



Congrega
Urcamp 2016

13ª Jornada de Pós-Graduação e Pesquisa

REVISTA DA JORNADA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA ISSN:1982-2960

A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE ÀS GARANTIAS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

THEORY OF ENEMY CRIMINAL LAW AHEAD TO WARRANTIES OF BRAZILIAN CONSTITUTION

ANDREIA CADORE TOLFO¹, ADRIANO DE SOUSA LOBO²

RESUMO

Diante do aumento da criminalidade no Brasil, tem-se discutido a adoção de regras mais rígidas no direito penal, como a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo. A referida teoria se originou na Alemanha, na metade da década de 1980, a partir dos estudos de Günther Jakobs, tendo por características punições mais rígidas e uma ação penal mais rápida contra o agente acusado de infringir as normas de direito penal. Este trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade entre a teoria do Direito Penal do Inimigo e a ordem jurídica brasileira, principalmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. O trabalho utiliza o método dedutivo. A Teoria do Direito Penal do Inimigo possui três principais características básicas, que são a antecipação da punibilidade, a desproporcionalidade das penas e a relativização ou a supressão das garantias penais ou processuais dos indivíduos considerados como inimigos do Estado. De um lado, há entendimentos favoráveis à aplicação do Direito Penal do Inimigo, considerando-se que para se instaurar a ordem social, em alguns casos específicos, deve aplicar-se um tratamento distinto a indivíduos criminosos. Por outro lado, alguns doutrinadores recriam a teoria, por entender que a mesma se baseia na deficiência de observância dos direitos humanos. Nota-se que há presença da tendência da teoria do Direito Penal do Inimigo em algumas normas do ordenamento jurídico penal brasileiro, como na Lei do Crime Organizado, na Lei dos Crimes Hediondos e na Lei do Abate de Aeronaves. O trabalho destaca que no Brasil a aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo pode conflitar principalmente com o artigo 5º da Constituição Federal, que protege os direitos humanos.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Direitos Humanos. Constituição Federal

ABSTRACT

In the face of rising crime in Brazil, we have discussed the adoption of stricter rules on criminal law, the application of the theory of Enemy Criminal Law. That theory originated in Germany in the mid-1980s, from studies of Günther Jakobs, with the stricter punishments features and faster prosecution of the accused agent of infringing the rules of criminal law. This work aims to analyze the compatibility of the theory of the Enemy Criminal Law and the Brazilian legal system, especially with regard to fundamental rights guaranteed by the Constitution of 1988. The work uses the deductive method. The Theory of Enemy Criminal Law has three main basic features, which are the anticipation of punishment, the disproportionality of penalties and the relativization or suppression of criminal or procedural safeguards for individuals considered as enemies of the state. On the one hand, there are understandings favor of the application of the Enemy Criminal Law, considering that to establish social order, in some specific cases, must apply a different treatment with criminals. On the other hand, some scholars reproach theory, understanding that it is based on human rights observance deficiency. Note that there is presence of the trend of the theory of Enemy Criminal Law in some norms of the Brazilian criminal law, as in the Organized Crime Law, the Law of Heinous Crimes and the Aircraft Slaughter Act. The work points out that in Brazil the implementation of the theory of Enemy Criminal Law may conflict mainly with Article 5 of the Federal Constitution, which protects human rights.

Keywords: Enemy Criminal Law. Human rights. Federal Constitution

INTRODUÇÃO

A teoria do Direito Penal do Inimigo originou-se na Alemanha, na metade da década de 1980, a partir dos estudos de Günther Jakobs. Tal teoria tem por características punições mais rígidas e uma ação penal mais rápida contra o agente acusado de infringir as normas, praticando ilícitos. De acordo a aludida teoria, torna-se inimigo do Estado aquele que, acusado de praticar crimes, não oferece segurança à coletividade.

A teoria classifica os delinquentes e criminosos em duas castas. Os que se enquadram na primeira casta permaneceriam tendo status de cidadão, já os que se enquadram na segunda casta seriam titulados de inimigos do Estado, sendo dado a estes um tratamento severo e diferenciado.

Os considerados inimigos estariam depostos dos direitos e as garantias previstas em lei e sofreriam uma penalidade mais célere e rígida. O exemplo mais elucidativo de inimigo do Estado seria encontrado nos indivíduos envolvidos com a prática de terrorismo, o que está se tornando cada vez mais corriqueiro na contemporaneidade.

Alguns doutrinadores recriminam a Teoria do Direito Penal do Inimigo, alegando especialmente, que a mesma se baseia na deficiência de observância dos direitos humanos. No Brasil, a aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo poderia conflitar principalmente com o artigo 5º da Constituição Federal, que prevê diversos direitos fundamentais e dispõe que todos são iguais ante a lei, sem diferenciação.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo individualiza o inimigo, diferenciando-o do cidadão. Para alguns doutrinadores, essa teoria, de maneira subentendida, já teria seus reflexos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, como na Lei das organizações criminosas, na Lei dos Crimes Hediondos e na Lei do Abate de Aeronaves.

Existem duas correntes doutrinárias a respeito da possibilidade de aplicação no Brasil da Teoria do Direito Penal do Inimigo. A corrente majoritária, que é contrária à referida teoria, alega que a mesma representa a falta de observâncias dos direitos humanos e a subversão do artigo 5º da Constituição Federal. Já a outra corrente, minoritária, com entendimento favorável à aplicação do Direito Penal do Inimigo, considera que para se instaurar a ordem social, em alguns casos específicos, deve aplicar-se um tratamento distinto a indivíduos criminosos.

Este trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade entre a Teoria do Direito Penal

do Inimigo e a ordem jurídica brasileira, principalmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

MATERIAIS E MÉTODOS

Utiliza-se pesquisa bibliográfica, com análise de legislação e decisões judiciais pertinentes ao tema, bem como de literatura especializada relacionada ao assunto abordado no artigo. O método usado é o dedutivo.

1 DIREITO PENAL DO INIMIGO: ORIGEM E CONTEÚDO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida pelo professor alemão Günther Jakobs e apresentada, inicialmente, em Frankfurt, no ano de 1985. Posteriormente, no ano de 1999, em uma Conferência do Milênio, em Berlim, Jakobs apresentou ao mundo, o conceito definitivo de Direito Penal do Inimigo, levantando muitos questionamentos e também críticas (MORAES, 2011, p. 181).

A polêmica em torno da teoria surgiu porque, segundo Greco (2009, p. 17), “o Direito Penal do Inimigo seria um dos membros mais agressivos da família do Direito Penal Máximo”, também conhecido como o Direito Penal da Exceção.

O Direito Penal do Inimigo pode ser conceituado como um Direito Penal em que há uma antecedente averiguação de supostos infratores que atuam de maneira negativa ao ordenamento jurídico e a vida em sociedade, havendo a sua marginalização em um grupo constituído apenas pelos ditos inimigos. Em relação a eles, há aplicação de sanções mais duras que visam à sua exclusão da categoria de cidadão, de forma que não possam mais cogitar praticar o mal (PASSOS, 2010).

Tal teoria sustenta que há duas espécies de direito penal: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. O primeiro é aplicado àquelas pessoas que delinquem, mas que não chegam a apresentar um grande perigo para o Estado, esses delinquentes seriam ressocializáveis. Considera-se que nesse caso o cidadão comete um ato falho e se afasta momentaneamente da observância da lei. Nesses casos, o indivíduo deve ser respeitado, sendo-lhe asseguradas todas as garantias processuais e penais (JAKOBS, 2010, p. 42-43).

Por outro lado, segundo o criador da teoria, o Direito Penal do Inimigo deve ser aplicado ao sujeito que se afasta permanentemente do Direito. O inimigo representa uma ameaça ao próprio Estado, pondo em constante risco a paz social que é de interesse de

todos (JAKOBS, 2010, p. 22).

A teoria do Direito Penal do Inimigo caracteriza-se por três vetores: a) antecipação da punibilidade, de forma prospectiva, visando o fato que ainda não aconteceu, ao contrário de como é o habitual, em que se tem o fato já concretizado, tendo a punibilidade de forma retrospectiva; b) penas cominadas desproporcionalmente altas; c) a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais (MELIÁ, 2010, p.90).

Jakobs diferencia dois modelos de Direito Penal destinados a diferentes tipos de indivíduos, deixando claro que o indivíduo que, por princípio ou de maneira permanente, comporta-se de modo desviado frente à ordem jurídica, sem oferecer garantia de conduzir-se como pessoa, deverá ser tratado como inimigo (MORAES, 2011, p. 190).

Em outras palavras, o Direito Penal poderá visualizar no autor de um ilícito, um cidadão, o qual, não obstante, tenha cometido um ato falho, seguirá sendo um sujeito de direitos, ou seja, o Direito Penal só estaria autorizado a intervir quando o comportamento deste provocar uma perturbação exterior (GRECO, 2005, p. 04).

Por outro lado, poderá o Direito Penal detectar no autor de um crime, um inimigo. No qual, a gravidade do ato cometido transcende a esfera privada do indivíduo, atingindo de forma abrupta toda à sociedade, assim, o criminoso torna-se uma fonte de perigo iminente. Desta forma, o indivíduo poderá ser responsabilizado até pelos seus mais secretos pensamentos (GRECO, 2005, p. 04).

Por outro lado, no direito penal do cidadão, as condutas criminosas aleatórias praticadas pelos indivíduos não lhes retiram a condição de sujeito de direitos. Ao cidadão, neste caso, se oferece a chamada “garantia cognitiva”. De outro lado, os inimigos, para Jakobs, não são considerados pessoas. A respeito disso, Moraes (2011, p. 191) observa que:

[...] só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real, eis que sem um mínimo de cognição, a sociedade constituída juridicamente não funciona; ou mais precisamente, não somente a norma, mas também a pessoa necessita de um cimento 'cognitivo'.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2004, p. 2):

O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

Em face dessa diferenciação, a pena de prisão possui significados distintos. Para o cidadão será simbólico, pois quando uma pessoa racional pratica um delito contra a norma, tal conduta perpetrada pelo agente não seria capaz de aniquilar com o ordenamento jurídico. Nesses casos, a pena tem função preventiva e reafirmadora da norma. De outro lado, o inimigo é considerado uma ameaça, logo, haverá uma busca incessante pela eliminação da mesma. Nesse caso, a pena tem significado físico, tendo em vista possuir a finalidade de impedir que o indivíduo pratique crimes fora da reclusão (GOMES, 2015, p. 3).

Nesse viés, o fato delituoso em si é irrelevante. Na verdade, o que realmente é considerado perigoso para o Direito Penal do Inimigo é a personalidade daquele que está submetido à tutela jurisdicional. Tal teoria é, portanto, uma variante extrema do Direito Penal do Autor, visto que não é a conduta que se valora, senão a possível prática do réu (COSTA, 2013, p. 12).

Parte da doutrina tem denominado de Direito Penal do Fato, o sistema punitivo que tem por base o fato criminoso. No extremo oposto, o sistema que possui o autor como parâmetro, tem-se chamado de Direito Penal do Autor (MORAES, 2011, p. 215).

No tocante ao Direito Penal do Fato, o sujeito de um crime será sancionado em face da sua conduta. A personalidade e demais características de sua pessoa não serão valoradas para fins de condenação, mas apenas no momento da dosimetria da pena, onde o magistrado já terá constatado a ocorrência de um fato típico, antijurídico e culpável. Com relação ao Direito Penal do Autor, entende-se que o fato praticado não possui grande importância, mas, sim, a personalidade daquele que representa uma ameaça ao Estado. A comprovação da culpabilidade perfectibiliza-se com a mera participação em determinado grupo, ou a defesa de ideais por aquele definido (COSTA, 2013, p. 13).

Sob outra ótica, o Direito Penal do Inimigo também pode ser considerado como a terceira velocidade do direito penal. De acordo com as lições de Jésus-Maria Silva Sanchez (apud GRECO, 2015), a primeira velocidade tem por finalidade a aplicação de uma pena privativa de liberdade, com a devida observância de todas as garantias fundamentais.

A segunda velocidade tem o objetivo de priorizar a aplicação de penas restritivas de direito e multa, entretanto, com garantias suprimidas como o contraditório e a ampla defesa, como ocorre na Lei dos Juizados Especiais Criminais, em que são utilizadas penas não privativas de liberdade. O Direito Penal do Inimigo seria a terceira velocidade, que se dá com a soma das duas velocidades, ou seja, a aplicação de penas privativas de liberdade, combinadas com a relativização de algumas garantias penais e processuais (GRECO, 2015).

De acordo com Moraes (2011, p. 230-231), a classificação de Sánchez apresenta uma

vantagem relevante, qual seja, visualizar que uma segunda velocidade do Direito Penal, consistente na flexibilização de garantias penais e processuais, combinadas com a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, tenha se infiltrado e contaminado o modelo clássico, sem haver contestação quando à sua legitimidade. Nesse sentido, Moraes (2011, p. 231) ainda cita como exemplo a Lei nº 9.099/1995, com relação à transação penal, em que se verifica o impedimento ao prévio contraditório e exercício da ampla defesa, bem como a inexistência do devido processo legal.

2 OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS SUPRIMIDOS PELA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Moraes (2011, p. 203-204) nota que além da antecipação da punibilidade e da desproporcionalidade das penas, a diminuição ou até mesmo a supressão de garantias penais e processuais vem se tornando comum, tanto para o combate à criminalidade organizada e o terrorismo, quanto para solucionar problemas do Judiciário.

A seguir são analisados alguns direitos e garantias constitucionais suprimidos com mais evidência pelo Direito Penal do Inimigo.

2.1 Princípio da Igualdade

Segundo o artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É importante notar que a doutrina tem entendido que esta igualdade precisa ser interpretada no sentido de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades (LENZA, 2014, p. 1072).

O tratamento desigual poderá se dar quando houver diferenças entre as pessoas, de forma a torná-las hipossuficientes, em casos em que é plausível tratar essas pessoas de forma desigual, por exemplo, deficientes físicos. Mas esse não é o caso do infrator frente ao Estado. Assim preceitua Rosa (2013):

A igualdade das pessoas no processo consiste na "identidade de situação jurídica em que todas elas se postam", e isso significa que, "no âmbito do poder judiciário, devem ser assegurados os meios judiciais adequados à tutela dos respectivos direitos subjetivos materiais, com o máximo de igualdade", assim, temos que o direito de defesa se traduz, também, na igualdade das partes no processo, com igualdade de faculdades probatórias. A isonomia processual, por sua vez, reclama que aos sujeitos parciais sejam concedidas as mesmas armas, a fim de que, paritariamente tratadas, tenham idênticas chances de reconhecimento, satisfação do direito que constitui o objeto material do processo.

O Direito Penal do Inimigo trata determinadas pessoas de forma totalmente desigual e discriminatória, sem que haja justificativa plausível para isso. Nesse sentido Zaffaroni (2007, p. 21):

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência de um ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma.

Jakobs (2010, p. 45), ao distinguir o inimigo no direito penal, limita a condição de pessoa a quem oferece uma segurança denominada de cognitiva. Portanto, tal afirmação é manifestadamente contrária ao princípio da isonomia.

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Outro princípio violado pela aplicação do Direito Penal do Inimigo é o da dignidade da pessoa humana. Tal princípio encontra-se na Constituição Federal, em seu artigo 1.º, inciso III. Segundo Nucci (2014, p. 33), há um lado objetivo e um lado subjetivo deste princípio. O primeiro é a garantia do básico necessário ao ser humano, isto é, a satisfação de suas necessidades humanas, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, na forma do art. 7.º, IV, da CF. Já o segundo, seria o parâmetro da consciência de respeito e de orgulho do indivíduo nas relações sociais privadas.

Quanto à incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o princípio da dignidade humana, Zaffaroni (2007, p.18) observa que:

Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser consideradas pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação de hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito.

O Direito Penal do Inimigo fere diretamente o princípio da dignidade, pois a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste, justamente, em negação ao direito à condição de pessoa humana, ou seja, os inimigos não são pessoas para Jakobs, que é o criador da teoria (MORAES, 2011, p.191).

2.3 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da Presunção de Inocência também é afetado pelo Direito Penal do Inimigo. Conforme a Constituição Federal, artigo 5.º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

De acordo com Lenza (2014, p. 1123), ocorre a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao Ministério Público ou à parte contrária (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não ocorra a prova da culpa, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

Para Nucci (2014, p. 62) o referido princípio “significa que todo indivíduo é considerado inocente, como seu estado natural, até que ocorra o advento da sentença condenatória com trânsito em julgado”.

Sendo assim, torna-se impossível a punição de um indivíduo por um fato ainda não cometido. Não é possível nem mesmo prever a reação do agente no futuro, pois segundo Cussac (apud GUIMARÃES, 2012, p. 54) “o ser humano age conforme juízos de valor e, caso os atos humanos fossem guiados por juízos de periculosidade, inexistiria Constituição cidadã”.

Das três principais características do Direito Penal do Inimigo, elencadas por Meliá (2010, p. 90), a que fere diretamente o princípio da presunção da inocência é a antecipação da punibilidade. Isto porque, segundo Moraes (2011, p. 199), com base no “adiantamento da punibilidade, se combate com penas mais elevadas e limitação de garantias processuais – é certo que o Estado não fala com cidadãos”. Logo, não há compatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo e o Princípio da Presunção da Inocência.

2.4 Princípio da Ampla Defesa e Contraditório

Ampla defesa e o contraditório configura outro princípio constitucional que é violado pela Teoria do Direito Penal do Inimigo. Tais garantias encontram-se previstas no artigo 5.º, inciso IV da Constituição Federal, que dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse sentido, importante mencionar as palavras do garantista Luigi Ferrajoli (apud BORGES, 2015) no sentido de que “para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes”, bem como “que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação”.

Com relação à ampla defesa, Nucci (2014, p. 63) preceitua que “o réu deve ter a mais

extensa e vasta possibilidade de provar e ratificar o seu estado de inocência, em juízo, valendo-se de todos os recursos lícitos para tanto”.

O contraditório, de acordo com Oliveira (2008, p. 31), é um dos princípios mais relevantes do processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, pois a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado.

Zaffaroni (2007, p. 163) entende que no Direito Penal do Inimigo ocorre uma administrativização de todo o direito penal e, com isso, a volta à inquisição. Portanto, inexistente a possibilidade de harmonia entre o Direito Penal do Inimigo e ampla defesa e o contraditório.

2.5 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do Devido Processo Legal, que está previsto no artigo 5.º, inciso LIV, da CF, determina que seja concedido ao indivíduo que comete ato ilícito ou crime, todas as formas processuais adequadas, com a finalidade de que seja ofertada uma justa resposta pelo Estado (SILVA, 2005, p. 432).

Esse princípio prescreve pelo cumprimento de todas as garantias processuais, sendo que o indivíduo somente poderá ser preso ou ter seus bens penhorados, após ser devidamente processado pelo Estado, de acordo com as normas vigentes no ordenamento jurídico.

O Direito Penal do Inimigo, por se basear em processo mais rápido e abreviado, contraria o direito a todo o procedimento que decorre do devido processo legal. Com relação ao processo, Jakobs (2010, p. 39) preceitua que deve haver eliminação de direitos e garantias no processo penal do inimigo, do mesmo modo que os indivíduos, na medida de sua periculosidade, são expurgados de seus direitos.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro já existem algumas leis que possuem características, ou podem conter reflexos da Teoria do Direito Penal do Inimigo, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos, lei 8.072/90, a Lei das Organizações criminosas, lei 12.850/13, da Lei de Execução Penal, lei 7.210/84 e a Lei do Abate de Aeronaves, lei 9.614/98. Essas leis são comentadas a seguir.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2015), devido a uma forte influência de uma política-criminal denominada “Lei e Ordem”, a qual entende o Direito Penal como solução de

todos os problemas sociais, a Constituição Federal brasileira dispôs no art. 5º, inciso XLIII, que:

LXIII.- 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.

De acordo com Lemini (2015), este fenômeno que traz reflexos do Direito Penal do Inimigo teve seu marco histórico no Brasil com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, que é proveniente de um projeto de iniciativa popular, preliminarmente idealizado pela escritora Glória Perez, quando do bárbaro assassinato de sua filha, a atriz Daniela Perez.

Para Lemini (2015), o caso referido denota que:

A busca do imediatismo na punição de certos crimes, cria no legislador uma ânsia em contentar a sociedade que demonstra repúdio público, através dos meios de comunicação, às suas práticas. Desta maneira, leis são editadas para dar a falsa impressão de segurança restaurada, aplacando a ira da população instigada pelos meios midiáticos, o que, para o legislador, tem justificado a perda de alguns benefícios e até mesmo o cerceamento de outros.

Em razão disso, a norma constitucional fixou um regime jurídico mais severo aos crimes de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, bem como aos delitos definidos como crimes hediondos. Neste último caso, a aplicabilidade do referido preceito está sujeito à definição dessa nova classe de infrações penais pelo legislador comum, o qual poderá a qualquer momento incluir novos crimes no referido rol hediondo.

Diferentemente do que normalmente se entende, hediondo não é o crime praticado com extrema violência, com requintes de crueldade e sem mínimo senso de compaixão ou misericórdia, mas sim aqueles crimes especificamente previstos no rol taxativo do artigo 1º da Lei 8.072/90, que considerou como hediondos os seguintes tipos penais:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI); (

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Torna-se claro o objetivo do legislador em sancionar com mais dureza aqueles que praticarem os crimes supracitados, com possível influência da teoria de Jakobs, visto que a finalidade da teoria seria aumentar a pena de delitos e considerar aqueles que os cometem “inimigos”. A referida lei de crimes hediondos ainda restringe garantias processuais, como a proibição de anistia, graça e indulto e aumenta o prazo para progressão de regime.

Outra lei que pode conter reflexos do Direito Penal do Inimigo é a Lei das Organizações Criminosas. A primeira lei do crime organizado (Lei nº 9.034/95) já previa que os indivíduos que houvessem tido intensa e efetiva participação na organização criminosa não receberiam alguns direitos, tais como, a liberdade provisória e possibilidade de apelar em liberdade, bem como o início do cumprimento da pena seria em regime fechado (MARTINS; ESTRADA, 2009, p. 109).

Em 2013 foi sancionada a nova lei das organizações criminosas, sob o nº 12.850/13, que tem por finalidade a investigação e repressão de delitos cometidos por organizações criminosas, mediante a prática de crimes graves, cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos ou o cometimento de infrações transnacionais. A referida lei também serve para investigação e contenção de delitos cometidos por entidades terroristas transnacionais.

Para Paula, Júnior e Brito (2015), a lei nº 12.850/13 é uma legislação que engloba as peculiaridades do Direito Penal do Inimigo, sem que, com isso, seja inconstitucional ou avesso ao Estado Democrático e Social de Direito. Para o autor, a referida lei desponta como réplica aos problemas de um sistema humanitário imperfeito, que, na medida da sua capacidade, busca preservar o equilíbrio e a harmonia social.

Outra lei que merece atenção é a lei n. 10.792 de 2003, que alterou a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210 de 1984), para incluir o Regime Disciplinar Diferenciado, como uma das formas de sanção disciplinar aplicado ao preso provisório ou condenado que cometer falta grave, ao praticar fato previsto como crime doloso, e quando este ocasionar subversão da ordem ou disciplinas internas do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, da Lei de Execuções Penais – LEP.).

De acordo com os parágrafos 1º e 2º, do art. 52, da LEP, o regime disciplinar diferenciado poderá também abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Também estarão igualmente sujeitos 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 (MARTINS; ESTRADA, 2009, p. 109).

Este regime disciplinar diferenciado importa na desconsideração de garantias fundamentais, isto é, os direitos que estariam intactos na ocasião do cumprimento da sentença são reduzidos ou extinguidos (PASSOS, 2010).

Segundo Nucci (2013, p. 253), tal regime rigoroso foi, na verdade, criado para coibir a direção de organizações criminosas no Brasil, tendo em vista que, ainda que encarcerados, líderes de facções continuam a atuar em operações criminosas, além de estimularem a prática de crimes de grande gravidade de diversas modalidades.

Dessa forma, verifica-se que a submissão ao regime disciplinar diferenciado deriva apenas da presença de um “alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, não precisando ter necessariamente a realização de um novo delito. Da mesma forma, a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justificaria o tratamento penal diferenciado (MARTINS; ESTRADA, 2009, p. 109).

Também se deve mencionar na relação de leis que possuem reflexos do Direito Penal do Inimigo a lei do Abate de Aeronaves, lei n. 9.614/98. Essa lei permite a destruição de aeronaves, por meio de disparos de tiros, feitos por aeronave militar de interceptação, com o objetivo de causar danos e impedir o prosseguimento do voo de aeronave considerada hostil.

Com a intenção de proteger o Estado de eventuais aeronaves hostis, como as que são utilizadas pelo tráfico de drogas, a lei 9.614/98 prevê que:

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

O referido dispositivo legal parece ser um reflexo do direito penal do inimigo, pois suprime os direitos do acusado, inclusive permitindo aplicação de pena não permitida na legislação brasileira em tempo de paz (pena de morte). De acordo com Monteiro (2011) o abatimento de uma aeronave em pleno voo é a decretação da pena de morte, mesmo que indiretamente, para seus tripulantes, pois a chance de sobrevivência é mínima.

A respeito disso, Samaniego (2012, p. 53) nota que “pessoas que não se enquadram no estado de cidadania e civilidade também não fazem jus aos direitos assegurados aos cidadãos e, portanto, são tratados de modo diferenciado pela Justiça”. Sobre a supressão de direitos do acusado no caso da Lei do Abate de Aeronaves, Samaniego (2012) entende

que:

[...] por questão de soberania e segurança nacionais, a relativização das garantias e direitos torna-se legítima em face da opção do piloto da aeronave em ignorar os procedimentos legais. Entende-se dessa forma que o Estado estará agindo de maneira proporcional, no sentido de reduzir alguns direitos daquelas pessoas que se afastam permanentemente das leis, mas favorecendo aqueles que vivem em concordância com elas.

São claras as violações das garantias fundamentais na lei 9.614/98, pois ao ser aplicada a derrubada da aeronave considerada hostil, se impede que o acusado exerça direitos como a ampla defesa e o contraditório, que tenha acesso ao devido processo penal, se afastando o princípio da presunção de inocência, sendo aplicada pena proibida na legislação para tempos de paz.

CONCLUSÃO

Com o escopo de exterminar os inimigos do Estado, o jurista alemão Günther Jakobs criou a teoria denominada Direito Penal do Inimigo, diferenciando o cidadão do inimigo. Jakobs chegou a conclusão de que todos aqueles que não se sujeitassem às normas estabelecidas por um Estado seriam inimigos e quem oferecer segurança cognitiva seria cidadão. Aos inimigos, seria aplicado o Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo baseia-se no adiantamento da punibilidade, na desproporcionalidade das penas e na relativização ou supressão de garantias processuais penais. Neste sentido a referida teoria torna-se incompatível com diversos princípios e garantias previstos na Constituição Federal brasileira.

Porém, ao se observar o ordenamento brasileiro, constata-se a presença de reflexos da Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Jakobs em normas como a Lei das Organizações Criminosas, que se baseia em tratamento desigual para quem faz parte dessas organizações, a Lei dos Crimes Hediondos, que pune mais rigorosamente aqueles que praticarem os crimes nela descritos, a Lei de Execuções Penais, que traz o regime disciplinar diferenciado, e a Lei do Abate de Aeronaves, que pune, em caso de desobediência, como pena de morte.

Cumprido destacar, que, em que pese haja rejeição por parte da doutrina majoritária, com relação à aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento brasileiro, a realidade já imposta pelas leis em vigor, demonstra que já existem reflexos significativos da aplicação da referida teoria no Brasil. Nota-se também que normas com essas características poderão

ser cada vez mais frequentes diante do crescimento da criminalidade no país. Com isso, diversas garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira estão sendo relativizados ou mesmo suprimidos, por meio de normas infraconstitucionais.

REFERÊNCIAS

BORGES, Fernando Afonso Cardoso. *O direito ao contraditório e à ampla defesa na fase inquisitória do processo penal*. 2015. Disponível em: 2015 <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7416>. Acesso em: 28 maio 2015.

COSTA, Jéssica Moraes dos Santos da. *Aspectos controvertidos e críticas à aplicação do Direito Penal do Inimigo*. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/JessicaMoraesSantosCosta.pdf> Acesso em: 26 maio 2015.

COUTO, Felipe Guimarães do. *A aplicação do Direito Penal do Inimigo na repressão ao tráfico de drogas*. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FelipeGuimaraesCouto.pdf> Acesso em: 13 jun. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009.

_____. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 13. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

GRECO, Luís. *Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo*. 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>> Acesso em: 25 maio 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. 2004. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798> Acesso em: 21 maio. 2015.

JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Lei nº 8.072/90 - Crimes Hediondos*. 2015. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/soltas%20legisla%C3%A7%C3%A3oRENATO%20BRASILEIRO.pdf>> Acesso em: 13 jun. 2015.

LEMINI, Matheus Magnus Santos. *Direito Penal do Inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro*. 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619> Acesso em: 13 jun. 2015.

MARTINS, Lígia Inoue; ESTRADA, Fernando Bonfim Duque. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/21/artigos/artigo07 .pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/21/artigos/artigo07.pdf)> Acesso em: 28 maio. 2015.

MONTEIRO, Fernanda Borini. *Direito Penal do Inimigo em Combate ao Crime Organizado*. 2011. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2820/2599>> Acesso em: 14 jun. 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal*. 1. ed. Curitiba: Juruá: 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

PASSOS, Hugo Malone. *O Direito Penal do Inimigo: O endurecimento da Execução Penal e a constatação da aplicação do Direito Penal do Inimigo*. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3622> Acesso em: 01 jun. 2015.

PAULA, Alfredo Henrique Corrêa de; JÚNIOR, Eumar Evangelista De Menezes; BRITO, Edson de Souza. *A Expansão do Direito Penal: A Nova Lei das Organizações Criminosas e colaboração premiada*. 2015. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14878> Acesso em: 14 jun. 2015.

ROSA, Graziela Matos Souza Santa Rosa. *Existe igualdade de chances entre as partes no processo penal, obedecendo assim os princípios que regem o processo penal?* 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,existe-igualdade-de-chances-entre-as-partes-no-processo-penal-obedecendo-assim-aos-principios-que-regem-o-dire,44682.html>> Acesso em: 03 jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SAMANIEGO, Wagner Ricardo. *Princípios Constitucionais da Lei do Tiro de Destruição (Lei do Abate)*. 2012. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/1853.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Coleção Pensamentos Criminológicos: O Inimigo no Direito Penal*. v.1. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.