

O DIREITO PENAL DO INIMIGO: A (IN) COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO

Altílinio Matias Louro Filho², Leonardo Márcio de Souza Soares³,
Renata Silva Gomes⁴

Resumo: *O trabalho apresenta um dos temas mais polêmicos do Direito Penal e do Direito Processual Penal da contemporaneidade: o “Direito Penal do Inimigo”. Conforme teoria de Günther Jakobs, o “inimigo” seria o indivíduo que cognitivamente não aceita se submeter às regras básicas do convívio social, razão pela qual também não poderia gozar dos benefícios do cidadão, eis que inimigo do Estado, e, por conseguinte, da sociedade. O “Direito Penal do Inimigo”, também considerado como a “terceira velocidade” do Direito Penal, vem ganhando adeptos na Europa e nos Estados Unidos, onde, em função de constantes atentados terroristas e do crescimento de grupos e organizações criminosas, defendem um maior rigor por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário na tratativa de tais indivíduos. Estudos apontam que a “terceira velocidade do Direito Penal”, ou seja, o “Direito Penal do Inimigo”, consiste numa tendência nas próximas décadas. Nesse diapasão, já se percebe, principalmente em nossas legislações mais recentes, algumas manifestações desta teoria, como é o caso, por exemplo, da Lei dos Crimes Hediondos (lei nº 8.072/90), Lei do Abate de Aeronaves (lei nº 9.614/98), Lei do Crime Organizado (lei nº 12.850/13) e da Lei Antiterrorismo (Lei nº 13260/16). Seria legítimo, no entanto, à luz de nosso Estado Democrático de Direito, se pensar num Direito Penal excepcional, balizado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais? Seria possível, desta forma, legitimar um Direito Penal que possui o único propósito de punir, de maneira prospectiva, àqueles que estão cada vez mais organizados diante de um Estado cada vez mais defasado?*

Palavras-chave: *Direito Penal do Inimigo, Estado Democrático de Direito, Günther Jakobs*

²Altílinio Matias Louro Filho. Graduando em Direito – FACISA/ UNIVIÇOSA. E-mail: louro-alti@hotmail.com

³Leonardo Márcio de Souza Soares. Graduando em Direito – FACISA/UNIVIÇOSA. E-mail: leonardomarcio97@hotmail.com

⁴Renata Silva Gomes (Orientadora). Doutoranda e Mestre em Teoria do Direito pela PUCMINAS, Professora da UNIVIÇOSA. E-mail renatagomesegomes@gmail.com la@ufv.br

Introdução

No começo década de 80, durante a unificação das Alemanhas, com a queda do muro de Berlin, em meio a um cenário caracterizado pelo medo, do novo, daquilo que era desconhecido, Günther Jakobs começa seus primeiros escritos sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, não conseguindo, contudo, angariar adeptos. Já na década de 90, Jakobs tenta prosseguir com seus estudos, todavia, novamente não consegue chamar a atenção da comunidade acadêmica. Ocorre que a situação mudaria a partir do fatídico 11 de setembro de 2001, onde, uma série de ataques terroristas abalaram os Estados Unidos, matando quase três mil pessoas. Em meio a este cenário de terror, a teoria de Jakobs ganha força passando a ser vista como a forma mais eficaz de se legitimar um tratamento mais severo para indivíduos deste nicho, vindo então, no ano de 2003, a publicar o livro: “*Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günther e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003”, materializando, pois, a teoria do Direito Penal do Inimigo, dando legitimidade e justificativa de sua linha de pensamento. Para se compreender a teoria do Direito Penal do inimigo, deve-se primeiramente pensar na figura de dois Direitos Penais, onde, de um lado estaria o Direito Penal do “cidadão”, e do outro, o do “inimigo”. Partindo dessa premissa, nasce uma grande incógnita: quem é o cidadão e quem é o inimigo? Ou, ainda, como é que se daria a transição do status de cidadão para o status de inimigo? Fato é, que todos os seres humanos nascem na condição de cidadãos, ocorre que em determinado momento e, em virtude de alguma circunstância, algumas pessoas passam a ser vistas como inimigas perante o Estado. Mas que momento seria este? Pois bem, os inimigos, segundo a concepção de Jakobs, seriam os criminosos econômicos, terroristas e os delinquentes organizados (JAKOBS;MELIÁ, 2003, p. 39).

Em outras palavras, seriam aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não demonstram que irão continuar submissos à norma. Uma vez identificado o inimigo, não mais se aplicaria o Direito Penal retrospectivo, que tem como fundamento a culpabilidade (basilar no Direito Penal do Cidadão – que pune o agente pelo o que ele fez). O Direito Penal aplicado para o inimigo é de caráter prospectivo, ou seja, o inimigo não seria necessariamente punido pelo o que ele fez ou deixou de fazer, mas sim em função daquilo que

ele poderá vir a fazer. O que interessa é o que ele é, a sua periculosidade. O inimigo, segundo essa teoria, seria um sujeito de comportamento imprevisível, hostil, razão pela qual não se pode saber e muito menos se esperar para saber o que ele poderá vir a fazer. As principais características desse “Direito” é a flexibilização do princípio da legalidade, através da criação de descrições vagas de crimes (leis penais em branco); a antecipação da tutela penal (a punição dos atos preparatórios, criação de crimes de perigo abstrato e de mera conduta); flexibilização da prisão em flagrante; mitigação de direitos e garantias constitucionais e penais; a punibilidade sob o enfoque da medida de segurança (pautada na periculosidade do agente); a política da delação premiada, bem como o endurecimento da execução penal. Nas últimas décadas, tais características se mostram cada vez mais presentes em nossas legislações, sendo que à luz da “teoria das velocidades do Direito Penal”, criada pelo professor Jesús-Maria Silva Sánchez, tal fenômeno é compreendido como a manifestação da chamada “terceira velocidade do Direito Penal”, onde, diferentemente da “primeira velocidade”, que é representada pela prisão, resguardando-se os direitos e garantias constitucionais, ou a “segunda velocidade”, que se evita a prisão, mas, em contrapartida, impõe-se uma mitigação do contraditório e da ampla defesa (Lei dos Juizados especiais – Lei nº 9099/95), a “terceira velocidade” consiste na aplicação de um Direito Penal pautado no cárcere, com uma ampla relativização das garantias constitucionais comumente vistas sob os chamados “Estados de exceção”. Dessarte, o presente estudo almeja compreender o crescente fenômeno político-criminal da chamada “terceira velocidade do Direito Penal”, identificando manifestações desta teoria em nossas legislações, avaliando e discutindo a necessidade, bem como a compatibilidade de tal tendência legislativa, frente a nossa ordem constitucional vigente.

Material e Métodos

Através do método jurídico-compreensivo, o trabalho se baseou em consultas de livros, artigos e análises legislativas.

Resultados e Discussão

No intuito de fundamentar a teoria do Direito Penal do Inimigo, Günther Jakobs buscou como supedâneo, por exemplo, a teoria contratualista de Rousseau “o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra com contra ele; logo, deve morrer como tal” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 24); o idealismo de Fichte “quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 25); nos pensamentos de Hobbes “em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo” (JAKOBS; MELIÁ, 2003 p. 26) e nos ideais de Kant “quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o estado comunitário-legal, deve ser tratado como inimigo” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 27). Em que pese o suporte de tais pensadores, a teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs é alvejada por críticas de boa parte da doutrina constitucionalista, bem como de diversos penalistas. Entende-se que o que Jakobs denominou de Direito Penal do Inimigo, nada mais é que um exemplo do Direito Penal do autor, que pune o sujeito pelo que ele “é”, fazendo oposição ao Direito Penal do fato, que pune o agente pelo que ele “fez” (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p.59). O argentino Eugênio Raúl Zaffaroni (2007, p.21), um dos maiores críticos desta teoria, lembra que a máxima expressão do Direito Penal do autor deu-se com o alemão Carl Schmitt, durante o nazismo, onde o Direito Penal do Inimigo remontaria a esse trágico período, numa nova “demonização” de alguns grupos de delinquentes. Outra crítica deste autor consiste em dizer que o Direito Penal (verdadeiro) só pode ser o vinculado com a Constituição Democrática de Direito de cada Estado, de sorte que o chamado “Direito Penal do Cidadão” é uma notória redundância, na medida em que o “Direito Penal do Inimigo” perfaz numa verdadeira contradição, notadamente pelo fato deste repudiar o seguimento de um processo democrático (devido processo legal) adotando um verdadeiro procedimento de guerra, qualificado por uma exceção perpétua. Desta forma, a concepção de um “Direito Penal do Inimigo” seria notoriamente inconstitucional, na medida em que só se poderia admitir tais medidas de forma excepcional, nos casos de estado de defesa e de sítio. Nesse contexto, Zaffaroni (2007, p. 13) alerta que nas últimas décadas produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da política

penal. Segundo ele, após a segunda guerra mundial, houve o fenômeno de endurecimento das legislações penais sancionadas sob o pretexto de situações de emergência, ao passo que, de certa forma, abriram-se precedentes para uma realidade legislativa que impediria qualquer mecanismo de fuga para aquilo que se levaria a uma “*exceção perpétua*”. Nos dias de hoje, percebe-se uma inegável tendência das legislações penais em adotarem normas influenciadas pelas propostas da teoria de Jakobs, sendo certo que a adoção da “terceira velocidade do Direito Penal” vem sendo uma realidade não só no Brasil, como no mundo todo. Através de uma análise perfunctória, percebe-se em nossa legislação pátria, algumas manifestações desta teoria. Exemplo disso, é o que se infere da Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/90, caracterizada pela imposição do regime inicial fechado, endurecimento da progressão de regime, impossibilidade de substituição da pena por restritivas de liberdade, agravamento de penas, vedação da concessão da fiança e da liberdade provisória, o aumento do prazo da prisão temporária; Lei de Drogas – Lei 11.343/06, através da aplicação de penas mais severas e da punição de atos preparatórios da produção de entorpecentes; Lei do abate de aeronaves suspeitas – Lei 9.614/98, que possibilitou que aviões considerados hostis, possam ser atacados, após uma série de procedimentos ignorados pelo piloto de tal aeronave, e na Lei do Crime Organizado – Lei 9.034/95, que autorizou quebra sigilos das informações dos membros das organizações, proibiu a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, a relativização da prisão em flagrante, e o início do cumprimento da pena sempre no regime fechado. Ressalta-se, que não obstante a forte tendência político-criminal evidenciada nessas legislações, o Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, já sinalizou que muitos desses excessos não coadunam como o nosso Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, MORAES (2011), assenta que grande parte do Direito Penal da normalidade ‘Direito Penal do Cidadão’, vem sendo contaminado e entrelaçado pelas regras típicas do modelo do ‘Direito Penal do Inimigo’. Segundo Robert Alexy (2009) sem uma clara delimitação, os excessos e a falta de razoabilidade em medidas adotadas pelo direito Penal podem colocar em risco o próprio conceito de Estado Democrático de Direito, no que corrobora Moraes (2011). Desta forma, MORAES (2011) preconiza que se deve afinar o discurso para legitimar racional e excepcionalmente uma política criminal diferente ao

“inimigo”, de maneira a dificultar a criminalização sorrateira e às ocultas, como tem ocorrido e como fatalmente continuará ocorrendo e, de outra parte, fomentar a busca de uma alternativa ao superado modelo penal-clássico, com a fixação de limites para o desenvolvimento de tendências autoritárias típicas do expansionismo penal moderno.

Considerações Finais

É impossível negar, que a teoria do “Direito Penal do Inimigo” já saiu dos campos teóricos acadêmicos virando um verdadeiro fenômeno político-criminal, irradiando em nossas construções legislativas e influenciando o poder Judiciário na tomada de decisões mais rigorosas. Desta forma, o presente estudo se mostra de crucial relevância, ao passo que deve ser visto de maneira crítica e ponderada através de uma abordagem que coadune com os novos paradigmas de nossa sociedade moderna, deixando para trás pensamentos ultrapassados que não se mostram mais eficazes para solucionar a crise institucionalizada na humanidade.

Referências Bibliográficas

ALEXY, R. Conceito e Validade do Direito. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BULOS, U.L. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
JAKOBS, G; MELIÁ, M.C. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. 6.ed. Trad. Andrés Luíz Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Libreria do Advogado, 2015.

MORAES, A.R.A. Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA SANCHEZ. J. A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais. 2ª ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, E.R. O inimigo no direito penal. 2ª ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Pensamento criminológico, 2007.