estado como pessoa, pois prejudicaria o direito à segurança dos demais. ”
(SILVA, 2016, p. 32)

Daí surgiria a necessidade de se separar o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, não devendo as duas se amontoarem, por irem contra aos fundamentos de um Estado de Direito.

Como visto, segundo as teorias acima citadas, a pessoa só existe em função das suas relações sociais. Dessa forma, é que Jakobs, afirma que inimigos não podem ser consideradas como pessoas, uma vez, que diante do conceito por eles adotados, pessoa deve ser considerada diante da forma como se compõe a sociedade, e o indivíduo, deve oferecer uma garantia cognitiva em relação ao seu comportamento pessoal.

Quando essa garantia é negada ou inexistente, o Direito Penal ganharia uma função, como reagente de uma sociedade vilipendiada, e por isso deve agir contra o cidadão que praticou um crime, seria uma reação contra o inimigo.

Jakobs Sustenta ainda que:

Além da certeza de que ninguém tem direito de matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também à pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer uma troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário. (JAKOBS, 2003, p. 55)

O conceito de pessoa, analisado de tal maneira, corresponde, portanto, em uma construção social, e não como algo inerente da natureza. E assim, não se pode englobar todos os humanos como pessoas, devendo os inimigos serem excluídos dessa denominação jurídico-penal.

Eugênio Raul Zaffaroni, por sua vez, sobre o tema disserta:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo, consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõem estabelecer a distinção entre cidadão (pessoas) e inimigos (não-pessoa), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivos pelo qual deixaram de ser considerados pessoas (...) (ZAFFARONI, 2000, p. 18)

Jakobs se posiciona da seguinte forma, sobre o inimigo:

O inimigo é um indivíduo, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por de sua conduta. [...] Se a característica do inimigo é o seu abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de penas.(JAKOBS, 2009, p.55)

Assim, qualquer criminoso de alta periculosidade deve ser tratado como inimigo, por se afastarem dos preceitos do Estado de Direito, e por não oferecerem garantias de percepção adequadas ao convívio em sociedade de que permanecerão cumprindo as normas. E sendo, esses indivíduos, considerados como inimigos dos Estado, não teriam direito a qualquer benefício concedido por este aos seus cidadãos, e sendo, portanto, merecedor do procedimento de guerra.

3.3.Principais características normativas da teoria de Jakobs

A sociedade buscou regulamentar de forma jurídica os atos e procedimentos de guerra a serem adotados contra os chamados inimigos, como meio de combatê-los, se caracterizando como um Direito Penal de Terceira Velocidade.

Destaca-se algumas das características do chamado Direito Penal do Inimigo:

- Antecipação da aplicação da pena, através da tipificação de atos preparatórios;
- Revela-se como uma teoria política-criminal, onde se separa cidadãos de inimigos, conferindo-lhes a estes um tratamento mais forte e rigoroso;
- O inimigo é punido através de medida de segurança e não por meio de pena, sendo esta destinada exclusivamente aos considerados cidadãos;

- A pena aplicada ao inimigo deve ser proporcional a sua periculosidade e não de acordo com sua culpabilidade;
- As medidas a serem aplicadas em desfavor do inimigo não levam em consideração atos pretéritos, ou seja, antecedentes ou ficha pregressa, mas o perigo que este representa para sociedade futuramente;
- Trata-se de um Direito Penal do futuro, e não do passado;
- Pode ser considerado uma modalidade de Direito Penal de autor,
- O inimigo não é considerado como pessoa, ou seja, um sujeito de direito e deveres,
- Já o cidadão, mesmo após praticar algum delito, manterá o seu status de pessoa, o que não ocorre como o inimigo;
- A finalidade do Direito Penal do cidadão será sempre manter a vigência da norma; enquanto que o Direito penal do inimigo busca veementemente combater qualquer tipo de risco.
- O Direito Penal do inimigo antecipa a tutela penal, de modo que a norma aumenta seu espectro de proteção.

Outras características desse Direito Penal do Inimigo, são citadas por Silva, sendo elas a flexibilização do princípio da legalidade, inobservância dos princípios da ofensividade, da exteriorização, da imputação objetiva, do fato, entre outros; o aumento exacerbado das penas; a criação de novos delitos artificiais; o recrudescimento da execução; a aumento da antecipação da tutela penal e a supressão de direitos e garantias processuais fundamentais. (SILVA, 2016, p. 35)

Essas características apresentadas são encontradas em doutrinas iluministas, e ainda continuam sendo adotadas legislação penal brasileira, no entanto, colide com direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, e, portanto, não deveriam estar presentes em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

4 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

4.1 A terceira velocidade do Direito Penal

O doutrinador Jesus Maria Silva Sanches, baseando-se na teoria de Jakobs e levando em consideração as inovações que já se apresentavam recentemente no modelo clássico de inspiração iluminista, apresentou nova classificação do Direito Penal, que passou a ser alvo de grandes críticas, tanto de doutrinadores nacionais e internacionais, ficando esta conhecida como “as velocidades do Direito Penal”

Moraes (2009, p. 230) por sua apresenta uma definição para as velocidades do Direito Penal:

A Primeira Velocidade: baseada no modelo clássico-liberal, e repassa a ideia de Direito Penal da prisão por excelência, onde se mantém estrutura firmada nos princípios político criminais iluministas.

A segunda velocidade, por sua vez, contempla garantias penais e processuais penais, mais flexíveis e proporcionais, usadas em conjunto com penas não privativas de liberdade, que seriam as pecuniárias e as restritivas de direito;

Por fim, se tem a terceira velocidade, que representa um Direito Penal fundado na pena de prisão, com a adoção de uma ampla relativização de direitos e garantias político-criminais, com regras processuais de maior imputação, o que são características do Direito Penal do Inimigo.

Verifica-se, diante de todo o exposto até agora, que as singularidades que o Direito Penal moderno apresenta unida as inovações ocorridas na sociedade globalizada, que surgiu pós reforma industrial, se caracteriza pela criminalidade organizada, pelo terrorismo e por outros crimes de maior potencial ofensivo, e, estes, tem influenciado na criação de novas normas processuais características de uma legislação de guerra.

Os elementos citados levaram ao surgimento de um novo modelo político-criminal, que ficou conhecido como Direito Penal de terceira velocidade.

Dessa forma, tudo indica o uso e conjunto dos Direitos Penais de primeira e segunda velocidade e um terceiro modelo que seria de um direito penal de exceção.

4.2 Redução e/ou supressão de garantias penais e processuais penais

De todos os pontos apresentados até agora sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo, o que mais se destaca, e, é alvo de duras críticas e inconformismo é a Revolução ou a supressão de garantias penais e processuais penais. Sendo uma das características mais relevantes da teoria de Jakobs, que vem sendo adotada por todo mundo, devido ao aumento circunstancial dos incidentes de alta periculosidade envolvendo organizações criminosas e atos terroristas.

Os Estados têm buscado na Teoria do Direito Penal do inimigo uma forma de tornar as normas penais vigentes mais efetivas, de modo que a sociedade possa sentir maior segurança, uma vez que, esta tem vivido com medo e insegurança diante do elevado número de crimes e violência vivenciados atualmente. Assim a referida teoria surge como uma tábua de salvação para atuação política dos governantes. É vista como uma solução para problemas sociais, jurídicos e políticos.

Hoje em dia, se tem observado uma forte tendência em aceitar a supressão e a redução de direitos e garantias fundamentais tão duramente conquistados, no entanto, a sociedade tem se mostrado disposta a perder direitos para se verem mais seguras.

Nesse aspecto salienta Jakobs:

Como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar for do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito; o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. [...] Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, insto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa. (JAKOBS, 2009, p.148-151)

Logo, se tem um procedimento que não respeita o devido processo legal, determinado através de um poder legislativo, pelo contrário, apresenta-se

um procedimento sem limites bem delineados, que pode ser tratado inclusive pelo Poder Executivo, tendo em vista, que é comparado a atos de guerra.

4.3 A influência do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira

No Brasil pode-se presenciar uma hipertrofia legislativa, como bem observa Silva (2016, p. 37). Trata-se de uma marca da sociedade pós-industrial, que busca solucionar as novas demandas penais que foram surgindo com a globalização.

Dentre as novas normas, pode ser citada como exemplos dessa expansão legislativa, a Lei de nº. 6.368, de 21 de outubro de 1976, que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. A referida Lei foi posteriormente substituída pela Lei de nº 11.343/2006, com o mesmo objeto e finalidade.

Se tem a Lei de nº. 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências;

Posteriormente veio a Lei de n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Em sequência podemos destacar a Lei de nº.8.072, de 5 de janeiro de 1989, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Logo em seguida foi criada a Lei de n.º 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Dois anos depois se tem a Lei de n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências.

Alguns anos depois se tem a criação da Lei de nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

No mesmo anos surge ainda a Lei de nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e

munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.

Por fim, ressalta-se aqui sobre a Lei de nº. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, também conhecida como Lei do Abate, que dispõe em seu artigo 303:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V - para averiguação de ilícito.

§ 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. (Regulamento)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.614, de 1998) (Regulamento) (Vide Decreto nº 8.265, de 2014)

Como pode ser visto o referido artigo, só veio a entrar em vigor no ano de 2004, através de regulamentação da pelo Decreto Presidencial de nº. 5.144/2004, conforme prevê o seu artigo 5º.

Ocorre, contudo, que muitas são as manifestações contrárias a essa autorização legislativa para a realização de abate de aeronaves em relação ao texto constitucional, por ser ferir os princípios da inviolabilidade, do direito à vida, a proibição de pena de morte em tempos de paz, e ainda o devido processo legal, sendo todas as garantias citadas, consideradas cláusulas pétreas, o que torna vedado manifestações em sentido oposto.

Conforme se vê, as normas com adoção de políticas criminais de combate e excepcionais, apresentam as alterações que a sociedade vem vivenciando, demonstrando de forma contundente como Estado tem transformado o modo de tratar seus membros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com subjetiva insegurança, incrementada pela mídia, a globalização econômica, avanços tecnológicos e científicos, tem-se a criação de uma sociedade de risco, na qual os membros da sociedade possuem uma crescente sensação coletiva de insegurança, principalmente através da transmissão de imagens de violência, de crimes contra o patrimônio, dos delitos contra a vida, fazendo assim, que a sociedade clame pelo aumento da intervenção punitiva.

Ocorre uma pressão popular sobre o Poder Executivo e sobre o Poder Legislativo, para que se alcancem céleres soluções ao fenômeno da criminalidade. E com base em interesses eleitoreiros, responde o Poder Público com o tão aclamado Direito Penal.

Deste modo, o Direito Penal, se vê forçado a controlar (pelo menos simbolicamente) os novos perigos. Serve esse ramo como um verdadeiro instrumento político, uma arma para angariar votos.

O Direito Penal assumiu o centro da discussão, expandindo o seu raio de intervenção, se mobilizando para a exterminação do tríplice mal: crime, criminalidade e criminoso. O processo de modernização do Direito Penal acentua-se por uma flexibilização de instrumentos jurídicos-penais em interesse de uma adaptação para as crescentes situações de ameaça e as necessidades de proteção, flexibilização a capacidade de adequação que põem em dúvida uma estrita sujeição aos princípios já consolidados. O Direito Penal perde sua função de garantia da liberdade e se transforma em um elemento de intervenção flexível do Estado.

Uma nova política criminal vem sendo amplamente utilizada nos ordenamentos jurídicos, em especial no brasileiro, onde tentam, com isso, acobertar a ineficiência do Estado no enfrentamento de determinados problemas sociais, tem adotado uma legislação de exceção, com traços de um Direito Penal do Inimigo. O Estado, assim tem agido de forma legitimada pela sociedade, que pelo medo e pela insegurança acaba exigindo respostas rápidas e aparentemente eficazes.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **A sociedade do Risco Global**. Madrid: Siglo XXI da Espanha, 2002.

BRASIL. **Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Publicado no DJU em 20 de dez. de 1986. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm> Acesso em: 18 de nov. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa: apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal. v. I, São Paulo: Manole, 2003.

_____, **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4 ed. Organização e tradução de André Luiz Callegari e Nereu Giacomollo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MORAIES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Kelly Cardoso da. **Direito Penal do Inimigo: Aspectos jusfilosóficos e normativos**. Jundiaí: Paco Editorial: 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A globalização e as atuais Orientações da Política Criminal**. In. PIERANGELI, José Enrique (cord.). Coleção Jus aeternum. v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.