

DIREITO PENAL DO INIMIGO: REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Elisandra Mai Rodrigues¹

Thiago Andrade dos Santos²

RESUMO

Este artigo cuidou abordar de maneira objetiva, os principais pontos sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, cunhada pelo jurista alemão, Günther Jakobs, trazendo as características e ideias mais relevantes, defendidas pelo autor. De maneira sucinta, a teoria encabeçada por Jakobs, propõe a divisão do direito penal em dois tipos: o direito penal comum e o direito penal do inimigo. Como o próprio nome sugere, o primeiro tipo seria destinado ao cidadão, e teria como objetivo demonstrar a validade da norma, e o seu poder de coerção. Já o segundo, voltado ao inimigo, teria por escopo a própria manutenção do Estado, na medida em que visa resguardar a sua existência. Com o intuito de enriquecer o estudo, buscou analisar a crescente aparição das características desta teoria no ordenamento jurídico pátrio, com a seleção de leis que revelam em seus dispositivos, traços marcantes do direito penal do inimigo.

Palavras chaves: Direito Penal do Inimigo; Ordenamento jurídico; Inimigo; Cidadão.

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, após a segunda guerra mundial, a constituição deixou de ser entendida apenas como carta política, passando a ter reconhecida a sua supremacia normativa, tornando-se, por sua vez,

¹ Elisandra Mai Rodrigues, Aluna concludente do curso de Bacharel em Direito da Faculdade Doctum de Direito da Serra – Rede de Ensino Doctum – Unidade Serra. E-mail: elisandra.mai@gmail.com.

² Thiago Andrade dos Santos, Mestre em segurança pública, Especialista em Direito Penal e Processual Penal, Professor Universitário e Professor Orientador do Artigo Científico da Faculdade Doctum de Direito da Serra – Rede de Ensino Doctum – Unidade Serra. Email: monitoria.thiago@gmail.com.

o centro do ordenamento jurídico. Dotadas de caráter principiológico, as constituições elaboradas no pós-guerra, abarcaram em seu texto, os princípios iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, bem como, a valorização dos direitos humanos. Os direitos fundamentais tornaram-se limite não apenas da atividade administrativa, mas também da legiferante.

Sabe-se, que a Constituição de 1988³, tem como fundamento central, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este, que orienta todos os demais princípios presentes no texto constitucional. No artigo 5º, a Carta Magna assegura, além de outros direitos semelhantemente importantes, a igualdade de todos perante a Lei.

O Direito Penal do Inimigo, por sua vez, trata-se de uma teoria idealizada na década de 1990, pelo jurista alemão Günther Jakobs, na qual, defende a ideia de um direito penal dividido em dois tipos, um direcionado ao infrator cidadão, e outro voltado unicamente ao infrator inimigo. De acordo com Jakobs⁴, “o Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”.

Inegável que o aumento da criminalidade faz surgir grande temor na sociedade, que, somado à sensação de impunidade, eclode em movimentos que exigem um maior endurecimento nas penas. O Poder Público, em resposta, adota medidas no sentido que minorar tal sensação, acarretando, não raras vezes, na mitigação de direitos e garantias constitucionais.

A importância do tema reside no fato de que o Estado, ao editar leis que, além de suprimir direitos constitucionais, ao contrário de coibir eficazmente os crimes para os quais são direcionadas, na prática, acabam por se tornar meramente simbólicas, não produzindo efeitos externos, mas apenas internos. A crítica que se faz é justamente em relação a essa postura do poder estatal, que, em nada contribui para a resolução do problema da criminalidade, e acaba por levar o direito penal ao descrédito.

Para a confecção do presente artigo, foi adotado o método dialético, somado à pesquisa bibliográfica e qualitativa, sendo, todas as informações obtidas a partir de

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em mai. 2018.

⁴ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo, noções e críticas*. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

material já publicado, tais como, livros, legislações, artigos publicados em sítios eletrônicos, periódicos, entre outros.

Com relação ao marco teórico, num primeiro momento, foi realizada uma contextualização acerca do Estado Democrático de Direito. Posteriormente, cuidou-se de explicar a teoria do Direito Penal do Inimigo, apontando o surgimento, a base filosófica de sua construção, bem como, as características e principais ideias que compõe a teoria.

A seguir, buscou-se examinar a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), e a Lei de Organizações criminosas (Lei n. 12.850/13), identificando e pontuando as influências do direito penal do inimigo na criação dos tipos penais previstos nos referidos diplomas legais.

Por fim, procedeu-se a análise do Regime Disciplinar Diferenciado, buscando, do mesmo modo, ilustrar os traços da teoria encabeçada por Jakobs, presente nesse regime.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SURGIMENTO E BREVES CONSIDERAÇÕES

Ao longo da história, vários foram os modelos de Estado que surgiram como forma de organização da sociedade. No século XVI, o chamado Estado Absolutista, era marcado pela figura do rei como detentor único e soberano do poder. Considerava-se que o poder exercido pelos monarcas era fruto de um “direito divino dos reis”⁵. No final século XVIII, inspirado nos ideais da Revolução Francesa, surge o Estado Liberal (Estado de Direito) tendo como principais características, a não intervenção do Estado na economia, a Divisão dos Poderes, e a supremacia da constituição, como norma limitadora do poder estatal e garantidora de direitos individuais fundamentais⁶.

⁵ Jean Bodin (1530-1596) foi um teórico político e jurista francês conhecido por defender o regime absolutista, utilizando-se de argumentação fortemente religiosa. Sustentava em suas obras, que o poder supremo era concedido por Deus aos reis. Disponível em: <<http://www.institutodehumanidades.com.br/index.php/galeria/10-galeria-dos-grandes/24-jean-bodin>>. Acesso em abr. 2018.

⁶ MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em abr. 2018.

Com o passar do tempo, verificou-se que, a igualdade meramente formal e o absentéismo do modelo Liberal, apenas contribuíram para o avanço do capitalismo, que, por sua vez, aumentou a desigualdade econômica entre as classes. A realidade verificada era a concentração das riquezas nas mãos da burguesia, enquanto a classe operaria vivia em situação de miséria. Como resposta às consequências advindas do liberalismo, nasce no século XIX, o Estado Social⁷.

Foi a partir desse novo modelo de estado, que os direitos subjetivos materiais começam a se expandir, e do Estado passa-se a exigir uma atuação positiva, com vistas a proporcionar à coletividade, o direito a educação, a saúde e ao trabalho, diferentemente, do que ocorria no liberalismo⁸.

Não obstante a busca pela supressão das desigualdades geradas pelo liberalismo, o Estado Social se frustra, na medida em que suas políticas voltadas à coletividade, não foram capazes de proteger os seus membros, de forma individualizada⁹.

O Estado Democrático de Direito surge no pós-guerra, como uma tentativa de corrigir as falhas apresentadas pelos regimes totalitários e socialistas, que, não conseguiram proteger o indivíduo, muito menos atender de maneira efetiva, os anseios democráticos da sociedade¹⁰.

Acerca o tema, Alexandre de Moraes¹¹, explica que:

O Estado Democrático de Direito, significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (...) adotou o denominado princípio democrático, ao afirmar que todo poder emana do povo.

Partindo da explanação supracitada, pode-se entender o Estado Democrático de Direito como aquele constituído pelo conjunto de regras jurídicas, selecionadas de forma democrática, no qual todos os direitos fundamentais da pessoa humana são assegurados.

⁷ LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em abr. 2018.

⁸ LA BRADBURY. Op. Cit.

⁹ GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed.RT: São Paulo, 1977.

¹⁰ SOARES, Igor Alves Noberto. *Brevíssimas considerações sobre a formação do estado democrático de direito*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43814&seo=1>>. Acesso em abr. 2018.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

2.1. Constituição Federal de 1988 e Direito Penal do Inimigo

A Carta Magna estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito, além de assegurar, entre outros direitos, a igualdade de todos perante a lei. Em obediência aos parâmetros constitucionais, o sistema penal brasileiro adotou, para caracterizar o crime, o direito penal do fato, isso significa que o Estado irá aplicar a sanção penal ao indivíduo em decorrência da conduta ilícita praticada, não sendo levado em consideração, num primeiro momento, as características pessoais do autor, o que, somente ocorrerá quando da fixação da pena e do regime de cumprimento da pena.

O direito penal foi criado para ser a *ultima ratio*, ou seja, a sua intervenção somente será possível quando os demais ramos do direito fracassarem ou se mostrarem insuficientes para garantir a proteção e o controle social. Não obstante, nos últimos anos, o direito penal passou por diversas mudanças, isso porque, com o desenvolvimento mundial, houve também o crescimento da criminalidade, materializado pelo aumento da violência nos grandes centros, surgimento de novos delitos, bem como, pelo “aperfeiçoamento” das práticas criminais¹².

Esse cenário faz surgir dois fenômenos, o Simbolismo e o Punitivismo, que são utilizados, pelo poder estatal, como ferramentas de resposta ao clamor público. O primeiro, diz respeito à criação de tipos penais objetivando unicamente tranquilizar a sociedade, sem, contudo, se preocupar com a efetividade da norma. Por sua vez, o segundo reflete-se no endurecimento sobremaneira das penas para as normas já existentes, isso, com o intuito de dar máxima eficiência ao cumprimento da lei¹³.

Um dos traços mais expressivos do direito penal do inimigo é justamente a restrição ou mitigação de direitos e garantias penais e processuais penais. Em âmbito jurídico nacional, cita-se como exemplo da ocorrência desse fenômeno, a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do

¹² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo. Direito Penal do Equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal*, Editora Impetus, 2005. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em mar. 2018.

¹³ LEMES, Flávia Maria. *Manifestações do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro*. Publicado em 10/2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/32886/manifestacoes-do-direito-penal-do-inimigo-no-ordenamento-juridico-brasileiro/1>>. Acesso em fev. 2018.

Habeas Corpus n. 126292/SP¹⁴, que fixou a possibilidade de execução provisória da pena a partir da confirmação, em segunda instância, de sentença penal condenatória. Neste julgado, a Suprema Corte relativizou o princípio constitucional da presunção da inocência (ou princípio da não culpabilidade).

Desta feita, forçoso concluir que, apesar de, à primeira vista, ser incompatível com o Estado Democrático de Direito, é possível encontrar, no ordenamento jurídico pátrio, traços do Direito Penal do Inimigo.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo trata-se de uma teoria desenvolvida no final da década de 1990, pelo professor e filósofo alemão Günter Jakobs¹⁵. Seu surgimento está associado, sobretudo, às ações de grupos terroristas em vários países, constituindo-se numa reação de combate contra esses grupos especialmente perigosos, que atentam contra o próprio Estado. Na visão do autor, esses indivíduos não devem ser encarados como cidadãos, mas, como uma ameaça inimiga¹⁶.

Segundo Jakobs¹⁷, o Estado deve reconhecer a existência de dois grupos distintos de pessoas, quais sejam: os infratores comuns, aqueles que cometem erros por meio de condutas desviantes, bem como, os infratores inimigos, aqueles que sistematicamente infringem as normas, e, portanto, devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico. Ao primeiro, é garantida a manutenção do status de cidadão, já ao segundo, o mesmo não se aplica, pois deverá ser tratado como verdadeiro inimigo.

No que tange a esse último grupo, lhes é dado um tratamento diferenciado daquele ofertado aos infratores comuns, isso porque, devido à infração cometida e a periculosidade que tal grupo representa, torna-se cabível qualquer medida adotada por parte do Estado. Logo, dentro dessa visão, o Direito Penal do Inimigo tem como

¹⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 126292/São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em abr. 2018.

¹⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo. Direito Penal do Equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal*, Editora Impetus, 2005. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em abr. 2018.

¹⁶ ALENCAR, Antônia Elúcia. *A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática*. Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁷ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo, noções e críticas*. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

funções primordiais a subsistência do Estado, assim como, a garantia da segurança aos seus membros, não podendo então, num primeiro momento, ser encarado de forma demonizada¹⁸.

Uma observação importante a ser realizada é que nem todos os infratores são inimigos, logo, é fundamental que se faça uma separação entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, visto que, a introdução de traços deste, naquele, acaba por ser extremamente maléfico, uma vez que, em muitos casos, o infrator cidadão é punido como infrator inimigo. Conforme assevera o autor¹⁹:

Por outro lado, entretanto, em princípio, nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico. Por isso, a introdução de um cúmulo – praticamente já inalcançável – de linhas e fragmentos de Direito penal do inimigo no Direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito.

Em países onde se pratica o Direito Penal do Inimigo, tal como a Colômbia, observa-se diferenças estruturais entre este e o Direito Penal do Cidadão. Dentre tais disparidades, pode-se destacar a aplicação do Direito Penal do Inimigo contra grupos específicos de pessoas, o que o torna um Direito Penal do autor e não do fato. Assim, o Direito Penal do Inimigo é aplicado contra um grupo de pessoas que possuem uma qualidade especial, independentemente dos fatos. No Brasil, foi adotado o Direito Penal do fato, entretanto, para fins de individualização da pena, como já mencionado, utiliza-se o Direito Penal do autor²⁰.

3.1 Características

Silva Sánchez²¹ entende que o direito penal apresenta duas velocidades. A primeira diz respeito à aplicação das penas privativas de liberdade com observância dos princípios norteadores do Direito Penal, assegurando garantias processuais penais e penais aos acusados. Já a segunda velocidade engloba as infrações de

¹⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do inimigo. Breves considerações*. Teresina: Jus Navigandi, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em abr. 2018.

¹⁹ JAKOBS; MELIÁ. Op. Cit. 2010, p. 28.

²⁰ LARIZZATTI, Rodrigo. *As organizações criminosas e o direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://direitopenaldoinimigo.blogspot.com.br/p/bibliografia.html>>. Acesso em abr. 2018.

²¹ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal. aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 159 e ss.

menor potencial ofensivo, onde se tem a predominância da aplicação de penas pecuniárias ou de penas restritivas de direitos somada à flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais.

A terceira velocidade surge da junção das duas velocidades anteriores, caracteriza-se pelo predomínio de penas privativas de liberdade com a flexibilização dos princípios norteadores do Direito Penal e Processual Penal. Esse Direito Penal de terceira velocidade é o Direito Penal do Inimigo, tendo ele, segundo Sánchez²², as seguintes características:

1. Relativização do Princípio da Exteriorização do Fato, com a antecipação da punibilidade, tipificando atos preparatórios;

2. Inobservância do Princípio da Ofensividade, com a criação de tipos penais abstratos e tipos penais de mera conduta;

3. Flexibilização do Princípio da Legalidade, através da descrição vaga dos crimes e das penas, permitindo que um maior número de comportamentos sejam abrangidos pelo tipo;

4. Predomínio do Direito Penal do Autor em detrimento do Direito Penal do Fato, pois o autor é punido não pelo fato, mas sim por suas características pessoais;

5. Surgimento das chamadas “leis de luta e de combate” caracterizadas pela desproporcionalidade das penas, pelo endurecimento da execução penal e pela restrição de garantias penais e processuais penais.

3.2 Construção filosófica e justificação

O ordenamento jurídico é o vínculo que une as pessoas de uma sociedade, sendo atribuídos direitos e deveres frente à comunidade. Ocorre que, para fazer prevalecer os interesses sociais sobre os interesses privados, o Estado é dotado de um poder coercitivo. Dentre os ramos do Direito, aquele que tem o maior poder de

²² SILVA SANCHEZ. Op. Cit.

coação é o Direito Penal. Essa coação, que é praticada contra os indivíduos da sociedade, é semelhante àquela promovida pelo Estado contra seus inimigos de guerra, tendo inclusive, como uma de suas principais penas, a privação da liberdade²³.

Para justificar esse tratamento semelhante empregado pelo Estado, tanto para o cidadão infrator como para o inimigo de guerra, Jakobs assevera que o delinquente, ao descumprir o contrato social que uni a todos, já não faz parte da sociedade e por conta disso deve receber o mesmo tratamento ofertado aos seus inimigos. Entretanto, não se pode tirar o status de cidadão de todos aqueles que infringem a norma, pois, além de terem o direito de se reajustarem a sociedade, também tem o dever de reparar o dano causado. Porém, existem alguns indivíduos que, através de constantes violações a norma penal, afirmam de forma sistemática, não possuem interesse em participar da vida em sociedade, devendo então, serem tratados, não mais como infratores cidadãos, mas, como infratores inimigos do Estado, vez que atentam contra as normas que mantém as relações sociais²⁴.

É necessário esclarecer que, de regra, um delito não atenta contra a manutenção da sociedade, logo, o autor de um delito menos gravoso, deve ser tratado como um infrator cidadão, uma vez que seu ato não tem por escopo o fim da sociedade. Entretanto, essa conduta deve ser penalizada, pois se exige o cumprimento das normas por parte de todos, sendo necessária a aplicação de uma punição, pelo Estado, para ratificar essa exigência. Em sentido diverso, aquele que desatende as expectativas sociais de forma duradoura, diminui a disposição de ser tratado do mesmo modo, nesse caso, o agente deve ser tratado não mais como cidadão, mas como inimigo do Estado, pois um indivíduo que sistematicamente atenta contra as normas do sistema, não pode participar dos seus benefícios. Neste contexto, o Jakobs²⁵ afirma que:

O que ainda se subentende a respeito do delinquente de caráter cotidiano, isto é, não tratá-lo como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil, como se acaba de mostrar, no caso do autor por tendência. Isso está imbricado em uma organização – a

²³ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo, noções e críticas*. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁴ MARTÍN, Luis Garcia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁵ JAKOBS; MELIÁ. Op. Cit. 2010, p. 30.

necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma.

Tratar os infratores habituais como cidadãos, com todas as garantias inerentes a essas pessoas, acaba por impor limites ao Estado, impedindo que ele cumpra sua função principal de se manter e proteger a todos. Desta feita, podemos imaginar, conforme exemplo dado pelo autor, a seguinte situação:

Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Através dessas ideias Jakobs desenvolveu a Teoria Funcionalista Radical ou Sistêmica. Segundo essa teoria, a principal missão do Direito Penal é de resguardar o sistema normativo, mantendo o império das normas. Assim, quando a pena cominada a um indivíduo é aplicada, ela faz um exercício de fidelidade ao Direito e comprova que o Direito é mais forte que sua contravenção. O autor tem extrema preocupação com o sistema normativo, entendendo que a norma sempre deve prosperar²⁶.

Jakobs define conduta criminosa como sendo todo o comportamento humano voluntário, violador do ordenamento jurídico, frustrando as expectativas normativas. Logo, a prática de um fato criminoso significa um questionamento sobre a validade da norma penal, ou seja, com sua conduta o delinquente interroga o Estado se aquela norma continua válida ou não. A aplicação da pena por parte do Estado, por sua vez, significa uma resposta ao indivíduo infrator, afirmando que aquela norma continua em vigor²⁷.

Com relação às bases filosóficas, a fim de oferecer sustentação a sua teoria, Jakobs fez uso de escritos que remontam aos séculos XVII e XVIII, inspirando-se nas ideias de autores como, Jean-Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, Immanuel Kant e Thomas Hobbes.

²⁶ VILELA, Leonardo Couto. *Direito penal do inimigo: o funcionalismo radical de Jakobs*. 2014. Disponível em: <<http://leocoutocpa.jusbrasil.com.br/artigos/114727908/direito-penal-do-inimigo-o-funcionalismo-radical-de-jakobs>>. Acesso em abr. 2018.

²⁷ VILELA. Op. Cit.

Sobre o tema, Damásio Evangelista de Jesus²⁸ explica que:

(...) O pressuposto necessário para a admissão de um Direito Penal do Inimigo consiste na possibilidade de se tratar um indivíduo como tal e não como pessoa. Nesse sentido, Jakobs inspira-se em autores que elaboram uma fundamentação "contratualista" do Estado (em especial, Hobbes e Kant)(...).

Utilizando-se da teoria do Contrato Social, engendrada por Rousseau, Günther buscou demonstrar a legitimidade de um tratamento diferenciado ao infrator inimigo, haja vista entender que esse tipo de delinquente, ao infringir sistematicamente as normas, além de atentar contra a existência do Estado, demonstra não possuir interesse em fazer parte da ordem social estabelecida pelo Contrato.

3.3. Expansão

Atualmente, no mundo inteiro, podemos observar a evolução do Direito Penal, quer na criação de novos tipos penais, às vezes regulando setores inteiros, ou no endurecimento dos tipos penais já existentes. Rogério Greco critica esse movimento, chegando a afirmar que estamos passando de um "Estado Social" para um "Estado Penal". Essa expansão pode ser resumida em dois fenômenos: o Direito Penal Simbólico e o ressurgimento do punitivismo penal. Esses fenômenos constituem na verdade, traços do Direito Penal do Inimigo²⁹.

A expansão atual do Direito Penal, incriminando novas condutas, muitas vezes tem cumprido um papel meramente simbólico. Entretanto, os efeitos simbólicos da criação de um tipo penal não são estranhos ao Direito Penal, pelo contrário, fazem parte dele. Porém, a crítica que se faz ao Direito Penal Simbólico é a de que os agentes políticos criam o tipo penal objetivando unicamente dar uma sensação tranquilizadora a sociedade, sem se preocupar com a efetividade da norma³⁰.

²⁸ JESUS, Damásio E. de. Direito penal do inimigo. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em abr. 2018.

²⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo. Direito Penal do Equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal*, Editora Impetus, 2005. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em abr. 2018.

³⁰ JAKOBS; MELIÁ. Op. Cit. 2010, p. 28.

Além do recurso da criação do Direito Penal Simbólico, o legislador também tem recorrido ao ressurgimento do punitivismo, endurecendo sobremaneira as penas para as normas já existentes, isso, com o intuito de dar máxima eficiência ao cumprimento da Lei. Essa outra face da atual expansão do Direito Penal fica claro nos debates políticos, onde se discute o aumento de penas para os tipos penais, sem a preocupação de um debate verdadeiro sobre questões de política criminal³¹.

Esses fenômenos estão interligados, pois quando se introduz penas mais severas aos tipos penais, acaba por assumir também um caráter simbólico. Segundo adverte o autor³²:

(...) ambos os fenômenos aqui selecionados não são, na realidade, suscetíveis de ser separados nitidamente assim, por exemplo, quando se introduz uma legislação radicalmente punitiva em matéria de drogas, isto tem uma imediata incidência nas estatísticas da persecução criminal (isto é, não se trata de normas meramente simbólicas, de acordo com o entendimento habitual) e, apesar disso, é evidente que um elemento essencial da motivação do legislador, na hora de aprovar essa legislação, está nos efeitos simbólicos obtidos mediante sua mera promulgação.

Todos esses fenômenos, o Direito Penal Simbólico e o ressurgimento do punitivismo, são, sem dúvida, traços marcantes do Direito Penal do inimigo.

4 REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 Código Penal de 1940

É possível encontrar, no Código Penal pátrio, a presença de alguns tipos legais que, sugerem a influência da teoria defendida por Jakobs, em sua criação. Tipificando, pois, crimes de mera conduta, bem como, atos preparatórios, por exemplo.

O artigo 288 da Lei Penal, define a associação criminosa como o ato de, “associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”³³.

³¹ JAKOBS; MELIÁ. Op. Cit. 2010, p. 30.

³² JAKOBS; MELIÁ. Op. Cit. 2010, p. 31.

³³ BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em abr. 2018.

Esse dispositivo prevê pena de reclusão de 1 (um) à 3 (três) anos, podendo ser aumentada até a metade se a associação é armada, bem como, se contar com a participação de criança ou adolescente (parágrafo único, do art. 288, CP).

Segundo a doutrina³⁴, o tipo previsto no artigo 288 do Código Penal é classificado como sendo um crime comum, podendo qualquer pessoa figurar como sujeito ativo. É plurissubjetivo, somente pode ser praticado por três ou mais indivíduos. Formal, se consuma sem a produção do resultado naturalístico, plurissubsistente, costuma se realizar por meio de vários atos. Ademais, trata-se de crime de perigo comum abstrato, o que significa que coloca em perigo um número indeterminado de pessoas, prescindível de ser demonstrado e provado, haja vista que é presumido por lei.

O tipo penal do artigo ora em comento possui a mesma pena dos crimes de aborto provocado ou consentido pela mulher grávida previsto no artigo 124 do CP, assim também, o crime de sequestro e cárcere privado, tipificado no artigo 148 do mesmo diploma legal. Ou seja, aqui é possível verificar uma das características do Direito Penal do Inimigo, qual seja, a desproporcionalidade entre a conduta e a ação, já que se pune um mero ato preparatório com a mesma pena de crimes materiais (só se consuma com a produção do resultado naturalístico).

A punição de atos preparatórios pode ser verificada também nos artigos 253, 291 e 294, todos do Código Penal Brasileiro³⁵. Por sua vez, os crimes de mera conduta, podem ser encontrados nos artigos 150 (violação de domicílio) e 233 (ato obsceno), do Estatuto Penal.

4.2 Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90)

A Lei n. 8.072/90 que trata sobre crimes hediondos foi introduzida no ordenamento jurídico, em observância ao imperativo constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLIII, da CF/88. A época de sua promulgação coincide com um momento de pânico experimentado pela sociedade, haja vista o aumento de crimes noticiados

³⁴ GRECO. Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume IV/ Rogério Greco. 5. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2009.

³⁵ CÓDIGO PENAL. Op. Cit.

pela mídia, bem como a onda de casos de sequestros, ocorridos principalmente no estado do Rio de Janeiro³⁶.

A sociedade exigia do poder estatal uma providência urgente para inibir a crescente criminalidade, afastando assim, o ambiente de insegurança vivenciado no País. O Estado, em resposta ao clamor público, elabora e aprova as pressas, a Lei dos Crimes Hediondos. A referida lei nasce com o objetivo de elevar penas, impedir benefícios e impor maior rigor a determinados crimes³⁷.

A Lei n. 8.072/90 estabelece em seu artigo 1º os crimes que serão considerados hediondos, além de o serem assim entendidos, os crimes de terrorismo, tortura, e tráfico de drogas. O texto normativo prevê ainda, que tais crimes serão insuscetíveis de indulto e anistia, o que reforça a ideia de ofensa ao princípio de isonomia estatuído na Carta Magna³⁸.

Com o intuito de neutralizar os condenados, a redação inicial da lei n. 8.072/90 previa o cumprimento de pena integralmente em regime fechado, o que por sua vez, impede a aplicação de três institutos penais, quais sejam, a progressão de regimes, a substituição de uma pena privativa de liberdade por uma pena privativa de direitos e a suspensão da execução de uma pena privativa de liberdade. Ademais, tais medidas interferem diretamente na finalidade do sistema carcerário brasileiro, que é a ressocialização do preso, com a conseqüente inserção deste ao convívio social. Todas essas problemáticas, ensejaram a alteração da redação do art. 2º, parágrafo 1º, pela Lei n. 11.464/2007, passando a prever o cumprimento de pena em regime inicialmente fechado³⁹.

Destaca-se ainda que, a redação inicial da lei, em seu artigo 2º, inciso II, estabelecia a vedação de liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, ou seja, o acusado pela prática de tais delitos não poderia responder ao processo em liberdade, o que se coaduna as ideias defendidas por Jakobs, e, sobretudo, afronta o princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade) garantido pela

36 GALLINATI. Raquel Kobashi. *Direito Penal do Inimigo: uma realidade latente*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48007/direito-penal-do-inimigo-uma-realidade-latente>>. Acesso em set. 2018.

37 GALLINATI. Op. Cit.

38 BRASIL. Lei dos Crimes Hediondos. *Lei n. 8.072 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em set. 2018.

39 BASAIA. Diego Costa. *Crimes hediondos: estudo sobre a Lei nº 8.072/1900 e da própria terminologia*. Disponível em: <<http://www.marciomiranda.adv.br/?p=124>>. Acesso em set. 2018.

Constituição Federal de 1988. Insta salientar, que não por outra razão, a redação do inciso II do artigo em comento foi também alterada pela Lei n 11.464/2007⁴⁰.

Outra medida que demonstra flagrante desprezo ao princípio da presunção de inocência é o previsto no parágrafo 3º do artigo 2º, que diz “Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.”⁴¹. Verifica-se que o legislador buscou, através desse dispositivo legal, aumentar o período de encarceramento do condenado em primeira instância, bem como, mantê-lo preso antes do trânsito em julgado da sentença que o condenou.

A supressão de direitos e garantias penais, processuais e até mesmo constitucionais pode ser verificada em diversos dispositivos da Lei de Crimes Hediondos, pois, não por outra razão, muitos artigos foram revogados, e outros tiveram a redação original alterada pela Lei n. 11.464/2007.

Nota-se, que a Lei dos Crimes Hediondos trata-se na verdade, de uma lei simbólica, criada para atender ao clamor público, mas que, na prática não trouxe resultados satisfatórios, mas sim, uma falsa sensação de que, através de uma lei extremamente repressiva, reencontrar-se-ia a almejada segurança.

4.3 Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006)

A Lei n. 11.343/2006 que dispõe sobre o tráfico ilícito de drogas traz, no Título IV, Capítulo II, a criminalização de diversas condutas, relacionadas à produção não autorizada de substâncias entorpecentes e afins. O artigo 33, caput, prevê pena de reclusão 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, para aquele que, importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, gratuita ou onerosamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar⁴².

O artigo supracitado possui dezoito núcleos do tipo, sendo, portanto, possível verificar que o objetivo da Lei de drogas é antecipar a punibilidade, haja vista que,

⁴⁰ BRASIL. Op. Cit.

⁴¹ BRASIL. Op. Cit.

⁴² BRASIL. Lei de Drogas. *Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm >. Acesso em set. 2018.

tipificou condutas que podem ser classificadas como de perigo abstrato ou de mera conduta, a exemplo disso, cita-se os verbos nucleares “expor à venda”, “preparar” e “produzir”. Insta ressaltar que essa previsão trazida pela lei ora estudada, reflete a relativização do princípio da exteriorização do fato, o que por sua vez trata-se de influências trazidas pelo direito penal do inimigo⁴³.

O parágrafo 1º, inciso I do artigo 33, prescreve que nas mesmas penas do caput, incorre quem importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas⁴⁴.

Por sua vez, o inciso II do parágrafo 1º criminaliza a conduta de quem semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas⁴⁵.

Na Lei de Drogas, um mesmo dispositivo pune inúmeras condutas, sendo que, a pena aplicada às condutas previstas nos incisos I e II, parágrafo 1º do artigo 33, são as mesmas aplicadas ao tráfico internacional de drogas, previsto do caput do mesmo dispositivo legal.

Noutra via, cumpre destacar ainda que a Lei de Drogas, assim como ocorre na Lei de Crimes Hediondos, suprimiu várias garantias processuais, haja vista a vedação contida no artigo 44, que prevê a inafiançabilidade, bem como, a vedação de sursis e concessão de graça, indulto, anistia e liberdade provisória, nos crimes descritos nos artigos 33, caput e parágrafo 1º, e artigos 34 a 37, todos do mesmo diploma⁴⁶.

Vale ressaltar que o supracitado artigo 44, dispõe ainda, acerca da proibição de conversão das penas em restritivas de direito, contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 97256/RS⁴⁷, declarou a

⁴³ LEMINI. Matheus Magnus Santos. *Direito penal do inimigo: sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619 >. Acesso em set. 2018.

⁴⁴ BRASIL. Op. Cit.

⁴⁵ BRASIL. Op. Cit.

⁴⁶ BRASIL. Op. Cit.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97256/RS. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879> >. Acesso em set. 2018.

inconstitucionalidade de dispositivos na Lei de Drogas que impedem a aplicação de penas alternativas.

Nota-se que a lei ora em comento, apresenta em seu texto, várias ramificações do Direito Penal do Inimigo, tendo como traços desse Direito Penal justamente a punição de atos preparatórios e a desproporcionalidade das penas.

4.4 Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013)

A Lei n. 12.850 de 02 de agosto de 2013, trata exaustivamente sobre organizações criminosas, e em seu artigo 1º, parágrafo 1º prevê que: “considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”⁴⁸.

Por sua vez, o artigo 2º, caput, do mesmo diploma legal, criminalizou os atos de financiamento, promoção, e constituição de organização criminosa, estabelecendo pena de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão e multa⁴⁹.

O parágrafo 3º do artigo 2º dispõe acerca do agravamento da pena para quem exerce o comando individual ou coletivo, de organização criminosa. Ressalta-se a prescindibilidade da prática pessoal de atos de execução, conforme prescreve a parte final do parágrafo ora tratado⁵⁰.

Segundo entende a doutrina, o bem jurídico tutelado nos crimes previstos na lei ora estudada, é a paz pública, cujo sujeito passivo é a sociedade. Assim, por se tratar de delito de perigo abstrato, a mera formação e/ou participação em organização criminosa, representa risco a segurança da coletividade⁵¹.

Ressalta-se que por ser crime formal, não se exige a produção de qualquer resultado naturalístico para que ocorra a consumação, logo, ainda que a

⁴⁸ BRASIL. Lei de Organizações Criminosas. *Lei n. 12.850 de 02 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em out. 2018.

⁴⁹ BRASIL. Op. Cit.

⁵⁰ BRASIL. Op. Cit.

⁵¹ NUCCI. Guilherme de Souza. *Organização criminosa - Aspectos legais relevantes*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/organizacao-criminosa-aspectos-legais-relevantes>>. Acesso em out. 2018.

organização não tenha efetivamente cometido os delitos almejados, restará o crime configurado⁵².

Verifica-se a influência do direito penal do inimigo na Lei de Organizações Criminosas através da antecipação da punibilidade, com a punição de atos preparatórios, bem como, a violação de princípios penais, em especial o da fragmentariedade e da intervenção mínima, haja vista a tutela de bens jurídicos genéricos.

4.5 Regime Disciplinar Diferenciado

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) teve origem com a Resolução n. 26, de 04 de maio de 2001, da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo. Essa Resolução autorizou um novo regime de cumprimento de pena, a ser aplicado em alguns estabelecimentos prisionais do estado paulista⁵³. Entretanto, o RDD somente adentou ao ordenamento jurídico em âmbito nacional com a edição da Lei n. 10.792/2003 que alterou a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), em seu artigo 52⁵⁴, nos seguintes termos:

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;

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.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar **presos provisórios ou condenados**, nacionais ou estrangeiros, **que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade**.

§ 2º Estará igualmente sujeito 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. (Grifei)**

⁵² NUCCI. Op. Cit.

⁵³ MACCACHERO. Alice de Lemos. *O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33028/33028.PDF>>. Acesso em out. 2018.

⁵⁴ BRASIL. Lei de Execução Penal. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: out. 2018.

As hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado são três. De acordo com o caput do artigo supracitado, a primeira situação de incidência desse regime diz respeito à prática de crime doloso que ocasione perturbação a ordem e a disciplina interna do presídio. Por sua vez, nos termos do parágrafo 1º do artigo 52, a segunda situação é com relação ao preso provisório ou condenado que apresente grande risco a ordem e segurança do estabelecimento prisional, bem como, a sociedade. No que tange a terceira hipótese, esta se refere aos presos condenados ou provisórios em que recaiam suspeitas de envolvimento no crime organizado. (parágrafo 2º, art. 52)⁵⁵.

Sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, Mirabete⁵⁶ explica que:

(...) o RDD não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechados, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou com medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.

Nos termos do artigo 52, incisos I e III, da Lei de Execução Penal, no RDD, o preso poderá ficar em isolamento pelo prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, sendo possível a repetição da sanção pela prática de nova falta, respeitado o limite de 1/6 (um sexto) da pena. Com relação às visitas semanais, estas são limitadas em duas pessoas, com duração de duas horas, não sendo possível a ocorrência de visitas íntimas. Ademais, o preso submetido a esse regime contará com apenas duas horas diárias para o chamado “banho de sol”, conforme inciso IV do artigo ora mencionado⁵⁷.

Damásio E. de Jesus⁵⁸, ao discorrer sobre as características do Direito Penal do Inimigo diz que o “seu objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um perigo”, e exemplifica a sua ocorrência no ordenamento jurídico

⁵⁵ BRASIL. Lei de Execução Penal. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em out. 2018.

⁵⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrine. *Execução penal*. 11. ed.. São Paulo: Atlas, 2007, p. 149.

⁵⁷ BRASIL. Op. Cit.

⁵⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do inimigo. Breves considerações*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em out. 2018.

pátrio expondo que “(...) o regime disciplinar diferenciado, previsto nos arts. 52 e ss. da Lei de Execução Penal, projeta-se nitidamente à eliminação de perigos”.

A aplicação do RDD guarda considerável aproximação com teoria de Jakobs, haja vista que dispense tratamento diferente aos presidiários condenados ou provisórios, com base em suas características pessoais. Percebe-se uma antecipação da tutela penal, ao determinar o cumprimento de pena em regime mais severo inclusive em situações onde não há efetivamente a prática de ato ou exteriorização de conduta delituosa pelo apenado.

Nota-se ainda, que o Regime Disciplinar Diferenciado afronta direitos e garantias constitucionais, tais como, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88, e o princípio da humanidade das penas, estabelecido no artigo 5º, incisos III e XLVII, respectivamente, da Lei Maior.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo abordou sobre as influências do Direito Penal do Inimigo na formação do direito penal pátrio, sendo possível observar a presença de características relevantes da teoria elucidada pelo jurista alemão Günther Jakobs, em diversos dispositivos da legislação brasileira. Nota-se que há alguns anos, essa tendência vem ganhando espaço no ordenamento jurídico pátrio, com a crescente aparição de leis que guardam considerável relação com esse tipo de direito penal.

Importante elucidar que a Constituição Federal de 1988 estabelece garantias e direitos de forma irrestrita, logo, não deve haver diferenciação no tratamento dispensado a cada indivíduo ou grupo da sociedade, exceto se para promover uma igualdade substancial entre os membros que compõe a coletividade. Não obstante a determinação dada pela Carta Magna de que “todos são iguais perante a lei”, é notório que algumas legislações penais trazem previsão de tratamento distinto com base inclusive, em características pessoais e não necessariamente em atos praticados em desconformidade com a lei, o que por sua vez, aproxima o Direito Penal brasileiro a um Direito Penal do Autor, logo, incompatível com as premissas constitucionais estabelecidas.

Ressalta-se que a infiltração do Direito Penal do Inimigo no direito penal comum é vista como prejudicial, inclusive pelo próprio defensor dessa teoria. Como

já ilustrado neste artigo, Jakobs entende que os dois tipos de direito penal devem existir independentes um do outro, tendo em vista que um é direcionado ao cidadão comum que delinque, e o outro é voltado ao infrator inimigo. Assim, a junção dos dois tipos em um único direito penal geraria um desequilíbrio no poder punitivo do Estado, ocasionando situações de limitação de direitos penais e processuais penais, desigualdade na aplicação das sanções e grave afronta aos princípios constitucionais. Conclui-se então pela inadequação do Direito Penal do Inimigo à luz do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

THE ENEMY'S CRIMINAL LAW: REFLECTIONS ON BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

ABSTRACT

This article aims to address objectively the main points on the theory of the Criminal Law of the Enemy, coined by the German jurist, Günther Jakobs, bringing the most relevant features and ideas defended by the author. Briefly, the theory headed by Jakobs proposes the division of criminal law into two types: common criminal law and criminal law of the enemy. As the name itself suggests, the first type would be aimed at the citizen, and would aim to demonstrate the validity of the norm, and its power of coercion. The second, aimed at the enemy, would have as its scope the very maintenance of the State, insofar as it seeks to safeguard its existence. With the aim of enriching the study, it sought to analyze the increasing appearance of the characteristics of this theory in the legal order of the country, with the selection of laws that reveal in their devices, striking features of the criminal law of the enemy.

Key words: Criminal Law of the Enemy; Legal order; Enemy; Citizen.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. *A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática*. Revista dos Tribunais, 2010.

BASAIA, Diego Costa. *Crimes hediondos: estudo sobre a Lei nº 8.072/1900 e da própria terminologia*. Disponível em: <<http://www.marciomiranda.adv.br/?p=124>>. Acesso em set. 2018.

BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em mai. 2018.

BRASIL. Lei dos Crimes Hediondos. *Lei n. 8.072 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em set. 2018.

BRASIL. Lei de Drogas. *Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm >. Acesso em set. 2018.

BRASIL. Lei de Execução Penal. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em out. 2018.

BRASIL. Lei de Organizações Criminosas. *Lei n. 12.850 de 02 de agosto de 2013*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126292/São Paulo*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97256/RS. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em set. 2018.

GALLINATI, Raquel Kobashi. *Direito Penal do Inimigo: uma realidade latente*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48007/direito-penal-do-inimigo-uma-realidade-latente>>. Acesso em set. 2018.

GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed.RT: São Paulo, 1977.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume IV/ Rogério Greco. 5. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo. Direito Penal do Equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal*, Editora Impetus, 2005. Disponível em: <<http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em mar. 2018.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo, noções e críticas*. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal do inimigo. Breves considerações*. Teresina: Jus Navigandi, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10836>>. Acesso em abr. 2018.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em abr. 2018.

LARIZZATTI, Rodrigo. *As organizações criminosas e o direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://direitopenaldoinimigo.blogspot.com.br/p/bibliografia.html>>. Acesso em abr. 2018.

LEMES, Flávia Maria. *Manifestações do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro*. Publicado em 10/2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/32886/manifestacoes-do-direito-penal-do-inimigo-no-ordenamento-juridico-brasileiro/1>>. Acesso em fev. 2018.

LEMINI, Matheus Magnus Santos. *Direito penal do inimigo: sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619 >. Acesso em set. 2018.

MACCACCHERO, Alice de Lemos. *O Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: < <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33028/33028.PDF>>. Acesso em out. 2018.

MARTÍN, Luis Garcia. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrine. *Execução penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente*. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em abr. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa - Aspectos legais relevantes*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/organizacao-criminosa-aspectos-legais-relevantes>>. Acesso em out. 2018.

OLIVEIRA, Marcus Bazzarella de; RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Direito penal do inimigo: solução ou retrocesso?*. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19088>. Acesso em mar. 2018.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal. aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Igor Alves Noberto. *Brevíssimas considerações sobre a formação do estado democrático de direito*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43814&seo=1>>. Acesso em abr. 2018.

VILELA, Leonardo Couto. *Direito penal do inimigo: o funcionalismo radical de Jakobs*. 2014. Disponível em: <<http://leocoutocpa.jusbrasil.com.br/artigos/114727908/direito-penal-do-inimigo-o-funcionalismo-radical-de-jakobs>>. Acesso em abr. 2018.