

## **O DIREITO PENAL DO INIMIGO APLICADO AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UM SISTEMA RESSOCIALIZADOR**

### **The enemy's criminal law applied to the brazilian prison system: a resocializing system**

**Alessandro Rúdio Broetto<sup>1</sup>, Valéria Sperandio Bridi<sup>2</sup>.**

<sup>1</sup>Professor, Rua Jequitibá, 121, Centro, Santa Maria de Jetibá-ES, CEP: 29645-000, rudioadv@gmail.com

<sup>2</sup>Aluno, Rua Jequitibá, 121, Centro, Santa Maria de Jetibá-ES, CEP: 29645-000, valeriabridi7@gmail.com

### **INTRODUÇÃO**

Para uma compreensão e delimitação do tema proposto no presente trabalho é necessário entender a respeito da teoria do direito penal do inimigo, desenvolvida por Gunther Jakobs (2015), que se baseia na ideia de que os criminosos que cometeram o fato típico, ilícito/antijurídico e culpável representariam uma séria ameaça social. São indivíduos desconhecidos como cidadãos, que perderam seus direitos políticos e por vezes civis e assim, devem reparar a sociedade por todo o mal causado.

O tratamento e condições de vida dos detentos nos sistemas carcerários brasileiros é algo preocupante política e socialmente. O direito penal do inimigo estaria de acordo com o atual sistema, que de longe ressocializa o preso, muito antes, traduz justamente o sistema punitivo, conforme proposto de Jakobs (2015).

A problemática apontada está justamente no sentido de sua similaridade nítida entre Estado punitivo e direito penal do inimigo, quando voltada ao conceito e ao tratamento para com os considerados “inimigos” do Estado. Os criminosos, além de receber tratamentos rígidos, perdem sua identidade de cidadãos e passam a ser detentos excluídos definitivamente da sociedade, vivendo (ou sobrevivendo) sob tutela do Estado soberano.

A justificativa e o objetivo do estudo se encontra no fato da existência de leis que garantam a dignidade humana efetiva, além da necessidade do bom convívio dos presos nos sistemas carcerários para sua ressocialização. Apesar da ressocialização estar na lei, na verdade, o que vemos na prática é o Estado tratando os infratores e réus como verdadeiros “inimigos”, punindo ao invés de ressocializar. Demonstrar as maneiras em que o Estado soberano de direito tem de ressocializar ao invés de punir e reprimir seus cidadãos/inimigos é uma necessidade de todo a sistemática de democracia, respeitando e garantindo a dignidade humana aos detentos.

### **MATERIAL E MÉTODOS**

A etapa dos materiais e métodos constitui um dos núcleos de toda a pesquisa, e nela são enumerados os elementos e instrumentos empregados e também se descreve os passos efetuados no experimento. Foi realizado um estudo quantitativo, no sentido de que os autores do trabalho buscarão estabelecer relações causais que supunham uma explicação sobre o tema. Utilizou-se

<sup>1</sup> Doutorando pelo Instituto Toledo de Ensino-SP; Mestre pela Faculdade UNIDA-ES; Licenciado em História pela Faculdade Duque de Caxias-RJ; Graduado em Direito pela Universidade Vila Velha-ES; Advogado; Escritor; Professor de Direito da Faculdade da Região Serrana - FARESE; contato: rudioadv@gmail.com

<sup>2</sup> Graduanda em direito pela Faculdade da Região Serrana – FARESE; contato: valeriabridi7@gmail.com

dos objetivos vinculados na forma que descrevem e explicam o tema junto ao seu objeto em si pesquisado, sem envolver o modo de pensar ou de sentir dos pesquisadores, tendo como norma o estudo hipotético-dedutivo que permitiu planejar o problema, através de um processo de dedução e indução legislativa. Quanto ao problema de pesquisa, foi remetido a uma teoria, a partir do marco teórico que se planejou uma hipótese e, mediante a reflexão, os autores do trabalho tentaram validar sua hipótese empiricamente.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

O conceito de “inimigo” já vem sendo discutido desde a Grécia Antiga. Filósofos como Immanuel Kant (1993) e Thomas Hobbes (2012) defendiam que o estado de natureza era um estado de guerra, onde os indivíduos viviam em constante ameaça, de forma que a paz seria alcançada com um controle social por meio da criação de um Estado civil. O inimigo faz parte justamente desse estado de natureza, diferente dos cidadãos que fazem parte do Estado civil.

O cidadão, ao infringir o contrato social, deixaria de ser membro do Estado civil, por estar em guerra com a lei (ROUSSEAU, 2013) se tornando um “inimigo”, assim como era no estado de natureza, ou seja, quem abandona o contrato social do cidadão perde todos os seus direitos. Como exemplo privilegiado, em casos de alta traição contra o Estado soberano, o criminoso não deve ser castigado nunca como súdito, sempre como “inimigo” (HOBBS, 2012), ou ainda, quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita as diretrizes comunitárias, deve ser tratado também como “inimigo” (KANT, 1993).

O direito penal do inimigo dessa forma tem suas bases formuladas a partir da obrigatoriedade de respeito ao contrato social. Pois aquele que age contra o Estado não pode ser considerado parte dele. Contudo, pelo desenvolvimento do direito penal e da dignidade da pessoa humana, o ato do Estado punir não trouxe a solução; mas ressocializar o criminoso sim. O Estado soberano deve agir para potencializar o melhor de cada indivíduo para a contribuição social, retirando e controlando o estado natural de guerra, contrariamente ao teorizado pelo direito penal do inimigo (GIDDENS, 1991)

A teoria do direito penal do inimigo foi idealizada pelo filósofo Gunther Jakobs (2015) na década de 1980, e ganhou força após os atentados de 11 de setembro de 2001, por demonstrar supostamente a ineficácia do direito penal na contestação de delitos como o terrorismo e o crime organizado. Esse modelo teórico visa à necessidade de separar as pessoas que o Estado soberano vê como inimigas do meio social e privá-las das garantias e direitos consagrados na norma.

Apesar de ter várias críticas a respeito dessa argumentação de “inimigo”, no modelo convencional do direito penal brasileiro se faz presentes as garantias retrospectivas, enquanto que no direito penal do inimigo ocorre a prospecção, ato no qual até as condutas futuras são puníveis. São três pilares para a aplicação da teoria: antecipação da punição do inimigo; desproporcionalidade das penas e a relativização ou suspensão das garantias penais e processuais e; a criação de leis severas para uma engenharia de controle social (JAKOBS, 2015).

Como podemos observar, na lei o direito penal brasileiro tem a conduta de ressocialização do criminoso, sendo contrário as ideias de Jakobs (2015), sendo importante frisar que no Brasil o processo de colonização impôs novas formas de organizações e obrigações na política de estruturação coletiva, tendo as leis e os costumes assegurados de forma paralela. O atual código penal entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, sendo adaptado a Constituição Federal de 1988, seguindo caminhos democráticos e priorizando garantias e liberdades individuais (DWORKIN, 2004).

Isso porque a Constituição Federal de 1988 consagra princípios importantes de igualdade, não sendo cabível a teoria de Jakobs (2015) de separar cidadãos e inimigos, dado que as pessoas que cometem delitos, independente do grau de periculosidade, são julgadas sob o mesmo ordenamento jurídico e com as mesmas garantias individuais (BRASIL, 1988).

O direito penal brasileiro constitui a tipificação do crime, bem como a previsão das respectivas sanções penais a serem aplicadas aos autores dos crimes, o que somente é realizado pelo Estado, único detentor de *jus puniendi*. Assim todas as normas infraconstitucionais, dentre elas as normas penais, devem observar os fundamentos e princípios contidos na constituição, estabelecendo o Estado democrático de direito (ANDERSON, 1999).

No que concerne ao princípio da individualização da pena que traz algumas aplicabilidades diferentes para com os condenados (muito coligado ao direito penal do inimigo), nada possui precedência com o sistema de Jakobs (2015), tendo em vista que a mesma lei que rege os criminosos e existe um critério de benefício, nunca de malefício, para aqueles criminosos com bons antecedentes, emprego fixo, bom comportamento etc. Assim estamos diante da lei o brocardo jurídico *in dubio pro reo* (na dúvida sempre em favor do acusado), em outras palavras, o princípio da individualização da pena somente pode trazer benefícios para casos iguais, nunca malefícios. Como exemplo privilegiado temos o Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, disposto no artigo 52 da Lei de Execução Penal - LEP que traz a individualização do tratamento a cada condenado, por se tratar de uma forma especial de cumprimento de pena no regime fechado, consistindo na permanência do detento em cela individual, com limitações de visita e direito de saída. O RDD teve sua origem em São Paulo, por meio da Resolução 26/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária, que alegou necessária à sua criação para combater o crime organizado:

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

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

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

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

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

O fato de diferenciar e tratar de forma específica e individual alguns presos, pode-se trazer uma confusão quanto provável semelhança ao conceito de inimigo estipulado por Jakobs (2015). Contudo, todas as legislações penais foram efetivamente legisladas antes da Constituição da República de 1988, estando necessariamente sob sua exigência, pelo conceito piramidal de Hans Kelsen (ABREU, 2018).

O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF, instituído pela lei [12.106/2009](#), é responsável por iniciativas relacionadas ao sistema carcerário, à execução penal e à execução de medidas socioeducativas, determinando que os cidadãos privados de sua liberdade devem ter condições dignas no sistema penitenciário brasileiro, visando a recuperação e inserção dos apenados na sociedade. Portanto, é perceptível que a política criminal brasileira apresenta dispositivos legais que consolidam um viés ressocializador das instituições prisionais, dado que os sistemas carcerários são previstos como lugares de reeducação, visando, a partir desta prática, tornar os autores de atos ilícitos, cidadãos dignos de aceitação e mudança social (BRASIL, 2009).

Há prevista, ainda, a lei de Execução Penal, que contribui com a efetivação das disposições estabelecidas nas sentenças criminais, bem como impõe condições para o cumprimento da pena e trata direitos dos detentos nas penitenciárias. A execução penal é regida com princípios, sendo estes: da humanidade das penas; da legalidade; da personalização da pena; da proporcionalidade da pena; da isonomia; da jurisdicional idade; da vedação ao excesso da execução e, finalmente, da ressocialização (ZAFFARONI, 2008).

É obrigação do Estado brasileiro desprender assistências aos indivíduos detidos em penitenciárias, em razão da prática de fatos típicos ilícitos/antijurídicos e culpáveis, praticados contra indivíduos ou sociedade. Entretanto, na prática é diferente, o sistema criminal tem tendência a expansão do poder punitivo, o que faz das cadeias ambientes de revolta, tortura, violência e indignidade, seja por omissão ou mesmo por ação individual/coletiva dos agentes controladores subordinados ao Estado soberano. O encarceramento em massa, influenciado pelo padrão norte americano representado pela política da lei e ordem, cria grande relevância na contemporaneidade. A lei brasileira define que para cada preso é necessário no mínimo seis metros quadrados de espaço. Todavia, na prática, situações lamentáveis de presidiários com apenas setenta centímetros quadrados para si foram encontradas. (ZAFFARONI, 2007).

Além da deficiência para com a superlotação, existem muitas falhas quanto a assistência, organização e garantias de condições dignas de vida, que causam impactos negativos dentro das prisões. A teoria proposta por Jakobs (2015), apesar de incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, se mostra presente na prática, no que diz respeito ao sistema carcerário brasileiro, visto que é aplicado um sistema punitivo, e não ressocializador. Temos como exemplo privilegiado o caso ocorrido no Estado do Espírito Santo, no qual presos foram mortos pelo calor em contêineres, chamando a atenção do mundo e da Organização das Nações Unidas. Se tornando necessário a criação da Secretaria de Justiça e a separação dos agentes carcerários das policiais militares e civis. (SEJUS, 2022).

Silva Sánchez (2011) criou a teoria das velocidades do direito penal, dividindo o direito processual e penal em três “velocidades”. Na primeira, todas as garantias penais e processuais de mantêm, vez que, mesmo diante de graves penas, as garantias não podem ser suprimidas. Na segunda, é aceitável que haja supressão de certas garantias processuais com o intuito de simplificar o processo. Na terceira velocidade, apesar de previstas penas privativas de liberdade, há uma flexibilização nas garantias do réu, possibilitando a contenção de riscos. A terceira velocidade proposta se aplica na prática de encarceramento brasileiro, constituindo o modelo do direito penal do inimigo, na prática, tanto pelas omissões do poder executivo, quanto pela ação dos agentes que deveriam cumprir a legislação ressocializadora.

## CONCLUSÃO

O direito penal do inimigo tem encontrado condições de possibilidade prática no Brasil, devido a ineficácia da aplicabilidade das leis e da Constituição Federal de 1988. A solução para a criminalidade no mundo não deve ter foco em punição, pois tratar desumanamente indivíduos que por natureza não estão inseridos nas normas sociais cria resultados lamentáveis social e politicamente. Quanto o Estado se torna o agente punitivo e deixa de ser controlador e passa a ser o criminoso sob a égide da lei.

No caso do Brasil, incorre legislação específica para a aplicação do sistema ressocializador, mesmo que com particularidades como a individualização da pena, sendo sempre favoráveis aos condenados, visando uma construção e evolução pessoal para a transformação do criminoso em cidadão pertencente ao meio social.

Portando, apesar de a lei trazer os princípios ressocializadores, na prática o Brasil em sistema de prisão e encarceramento, deve acompanhar a legislação e as determinações internacionais a fim desenvolver aqueles que se encontram em situação de cárcere para que possam contribuir ativamente para o desenvolvimento social.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Camille. **Um Guia Prático sobre a Hierarquia das Leis**. GESIF, Inteligência Fiscal. Disponível em: <<https://www.gesif.com.br/2018/07/02/guia-pratico-sobre-a-hierarquia-das-leis/>>. Acesso em: 13 de out. 2021.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. [Decreto-Lei (2.848/40)]. **Código Penal de 1940**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)

BRASIL. [Decreto-Lei (3.689/41)]. **Código de Processo Penal de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)

BRASIL. [Lei 7.210 (1984)]. **Lei de execuções penais**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)

DWORKIN, Ronald. O terror e o ataque às liberdades civis. **Direito e Democracia** (Revista de Ciências Jurídicas-Ulbra), Canoas, v. 05, n. 01, p.169-186, jan./jun. 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução Rosina Dángina. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. por André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. P. 162.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípio do direito político**. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora Pillares. 2013.

SEJUS. **Secretaria de Estado da Justiça**. Vitória, ES: Disponível em:  
<https://sejus.es.gov.br/unidades-prisionais>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.