

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**EVELLYN SANTOS BELAN**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**CARANGOLA  
2017**

**EVELLYN SANTOS BELAN**

**INSTITUO ENSINAR BRASIL  
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada ao Curso de  
Direito da Faculdade Doctum de  
Carangola, como requisito para  
aprovação na disciplina de TCC II,  
orientado pela Prof.<sup>a</sup> Marluza Fernandes  
Roriz.**

**Área de Concentração: Direito Penal.**

**CARANGOLA  
2017**



## FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA

### FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, elaborado pela aluna EVELLYN SANTOS BELAN foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola, como requisito parcial da obtenção do título de

#### **BACHAREL EM DIREITO.**

Carangola \_\_\_ de \_\_\_\_\_ 2017

---

Prof. Orientador

---

Prof. Examinador 1

---

Prof. Examinador 2

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A.c – Antes de Cristo

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

HC – *Habeas Corpus*

PLS – Projeto de Lei do Senado

RDD – Regime Disciplinar Diferenciado

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## RESUMO

O estudo em questão se propõe-se a analisar o Direito Penal do Inimigo, teoria penal introduzida no contexto jurídico na década de 80 por Gunther Jakobs, jurista alemão, professor de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn, à luz de sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo as ideias Jakobs, certas pessoas, por serem inimigas da sociedade (ou do Estado), não detêm todas as proteções penais e processuais penais que são dadas aos demais indivíduos. Nesse sentido, vê-se uma mitigação expressa de direitos fundamentais inerente ao ser humano, também alvo de perscrutação pontual desta monografia. Analisa-se ainda a questão do clamor social por leis que fornecem uma resposta imediata ao mal da criminalidade, ao passo que as ideias do alemão tornam-se patentes em diplomas diariamente utilizados no sistema penal nacional, despertando necessárias críticas e reflexões da seara doutrinária e acadêmica.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo. Sociedade. Direitos Fundamentais

## **ABSTRACT**

The purpose of this study is to analyze the Criminal Law of the Enemy, a criminal theory introduced in the legal context in the 1980s by Gunther Jakobs, a German jurist, professor of criminal law and philosophy of law at the University of Bonn, in the light of his in the Brazilian legal system. According to the Jakobs ideas, certain people, because they are enemies of society (or state), do not hold all the penal and criminal procedural protections that are given to other individuals. In this sense, there is an express mitigation of fundamental rights inherent to the human being, also the subject of a timely examination of this monograph. The question of social outcry is also analyzed by laws that provide an immediate response to the evil of crime, whereas the ideas of German become evident in diplomas daily used in the national penal system, provoking the necessary criticisms and reflections of the doctrinal and academic

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Society. Fundamental rights

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1 DIREITO PENAL E SUA MATRIZ HISTÓRICA</b> .....	<b>11</b>
1.1 DIREITO PENAL PRIMITIVO E A NECESSIDADE DAS LEIS .....	11
1.2 DIREITO PENAL ROMANO.....	13
1.3 DIREITO PENAL GERMÂNICO.....	15
1.4 DIREITO PENAL CANÔNICO .....	16
<b>1.5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>17</b>
1.5.1 Período Colonial.....	18
1.5.2 Código Criminal do Império.....	18
1.5.3 Período Republicano.....	19
<b>2 DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	<b>21</b>
2.1 O INIMIGO NA VISÃO DO DIREITO PENAL DO AUTOR .....	22
2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.....	25
2.3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL.....	27
<b>3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	<b>29</b>
<b>3.1 EXEMPLOS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE</b> .....	<b>30</b>
3.1.1 Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90).....	30
3.1.2 Lei de Tóxicos .....	31
3.1.3 Lei de Combate ao Crime Organizado. (12.850/13).....	32
3.1.4 Regime Disciplinar Diferenciado .....	32
3.1.5 Lei do Abate (9.614/98).....	33
3.1.6 Lei Antiterrorismo (13.260/16).....	34
<b>3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IGNORADOS</b> .....	<b>35</b>

3.2.1 Dignidade da Pessoa Humana.....	36
3.2.1 Princípio da Proporcionalidade.....	37
3.2.3 Princípio da Presunção De Inocência .....	38
3.2.4 Princípio da Igualdade:.....	39
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS:</b> .....	40
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	42



## INTRODUÇÃO

Como é cediço, o Direito Penal, em suas diversas missões, destaca-se pelo escopo em regular de forma mais incisiva as relações humanas. Para isso ele se vale da imposição de penas a fatos humanos intoleráveis devendo interceder em cada caso concreto, quando há relevante lesão ou perigo de lesão a bens juridicamente tutelados.

Considerando que o Direito Penal possui, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, (em situações que não envolvam guerra declarada), a pena privativa de liberdade é uma das consequências jurídicas mais graves de todo ordenamento, sua utilização fica condicionada ao fracasso dos demais instrumentos de controle (caráter subsidiário), atuando em *ultima ratio*, como “soldado de reserva”, e última trincheira entre o bem e o mal.

Todavia, a intervenção do poder estatal na vida do cidadão que desfruta de um Estado de Direito está adstrita a princípios basilares, que regulam e equilibram as relações Estado-Cidadão.

Neste contexto, é imperioso destacar que com o avanço das teorias jurídicas é praticamente uníssono o fato de que o Direito Penal tem como objeto de atuação e sanção imediata o fato praticado pelo autor, o chamado direito penal do fato.

Nesta senda, a despeito do que aduz o art. 59 do Estatuto Repressivo, que valoriza as características do autor para fixação das penas, o Direito Penal Brasileiro é resolutivo em adotar a punição para fatos.

Corroborando este entendimento Gomes (2014) disserta:

O sistema penal brasileiro, que é o que nos interessa diretamente nestas reduzidas reflexões, adotou, para caracterizar o crime, o direito penal do fato. Entretanto, para a fixação da pena, regime de cumprimento da pena, espécie de sanção, entre outros, adotou o direito penal do autor (CP, art. 59). Isso significa que, no nosso caso, para responsabilizar penalmente alguém pela prática de uma conduta criminosa, impõe-se ao Estado, por meio do trabalho inicial, de regra, da polícia judiciária (inquérito policial) e do Ministério Público, deste em juízo (processo), provar, de forma indubitosa, a sua concorrência direta ou indiretamente para a prática da conduta que lhe foi imputada

Todavia, tem se tornado cada vez mais familiar a teoria do Direito Penal do Autor, com raiz alemã/italiana e capitaneada pelo renomado jurista Gunther Jakobs.

Na Escola Positivista os fatores que determinavam a criminalidade eram

analisados desde a perspectiva do sujeito. Os positivistas acreditavam ser possível comprovar que fatores que levam a um indivíduo delinquir estavam ligados intimamente aos fatores psíquicos-orgânicos, por estas afirmações reduziam o âmbito da criminalidade quase que totalmente ao status patológico, ao passo que determinadas anomalias, ainda que sutis, faziam do tipo delinquente um tipo patológico.

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 59 nos traz a seguinte redação:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O julgador, por força legal, para fixação da pena obrigatoriamente atenderá à diversos critérios, dentre estes “à personalidade do agente”, o que para muitos juristas compatriotas, como o compatriota Francisco de Assis Toledo, este é o primeiro exemplo de um Direito Penal do Fato/Autor.

Para uma melhor compreensão do tema proposto, iniciar-se-á, no primeiro capítulo, o estudo compreendendo a evolução histórica do Direito Penal e suas normas jurídicas ao longo dos anos, passando pelos tempos primitivos e a primeira concepção de resposta estatal, a fim de se identificar os moldes jurídicos nos quais o Brasil está inseridos hodiernamente.

O segundo capítulo tratará o conceito de inimigo defendido pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs. Estudaremos suas características e a finalidade do uso do Direito Penal do Inimigo no ordenamento penal, como forma de prevenção de delitos e consequentemente suas punições, para assim compreender como supostamente a utilização dessa teoria, de forma assecuratória, resguardaria as normas vigentes no Estado.

Vale acrescentar, como quadro introdutório, que o segundo capítulo ressalvará um tema de importante envergadura. Através da Teoria do Direito Penal do Inimigo, passa-se a descrever o Direito Penal em três velocidades. Em sua primeira velocidade o direito penal tinha como campo de operação as penas privativas de liberdade, a segunda velocidade, pós Segunda Guerra Mundial, operava voltada às penas restritivas de direito. Derradeiramente, a terceira velocidade ocupar-se-ia precipuamente de exemplar e rigorosa punição aos delitos cometidos contra a

sociedade, intentando blindar a sociedade e o Estado de eventuais ataques a sua soberania.

Por este prisma, entende-se que a análise do presente tema é importantíssima, uma vez que, graças ao seu dinamismo, o direito como um todo, tem assumido novos contornos, na medida em que se constata a existência de uma sociedade com grandes possibilidades de descontrole social. É nessa seara que se pauta a pesquisa ora proposta, em uma mitigação de um sistema punitivo garantista, para a hipertrofia de um sistema punitivista.

No último capítulo do estudo, analisar-se-á os resquícios do Direito Penal do Inimigo em legislações e normas específicas vigentes no Sistema Penal brasileiro, suas contradições com os princípios consoantes do Estado Democrático de Direito, vedações e possibilidades de aplicação em face de um delito, com o propósito de, diante da necessidade atual e contínua de proteção da norma *versus* índices cada vez mais altos de criminalidade, defender a sociedade e responder com rigor ao clamor público que anseia por normas cada vez mais severa.

Contudo, este trabalho não se atreve a tentar esgotar o tema, que é muito amplo e complexo, mas sim, com a devida vênia, compreender como a legislação brasileira considera de forma implícita a teoria alemã defendida por Jakobs em suas que normas vigentes, tolerando-a, ou até mesmo fomentando sua inserção no cotidiano social.

## **1 DIREITO PENAL E SUA MATRIZ HISTÓRICA**

### **1.1 DIREITO PENAL PRIMITIVO E A NECESSIDADE DAS LEIS**

Desde os tempos imemoriais, qualquer ato que atente contra a incolumidade de uma pessoa ou seu patrimônio, contra uma tribo e seus costumes, ou em desfavor de conjunto de pessoas, ainda que socialmente primitivo, gera efeitos sancionatórios para o seu causador.

Nesse contexto, nasce a ideia de uma resposta (ainda que desproporcional) a uma lesão causada, seja ela de cunho material ou imaterial. Todavia, tratando-se de uma raiz histórica primitiva, não há o que se falar em leis positivadas que disciplinassem as condutas humanas, como hodiernamente verificamos através dos diplomas repressivos.

De forma muito diferente do que se tem hoje, primitivamente não havia a figura do Estado, pois até mesmo este não predicados existenciais para receber tal denominação.

Historiadores sustentam que, no passado, a ausência de conceitos e explicações científicas significavam no desenvolvimento de crenças que influenciavam nas relações humanas. A título de exemplo, um raio que caia do céu provocando uma morte, ou doenças que porventura acometiam pessoas eram considerados como punições divinas por algum erro preteritamente cometido.

A punição não passava de uma mera desforra ou revide, desprovida de caráter instrutório ou educativo, eivado de desproporcionalidade, sendo aplicada diretamente à carne do indivíduo e aplicada sem o senso de justiça.

As inúmeras fases do que se chama de vingança penal não permite que haja uma definição cronológica absolutamente precisa, considerando ainda, que para cada povo foram adotados princípios punitivos distintos, muitas vezes carregados de sentimentos de cunho teocrático.

Conforme se depreende do artigo veiculado no site Brasil Escola (2012):

Em todas estas etapas o caráter religioso e consuetudinário imperava sobre as ideias do primitivo direito penal. As superstições e crenças constituíam-se em fundamentos de todas as atitudes do homem primitivo. A natureza da resposta, portanto, era muito mais religiosa que jurídico.

Os livros de história narram que o período de 4.000 a.C., foi marcado pelo aparecimento das primeiras civilizações, com organização sócio-política-econômica e a figura do soberano representando o poder absoluto do Estado nascente.

A ideologia conhecida como Lei de Talião (olho por olho e dente por dente) esteve presente no código de Hamurabi, na Babilônia e também no povo Hebraico, com sua história contada através do livro de Êxodo, nas Escrituras Sagradas.

A presença deste conjunto de normas penais positivadas foi um enorme salto na história da Legislação Penal, fazendo com que fosse restringida a abrangência da atuação punitiva, outrora indiscriminada.

Sob este prisma a sociedade evolui, há então a transferência da tutela individual e coletiva ao estado e conseqüentemente o *ius puniendi*, regulado por intermédio das leis fazendo nascer as penas.

Outrossim, temos as indispensáveis considerações de Beccaria (2013) ao dizer que:

Leis são condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade. Cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade que se tornou de pouco valor, a causa das incertezas quanto à sua duração eles sacrificam uma parte dela para viver o restante em paz e segurança.

O Estado, com sua soberania, passou então a exercer seu poder com vistas a regular e, primordialmente neste caso, punir e rechaçar as ofensas às leis regularmente definidas.

No mesmo espectro Beccaria (2013) continua aduzindo que:

A soma de toas essas porções de liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador legal. Mas não foi suficiente estabelecer esse depósito; também foi necessário defendê-lo da usurpação de cada indivíduo, que sempre se empenhará para não apenas tomar da massa sua própria porção, mas também usurpar aquela dos outros.

De fato, é extremamente necessário que haja leis regulando as relações humanas, com o fito de se coibir o caos e a desordem. Por este motivo é compreensível abrir mão de determinados pontos, tal como a liberdade a fim da preservação da incolumidade coletiva.

Em mais uma análise, Beccaria (2013) nos ensina:

Portanto, alguns motivos que agridem os sentidos necessitam ser criados para impedir que o despotismo individual mergulhasse a sociedade, novamente, em seu antigo caos. Esses motivos são as penas estabelecidas contra os infratores da lei. Eu digo que motivos como esses são necessários, porque a experiência mostra que a multidão não adota os princípios estabelecidos de conduta e porque a sociedade não se afasta da dissolução que se observa no universo físico e moral, senão por motivos que são objeto imediato dos sentidos e que, estando continuamente presentes na mente, são suficientes para contrabalançar os efeitos do interesse do indivíduo que se opõe ao bem geral.

Conforme se depreende dessa análise, não há como negar a necessidade de um princípio regulador com vistas a equilibrar as dissonantes relações humanas, eivadas de individualidade e egoísmo.

## 1.2 DIREITO PENAL ROMANO

Em uma síntese histórica do pensamento jurídico, o Direito Penal Romano, Germânico e Canônico, constitui-se em importantes raízes históricas que influenciaram fortemente as atuais concepções penais.

O Direito Penal Romano foi dividido em várias fases de significativas transformações que percorreram o período de 753 a.C até 1.453 d.C, totalizando 20 séculos de história.

A figura de maior destaque em todo este período foi o denominado *pater familias*, ou chefe de família, pai de família, etc., o qual conservava poder ilimitado sobre seus descendentes, incluindo mulheres e escravos. Sobre os tais detinha o poder de exercitar o *jus vitae et necis* (direito de vida e de morte).

Neste período existiu um conceito denominado *provocatio ad populum*, em que havia o direito de apelar aos tribunos da plebe. Mesmo ainda sem a presença do princípio da reserva legal, as decisões dos tribunais passaram a conter maior fundamentação, concedendo maior estabilidade tanto social, quanto jurídica a sociedade da época.

Surgiu nesse período a Lei das XII tábuas, onde houve o primeiro sinal de separação entre a religião e o Estado.

Conforme nos ensina Bitencourt, (2008):

Trata-se da primeira codificação segundo a opinião da maioria dos autores. Foi elaborada pelos Decênviros (dez juristas) encarregados de pesquisar as fontes gregas e elaborar a lei. Grande importância teve essa codificação pelas inovações, entre elas a distinção entre direito público e privado. O direito penal embora em menores proporções, encontra nessa codificação abundante material, especialmente no que diz respeito ao furto, o homicídio, o dano, o falso testemunho. O direito processual radica-se na legislação decenviral através das ações da lei.

O Direito Penal Público ainda não estava estabelecido ao passo que a Lei Valéria (500 a.C) submeteu as condenações capitais ao juízo do povo, reunido em

comícios (*judicium populi*). Com estes conceitos foi inaugurado a primeira característica do Direito Público tal qual se conhece hoje.

Nesse período a vingança privada abriu espaço ao exercício penal por parte do Estado. Todavia, a disciplina doméstica foi mantida e permaneceu sendo exercida pelo pai de família.

Embora houvesse evolução com relação a aplicação das penas e imposição das leis, ainda não havia qualquer preocupação com direitos e garantias fundamentais. Com relação à natureza dos delitos, aqueles que tinham cunho político eram considerados de natureza pública, por sua vez julgados pelo próprio Estado presidido por um magistrado. Nos demais crimes, considerados de natureza privada, o responsável por seu julgamento era o ofendido por determinada conduta, ao passo que o Estado exercia somente o papel de regulador.

Para Bitencourt, (2009) as principais características do Direito Penal Romano são:

a) a afirmação do caráter público e social do Direito Penal; b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes; c) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado. O dolo – animus -, que significava a vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do direito, tinha, juridicamente, o sentido de astúcia – dolus malus -, reforçada, a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o velho dolus malus, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça; d) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários; e) o reconhecimento, de modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade); f) a pena constituiu uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação; g) a distinção entre crimina publica, delicta privada e previsão dos delicta extraordinária; h) a consideração do concurso de pessoas, diferenciando a autoria e a participação.

Impende salientar que alguns institutos importantíssimos nos tempos hodiernos e altamente necessários para o Direito Penal Brasileiro contemporâneo eram utilizados de forma esporádica neste período. O nexa causal, conceitos de dolo e culpa, avaliação de imputabilidade, análise de caso fortuito e concurso de pessoas, maioria penal e legítima defesa eram observados em alguns casos, todavia sem a preocupação com a lapidação de conceitos de direito material.

### 1.3 DIREITO PENAL GERMÂNICO

O Direito Penal Germânico era fundado somente pelos costumes, era ditado por características predominantemente de vingança privada, estando sujeito à reação indiscriminada e à composição.

Por influência do Direito Romano e do cristianismo é que, posteriormente, são trazidos princípios da pena de Talião. Não havia diferenciação entre dolo, culpa e caso fortuito, sendo a punição determinada sempre em relação ao dano causado, e não em relação ao aspecto subjetivo de seu ato. No processo, estavam instituídas as “ordálias” ou “juízos de Deus” e os duelos de Deus.

Os germanos tinham uma visão absolutamente objetiva do delito, afirmando uma concepção de natureza privada da pena, entendida como reparação do mal sofrido pela vítima e como legítima resposta do prejudicado (vingança). É acolhido o princípio da responsabilidade indireta nos delitos praticados pelos servos e nos danos causados pelos animais, pelos quais respondia o proprietário, sendo a responsabilidade de natureza patrimonial.

Vale acrescentar que uma singular característica da época bárbara é a responsabilidade do anfitrião pelos atos delitivos de seus hóspedes, fundada no princípio de que os forasteiros não eram conhecidos por lei para fiel aplicação da norma penal.

A vingança privada predominava, existindo a pena pública apenas para os casos de ofensa direta à comunidade. A legislação penal consistia na forma de defesa contra o delito. Havia, além da vingança, a composição, que podia causar a morte do ofensor caso ele não tivesse condições de adimplir o valor determinado. As fontes mais antigas do Direito Germânico estão em maior parte nas leis escandinavas.



## 1.4 DIREITO PENAL CANÔNICO

A influência do cristianismo é singular, de modo que no Direito Penal não poderia ser diferente. O Direito Canônico é o período em que o cristianismo influenciava incisivamente a legislação penal, e cronologicamente encontra-se entre a época dos direitos romano e germânico.

Para que se compreenda conceitualmente o Direito Canônico, socorre-se aos ensinamentos de Pe. Orsi (2008) que aduz:

A denominação “canônico” deriva da palavra grega *kánon*, que quer dizer regra, norma, com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa à fé ou a ação cristã. No século IV, as normas disciplinares dos sínodos, em contraposição às leis (*nomoi*) dos imperadores eram chamadas de *kánon*. Já na Idade Média, chamaram-se cânones, todas as regras emanadas da Igreja, em oposição às leis de origem laica.

Pode-se afirmar que foram incorporados elementos do direito romano, adaptando-os ao contexto social da época. Embora seu principal objetivo fosse sobrepor o Papado sobre o Poder temporal, afirmando assim seus interesses religiosos de dominação, a igreja contribuiu fortemente e para a humanização do Direito Penal, com a atenuação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, mas também a recuperação do apenado ou pelo arrependimento e purgação da culpa.

No que tange às penas de capitais, a jurisdição canônica se esquivava, delegando esse ofício ao poder civil para a execução.

Um passo importante dado por essa vertente jurisdicional foi na determinação da medida penal na “intenção criminosa” e não somente na análise objetiva do delito, tal como nos institutos anteriormente citados.

De fato, para o direito canônico apenar alguém era considerado expiação, contudo, trazia um significado diferente do conceito clássico, não no sentido de sacrifício ou sofrimento físico, mas de redenção, experiência espiritual, penitência; o fim buscado com a pena é que o homem tome consciência do mal praticado e se arrependa, explicitada aí a influência direta sobre o Direito Penal da relação estabelecida pelo sentimento religioso entre delito e pecado.

Nessa ótica Bitencourt (2011) ensina:

Era natural que nesse direito a pena tivesse caráter sacral, mas, embora fosse em princípio, de base retribucionista, vingança divina, vingança zelo *justitae et Bono animo* e não vingança *amere ipsius vindictae*, diria-se também a correção do criminoso. Apesar da rudeza dos tempos e do excessos e crueldades dos hereges, deve-se à igreja ter contribuído para a disciplina da repressão anti-criminal e o fortalecimento da autoridade pública; pelo combate à prática da vingança privada com a instituição das tréguas de Deus e o asilo religioso. Reagiu, assim, contra o espírito individualista do direito germânico apressando a marcha do Direito punitivo para pena pública como única sanção justa e regular.

Para Fragoso (2010) “a influência do direito canônico foi benéfica porque trouxe a humanização das penas”, conquanto politicamente a sua luta metódica se propusesse a obter a superioridade do papado sobre o poder estatal visando proteger os interesses religiosos de dominação. Insta mencionar, que o direito canônico reconhecia a igualdade entre as pessoas e sua jurisdição era dividida em dois grupos distintos: Em virtude da matéria e em virtude da pessoa. Com relação a matéria a jurisdição era inserida mesmo que o delito tivesse sido cometido por um leigo. Por outro lado, em razão da pessoa, o religioso tinha sempre seu julgamento realizado por um Tribunal da Igreja, indiferentemente do crime praticado.

## 1.5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No período que antecedeu o Brasil Colônia os nativos desta terra viviam de maneira primitiva, rudimentar. Assim sendo o comportamento social era determinado pelos mais velhos que transmitiam seus conhecimentos, carregados de misticismo, que eram seguidos de geração em geração, de forma consuetudinárias. Nesta época a punição pela transgressão era a vingança privada que não levava em conta a proporcionalidade e que era composta basicamente por penas corporais.

Sobre o assunto explica Adilson Mehmeri, (2000) :

Pelos princípios consuetudinários que regiam a conduta dos índios, a punição entre eles era de ordem privada: o criminoso era entregue à vítima ou a seus parentes. Se fosse de outra tribo, tratava-se de verdadeiro crime de Estado, em razão do qual, não raro, travava-se autêntica batalha campal. A vingança, quando interna, era limitada – só atingia o criminoso – e consistia no sacrifício do portador da praga contagiante, que era o crime. Nos casos de dano, aplicava-se algo parecido com a lei de talião.

### 1.5.1 Período Colonial

No período colonial vigoraram três ordenações, trazidas pelos portugueses, sendo elas: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e por último as Ordenações Filipinas.

Em apertada síntese, as Ordenações Filipinas eram marcadas pelas severas punições aos criminosos. As penas impostas consistiam na pena-crime arbitrária, pena de multa, degredo, penas vis, como açoites, mutilações e galés, podendo culminar principalmente na mais grave delas que era a pena de morte.

Os pronunciamentos jurídicos mais comuns, desde o descobrimento do Brasil e por cerca de 30 anos, foram as bulas pontifícias, alvarás e cartas-régias, que, apesar de não terem a finalidade primordial de regular a vida destas terras, a estas se reportam, formando, assim as ações preliminares de uma legislação que precisava de organização e desenvolvimento.

### 1.5.2 Código Criminal do Império

Este período foi caracterizado por uma mudança radical na realidade brasileira, uma vez que a Proclamação da Independência trouxe como uma de suas consequências o fato de que a partir daquele marco a nação deveria ser regido por regras próprias, revolucionárias e condizentes com a realidade vivida na época, o que ficou evidente na criação da Constituição de 1824.

Com essa nova concepção o Brasil criou o Primeiro Código Penal Brasileiro, aprovado pela Comissão da Câmara e promulgado em 1830. Consistia em Código baseado nas ideias de Bentham, Beccaria e inspirado nos Códigos Francês, de Baviera e da Louisiana.

O Código Penal Brasileiro de 1830 permaneceu em vigor por longa data, porquanto sofreu um processo de adaptação de acordo com as mudanças da realidade social ao qual fora submetido.

Todavia, como era de se esperar, essa legislação não subsistiu ao advento da Abolição da Escravatura em 1888, sendo sujeita a uma reforma geral que terminou no surgimento do Novo Código Penal de 1890.

### 1.5.3 Período Republicano

Com a vigência o Novo Código Penal de 1890, marcado por diversas inovações, frente a nova roupagem da sociedade que começava se ver livre da escravatura, não teve o mesmo sucesso de seu antecessor sendo inclusive alvo de críticas da doutrina.

Sobre o assunto afirma Marques (2008):

O Código de 1830 é um trabalho que depõe a favor da capacidade legislativa nacional mais do que o de 1890, ora em vigência. Superior a este pela precisão e justeza da linguagem, constitui para época em que foi promulgado, um título de orgulho, ao passo que o de 1890, posto em face da cultura jurídica da era em que foi redigido, coloca o legislador republicano em condições vexatórias, tal qual a soma exorbitante de erros absurdos que encerra, entremeados de disposições adiantadas, cujo alcance não pôde ou não soube medir.

Neste mar de críticas, e na tentativa de sanar tais insatisfações, o governo auxiliado pelo desembargador Vicente Piragibe, sistematizou as diversas normas esparsas no Código, arquitetando as Consolidações das Leis Penais.

Inobstante, devido ao descontentamento que ainda imperava em relação a esta legislação irrompeu o anteprojeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro, escrito por Alcântara Machado e examinado por uma Comissão composta por Nelson Hungria, Roberto Lira, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Costa e Silva, sendo editado o atual Código Penal de 1940.

É inegável que com o surgimento do homem sobre a terra, surge igualmente o crime. Fato este corroborado inclusive pela Bíblia, um dos mais antigos livros que se tem conhecimento, como por exemplo, na passagem que relata o primeiro homicídio (sem desconsiderar as possíveis qualificadoras presentes) em que Caim mata seu próprio irmão Abel e recebe de Deus como punição a pena de banimento.

Conquanto, desde as origens das civilizações existia a preocupação de criar-se uma sistematização que definisse os crimes e as suas respectivas sanções penais.

A sistematização da ciência do Direito Penal foi um procedimento lento, caracterizado por diversas tentativas e falhas, que passou por todos as vicissitudes do intenso desrespeito à pessoa e à até mesmo à contemporânea sugestão da valorização dos direitos humanos e em paradoxo à volta a teorias como a que é objeto central deste estudo.

Com relação ao Direito Penal Brasileiro, vê-se que não é diferente. Há uma linha temporal que corre desde a vingança privada, até a chegada dos portugueses e com ele os conceitos europeus de Direito e justiça penal.

Conforme apontado até aqui, desde os mais remotos a sociedade encontra no direito penal a força e a garra para exterminar o mal que a assola. O transgressor, quando atua fora do quadro jurídico preestabelecido para comunidade, (anterioridade da lei penal) cujo acordo todo nós assinamos quando transferimos nossa tutela ao Estado, depois de ser advertido com uma pena ou de ter ciência da existência de condutas inadmissíveis na ordem jurídica e mesmo assim as pratica, esse cidadão não pode ser tratado como um cidadão, mas como um inimigo da sociedade.

Este é raciocínio que introduz o Direito Penal do Inimigo na órbita jurídica conduzindo-o ao mundo fático e que será alvo de estudo no próximo capítulo.

## 2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito penal modern nasce com a intenção de limitar a ação punitiva do Estado e, nesta linha, de tutelar os interesses considerados vitais para vida em comunidade, que conhecemos dentro da doutrina jurídica como bens jurídicos.

Conforme mencionado anteriormente, a sociedade tem a confiança de que o Direito Penal é sua última linha de defesa, apostando neste, sua segurança. Todavia, tal confiança encontra-se deveras abalada, trazendo, por conseguinte certo descrédito nos mecanismos usuais deste ramo repressivo.

Então, a comunidade após sofrer constantes ataques e ver a impunidade se multiplicar como erva daninha, perdeu a fé no Direito Penal comum, que por sua vez não previne e não consegue responsabilizar os algozes da sociedade, em seus mais diversos níveis.

Com isso, o Direito Penal tem, nos últimos anos, sofrido um debate sobre a manutenção ou alteração de paradigmas. Essa discussão se desenvolve entre os defensores de um Direito Penal garantista, onde o poder estatal seja minimizado, e entre um Direito Penal securitário, hipertrofiado, denominado de Direito Penal do Inimigo, onde, neste último o uso excessivo da força é legitimado em busca de uma resposta social, criando um direito penal emergencial que não tem seu olhar mirado no fato, mas no agente do fato, tal como as ideias Lombrosianas.<sup>1</sup>

Nesse sentido, o Direito Penal do Inimigo é uma ideia defendida por Gunther Jakobs, penalista e filósofo alemão. Defende-se, a existência de dois direitos penais, um para os infratores comuns, considerados os que eventualmente cometem crimes. Para eles, a aplicação da punição respeita a aplicação de todos os direitos e garantias fundamentais do infrator perante o Estado. Para os considerados infratores que abalam a estrutura do estado, tais como os terroristas, inimigos da sociedade,

---

<sup>1</sup> Durante séculos os médicos acreditaram que a aparência física do indivíduo revelava se ele tinha ou não uma natureza criminoso. O criminologista italiano Cesare Lombroso (1836-1909) fez um dos primeiros estudos sérios sobre a criminalidade. As teorias engenhosas de Lombroso desenvolveram-se a partir da Antropometria, uma área da antropologia que surgiu após a publicação da Origem das Espécies. Lombroso passou de vez a estudar a fisiognomia dos criminosos nas cadeias italianas. Neste estudo as características físicas dos bandidos revelavam sua natureza delinquente. Já como professor de Medicina Legal, em 1876 Lombroso publicou um livro com suas descobertas após estudos realizados em 6.034 criminosos. A título exemplificativo, no livro continham conclusões tais como: Assaltantes têm braquicefalia (crânio arredondado) e mãos longas e raramente testa estreita; Assassinos tem maxilares grandes, maçãs do rosto muito separadas, cabelos grossos e um rosto pálido; Estelionatários são reconhecidos pelas grandes mandíbulas e maçãs do rosto proeminentes, sobrepeso, rosto pálido e simpático; Furtadores são magros, altos, possuem dedos longos e cabelo escuro, ente muitas outras conclusões.

reincidentes contumazes, etc., para a sua aplicação, não se exige o respeito desses direitos e garantias fundamentais.

Para Grecco, (2014)

O direito penal do inimigo só se mostra legítimo como um direito de emergência, vigendo em caráter excepcional, e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão para reduzir o perigo de contaminação.

O direito penal do inimigo constrói reformulações de pensamentos autoritários, apoiando acepções entre cidadãos e o que está dentro do Direito e fora dele, acastelando a ideia de combate à criminalidade suprimindo direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, e legitimando mecanismos tais como a antecipação da punibilidade, tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e os crimes de perigo abstrato (tráfico de drogas, o porte de armas, a embriaguez ao volante, crimes cuja redação indica apenas a conduta e não o resultado) desproporcionalidade das penas com a gravidade do fato, restrição de garantias penais e processuais, permitindo também que o Estado aja de forma absoluta.

## 2.1 O INIMIGO NA VISÃO DO DIREITO PENAL DO AUTOR

Para Jakobs, essa divisão entre criminosos é muito clara, uma vez que o inimigo da contemporaneidade, tal como o terrorista, traficante de drogas, armas e seres humanos, os membros de organizações criminosas, *serial killers*, e outros indivíduos considerados nefastos ao convívio social.

Thomas Hobbes, em quem Jakobs muito se fundamentou concebe o Direito Penal do inimigo como uma perfeita dogmática penal. É dessa ideia que se adquirem as diretrizes do que deve ser o inimigo para o Direito Penal. Neste contexto, são opositores da ordem os indivíduos que agem no estado de natureza e se tornam constantes produtores de perigo e ameaça à existência humana, criando um patente estado de perigo e ameaça à incolumidade social.

Em outras palavras, para o filósofo, que defendia o Estado Absoluto, ser cidadão é uma condição que pode ser alterada, neste prisma, o delinquente permanecerá com seu *status* de cidadão, até o momento em que ele cometa delitos de alta traição.

Nesse momento, o sujeito negaria a submissão das regras impostas pelo Estado e, por conseguinte, perderá suas qualidades de cidadão, sendo tratado a partir daí, como inimigo do Estado e não mais como súdito.

Impende salientar que Thomas Hobbes defendia que a soberania era controlada pelos tribunais e juízes, portanto, nos casos de exceção, quem decide é somente o soberano.

Para Thomas Hobbes, citado por Jakobs *op. cit.*, Meliá, (2010)

Em princípio, mantém o delinquente, em sua função como cidadão: O cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: Pois a natureza desde crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza e aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos.

Tal concepção conduz à conclusão de um Direito para os cidadãos meros transgressores e outro para os inimigos. Quando Cesare Beccaria, em sua célebre e incomparável obra *Dos Delitos e Das Penas*, reflete sobre a proporção entre os crimes e as penas, dá-nos um norte para compreendermos a filosofia defendida por Jakobs.

Beccaria, (2013) ensina que:

Prazer e dor são a mola propulsora dos seres sensíveis. Mesmo entre os motivos que incitam o homem aos atos de religião, o legislador invisível ordenou recompensas e punições, mas, a partir da aplicação parcial destas surgirá a contradição, tão pouco observada, por ser tão comum, de punir com as leis, os crimes que as leis ocasionaram. Se uma pena igual for aplicada a dois crimes que prejudicam a sociedade em graus diferentes, nada impedirá o homem de cometer o crime pior se com ele obtiver maior vantagem.

O ilustre doutrinador, Zaffaroni, (2007) explica nesse sentido:

Em outras palavras, a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder, foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente.

Em concepções modernas, o considerado inimigo do Estado, são indivíduos tidos como fontes de perigo e que, por esse motivo, são parcialmente despersonalizados pelo Direito, com vistas a reprimir determinada forma de delinquência.



Para Günther Jakobs, difusor do funcionalismo sistêmico<sup>2</sup>, a conservação de uma sociedade está ligada diretamente à finalidade do Direito Penal, que é a garantia da norma social. O finalismo defende a proteção de uma norma, por meio de uma sanção, evitando uma possível ruptura nas estruturas de uma sociedade. Atualmente, o conceito de inimigo, conforme já descrito acima, é aquele que se afasta da norma jurídica com o fito de abalar a estrutura do Estado.

O professor Luiz Flávio Gomes (2013), notório conhecedor das correntes funcionalistas, leciona nesse aspecto:

É inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. (...) o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ainda que de modo juridicamente ordenado. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra.

Neste esteio, a perda do *status* de cidadão e a nova marca que ele adquire de inimigo depende exclusivamente de uma ação negativa por ele mesmo desencadeada, ao passo que o Estado, nessa órbita, apenas cumpre com seu dever de garantir a ordem pública.

Conforme ensinamentos do Zaffaroni, (2007) :

Sem a neutralização dos inimigos (estranhos) com a guerra, não poderia haver paz entre os cidadãos (iguais): se o Estado perdesse a guerra, não poderia garantir sua paz interna, e o Estado, nesta concepção, sempre tem inimigos (estranhos) que lhe movem a guerra e contra os quais não existe outra alternativa senão responder-lhes com guerra.

Contudo, em que pese uma explanação mais ampla a frente cabe ressaltar que há quem discorde desse posicionamento.

De acordo com entendimento de Castro, (2010):

O delito praticado por um cidadão não se dirige contra o Estado ou suas instituições. Não afeta a chamada normalidade, é o fato esperado, não há um inimigo a ser destruído e sim um cidadão que danificou a vigência da norma e é chamado a equilibrar esse dano através da pena. A pena mantém a expectativa na vigência das normas defraudada pelo autor do delito

---

<sup>2</sup>Funcionalismo Sistêmico (base em Günther Jakobs), consiste em que o crime é a quebra da confiança da sociedade provocada pelo indivíduo, produzindo com isso a disfunção social. O direito entra em campo para consertar essa disfunção. Expectativa social: maneira que as pessoas esperam que seja a conduta alheia. (normas violadas geram decepção).

O viés do doutrinador acima citado defende ser perigoso tal tendência justicialista, regida pelo processo de implementação de um sistema penal com mitigação constitucional, tendo-a como melhor caminho. A título de exemplo, no Brasil podemos citar como tendência justicialista a expedição de mandados de busca em aberto para que a eficácia policial seja alcançada.

O conceito de inimigo, todavia pode ser transitório, sendo cabível até a restauração da segurança cognitiva, esperado por quem possui o status de cidadão. Destarte, o conceito de inimigo do Estado não é definitivo e imutável, sendo possível o resgate do *status* de cidadão, sendo adstrito ao desaparecimento do comportamento danoso diante a sociedade, e respeito às normas, harmonizando suas condutas dentro do seio social.

## 2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A característica mais proeminente desta vertente principiológica encontra-se na ideia de que o direito penal do inimigo é um direito penal do autor e não do fato. Entende-se, portanto que a característica do autor explica e justifica sua punição.

Dessa forma, se o objetivo é afastar determinada pessoa que comete reiteradamente delitos graves, afasta-se o disposto no Direito Penal do fato, convertendo, de maneira autoritária, o conhecido como Direito Penal do Autor.

Utiliza-se para tanto, o Direito Penal absoluto, como a maximização de penas, supressão de direitos fundamentais e procedimentos inquisitórios, sob o intento da defesa das normas.

Gomes (2013) traz à baila precisas características:

- a) o inimigo não pode ser punido com pena, e sim com medida de segurança;
- b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante a sua periculosidade;
- c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro);
- d) não é um direito retrospectivo, sim, prospectivo;
- e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim um objeto de coação;
- f) o cidadão mesmo depois de delinquir, continua com *status* de pessoa, já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade);
- g) o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, já o direito penal do inimigo combate preponderantemente o perigo;
- h) o direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios;
- i) mesmo que a pena seja intensa (desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal;
- j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (quem vem confirmar a vigência da norma), em relação ao inimigo deve ser

interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.”

Entende-se que, antecipando a punibilidade do agente, ou em outras palavras, retirando-lhe o direito do devido processo legal e abolindo todos seus direitos individuais, severamente regula a norma, associando-a dentro do próprio estado de Direito. Jakobs justifica a punição de todos os atos preparatórios e meras cogitações por acreditar no abalo quanto à vigência da norma que presumivelmente está sendo atacada.

Dessa forma, a antecipação da punição do indivíduo é tida prospectivamente, como forma de prevenção do perigo, deixando o direito penal de ser uma forma subsidiária, convertendo-se em paladino da justiça, com o qual deseja enfrentar e solucionar todos os problemas da sociedade.

Delmanto Junior (2008), analisando a proposta de Jakobs, esclarece:

O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas

Jakobs discordava da ideia de que o Direito Penal deveria tutelar bens jurídicos relevantes, tendo em vista que no momento de sua aplicação, estes já teriam sido preteritamente transgredidos e atacados. Dessa forma, a tutela seria diretamente ligada à garantia da vigência da norma. A partir dessa concepção, o Direito Penal serviria como uma ferramenta pública à serviço do Estado e não como uma medida de *ultima ratio* volvida para a proteção dos Direitos Humanos.

Considerando as transformações sociais que o direito sofreu, notadamente, neste caso, o direito penal, foram estabelecidas para sua melhor compreensão fases ou velocidades em uma definição doutrinárias, à medida que o direito penal do inimigo encontrava-se em uma dessas velocidade, objeto da análise no próximo tópico.

## 2.3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

A teoria das velocidades do Direito Penal, nasceu mediante um sistemático estudo sobre política criminal, inaugurando algo que revolucionaria o entendimento que se tinha.

Masson, (2013) confere um excelente norte ao assunto:

A teoria das velocidades do Direito Penal foi apresentada primeiramente pelo professor catedrático da Universidade de Pompeu Fabra de Barcelona, o espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, revelando existir uma nítida preocupação com a consolidação de um único “Direito Penal moderno”. Assim, busca-se evitar a modernização generalizada pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação inerentes às penas privativas de liberdade.

A primeira velocidade, que seria tradicionalmente o direito penal, compreende os delitos clássicos (furto, estelionato, homicídio), e tem por finalidade a aplicação de uma pena privativa de liberdade, devendo ser observadas todas as garantias penais e processuais diante a penalização do transgressor.

Por sua vez, a segunda velocidade, compreende os delitos trazidos durante o processo de renovação da sociedade e de suas preocupações (por exemplo, delitos ambientais), que correspondem à novos riscos, com a aplicação de penas não privativas de liberdade, como as restritivas de direito e multa, como por exemplo, os Juizados Especiais Criminais, cujo intuito, de acordo com o art. 62 da Lei no 9.099/95, é a aplicação de penas que não importem na reclusão do delituoso, priorizando a modalidade das restritivas de direito e multa. Nessa seara, poderiam ser mitigadas algumas garantias, com o desiderato de agilizar a aplicação da lei penal.

Segundo Ortega, (2016):

O Direito Penal de 2ª (segunda) velocidade ou Direito Penal reparador se caracterizou pela substituição da pena de prisão por penas alternativas (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.) que delimitam a vida do criminoso e impõe obrigações, proporcionalmente ao mal causado. Aqui há uma relativização das garantias penais e processuais penais. Observem que as duas tendências incorporadas ao presente modelo são aparentemente antagônicas. Na lei dos Juizados (nº 9.099/95), o instituto da transação penal (art. 76) é um ótimo exemplo da mencionada velocidade. Não há necessidade de advogado, não há processo e nem há denúncia, visto que na transação já se tem um tipo específico de pena. Outro bom exemplo é o art. 28, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas). Isto posto, há aqui um Direito Penal representado pela “não prisão”.

O Direito Penal do Inimigo encontra-se, hoje, naquilo que se reconhece como a terceira velocidade do Direito Penal. A denominada Terceira Velocidade cuida dos

novos conceitos de crimes, e dos novos tutelados na esfera penal, que surgem na atualidade, seja diante o índice da criminalidade cada vez mais alto, seja pela necessidade de abarcar maior rigor em normas já vigentes.

Moraes, (2010) em uma de suas obras explica:

A “terceira velocidade” passa então, a ser criticada de um lado, pelas novas demandas e novos bens sujeitos à tutela penal, que vem permitindo, com frequência, flexibilizações dos tipos, inserções de novas figuras de perigo abstrato e omissivas impróprias (sociedade do risco), antecipações da tutela penal, etc. e de outro lado, pela sensação de insegurança que vem bradando por um maior rigorismo por parte dos Poderes Legislativos e Judiciários

Diversos casos desta tendência podem ser encontrados na legislação brasileira. A Lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, elevou a pena de vários delitos, e suprimiu, ou tentou suprimir, alguns direitos processuais como a liberdade provisória.

Em virtude o impacto dos meios midiáticos, sensibilizados pelo crime de extorsão mediante sequestro, após pessoas de destaque no meio social sofrerem com a prática deste delito, o legislador cedeu mais uma vez à pressão popular, integrando tal delito no rol taxativo previsto no citado diploma. Agora, os autores que cometem os crimes previstos neste rol, recebem tratamento diferenciado.

Outro exemplo consiste na Lei de Identificação Criminal por perfil genético, Lei 12.654/12 que admite coleta de material genético para identificação criminal. A recente Lei 13.441/17 que institui a infiltração policial em redes sociais, etc.

Neste prisma é possível perceber que a legislação brasileira, ao legitimar acepções na punição de quem pratica determinados delitos, está progressivamente eivando-se de Direito Penal do Inimigo. Entretanto, analisar-se-á essa incidência mais à frente, tais como a Lei de Crimes Hediondos (8.072/90) e Lei de Tóxicos, notadamente o art. 33, Lei de Organizações Criminosas (12.850/13), o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado, inserido na Lei de Execuções Penais), Lei 9.614/98, conhecida como Lei do Abate, entre outas.

### **3 A PRESENÇA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Conforme amplamente citado no decorrer do estudo, apesar de não ser considerada como solução para as desordens da sociedade, mormente por aqueles favoráveis aos discursos garantistas como de Eugenio Raul Zaffaroni, ou até mesmo abolicionistas do direito penal, tal como o renomado jurista Luiz Flávio Gomes, é necessário mencionar que atualmente, o legislador, no afã de corrigir suas mazelas, dando uma resposta emergencial e, ao menos visivelmente eficaz à sociedade, que está em um estado de horror, em face do aumento exponencial da criminalidade, acaba por utilizar de leis que se amoldam claramente ao modelo proposto pelo jurista alemão. Criticando a teoria Gomes (2010) considera que:

Aqueles que sustentam o Direito Penal do Inimigo são na verdade grandes inimigos do Direito Penal Garantista, já que a teoria defendida representa um tipo de Direito Penal excepcional, que rege-se por princípios contrários ao Estado Constitucional e Democrático de Direito.

A missão dos penalistas democráticos, os que acreditam e defendem a aplicação igualitária e de um direito penal de garantias, rechaça as ideias de Jakobs, uma vez que encargo do Direito penal não incide em difundir a violência, mas em sentido oposto, sua intenção primordial de tutelar, observando a fragmentariedade e subsidiariedade os bens jurídicos considerados indispensáveis, buscando se distanciar ao máximo da truculência e do belicismo exagerado contra o ser humano.

No próximo tópico serão abordados exemplos dessa expansão através da legislação hodierna.

### 3.1 EXEMPLOS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

#### 3.1.1 Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90)

A primeira Lei que salta aos olhos a incidência do direito pena do autor e é tido como marco histórico desse fenômeno é a Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), precisamente proveniente de um projeto de iniciativa popular, primeiramente idealizado pela escritora Glória Perez, quando do violento assassinato de sua filha a atriz Daniela Perez.

O anseio em dar uma resposta social e busca do imediatismo na punição de certos crimes, cria no legislador uma precipitação em satisfazer a sociedade mediante situação que demonstra repúdio público.

Parafraseando Jacobs, Habib (2016) afirma que “a estabilização da norma é a estabilização da sociedade”, assim, a expectativa que a sociedade possui em relação a vigência da norma deve ser mantida, o delito constitui a desautorização da norma, faltando fidelidade ao ordenamento jurídico.

A redação inicial da lei em comento visava a completa neutralização do condenado, ao passo que cominava a pena de regime integralmente fechado para autores de crimes hediondos ou aqueles a eles equiparados.

Essa medida colidiu frontalmente com os princípios constitucionais penais, notadamente o princípio da individualização da pena, além de interferir diretamente na função do sistema carcerário brasileiro, revestido de um direito criminal constitucionalizado. Outrossim, a Suprema Corte Brasileira declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado proposto pela Lei de crimes hediondos em face do princípio constitucional da individualização da pena. Diante das inúmeras críticas a redação do art. 2º, §1º, foi alterada, passando a prever o regime *inicialmente* fechado.

Um dato interessante a ser mencionado é que no dia 26/10/2017 o Presidente em exercício Michel Temer sancionou a Lei 13.497/17, que torna crime hediondo a posse ou porte ilegal de arma de fogo de calibre restrito.

Segundo a notícia veiculada pela página oficial o Senado Federal:

A posse ou o porte ilegal de armas de fogo de uso restrito será considerada crime hediondo. É o que prevê a Lei 13.497/2017, sancionada nessa quinta-feira (26) e publicada nesta sexta-feira (27) no *Diário Oficial da União*. O texto da nova lei tem origem no Projeto de Lei do Senado (PLS) 230/2014, aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado em

decisão terminativa. Na ocasião, a CCJ rejeitou o substitutivo (SCD) 6/2017 vindo da Câmara dos Deputados. O texto entra em vigor já nesta sexta-feira (27). De acordo com o Decreto 3.665/2003, arma de uso restrito é a arma que só pode ser utilizada pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança, e por pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Exército, de acordo com legislação específica. A transformação da posse ou o porte ilegal de armas de fogo de uso restrito em crime hediondo vai aumentar, na prática, o cumprimento de pena porque obriga que o criminoso fique em regime fechado. Há também mais rigor na progressão da pena, quando o condenado pode passar, por exemplo, a trabalhar fora da cadeia ou a cumprir prisão domiciliar.

Neste prisma, a Lei dos Crimes Hediondos, nascida de um anseio popular é o primeiro exemplo da expansão do fenômeno do Direito Penal do Inimigo na Legislação Brasileira.

### 3.1.2 Lei de Tóxicos (11.343/06)

Segundo Capez (2013), “o tráfico coloca em situação de risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo. ”

Parte da doutrina se posiciona no sentido de afirmar ser a lei de drogas uma expressão das ideias de Jakobs. A proibição da concessão de liberdade provisória prevista no artigo 44, para alguns doutrinadores é prova cabal deste fato.

Segundo Gomes (2014):

Afirmar que não é cabível a liberdade provisória no crime de tráfico de drogas é um rematado equívoco (seja do ponto de vista legal, seja do ponto de vista constitucional). Cuida-se de postura típica do Direito penal do inimigo (de Jakobs), que consiste precisamente em admitir que o processo contra o inimigo não deve ter todas as garantias do processo contra o cidadão. Pessoa é pessoa e não pessoa é não-pessoa

Outro ponto suscitado, consiste na ausência de uma adequação real nas condutas previstas no art. 33, uma vez que sua redação não possibilita uma gradação hierárquica na mercancia ilícita. Desse modo um vendedor de pequeno porte que é preso em flagrante com 5 gramas de cocaína pode ser punido com o mesmo rigor de um narcotraficante detido com uma tonelada da mesma droga.

Neste contexto, entre outros fatores, é possível afirmar que este modelo penal encontrou guarida na lei 11.343/06, notadamente pela postura do legislador na fixação da pena, bem como na ofensa aos princípios do Direito Penal, que trata a liberdade como uma regra.



### 3.1.3 Lei de Combate ao Crime Organizado. (12.850/13)

A Lei de combate ao crime organizado foi construída a partir de uma série de erros, a primeira Lei que tratava do assunto era lei 9.034/95 que resultou em um texto vago e impreciso. Posteriormente foi sucedida pela lei 12.694/12, novamente repleta de imprecisões, até que por fim foi sancionada a lei em comento, que é tida por muitos, dado aos seus meios extraordinários de obtenção de prova, como uma legislação com “ranço” desta ideologia punitivista.

A referida lei, de acordo com alguns doutrinadores ignora direitos e garantias fundamentais ao prever, por exemplo, agente infiltrado, permitindo que seja negada sua identificação após o término das investigações.

Outro ponto ferozmente criticado é quanto a punição de atos preparatórios na referida lei, ao passo que, conforme o art. 2º, apenas “constituir”, sem ao menos praticar outro delito comina em uma pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

### 3.1.4 Regime Disciplinar Diferenciado

A Lei 10.792 alterou a Lei 7.210 de 11 de junho de 1984 (Lei de Execuções Penais), para incluir este novo regime de cumprimento de pena, o Regime Disciplinar Diferenciado. Desde então - RDD constante da Lei de execuções penais sempre foi alvo de debates, tanto em sua defesa quanto críticas veementes.

Segundo Gomes (2010):

O Regime Disciplinar Diferenciado, foi concebido para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos.

Para uma parcela da doutrina, a inoculação do preso nos moldes que outorga o art. 52 ainda consiste em termos vagos e imprecisos, notadamente no trecho “subversão da ordem ou disciplina internas”. Para os defensores desta posição, tal imprecisão abre precedentes para dupla punição do preso, a primeira em decorrência da pena e a segunda em decorrência do regime.

Identifica-se, nitidamente uma transgressão ao Princípio da

legalidade, que possui, entre os seus desdobramentos, a exigência de taxatividade das leis penais (Princípio da taxatividade ou da determinação). Segundo tal princípio, a lei obrigatoriamente deve ser expressa e absolutamente precisa em sua redação, a fim de permitir qualquer arbítrio ou analogia *in malam partem*.

Segundo Busato (2009), “essa iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de autor, onde não importa o que se faz ou omite (o fato), e sim quem – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor).

### 3.1.5 Lei do Abate (9.614/98)

Entendida por muitos como uma “pena de morte mascarada”, pelo qual muitos a reputam como inconstitucional.

O sentimento de comoção social que muitas vezes é a mola propulsora para a edição de leis dessa envergadura, segundo TASSE (2009) é extremamente perigosa:

Uma preocupação especial surge nos momentos de grande comoção social, como atualmente vivido na América Latina, com o império funcional do discurso da impunidade, pois há uma tendência a que as pessoas conduzam-se ao irracionalismo total e atuem tão qual avestruz escondendo-se atrás de aumentos desnecessários da sanção penal e do sacrifício de garantias e direitos fundamentais, para que os problemas efetivos da sociedade que levam à sua conflituosidade não sejam enfrentados.

Seguindo tal raciocínio é possível notar que a referida lei exerce um juízo de ponderação diferenciado, mitigando direitos e garantias fundamentais, em face da proteção de outros, de valor igual ou semelhante, tal qual as ideias extremistas de Jakobs.

De acordo com Rabello (2010):

Para os seguidores da corrente que defende a inconstitucionalidade da Lei do Abate (garantistas e minimalistas, expressões de Luigi Ferrajoli, Eugênio Raul Zaffaroni, dentre outros), posição corretamente adotada, a destruição de aeronaves fere, em primeiro lugar, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito constante no art. 1º da nossa Carta Magna. O valor da dignidade, como princípio precursor dos demais, pode ser entendido como o absoluto respeito aos direitos fundamentais, assegurando-se condições dignas de existência para todos.

Neste contexto, não havendo pena de morte no Brasil, salvo em caso de guerra declarada, condenar seres humanos à morte ou mesmo aplicar-lhes alguma pena sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), ou direito à contraditório e legítima defesa (CF, art. 5º, LV) é medida sumário, pois não considera sequer a presunção de

inocência (CF, art. 5º, LVII) e por isso expressamente proibida no ordenamento jurídico hodierno

### 3.1.6 Lei Antiterrorismo (13.260/16)

A recente lei 13.260, apesar de ter não ficou livre dos olhos mais garantistas. Em 16 de março de 2016, nasce a Lei 13.260, com o objetivo de regulamentar o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

Muito embora seja aceitável que uma nação, notadamente nos dias de hoje edite leis que reprimam e combatam o terror, doutrinadores defendem que o conteúdo punitivo da novel lei é extremamente funcionalista radical, que são absolutamente incompatíveis com nosso sistema jurídico- constitucional.

Para Barbosa (2016):

Aa Lei Antiterrorismo não passa de uma norma penal anormal, complexa e pluriofensiva. Ainda, aduz que o legislador esqueceu de criar um tipo remetido e uma norma explicativa para “terror social e para “organização terrorista”, o que vai ao encontro com a concepção do Direito Penal do Inimigo no que toca às medidas penais excepcionais.

Conforme explica Habib (2016):

Ao contrário, nos parece que o legislador esqueceu de elaborar um tipo remetido e uma norma explicativa para “terror social” e para “organização terrorista”, o que vai de encontro a ideologia do direito penal do inimigo reproduzido em medidas penais excepcionais como: “1. A proliferação de crimes de risco desvinculados de qualquer lógica de ofensividade e previsibilidade; 2. O aumento da criação de tipos penais com ampla antecipação da punibilidade, por meio da incriminação autônoma de atos preparatório de outros crimes e dos chamados delitos associativos.

Os termos utilizados na referida lei para definir “terror social” carecem de precisão, ao passo que a pena cominada aos transgressores ser de doze a trinta anos, o que fomenta e corrobora ainda mais o posicionamento garantista.

Valendo-se ainda dos ensinamentos de Barbosa (2016):

A lei 13.260/16, portanto, está em consonância com a teoria funcionalista radical de Gunter Jakobs, ou seja, o crime deve ser a conduta que desestrutura o sistema normativo e a pena deve ser a necessária para a manutenção da credibilidade das instituições com o fim de assegurar a estabilidade social que um sistema em equilíbrio proporciona. Desta forma, para o sistema não ser atingido e o desequilíbrio não transparecer insegurança social, as normas penais devem antecipar a punição aos atos preparatórios sem redução quantitativa da punição, por não ter sido iniciados os atos executórios, conforme art. 5º da lei antiterrorista.

A lei, portanto, declara o sujeito ativo dos crimes previstos nela como uma pessoa perigosa, portanto, inimigo, nas exatas concepções de Jakobs, razão pela qual, a sua condição pessoal já revela a necessidade da intervenção penal, caracterizando assim, o recrudescimento e retrocesso do Direito Penal do autor e não do fato.

### 3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IGNORADOS

As recentes concepções penais de carácter garantista trazem à baila uma noção diferenciada dos ramos criminais. Para essa vertente, o Direito Penal deve ser entendido como Direito Penal Constitucional, o Direito Processual Penal, por sua vez de igual modo.

Essa concepção defende que absolutamente tudo deverá conter em seu carácter uma noção constitucionalizada do direito para obter pressupostos de validade. Dessa noção, extrai-se que a Constituição, como Lei Maior é a guardiã da ordem democrática e por sua vez os princípios que nela estão implícitos e explícitos.

Nessa ótica Silva (2005) explica:

A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

A mitigação dos princípios basilares do ordenamento jurídico talvez seja o pronto crucial das discussões acerca da inserção de teorias de um direito penal bélico, máximo. Tratar o infrator, ou o inimigo, como um mal a ser aniquilado é retirar deste a qualidade de pessoa, tornando-o um problema a ser exterminado.

“Os princípios são mandamentos centrais de um sistema, ou seja, são ordens que se propagam e imanam aos sistemas de normas” (SILVA, 2008). “Os princípios constitucionais equivalem a verdadeiras garantias individuais, que desempenham a função de preservar os cidadãos de atos públicos ou privados arbitrários, e não de serem utilizados como pretextos para atitudes excessivas praticadas pelo Estado em nome da segurança coletiva” (QUEIROZ, 2008).

Conforme mencionado anteriormente, essa teoria faz uma diferenciação entre um criminoso comum do inimigo. O primeiro configura um transgressor de natureza comum, ainda detentor do status de cidadão e passível de regeneração. O segundo,

por sua vez “rompeu o contrato social, isto é, escolheu o crime como um estilo de vida. Günther Jakobs elenca em sua teoria alguns crimes que devem provocar esta diferenciação, como por exemplo, o crime organizado, o narcotráfico, os crimes sexuais entre outros. (ZAFFARONI 2007).

Em que pese o fato de tais crimes serem comprovadamente um mal que assola a sociedade, O Direito Penal do Inimigo defendido por Jakobs opõe-se aos princípios liberais e aos direitos fundamentais presentes nas Constituições de Estados Democráticos de Direito e Declarações Internacionais de Direitos Humanos (ALENCAR 2010). Os direitos fundamentais são fruto de árduas conquistas e a aceitação de teorias extremas pode significar a supressão destes bens.

Nesse sentido Lenza (2015) afirma:

Dentre os desafios para a implementação dos direitos fundamentais encontra-se o uso proporcional do Direito Penal: de adversárias daqueles direitos, viram-se as sanções penais alçadas a instrumento necessário para sua proteção. Esta transposição não foi retilínea, nem está acabada. A busca por um Direito Penal Proporcional, que não descure das garantias fundamentais das pessoas investigadas, acusadas e sancionadas, nem deixe à míngua vítimas de graves ofensas a direitos, é incessante. O caminho que se apresenta para este fim é o da exegese constitucional, de onde se pode haurir a normativa que há de dirigir a atuação do Estado

### 3.2.1 Dignidade Da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, coroa do Estado Democrático de Direito, considera-se o mais afrontado com a adoção da teoria em debate. O Princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (QUEIROZ, 2008; SILVA, 2008). Trata-se de um valor supremo que agrega todos os direitos fundamentais dos cidadãos (SILVA, 2008). O significado da dignidade da pessoa humana é amplo, pois engloba desde o respeito à pessoa como valor em si mesmo até a satisfação das necessidades humanas (MENDES et. al., 2008).

A diferenciação de indivíduos mencionada preteritamente, de caráter puramente normativo esbarra no corolário da defesa humana. “O Direito Penal deve ter no seu centro a pessoa humana” (PRADO, 2011). Por esse motivo, em um estado de direito a pessoa aparece em destaque, pois é elevada a um grau de valor absoluto.

Confuto, conforme afirma Prado (2011):

Entretanto, para Jakobs, a pessoa se submete às regras de imputação jurídico-penal, enquanto o inimigo não se sujeita a tais regras, sendo que não há expectativas normativas sobre esta. Assim, a pessoa deixa de ser sujeito da ordem legal para ser objeto.

A mera existência de um ser humano implica em respeito à sua dignidade, ao passo que o uso arbitrário e desmedido da força retira o seu caráter humano.

### 3.2.1 Princípio da Proporcionalidade

Se por um lado é defeso ao estado exercer uma proteção deficiente, por outro excessos também são proibidos, devendo-se buscar uma solução equânime. Os valores galgados pelo Estado, e a essência dos direitos fundamentais requerem uma limitação na intervenção estatal. Este macro princípio é nascedouro de outros tão importantes quanto.

Nesse sentido Cussac (2007) aduz:

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo origina outros princípios, que representam a concretização daquele. O primeiro é o princípio da adequação, o 61 qual exige a adequação entre a sanção e o objetivo de tutelar um certo bem jurídico. O segundo é o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, que preconiza o emprego do Direito Penal somente quando os ataques aos bens jurídicos forem graves e intoleráveis. Assim, o Estado deve escolher uma medida que alcance a finalidade de proteger determinado bem jurídico com a menor interferência possível nos direitos individuais. O terceiro é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual alude à classe e quantidade de pena a ser determinada. Por meio desse princípio, o legislador deve procurar o equilíbrio entre a pena cominada em abstrato e a gravidade do crime e o juiz deve, ao aplicar a pena em concreto, observar a gravidade do delito.

Justificar punições desproporcionais em busca de um estado de defesa completo é abnegar o dogma do bem jurídico. Com base nos princípios do direito penal do inimigo a punição não terá como base um bem jurídico a ser tutelado, mas o simples pertencimento a um grupo de risco. Como bem assinala BITENCOURT (2014), “o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno.

Ressalte-se, ademais, que o Supremo Tribunal Federal, rechaça, em um precedente, o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal simbólico:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "HABEAS CORPUS" - INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO A REGIME DE CUMPRIMENTO PENAL MAIS BRANDO - POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR 53 A 08 (OITO) ANOS (CP, ART. 33, § 2º, "b") - ESTIPULAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO - FUNDAMENTAÇÃO BASEADA APENAS NOS ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL, NO RECONHECIMENTO DA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA FORMULAÇÃO DE JUÍZO NEGATIVO EM TORNO DA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO

DEFERIDO. - Revela-se inadmissível, na hipótese de condenação a pena não superior a 08 (oito) anos de reclusão, impor, ao sentenciado, em caráter inicial, o regime penal fechado, com base, unicamente, na gravidade objetiva do delito cometido, especialmente se se tratar de réu que ostente bons antecedentes e que seja comprovadamente primário. - O discurso judicial, que se apóia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime - e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciários meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do "direito penal simbólico" ou, até mesmo, do "direito penal do inimigo" -, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País. Precedentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. HC 85531 - SP. Segunda Turma. Paciente: Izaque Dantas da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. 22 de março de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494634>. Acesso em: 27 de agosto de 2017). Grifo nosso

Em que pese não estar expresso na constituição, o princípio da proporcionalidade se deduz de outros que passaram a fazer parte da Constituição Cidadã.

### 3.2.3 Princípio da Presunção De Inocência

De caráter processual, o Princípio da Presunção de inocência decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, (artigo 1º, III, da Constituição Federal). Presumir a não-culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é garantir que os objetivos republicanos sejam efetivados. Conforme MORAES (2008) bem explica “a presunção de inocência pode ser entendida como garantia política, como regra de julgamento em caso de dúvida e como regra de tratamento do indiciado no transcorrer do processo judicial. ”

O princípio da legalidade repousa sobre a noção de segurança jurídica, segurança esta que é abalada no momento em que o infrator passa a ser considerado inimigo da sociedade. Nesse momento não se pode mensurar a consequência de sua presunção, agora de culpa.

Segundo CUSSAC (2007):

O âmbito legislativo, o Direito Penal do Inimigo resulta na criação de crimes de suspeita ao instituir legalmente grupos de risco que representam perigo à sociedade e não se importar se já houve o início de uma atividade criminosa. Portanto, o mero fato de pertencer a tal grupo já indicaria a periculosidade do

54 agente, pois há uma presunção de que haverá um ataque real no futuro. A proposta de Jakobs não deixa claro qual critério deveria ser utilizado pelo legislador para determinar a periculosidade do indivíduo – biológico, psicológico, sociológico, entre outros

Não há dúvidas, portanto, que as ideias do Direito Penal do Inimigo são contrárias ao princípio da presunção de inocência.

#### 3.2.4 Princípio da Igualdade:

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, *caput*, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

#### Nas lições de Moraes (2015):

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

Partindo do entendimento acima proposto, o conceito de não-pessoa utilizado para qualificar o inimigo enseja dúvidas sobre a compatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o direito à igualdade e com a proibição de discriminação (CUSSAC, 2007). Os tratamentos diferenciados para cidadãos iguais, ainda que transgressores são incompatíveis com o a noção de legalidade e mais ainda com a noção de um Estado que observa direitos fundamentais.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cumpre destacar que não é a missão deste trabalho esgotar o tema ou apresentar a solução para os males causados pelas teorias de Jakobs ou mesmo reputá-las como não proveitosas. As teorias desenvolvidas por grandes juristas irrefutavelmente serão benéficas ao sistema jurídico mundial. Seja por alertarem, instruírem ou fomentarem debates que são sempre úteis.

Todavia, o sentimento que impulsiona a aceitação de mecanismos jurídicos que possuem as diretrizes do Direito Penal do Inimigo são deveras temerários, uma vez que a resposta imediata pode estar eivada de precipitações ou excessos, que se analisados com a devida acuidade, à luz dos princípios talvez não estariam sendo empregadas.

E por falar em princípios, como foi ressaltado durante o trabalho, notadamente os de envergadura humanista são o epicentro das relações de proteção à sociedade, conquistados mediante muito sacrifício e preço de sangue, como o caso da II Guerra Mundial. Neste contexto, sua supressão ou mitigação deve ser feita quando necessário, mas com extremo cuidado e sutileza, a fim de não se abalar aos alicerces sociais. O anseio por justiça, a sede por “vingança justa”, o imediatismo punitivista deve ser refreado, e este em contrapeso os princípios. À evolução do direito penal veio da barbárie ao humanismo ao passo que não se pode trabalhar com paradoxo do “progresso que retrocede”.

Como Greco (2014) narra nas notas introdutória de seu livro:

Diariamente assistimos aos telejornais, cujos âncoras, efusivamente, atribuem a chamada “onda de criminalidade” à falta de rigor das leis penais, como se não houvesse rigor suficiente. A cada dia nossos congressistas, com finalidades eleitoreiras, criam novas infrações penais, almejando, com isso, satisfazer os desejos da sociedade, que se deia enganar pelo discurso repressor do Direito Penal. Não se iluda, pois o Direito Penal não é a solução para qualquer problema.

Obviamente não fala-se aqui de abolição das normas penais, mas a virtude está no equilíbrio em tudo, e neste caso o fundamentalismo não poderá tolher a atuação do estado por não agir de forma ortodoxa em todos os casos.

Contudo, sabe-se também que o Direito Penal é a arma mais incisiva que o Direito possui e não deve ficar adormecida, mas deve estar apta para ser utilizada quando necessário (*ultima ratio*). Considerando que todo armamento necessita de

manutenção, e a manutenção do Direito Penal são os debates acadêmicos, reflexões dos doutos, criação de jurisprudências, análise dos princípios, etc.

O Direito Penal do Inimigo é de fato uma concepção extremista e está presente no cenário jurídico brasileiro, mas não reputa-se este fato como de todo ruim, pois há formas de se tirar proveito em tudo que o Direito produz.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. *A inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 895, ano 99, maio de 2010.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Lei antiterrorismo e Direito Penal do Inimigo*. JusBrasil, abr. 2016. Disponível em: Acesso em: 28 set. 2017.

BARROCAL, André. *A taça de assassinatos é nossa*, jul. 2016. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/revista/805/a-taca-de-assassinatos-e-nossa-4381.html>>. Acesso em 12 nov. 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 23. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) Acesso em: 07 set.. 2014.

BUSATO, Paulo César. *Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo*. Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 14.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva.

Decreto nº 5.144, de 16 de julho d 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm)> Acesso em: 15 nov. 2014.

CUSSAC, José L. González. *O Renascimento Do Pensamento Totalitário No Estado Democrático De Direito: A Doutrina Do Direito Penal Do Inimigo*. 2007. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/php/penal/fsdticle/view/304/295>. Acesso em: 04 de out. de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª Ed. Ver. e Amp. São Paulo/SP. Editora Revista dos Tribunais. 2006.

ESCOLA. Brasil. *A História do Direito Penal*. Disponível em: <<http://artigos.brasilecola.uol.com.br/direito/a-historia-as-ideias-direito-penal.htm>> Acesso em 10 de out. de 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Rogério Maia. *A Sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização*. Revista de estudos criminais. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, 16ª ed. Volume I. Niterói/RJ. Impetus, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Disponível em [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print) Acesso em: 16 set. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HABIBI, Gabriel. *O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos*. Niterói/RJ: Impetus.

INNES, Brian. *Perfil de Uma Mente Criminosa. Como o Perfil Psicológico Ajuda a Resolver Crimes da Vida Real*. Livros Escala. São Paulo 2013

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

MEHMERI, Adilson. *Noções Básicas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo – A Terceira Velocidade do Direito Penal*. 1ª Ed. Paraná: Juruá. 2008

ORSI. Padre João Carlos. *Direito Penal Canônico*. São Paulo. LTR. 2009

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol.1, 10ª ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral / Paulo Queiroz*. 4. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VADE. Mecum Revistas dos Tribunais. 14ª Edição. 2017