

SUELEN MAFRA DA SILVA

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO  
PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL  
BRASILEIRA.**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MG  
2013

SUELEN MAFRA DA SILVA

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO  
PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL  
BRASILEIRA.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga (FIC), como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Almir Fraga Lugon

FIC – CARATINGA  
2013

## RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de estudo o entendimento de Luiz Flávio Gomes acerca da presença de aspectos do Direito Penal do Inimigo, na legislação penal brasileira. Buscando identificar uma possível influência da teoria supracitada no ordenamento jurídico pátrio, serão analisados dispositivos legais infraconstitucionais que possam manifestar esta tendência teórica. Mesmo que, à luz dos ideais *neo liberais* e do *garantismo*, introduzidos em nosso ordenamento jurídico pela CR/88, tal tendência teórica vem, sorrateiramente e de maneira velada, demonstrando uma tímida introdução em normas penais brasileiras. Por se tratar de assunto extremamente polêmico no Direito Penal atual, será analisada a teoria do Direito Penal do Inimigo, segundo a metodologia de seu criador, o doutrinador alemão Gunther Jakobs, expondo sua construção filosófica e criminológica e suas principais características, tais como, a antecipação da tutela penal, a adoção de penas desproporcionais e a relativização de garantias constitucionais. Ademais, far-se-á uma análise crítica da teoria da Expansão do Direito Penal exposta por Silva Sanches, que considera o Direito Penal do Inimigo como uma espécie de Direito Penal de terceira velocidade, que é caracterizado por mesclar a utilização da pena privativa de liberdade aliada à possibilidade de flexibilização de Garantias Fundamentais; Penais; e Processuais Penais. Neste sentido, tal trabalho de pesquisa propõe uma discussão a respeito das constantes mudanças dogmáticas penais presentes em nosso país; onde é perceptível oscilações entre o garantismo e o questionável posicionamento de legislar para o “endurecimento” das leis penais, como forma de solucionar os problemas sociais e de criminalidade.

**Palavras chave:** Expansão do Direito Penal; Velocidades do Direito Penal; Garantias Constitucionais; Direito Penal do Inimigo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>06</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>08</b>
 <b>CAPÍTULO I – DIREITO PENAL</b>	
<b>1.2 – Historicidade do Direito Penal.....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 – Conduta antijurídica.....</b>	<b>15</b>
<b>1.3 - Sujeito do Direito Penal e o Direito Penal do autor.....</b>	<b>16</b>
<b>1.4 – Pena e sua fixação.....</b>	<b>19</b>
<b>1.5 – A filosofia do Direito Penal.....</b>	<b>23</b>
 <b>CAPÍTULO II – TEORIAS DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO</b>	
<b>2.1 – Teoria da Expansão .....</b>	<b>27</b>
<b>2.2 – Sociedade do medo.....</b>	<b>31</b>
<b>2.3 – Punição X Direito Penal simbólico.....</b>	<b>32</b>
<b>2.4 - Garantismo Penal e proibição do retrocesso.....</b>	<b>35</b>
<b>2.5 – Velocidades do Direito Penal.....</b>	<b>39</b>
<b>2.6 – Direito Penal do Inimigo .....</b>	<b>41</b>
<b>2.7 – Quem é Inimigo na realidade brasileira .....</b>	<b>49</b>
 <b>CAPÍTULO III – DIREITO PENAL DO INIMIGO - TENDÊNCIA TEÓRICO, LEGISLATIVA E JUDICIAL</b>	
<b>3.1 – Legislação Penal brasileira.....</b>	<b>53</b>
<b>3.2 – Algumas considerações à luz da Jurisprudência.....</b>	<b>61</b>
<b>3.3 - Possível legitimidade e críticas ao Direito Penal do Inimigo.....</b>	<b>64</b>
 <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	 <b>70</b>
 <b>REFERÊNCIAS .....</b>	 <b>73</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa propõe uma discussão acerca da expansão do Direito Penal na realidade normativa brasileira, analisando a influência da teoria do Direito Penal do Inimigo em determinadas legislações infraconstitucionais; tendo por escopo identificar aspectos desta influência expansionista e suas causas em nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, questionam-se as atuais oscilações dogmáticas penais presentes em nosso país; onde de um lado está o garantismo, consagrado pela Constituição da República e, de outro o questionável posicionamento de legislar para o “endurecimento” das leis penais, como forma de solucionar os problemas sociais e de criminalidade.

Tem-se como marco teórico da presente pesquisa as ideias defendidas por Luiz Flávio Gomes, que apontam tendências da concepção teórica do Direito Penal do Inimigo, em recentes normas penais brasileiras, desta forma expostas:

No direito brasileiro são muitos os exemplos de tratamento diferenciado (sem justo motivo). Os autores de crimes hediondos, por exemplo (Lei 8.072/1990), cumprem a pena em regime integralmente fechado, não podem ter indulto individual ou coletivo, não podem ter liberdade provisória sem fiança etc.. São tratados como inimigos. Os condenados por crime organizado não podem apelar em liberdade (Lei 9.034/1995), nem contam com direito de liberdade provisória, quando tenham tido intensa participação no delito. Também são inimigos. A mais recente evidência do Direito penal do inimigo pode ser identificada no chamado regime disciplinar diferenciado - RDD (introduzido na Lei de Execução Penal, art. 52, pela Lei 10.792/2003)<sup>1</sup>.

O trabalho em comento abordará como setores do conhecimento a pesquisa de natureza transdisciplinar, inter cruzando informações entre os ramos do Direito Penal, Direito Constitucional e Direito Processual Penal. Outrossim, a presente pesquisa é do tipo teórico-dogmática, pois terá investigações doutrinárias, jurisprudenciais e à legislação.

Com relação à problemática apresentada, foi construída a seguinte hipótese: a constatação da realidade expansionista, visualizada nas mais recentes normas penais, bem como a identificação da influência da polêmica teoria Direito Penal do Inimigo nestas mencionadas normas, havendo a conseqüente necessidade de se buscar uma resposta frente a estas questionáveis tendências teóricas, fomentadas através de anseios populares por maior ‘segurança’.

A presente monografia está dividida em três capítulos. Para melhor aprofundamento

---

<sup>1</sup> GOMES, 2005, p. 21.

do tema, o primeiro capítulo inicia tratando do Direito Penal, abordando os seguintes assuntos: sua historicidade, descrevendo as Escolas Penais e a evolução do Direito Penal até os dias atuais, a conduta antijurídica e o sujeito do Direito, a função da pena e condições de fixação, fazendo inclusive uma abordagem filosófica do Direito Penal, no sentido de entender sua finalidade.

O segundo capítulo, sob o título As teorias do Direito Penal e o Direito Penal do Inimigo, aborda a teoria da expansão, o fenômeno ‘sociedade do medo’, a pretensão de punição na sociedade contemporânea versus ‘Direito Penal Simbólico’, a teoria do Garantismo Penal e os aspectos da ‘proibição do retrocesso’, fazendo uma análise das ‘Velocidades do Direito Penal’ e a teoria do Direito Penal do Inimigo, a fim de identificar o ‘inimigo’ na realidade brasileira.

Por fim, o terceiro capítulo aborda o Direito Penal do Inimigo e suas tendências teórico, legislativas e judiciais na legislação penal brasileira, fazendo uma análise do Garantismo Penal em oposição ao ‘endurecimento das normas penais’ e por fim interpreta posicionamentos jurisprudenciais no sentido do controle da criminalidade à luz das teorias mencionadas.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Inicialmente faz-se necessário a análise de alguns conceitos basilares correlacionados ao tema, comumente abordados ao longo do trabalho.

Diante do exposto, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se destacam a Teoria da Expansão do Direito Penal que levanta a questão da ‘sociedade do medo’ e da existência de Velocidades do Direito Penal; a Teoria do Direito Penal do Inimigo, como uma espécie de Direito Penal de terceira velocidade; e a análise das Garantias Constitucionais com ênfase nas Garantias Penais e Processuais Penais.

A sociedade contemporânea globalizada diante do avanço tecnológico e científico, do capitalismo e das novas políticas criminais, traz consigo a ‘sociedade do medo ou de risco’, culminando em insegurança e incertezas que de acordo com Silva Sanchez, faz surgir esta nova realidade do Direito Penal, trazida pela teoria da expansão.

Para melhor compreensão do contexto social e dos fatos que impulsionaram o surgimento desta nova e complexa perspectiva, podemos ressaltar, segundo Moraes:

a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que acentua os índices de criminalidade; a igual ineficiência em fiscalizar e executar o sistema penitenciário, o que vem contribuindo para o aumento da reincidência; o aumento subjetivo da sensação de insegurança da população em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação; a utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes à curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, fazendo surgir o Direito Penal Simbólico, criando uma colcha de retalhos legislativa e despropositada; o desprestígio de outras instâncias para a solução de conflitos, que poderiam ser, a princípio retirados da tutela do Direito Penal (como o Direito Administrativo) e o considerável aumento do descrédito da população nas instituições Estatais, que vem fomentando a criação de ‘Estados paralelos’, à margem da ordem jurídica posta, e aumentando e fortalecendo organizações criminosas.<sup>2</sup>

Diante destes apontamentos, surge a ‘sociedade de risco’, e o resultado destes fatores está na afirmação de que nunca se teve tanto medo, e o medo na realidade de hoje, de acordo com Bauman, pode vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos para ir e voltar. Do que chamamos de “natureza” ou de pessoas (prontas, como

---

<sup>2</sup> MORAES, 2006, p. 27.



difícilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a súbita abundância de atrocidades terroristas, crimes violentos, etc<sup>3</sup>.

Neste diapasão, também Silva Sanchez refere-se à ‘sociedade da insegurança ou sociedade do medo’, e no entendimento do doutrinador, a ênfase do medo da criminalidade gera um alarmismo em matéria de segurança, que redundava no clamor popular por uma maior presença e eficácia nas instâncias de controle social, e neste contexto o Direito Penal e as instituições do sistema punitivo são eleitos como instrumentos para responder eficazmente a estes anseios. De acordo com Sanchez,

“trata-se de uma canalização das demandas sociais por mais proteção como demandas por mais punição. (...) E neste raciocínio o Direito Penal se expande e se arma como resposta ao medo, com a existência de um maior número de descrições de condutas puníveis, aumento das penas, antecipação da punibilidade, e diminuição de Garantias Penais e Processuais.”<sup>4</sup>

Sobre este prisma de expansão do Direito Penal, Sanchez revelou a existência de velocidades do Direito Penal. O doutrinador espanhol atribui ao Direito Penal clássico uma espécie de *primeira velocidade do Direito Penal*, que se funda na manutenção de todas as garantias individuais e na proteção de bens jurídicos fundamentais através da aplicação de pena privativa de liberdade. Já no modelo de *segunda velocidade*, são incorporadas duas tendências, a priori antagônicas, qual seja, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais, aliadas à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direitos, pecuniárias e etc.); no Brasil o melhor exemplo seria a Lei n. 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais. Estas duas tendências ou velocidades do Direito Penal atual são trazidas por Sanchez, como modelos necessários aos anseios expansionistas atuais.

Ainda na visão de Sanchez, o modelo de *terceira velocidade de Direito Penal*, seria aquele no qual a pena de prisão, concorra com a ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, esta junção extremista amolda-se às características do Direito Penal do Inimigo.

o Direito Penal de terceira velocidade, refere-se a uma mescla entre as características dos dois primeiros, utilizando-se da pena privativa (como o faz no modelo clássico

---

<sup>3</sup> BAUMAN *apud* WERMUTH, 2011, p.28.

<sup>4</sup> SANCHEZ, 1999, p. 30.

de Direito Penal), mas permitindo a flexibilização permanente de garantias materiais e processuais (o que ocorre no âmbito do Direito Penal de segunda velocidade).<sup>5</sup>

De acordo com Sanchez, a expansão do Direito Penal faz surgir ainda a constatação de um Direito Penal de *quarta velocidade*, atrelado ao Direito Internacional e seria aplicado àqueles que já ostentaram a posição de Chefes de Estado e como tais, violaram gravemente tratados internacionais de tutela de Direitos Humanos, e para o julgamento de tais indivíduos caberia o Tribunal Penal Internacional, como exemplo encontra-se o julgamento de Nuremberg (1945-1949), responsável por julgar os crimes Nazistas durante a Segunda Guerra Mundial; podemos citar ainda como exemplo, o julgamento de Sadam Russem.

Como a finalidade deste trabalho está voltada ao Direito Penal de terceira velocidade, caberá uma maior explanação sobre seu conceito. A maior referência de um Direito Penal desta natureza seria na concepção de Silva Sanchez, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, que foi apresentada em 1985, pelo jurista alemão Günther Jakobs, tratando-se um conceito doutrinário, além de um postulado político criminal, que cria a figura do Inimigo do Estado-sociedade; sendo considerado como tal, aquele indivíduo que, com o seu comportamento, rompe o ‘Contrato Social’ ao qual estamos inseridos, abandona o Direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva, revelando-se, através de sua conduta, um indivíduo perigoso<sup>6</sup>.

Segundo Damásio de Jesus, diante do conteúdo histórico dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 nos E.U.A. capaz de demarcar o início de um novo período na História mundial, esta teoria ficou em evidência como política pública de combate à criminalidade interna e/ou internacional<sup>7</sup>.

Na concepção de Jakobs, o terrorista seria a figura perfeita do Inimigo, porém também seriam assim considerados: os traficantes de drogas, armas, pessoas; integrantes de organizações criminosas, estupradores e homicidas contumazes, criminosos políticos e econômicos, e àquele que o Estado assim o considerar. Sendo que, tais indivíduos receberiam do Estado tratamento diferenciado, através de Legislações Penais específicas, que imputariam aos Inimigos, dentre outras medidas: amplo adiantamento de sua punibilidade, considerando sua periculosidade, desproporção de penas diante da conduta praticada, abrangendo até mesmo os atos preparatórios, e relativização ou supressão de Garantias Fundamentais, Penais e Processuais Penais.

---

<sup>5</sup> JESUS, 2013, p. 01-02.

<sup>6</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2005, p.31.

<sup>7</sup> *Idem, ibidem.* p.32

Sobretudo, com esta definição bastante subjetiva de quem seria o ‘Inimigo’ e considerando haver um ‘retrocesso’ na restrição de Garantias, a doutrina majoritária interpreta a aplicação de um Direito Penal desta natureza como um modelo incompatível com Estados Democráticos de Direito. O chamado Estado Democrático de Direito é também denominado pelos autores de tradição alemã como Estado Constitucional, uma vez que as aquisições históricas deixaram claro que não é submissão ao Direito que justificaria a limitação quer do próprio Estado quer dos Governantes, mas necessariamente uma subjugação total à Constituição<sup>8</sup>.

Dentre os princípios fundamentais da Constituição da República de 1988 está a Dignidade da Pessoa Humana, onde segundo Fernandes, o homem é tomado como um ser especial, dotado de uma natureza ímpar perante todos os demais seres, razão pela qual não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, nem mesmo por outros seres humanos.

A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR/88) é eridida à condição de meta-princípio. Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesmo, nunca como meio (coisas) para a satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.<sup>9</sup>

Este princípio consagrado pela Constituição apresenta-se como uma dupla concepção, segundo Moraes, primeiramente prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário entre semelhantes<sup>10</sup>. Dentre os Direitos Fundamentais podemos destacar, com a devida pertinência ao estudo apresentado, as garantias para o exercício das liberdades, normalmente de índole normativa, como é o caso das garantias processuais-constitucionais.

Importante será a elaboração de um raciocínio comparativo, no julgamento das tendências teóricas mencionadas neste estudo, em detrimento aos princípios constitucionais. Especificamente devemos tratar de princípios processuais penais, embora não estando no sistema em um rol taxativo, muitos deles encontrando respaldo expresso na Constituição da República<sup>11</sup>. Temos assim, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade (art.

---

<sup>8</sup> FERNANDES, 2013, p. 300.

<sup>9</sup> *Idem, Ibidem*, p. 302

<sup>10</sup> MORAES, 2007, p.46.

<sup>11</sup> TÁVORA, 2013, p.54.

5º, LVII da CR/88); da igualdade processual (art. 5º, caput); da ampla defesa (art. 5º, LV); do devido processo legal (art. 5º, LIV); da proporcionalidade; da inexigibilidade de autoincriminação. E buscando no Direito Penal, podemos citar alguns princípios norteadores da aplicação das leis penais, tais como: o princípio da intervenção mínima que juntamente com o princípio da insignificância, orienta e limita o poder incriminador do Estado, temos ainda o princípio da materialização do fato, que consagra o direito penal do fato, vedando, portanto o Direito Penal do autor, o princípio da legalidade (art. 5º, II da CR/88), e da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Enfim, o enfoque deste trabalho está embasado no aprofundamento do estudo destas garantias e suas corriqueiras e manifestas relativizações ou até mesmo supressões, presentes em alguns textos legais, que buscam com tais medidas, dar uma resposta satisfatória à sociedade, que por sua vez encontra-se amedrontada com a crescente criminalidade.

Esta discussão está diretamente relacionada à expansão do Direito Penal na realidade normativa brasileira, pois questiona e busca identificar, a influência da teoria do Direito Penal do Inimigo (uma espécie de Direito Penal de terceira velocidade), em legislações infraconstitucionais específicas; que através do “endurecimento” das leis penais, pretende solucionar os problemas sociais e de criminalidade, evidenciando como argumentos contrapostos os princípios e garantias constitucionais. E sobre esta constatação da realidade expansionista, conclui-se que podemos denunciar a conseqüente necessidade de se buscar uma resposta frente a estas questionáveis tendências teóricas que são fomentadas por anseios populares por maior ‘segurança’. Tendências estas que distorce e sucumbe, a real finalidade do Direito Penal.

## **CAPÍTULO I – DIREITO PENAL**

### **1.1 – Historicidade do Direito Penal**

A vida em uma sociedade minimamente organizada exige a existência de um complexo de normas que disciplinem o convívio entre indivíduos que a compõem. Partindo do raciocínio de que o ser humano sempre viveu em permanente estado de associação, em busca do atendimento de suas necessidades básicas, e que desde os primórdios violou regras de convivência, surgiu à necessidade de aplicação de sanções para coibir estas violações.

Podemos captar dos estudos da história que, nas sociedades mais primitivas, o homem acreditava nas forças sobrenaturais e na quebra de algo sagrado, relacionando estas crenças à destinação das punições. Devemos ressaltar também a cultura do talião (olho por olho, dente por dente), onde as sanções eram cruéis e sem qualquer finalidade útil. A respeito da evolução histórica do Direito Penal, analisa Rogério Sanches:

Embora o Direito Penal tenha sua origem vinculada à própria organização do homem em sociedade, não se pode considerar a existência de normas penais sistematizadas em tempos primitivos. Nesse período, o castigo não estava relacionado à promoção de justiça, mas vingança, revide contra comportamentos de alguém, abundando penas cruéis e desumanas. Era a fase da vingança penal, dividida em: vingança divina, vingança privada e vingança pública.<sup>12</sup>

A noção de Direito Penal e consequentes definições de crime e pena, foi se aperfeiçoando na Grécia Antiga, passando pelo Direito Romano e Direito Germânico que trouxeram importantes contribuições para a evolução do Direito Penal. O Direito Canônico, por sua vez, predominante na Idade Média, trouxe o caráter sacro da punição. A religião e o Estado estavam profundamente ligados nesta época, ressaltando-se a criação do Tribunal da Santa Inquisição.

No entanto, a verdadeira evolução das normas de caráter sancionador, aconteceu no século XVIII, no advento do iluminismo. Grandes filósofos e juristas propuseram um afastamento da incidência do Direito Penal vigente, e a partir de contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangiere e Pagano (Itália); houve a preocupação para que a aplicação das penas fosse mais racional, contra o terrorismo punitivo, sob o fundamento de que cada cidadão teria renunciado

---

<sup>12</sup> CUNHA, 2013, p. 41.

a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social, onde a pena passa a ganhar um caráter de utilidade, com a finalidade de prevenir delitos e não puramente castigar. Com a criação da obra *Dos delitos e das penas*, do marquês de Beccaria, a propósito, considera Nucci:

Contrário á pena de morte e às penas cruéis, pregou o Marquês de Beccaria o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado à sociedade. O caráter humanitário presente em sua obra, foi um marco para o Direito Penal, até porque contrapôs-se ao arbítrio e a prepotência dos juízes, sustentando-se que somente leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tal como postas. Insurgiu contra a tortura como método de investigação criminal e pregou o princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que as penas pudessem atingir os familiares do infrator, o que era fato corriqueiro até então.<sup>13</sup>

As Escolas Penais surgiram após a fase iluminista, marco histórico na evolução do Direito Penal; e das Escolas podemos destacar a clássica e positiva, revelando contrapostas finalidades e fundamentos do Direito Penal. Com base nos pensamentos de Beccaria fundamenta-se a Escola Clássica; e com a publicação do livro *O homem delinqüente*, de Cesare Lombroso, por sua vez, baseia-se a Escola Positiva, com sua determinação do criminoso nato, possibilitando o surgimento da antropologia criminal, da psicologia criminal e da sociologia criminal, e nega terminantemente o livre arbítrio, proposta da Escola Clássica. E após a Segunda Guerra Mundial, movimento denominado de nova defesa social, revela ser o crime expressão de uma personalidade única, impossível de haver uma padronização.

E nas últimas décadas importantes teorias propõem discutir as finalidades do Direito Penal e seus fundamentos, das quais podemos ressaltar: *a teoria da prevenção geral positiva*, que afirma que a finalidade do Direito Penal é a reafirmação da norma, que demonstra sua vigência por meio da aplicação da sanção penal; esta teoria se divide em *fundamentadora* (Jakobs, Welzel) e *limitadora* (Roxin, Silva Sanches).

No Brasil, após a colonização, instalou-se a legislação portuguesa, que previa penas cruéis e desproporcionais, e somente com a edição do Código Criminal do Império (1830), instalou-se uma legislação penal mais humanizada e sistematizada, segundo Nucci<sup>14</sup>, em 1980 aprovou-se o Código Penal da era Republicana, que, para Zaffaroni<sup>15</sup>, retrata o apogeu do positivismo criminológico, principalmente a partir da abolição da escravatura. Já na época de

---

<sup>13</sup> NUCCI, 2013, p. 79.

<sup>14</sup> *Idem, Ibidem*, p. 85.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, 2010, p. 42

Getúlio Vargas foi editado o atual Código Penal, havendo uma tentativa de modificação no período de Ditadura Militar, mas em 1984 houve uma extensa reforma na parte geral do Código atual, que nasceu de concepções causalistas, mas que se tornou híbrido após modificações de natureza finalista<sup>16</sup>.

### 1.3 – Conduta antijurídica

Este conceito está atrelado à concepção analítica de crime, e o conceito de conduta (elemento do fato típico) é uma das mais candentes discussões que percorreu o Direito Penal. Para a teoria tripartite o crime é definido como uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer:

uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao Direito (antijuricidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o Direito.<sup>17</sup>

A concepção de crime é analisada através da teoria do delito, existindo grandes divergências doutrinárias a este respeito. E sobre a teoria do delito entende Zaffaroni como:

a parte da ciência do Direito Penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito, com interesse puramente especulativo, senão que atende à função essencialmente prática, consistente na facilitação da averiguação da presença ou ausência de delito em cada caso concreto.<sup>18</sup>

Importante ainda será ressaltar o conceito de infração penal, pois para o Direito Penal brasileiro crime é sinônimo de delito, contudo infração penal é gênero, onde crimes e contravenções são espécies, e para que a conduta se amolde a um ou outro conceito, depende do valor conferido ao comportamento pelo legislador.

Segundo Cunha, sobre a infração penal podemos resgatar dois conceitos: sob o enfoque formal a infração penal é aquilo que assim está rotulado em uma norma penal

---

<sup>16</sup> NUCCI, 2013, p. 85.

<sup>17</sup> *Idem, Ibidem*, p. 180.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, 2011, p. 135.

incriminadora, sob ameaça de pena. Num conceito material, trata-se de um comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão, ou perigo de lesão, ao bem jurídico tutelado, passível de sanção penal.

Já a respeito da teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, para identificar uma conduta antijurídica, destaca-se a teoria finalista criada por Welzel, que concebe a conduta como comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim. Segundo Greco:

O homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre a uma determinada finalidade, que pode ser ilícita (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou lícita (quando não quer cometer delito algum, mas que por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto pela lei penal).<sup>19</sup>

Desta forma evidenciamos que a conduta antijurídica deve ser sistematicamente analisada, e que todos os elementos que integram o conceito analítico do crime são pressupostos para a aplicação da pena. Conclui-se que a conduta é um dos elementos do fato típico, e uma vez ausente, não se pode falar em crime (*nullum crimen sine conducta*).

Ademais, nos interessa analisar a conduta sob o entendimento de Jakobs, maior doutrinador do funcionalismo sistêmico (que trataremos mais adiante), e para ele, a “conduta será considerada como comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas<sup>20</sup>.”

#### **1.4 – Sujeitos do Direito Penal e o Direito Penal do autor**

Entende-se como sujeito do Direito Penal ou sujeito do crime, aquela pessoa que pode praticar ou ser vítima de uma conduta antijurídica. O sujeito ativo do crime é o imputável que pratica a infração penal, sendo assim, qualquer pessoa física capaz e com 18 (dezoito) anos completos; havendo ainda discussão doutrinária acerca da possibilidade da pessoa jurídica poder figurar ou não como sujeito ativo de um fato criminoso (nos crimes ambientais).

Já a vítima ou sujeito passivo do fato criminoso é o titular do bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador, que foi violado. O Estado será sempre o sujeito passivo formal,

---

<sup>19</sup> GRECO, 2011, p. 149.

<sup>20</sup> *Idem.*, *Ibidem*, p. 168.



pois ele é o titular do interesse jurídico de punir, sendo o sujeito passivo material o indivíduo diretamente lesado pela conduta do agente.

Analisada tais concepções doutrinárias, o que mais interessa a este estudo é a interpretação crítica, principalmente ligada a considerações criminológicas, de quem seria o sujeito ativo do Direito Penal, ou seja, o autor de um crime.

Acerca da criminologia, para Nucci, é considerada uma ciência voltada ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas, sobretudo, às causas que levam à delinqüência, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal. Molina e Gomes definem ainda a criminologia como:

a ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplando este como problema individual e como problema social -, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.<sup>21</sup>

Por muito tempo, a criminologia classificou os delinqüentes, como alguma forma de patologia, criando estereótipos e identificações preconceituosas, conforme preconiza a já mencionada Escola Positiva baseada nos estudos de Lombroso. Buscava-se punir o autor por quem ele era (Direito Penal do autor), e não pelo o que ele fez, pretendia-se responsabilizar ao assassino como personalidade e não ao fato criminoso (homicídio).

Nesta realidade extremista objetivava-se encontrar e punir os autores sem que fosse preciso aguardar as condutas. Zaffaroni leciona se tratar evidentemente de uma ideologia policial, segundo a qual:

quem não é o inimigo, mesmo que lesione outrem, terá as conseqüências jurídicas mitigadas, porque há pouco ou nada a reprovar em sua personalidade; em compensação, o inimigo deve ser reprimido mesmo que não tenha lesionado ninguém e nem mesmo tenha pensado em fazê-lo, simplesmente porque sua vida suspeita exhibe sua inimizade.<sup>22</sup>

Ainda na lição de Zaffaroni existem no Direito Penal brasileiro, vários tipos que poderiam ser compreendidos como tipos de autor, mas a Constituição da República os

---

<sup>21</sup> MOLINA, GOMES, 2006 *apud* NUCCI, 2013, p. 73.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, 2010, p. 140.

denomina como tipos de ato. Estes tipos penais podem ser encontrados, por exemplo, na legislação extravagante (art. 28 e seu §1º da lei nº 11.343/06 relativa ao tipo penal que incrimina o usuário de entorpecentes); segundo o mestre, ademais, uma visita às elaborações doutrinárias revelaria muitas vezes um grande esforço para travestir de direito penal de ato a esses tipos de autor. Frisa-se que a aplicação do Direito Penal do autor pode manifestar-se no campo da culpabilidade e da individualização judicial da pena; e sobre os tipos penais de autor, Zaffaroni conclui o seguinte:

Embora ninguém sustente abertamente estes tipos de autor, inúmeras estratégias político-criminais – crimes de perigo abstrato ou presumido, assunção de paternalismo tutelar, remissões a pautas éticas etc. – terminam por viabilizar a tendência do poder punitivo a converter em tipos de autor todos os tipos de ato. Existe difuso nessas estratégias e nos correspondentes discursos teóricos, um novo direito penal do autor, meio envergonhado de suas origens históricas, mas inequivocadamente voltado à criminalização de estados e condições existenciais.<sup>23</sup>

A respeito desta questão, para Toledo, diante de posicionamentos radicais e extremos, “situa-se a corrente moderada em prol de um Direito Penal do fato que considere também o autor, como se verifica no Código Penal vigente no Brasil, através da análise da culpabilidade, um dos elementos do delito<sup>24</sup>.”

Seguindo este raciocínio, analisando a culpabilidade, Nucci leciona tratar-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato típico e antijurídico e seu autor, agente esse que precisa ser imputável, ter agido com consciência potencial da ilicitude e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o Direito, interpretada sob a ótica do finalismo. Nucci afirma que a reprovação é inerente tanto ao que foi feito, quanto a quem fez.

Já nas palavras de autores pós-finalistas, denominados funcionalistas, como Jakobs, o conceito de culpabilidade se vincula às finalidades preventivo-gerais da pena, bem como à política criminal do Estado; a culpabilidade representa uma falta de fidelidade do agente com relação ao Direito; deduz infidelidade do Direito sem análise individualizada do agente, mas sob o prisma social, considerando-se os fins da pena. Sob este prisma a infidelidade poderá, no entendimento dos funcionalistas, servir de uma análise mais rigorosa, buscando a aplicação de sanções penais desmedidas, que possam servir de exemplo à sociedade; através de critérios ligados à política criminal.

---

<sup>23</sup> *Idem., Ibidem*, p.140.

<sup>24</sup> TOLEDO, 2000 *apud* MORAES, 2006, p. 186.

É o que se pode observar na aplicação do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, conforme se analisará adiante.

### 1.5 - Pena e sua fixação

Ainda acerca da culpabilidade, para Nucci, “seria fundamento e limite da pena, integrativa do conceito de crime<sup>25</sup>.” E continua, considerando a pena uma sanção do Estado, que vale do devido processo, cuja finalidade é a repressão do crime perpetrado e a prevenção a novos delitos, e objetiva reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal, bem como intimidar a sociedade para que o crime seja evitado.

E para a aplicação da pena, o Estado Constitucional de Direito<sup>26</sup>, expressão utilizada por Ferrajoli, embora tenha o dever/poder de aplicá-la àquele que viola o ordenamento jurídico-penal, praticando determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos em nossa Constituição Federal<sup>27</sup>.

Para melhor análise dos fundamentos e finalidades da pena, pode-se destacar duas teorias extremadas: o abolicionismo penal e o direito penal máximo.

Na visão dos minimalistas o Direito Penal deve ser pensado de forma diferente, eles questionam o significado das punições e das instituições. Este movimento traz a idéia de descriminalização e despenalização como soluções para o caos do sistema penitenciário, hoje vivenciado não só no Brasil, mas na maioria dos países. Esta corrente doutrinária entende que o método atual de punição, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam demasiadamente elevados. E como solução para tais problemas eles entendem que o melhor caminho não seria a construção de respostas punitivas; que o caminho seria o atendimento prioritário à vítima; a guerra contra a pobreza; a legalização das drogas; restauração da autoestima de movimentos organizados, bem como do sentimento de responsabilidade dos intelectuais<sup>28</sup>.

Diante desta corrente manifesta Ferrajoli:

---

<sup>25</sup> NUCCI, 2013, p 312.

<sup>26</sup> FERRAJOLI 2002, *apud* GRECO, 2011, p 470.

<sup>27</sup> GRECO, 2011, p 470.

<sup>28</sup> *Idem.*, *Ibidem*, p. 402.

O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.<sup>29</sup>

Contrapondo em parte, esta vertente, citamos a teoria do *Garantismo Penal* de Luigi Ferrajoli, crucial na elaboração desta pesquisa, e que se constitui de um sistema equilibrado de aplicação da norma penal, que reserva o seu campo de atuação nas infrações penais mais graves, abolindo-se tipos penais que contemplem crimes de menor potencial ofensivo, mas sempre com o respeito ao devido processo legal e seus corolários<sup>30</sup>. Busca representar um equilíbrio entre o Abolicionismo e o Direito Penal Máximo.

Por outro lado o Direito Penal máximo é um modelo caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e pela imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltado à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa do sacrifício de algum inocente. Esse sistema vem sendo adotado, primordialmente, pelos Estados Unidos, implicando no método vulgarmente denominado ‘tolerância zero’<sup>31</sup>.

Nesse diapasão, muitas são as discussões doutrinárias a respeito das funções que devem ser atribuídas às penas. O Código Penal brasileiro adotou, no entanto uma teoria mista ou unificadora da pena, e em seu artigo 59 estabelece sua fixação:

#### Fixação da pena

Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.<sup>32</sup>

A teoria mista adotada pelo Código brasileiro, afirma Greco, expor conceitos tanto das teorias tidas como absolutas, que são todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como castigo, reação, reparação ou retribuição ao crime praticado; bem como da teoria relativa que se fundamenta no critério da prevenção, que divide em

<sup>29</sup> FERRAJOLI, 2002 *apud* NUCCI, 2013, p. 402.

<sup>30</sup> NUCCI, 2013, p. 410.

<sup>31</sup> *Idem.*, *Ibidem*, p. 403.

<sup>32</sup> Decreto Lei nº 2.848/1940. Código Penal brasileiro.

prevenção geral e especial.

Na prevenção geral, que se subdivide em negativa, onde a pena imposta ao infrator tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim que as demais pessoas delinquam; e positiva, onde o propósito da pena presta-se a infundir na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao Direito<sup>33</sup>.

Quanto à prevenção especial, também se divide em negativa, que acredita na neutralização daquele que praticou a infração penal, com sua segregação ao cárcere, a retirada do indivíduo do convívio social; e positiva, que consiste em fazer com que o autor desista de cometer outros delitos, esta possui um caráter ressocializador.

Ademais a fixação da pena privativa de liberdade (art. 32, I, C.P.), à luz do art. 68, *caput*, o Código Penal adotou o sistema trifásico:

Art. 68. A pena será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.<sup>34</sup>

Com relação ao método trifásico de fixação da pena, Cunha afirma que “é proposto a fim de viabilizar o exercício do direito de defesa, expondo ao réu os parâmetros que conduziram o juiz à determinação da reprimenda<sup>35</sup>.”

As três fases deste sistema devem ser entendidas da seguinte maneira: primeira fase consiste em fixar a pena base atentando-se para as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), na segunda fase deverá o juiz fixar a pena intermediária, considerando as agravantes (arts. 61 e 62 do CP) e atenuantes (arts. 65 e 66 do CP), e por fim, na terceira fase deverá fixar a pena definitiva, aplicando as causas de aumento e diminuição de pena.

Neste sentido, interessa a este estudo o aprofundamento da primeira fase de fixação da pena, pois neste momento o juiz deverá observar algumas circunstâncias concernentes ao infrator, das quais se destacam as seguintes circunstâncias, por se tratarem de análise propriamente do réu: os antecedentes criminais, devendo ser considerados somente as condenações definitivas que não caracterizam a agravante da reincidência (arts. 61, I, e 63, ambos do CP); a conduta social do agente tratando do comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência com os outros; e a personalidade do agente, referente ao seu retrato psíquico.

---

<sup>33</sup> GRECO, 2011, p. 473-474.

<sup>34</sup> Decreto Lei nº 2.848/1940. Código Penal brasileiro.

<sup>35</sup> CUNHA, 2013, p. 391.

A respeito da circunstância afeta à personalidade do agente para a fixação da pena, ressalta-se o entendimento do STJ:

A circunstância judicial referente à 'personalidade do agente' não pode ser valorada de forma imprecisa ou objetivamente desamparada porquanto, através de considerações vagas e insuscetíveis de controle, a sua utilização acarretaria a ampla e inadequada incidência do Direito Penal do Autor.<sup>36</sup>

Por fim, ainda quanto ao modo de execução da pena, pode-se destacar a Lei 7.210/84 – Lei de Execuções Penais e a Lei 10.792/03 que introduziu o RDD – Regime Disciplinar Diferenciado. Esta lei é foco de extensas discussões doutrinárias a respeito de sua constitucionalidade, onde de um lado encontra-se a preservação da ordem pública e de outro o princípio da humanidade.

Em face do princípio constitucional da humanidade, que proíbe penas cruéis, debate-se a admissibilidade do regime disciplinar diferenciado, pois diante da característica de se manter o preso isolado durante 22 horas diárias em até 360 dias, existem argumentos no sentido de considerar esta pena como cruel. Porém, discordando deste apontamento, rebate Nucci:

não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinqüente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, organizado, de modo que não haveria a necessidade de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da Lei de Execução Penal. A realidade distanciou-se da lei, dando margem à estruturação do crime, em todos os níveis. Mas, pior, organizou-se a marginalidade dentro do cárcere, o que é situação inconcebível, mormente se pensarmos que o preso deve estar, no regime fechado á noite, isolado em sua cela, bem como durante o dia, trabalhando ou desenvolvendo atividades de lazer ou aprendizado. Diante da realidade, oposta ao ideal, criou-se o RDD. Tanto quanto a pena privativa de liberdade é o denominado mal necessário, mas não se trata de uma pena cruel.<sup>37</sup>

Tal entendimento basea-se na manutenção da ordem pública, por não considerar o RDD um dispositivo penal inconstitucional. Porém grande parte da doutrina corrobora com o apontamento de ser este dispositivo inconstitucional, dentre os quais podemos citar Luiz Flávio Gomes, Damásio de Jesus e Eugênio Zaffaroni, que consideram inclusive o regime

---

<sup>36</sup> STJ, Resp 513.741/RS 2013 0051910-7.

<sup>37</sup> NUCCI, 2013, p. 429.

disciplinar diferenciado como uma norma influenciada pelo punitivismo penal e assemelhada ao funcionalismo sistêmico de Jakobs através de seu Direito Penal do Inimigo.

## 1.6 – A filosofia do Direito Penal

O ‘Direito é uma das dimensões essenciais da vida humana’<sup>38</sup>, isto posto, Miguel Reale chegou à constatação filosófica de que onde está o homem, está o Direito, e não seria menos certo afirmar que, onde está o Direito se põe sempre o homem com a sua inquietação filosófica, atraído pelo propósito de perquirir o fundamento das expressões permanentes de sua vida ou de sua convivência.

Valioso para este estudo será então, o aprofundamento de temáticas filosóficas acerca do Direito Penal e os questionamentos que o sondavam desde os primórdios. Então, entende-se como *jusfilosofia*:

todas as formas de indagação sobre o valor e a função das normas que governam a vida social no sentido do justo, ou em acepção estrita, para indicar o estudo metódico dos pressupostos ou condições da experiência jurídica considerada em sua unidade sistemática.<sup>39</sup>

Para Zaffaroni e Pierangeli, é evidente que o pensamento penal de cada época estava intimamente relacionado com a estrutura social e, portanto, com o controle social que lhe é peculiar<sup>40</sup>, e é, portanto, desta maneira que o pensamento penal será analisado neste trabalho.

O pensamento filosófico surgiu no oriente, mais precisamente na Índia, e as “perguntas fundamentais, que logo seriam reformuladas pelos gregos, foram também antes lá enunciadas<sup>41</sup>.”

De acordo com este posicionamento, uma manifestação idealista do pensamento indiano, o *hinduísmo*, é uma demonstração do fenômeno do controle social institucionalizado, que logo se repetirá ao longo da história do pensamento, ou seja, a justificação da estrutura de poder de uma sociedade estratificada, e a lei penal desta estrutura social indicará um controle social sobre a base da supremacia da casta dirigente.

---

<sup>38</sup> REALE, 2002, p.286.

<sup>39</sup> *Idem, Ibidem*, p. 285.

<sup>40</sup> ZAFFARONI, 2011, p. 216.

<sup>41</sup> *Idem.* p 217.

Desta forma, pode-se dividir a história da filosofia do Direito da seguinte maneira; oriental, grega, romana, medieval, renascentista, moderna e contemporânea. As grandes contribuições gregas para o pensamento penal absorvem quase todos os problemas político-penais suscitados ao longo da história. Na mitologia homérica, *Thémis* e *Diké* representavam as divindades da justiça.

E para melhor reflexão sobre o pensamento filosófico do Direito Penal devem-se considerar algumas ideias interessantes, mesmo que já vencidas pelos *jus penalistas* durante a história, por se tratarem de pensamentos importantes para a história da humanidade, que contribuíram para a construção da *jus filosofia*.

Para Sócrates, que defendia a teoria do intelectualismo, “conseqüência necessária deste pensamento é o de que aquele que delinqüe o faz porque não sabe, sendo tarefa do direito penal, ensinar-lhe, corrigi-lo, fazendo-o ver a verdade”.<sup>42</sup> Mas para Platão, por mais que tenha dado continuidade aos pensamentos socráticos, sustenta em *As leis* que “a pena deve ser corretiva, mas quando esta não é possível, quando não se consegue que o que não ‘vê’ ‘veja’, então propõe que seja eliminado”.<sup>43</sup>

Após este período, tem início a Idade Média, dez longos séculos, onde se cogitava a existência de um poder acima do Estado – o poder da Igreja<sup>44</sup>. Dos filósofos da Idade Média dar-se-á destaque para Santo Agostinho precursor da ideia de dignidade humana, que reivindicava o respeito para com a pessoa humana ao distinguir a vontade do conhecimento e dotá-la de autonomia.

O renascimento e o iluminismo marcam o encerramento do ciclo da Idade Média caracterizado pelo conformismo, pela submissão e respeito à autoridade; iniciando-se um período onde o espírito crítico é colocado em primeiro plano. Na concepção de Reale:

O Renascimento, que marcou o despertar da cultura para um novo mundo de valores, é dominado pela ideia crítica de redução do conhecimento a seus elementos mais simples. Enquanto na Idade Média existia um sistema ético subordinado a uma ordem transcendente, o homem renascentista procura explicar o mundo humano tão somente segundo exigências humanas. (...) O homem coloca-se no centro do universo e passa a indagar da origem daquilo que o cerca.<sup>45</sup>

Neste tempo, viveu Maquiavel que trouxe à humanidade as indagações sobre o papel

---

<sup>42</sup> Idem. p. 221

<sup>43</sup> Idem . p. 222

<sup>44</sup> JÚNIOR, 2012, p. 108 e 109.

<sup>45</sup> REALE, 2002, p. 644 e 645.



do Estado e seu poder, contidas em suas obras, dentre elas sua obra prima *O Príncipe*. Maquiavel, juntamente com Hobbes e Bodin, constituiu a trindade dos teóricos do absolutismo. Neste sentido também se menciona John Locke e Montesquieu, afirmando que, para não haver abuso de poder, seria preciso que o poder detivesse o poder, e Jean-Jacques Rousseau em sua obra *O Contrato Social*, mostra que o homem, em seu estado de natureza, é bom, mas a sociedade o corrompe<sup>46</sup>, e que o contrato social seria uma ficção, um símbolo, que ajudava a pensar a sociedade.

Confirmando o que já foi exposto, sobre a relevância de se vincular a filosofia ao contexto histórico da época, durante a chamada revolução industrial, que marca a passagem da forma de produção feudal à capitalista (século XVIII), e diante de todos os problemas sociais peculiares ao período, surgiu a afirmativa de que “toda ideologia de justificação da sociedade foi elaborada sobre a ideia do *contrato*: a sociedade obedecia a um contrato. E necessariamente se produz um direito penal ideologicamente fundado no contrato.<sup>47</sup>”

E é dentro deste contexto que deve ser entendida, a tentativa de Hobbes, que concebe o Estado como um produto do medo gerado pelo ‘estado natural’, caracterizado pela ‘guerra de todos contra todos’. Inclusive a ideia do contrato social a que são submetidos os indivíduos que integram a sociedade, será tratada mais à frente neste trabalho quando da análise da teoria do Direito Penal do Inimigo e as concepções *jus filosóficas* que basearam estes pensamentos.

Momento culminante na história do pensamento filosófico será assinalado por Imanuel Kant, que para Zaffaroni e Pirangeli marca a concepção mais clara e direta do conceito de razão e seu entendimento do Direito Penal é exposto da seguinte forma:

Quando Kant faz aplicação desses princípios no direito penal, conclui que a pena não pode ser imoral, ou seja, não pode tomar o homem como um meio, porque, se assim for, mediatiza o apenado. Nem se quer aceita que seja um meio para melhorar o próprio delinqüente. Daí que conceba a pena como um fim em si mesmo, derivado da simples violação do dever jurídico. Qual será pois a medida da pena? Não pode ser outra além do mal imerecido infligido à vítima, isto é, o talião, que Kant entende como a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada. Tal é a teoria absoluta da pena de Kant.<sup>48</sup>

Neste sentido Kant volta à lei do talião, e da mesma forma, entendia a pena Hegel. Feuerbach por sua vez, contemporâneo à Kant, seguiu caminho diverso. O aspecto mais importante da teoria de Feuerbache no sentido da teoria da pena: “a pena é aplicada em razão

---

<sup>46</sup> CRETELLA JÚNIOR, 2012, p. 135 a 138.

<sup>47</sup> Idem, Ibidem, p. 231.

<sup>48</sup> ZAFFARONI, 2011, p. 235.

de um fato consumado e passado, e tem por objeto conter todos os cidadãos para que não cometam delitos, isto é, almeja *coagi-los psicologicamente*".<sup>49</sup>

Entre os séculos XVIII e XIX manifesta-se uma transformação na pena, que passa das corporais às privativas de liberdade e do mero castigo à 'correção'.

Correlacionando estes entendimentos aos grandes acontecimentos históricos que são cruciais para o desenvolvimento da *jus filosofia*, deve-se destacar o autoritarismo facista, que em geral orienta-se pelo pensamento neohegeliano; e o nazista que não se serviu do conceito de Estado de Hegel, mas apelou para algo mais irracional, a raça ariana considerada como raça superior, e neste pensamento a pena não continha conteúdos vindicativos muito menos preventivos, posto ser uma simples segregação.

As reflexões contidas no Direito Penal contemporâneo possuem contribuições de natureza bem mais humanitárias. Para Miguel Reale a História do Direito revelaria uma constante adequação entre a ordem normativa e as múltiplas e cambiantes circunstâncias espaço-temporais, onde ao mesmo tempo busca-se uma dinamicidade do justo e estabilidade reclamada pela segurança.<sup>50</sup>

Após as grandes guerras mundiais nasceu para o mundo o conceito de Direitos Humanos:

Com a criação das Nações Unidas e a adoção dos princípios da Carta da ONU, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outros instrumentos internacionais, finalmente foi abandonada, ao menos teoricamente, a idéia da exclusividade dos direitos humanos. (...) O direito à existência, à vida, à integridade física e moral da pessoa e à não-discriminação, em particular a racial, são normas imperativas da comunidade internacional ou da natureza do *ius cogens*.<sup>51</sup>

Esta noção de Direitos Humanos constitui-se em "evidência da evolução de pensamentos filosóficos e teóricos, que buscaram dar a estes direitos uma formulação precisa e jurídica com relação à qual os Estados poderiam se comprometer".<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> *Idem, Ibidem*, p. 238

<sup>50</sup> REALE, 2002, p. 572.

<sup>51</sup> ETIENNE, 1997.

<sup>52</sup> *Idem, Ibidem*.

## CAPÍTULO II – TEORIAS DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 2.1 – Teoria da Expansão

A realidade da sociedade contemporânea, pós-industrial, está diretamente ligada ao processo de globalização e ao avanço tecnológico e de comunicação que trouxeram transformações claras ao modelo de sociedade antes conhecido. Hoje, mais do que nunca, o crime não tem fronteiras, as modalidades criminosas evoluem com a tecnologia, as informações são fácil e velozmente propagadas e, a sociedade, através dos meios de comunicação, tem a sensação de que o crime ocorre a todo o momento e cada dia mais próximo, de forma que a sensação de insegurança é altíssima.

Diante deste contexto, pode-se afirmar que o medo do crime faz com que a criminalização de condutas potencialmente perigosas seja uma constante; como podemos observar nos crimes ambientais, crimes econômicos, corrupção, terrorismo e criminalidade organizada, esta última, diretamente relacionada ao tráfico de drogas e armas.

Considerando a complexidade deste contexto; e os riscos vivenciados por esta sociedade, Silva Sanchez evidencia o fenômeno jurídico da Expansão do Direito Penal. Aliás, são estes riscos que constituem a força de mobilização política<sup>53</sup> numa tentativa de dar respostas aos anseios da sociedade por mais segurança. Esta mobilização acontece quando o legislador tende a trazer soluções ao problema de criminalidade através da criação de um número excessivo de dispositivos legais criminalizadores, do endurecimento de normas penais, e da flexibilização de garantias constitucionais.

Ainda segundo Sanchez a nossa sociedade pode ser definida como sociedade da insegurança ou sociedade do medo, porém ele explica que “*la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la própria existência objetiva de los mismos*”<sup>54</sup>. Ou seja, o indivíduo sente medo não tanto pela realidade vivenciada por ele, ou os riscos concretos que ele enfrenta em seu dia a dia, mas pela sensação subjetiva de insegurança.

Ademais, importa-se dizer, segundo Cepeda, que o contexto social no qual se

---

<sup>53</sup> BECK, 2002 *apud* WERMUTH, 2011. p. 27.

<sup>54</sup> SANCHEZ, 1999, p. 25-26.

produzem os novos sentimentos de insegurança e conseqüente expansão do Direito Penal está atrelado à aguda desigualdade social existente, que por sua vez relaciona-se com a globalização.

E uma das principais conseqüências desta globalização, apontadas por Cepeda é justamente o surgimento do mundo mercantil e capitalista, onde as pessoas devem pertencer ou não a uma única classe, a classe consumidora. Este sistema capitalista reduz o indivíduo à sua capacidade de consumir, integrando-o ou excluindo-o socialmente. Desta forma, o modelo de controle social que se impõe, é o de exclusão de uma parte da população que não tem nenhuma funcionalidade para o modelo capitalista, e que por isso, constitui uma fonte permanente de riscos<sup>55</sup>.

Esta lógica de pensamento é considerada como uma das causas do surgimento deste fenômeno expansionista, trazendo consigo a desigualdade social que assola a sociedade contemporânea.

Diante desta perspectiva está o Estado, com o seu papel de exercer um determinado controle social para minimizar o sentimento dos riscos. E para tanto o Estado utiliza das políticas criminais, que são entendidas como:

maneiras de raciocinar e estudar o Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social deste ramo do ordenamento.<sup>56</sup>

Desta forma, chega-se à conclusão de que as políticas criminais são aplicadas com o objetivo de satisfazer aos anseios populares. Porém, diante do histórico de aplicação destas políticas, destacam-se as de ‘Lei e Ordem’ e da ‘Tolerância Zero’ que possui a alegoria das ‘janelas quebradas’ (desenvolvidas pelos norte-americanos e posteriormente exportadas), onde os socialmente excluídos, por exigência da sociedade capitalista, são duramente reprimidos pelo Estado, em pequenos atos delituosos como à época, a ‘vadiagem’, o uso de drogas tanto lícitas, como o álcool, como ilícitas, além pequenos furtos, etc. E desta maneira o Estado pretendia combater os pequenos delitos para inibir a prática de delitos mais graves.

Nestas políticas criminais, antes de se buscar a diminuição do índice de criminalidade, o Estado pretende remediar as conseqüências das desigualdades sociais, com o policiamento e

---

<sup>55</sup> CEPEDA, 2007 *apud* WERMUTH, 2011, p. 36-38

<sup>56</sup> NUCCI, 2008, p. 58.

repressão daqueles tidos como excluídos. Tais políticas criminais defendem que:

desordem e crime estão ligados num tipo de desenvolvimento seqüencial, ou seja, os grandes crimes são o último elo de uma cadeia causal cujo germe é a delinqüência dita 'de rua', ocasionadas pelos desordeiros (pichadores, pedintes, prostitutas, responsáveis por pequenos furtos – usuários de entorpecentes – etc.). O combate à criminalidade, destarte, perpassa pela eliminação das pequenas infrações cometidas no dia a dia, pois é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios que se faz recuar as grandes patologias criminais.<sup>57</sup>

E agindo desta maneira o Estado se exime de sua real responsabilidade no tocante às causas que levam a tal 'desordem social', que seria a implementação de políticas públicas eficazes para a melhoria do bem estar social, e conseqüente diminuição das desigualdades econômico-sociais.

Ainda sim, outros tantos fatores fazem surgir este fenômeno de expansão do Direito Penal. De acordo com Moraes<sup>58</sup> além da ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que faz acentuar os índices de criminalidade. Destacam-se as deficiências relativas ao sistema penal, onde o Estado se mostra incapaz de fiscalizar e executar com eficiência o sistema penitenciário, o que vem contribuindo para o aumento da reincidência, pois a finalidade ressocializadora da pena não surti o efeito esperado.

Sanchez aponta também como fenômeno que impulsiona a expansão do Direito Penal, o desprestígio de outras instâncias, como o Direito Administrativo, para a solução de conflitos, que poderiam ser a princípio retirados da tutela do Direito Penal, desta forma o Direito Penal é utilizado como instrumento que tipifica condutas danosas que não necessariamente precisariam estar inseridas na esfera penal; isso banaliza o crime, e traz conseqüente descrédito, pois o sistema penal não consegue absorver o controle de tantas condutas criminalizadas.

Este considerável aumento do descrédito da população nas instituições Estatais, conseqüentemente vem fomentando a criação de 'Estados paralelos', à margem da ordem jurídica posta, e aumentando e fortalecendo organizações criminosas, sendo a macrocriminalidade outro fator impulsionador do fenômeno de expansão do Direito Penal.

Observada esta realidade complexa da sociedade contemporânea, se deve apontar ainda como fator crucial deste processo de expansão, a influência cada vez maior dos meios de comunicação nos processos de formação da opinião pública, e na propagação da violência

---

<sup>57</sup> WACQUANT, 2001, *apud* WERMUTH, 2011, p. 39.

<sup>58</sup> MORAES, 2006, p. 27

e da conseqüente sensação de insegurança. O objetivo da mídia é pelo sensacional, criando espetáculos de violência, e aquilo que pode ou não pode ser divulgado, é definido pelos índices de audiência.

E com relação a este poder da mídia com o condão de influenciar esse processo de expansão do Direito Penal, leciona Zaffaroni:

Desencadeiam-se, assim, campanhas midiáticas de ‘lei e ordem’ que utilizam de fatores como a invenção da realidade – por meio de estatísticas falaciosas e do aumento do tempo do espaço publicitário dedicados aos fatos relacionados ao crime – a criação de profecias que se autorrealizam – por meio de slogans como ‘a impunidade é a regra’, ‘os presos entram por uma porta e saem por outra’ – e a produção de indignação moral para reforçar os argumentos em prol da necessidade de cada vez mais segurança.<sup>59</sup>

E a utilização mercadológica do medo da criminalidade e a conseqüente busca, por meio do recrudescimento punitivo, da ‘solução’ para o problema, transformam os meios de comunicação de massa em agências que, na sociedade contemporânea, representam uma espécie de ‘privatização parcial do poder punitivo’ responsáveis, não raro, por julgamentos que só serão posteriormente ratificados pelo Judiciário<sup>60</sup>. Como se observa em casos de grande repercussão midiática, como foi no caso do ‘goleiro Bruno’ ou do ‘casal Nardoni’.

Expostos todos estes elementos capazes de impulsionar o surgimento do fenômeno de expansão de Direito Penal, analisar-se-ão as principais características desta realidade expansionista, quais sejam: a flexibilização de garantias constitucionais, penais e processuais penais; a consagração de novos bens jurídicos tutelados, os bens jurídicos coletivos; a excessiva criação de tipos penais em branco; a antecipação da punibilidade e a crescente utilização de delitos de perigo abstrato; a ampliação do uso de tipos omissivos e de tipos culposos e atos preparatórios; a aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, etc.

Sanchez constata que este processo de expansão pode ser considerado como conseqüência de políticas criminais, aplicada nos últimos anos, e que efetivamente pode ser considerada atualmente como o fenômeno que mais tem se destacado na evolução das legislações penais do mundo ocidental, com o surgimento de múltiplas figuras, e inclusive, até mesmo, com o surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhados de reformas de tipos penais já existentes.

Ademais, constata-se uma atividade legislativa desenvolvida em matéria penal ao

---

<sup>59</sup> ZAFFARONI, 2001 *apud* WERMUTH, 2011, p. 48

<sup>60</sup> BATISTA, 2009, *apud* WERMUTH, 2011, p. 52.

longo das duas últimas décadas num conjunto de tipos penais que estabelecem sanções desproporcionalmente altas. Por fim, Jakobs e Meliá, afirmam que esta evolução político-criminal pode se resumir em dois fenômenos, quais sejam, o chamado Direito Penal Simbólico e o que se pode denominar ‘ressugir do positivismo’<sup>61</sup>.

Através deste fenômeno de expansão, para Sanchez, surgem as velocidades do Direito Penal, que são em sintética conceituação, graus ou intensidades de aplicação do Direito Penal que levam em consideração além do nível de mitigação das garantias, as espécies de penas aplicadas; ponto de extremo relevo e que por isso será analisado em tópico próprio, mais adiante.

## **2.2 - Sociedade do medo**

O medo da criminalidade, em que pese à distância que medeia entre a percepção subjetiva dos riscos e sua existência objetiva, pode ter, de acordo com Navarro, conseqüências sociais inclusive mais graves que as decorrentes da própria delinqüência. Ainda segundo Navarro, em nível individual, promove alterações de conduta destinadas a evitar a vitimização, o que afeta o estilo e a qualidade de vida dos cidadãos.

A realidade vivenciada atualmente é a de que ‘cidadãos de bem’ constroem verdadeiras prisões em suas residências e não se permitem viver tranquilamente, sem que a todo o momento se preocupe com os crimes que ocorreram em seu país, sua cidade ou em seu bairro. A preocupação do cidadão honesto é que aquele fato divulgado pela mídia aconteça um dia com ele, e por conta disso ele busca se armar de todo tipo de aparato de segurança.

São grades nas janelas, sensores de presença, alarme nas casas, nos veículos, seguros altíssimos contra furtos e roubos, privação de expor ou transitar com objetos de valor, atenção neurótica antes de entrar na garagem, com seu carro, observando criteriosamente se não existem suspeitos ao redor e antes de sair do banco com seu digno salário, observando se existe alguém o monitorando ao caminhar nas ruas, privando crianças e adolescentes de ficar na rua de casa com seus amigos, por medo de envolverem-se com as drogas, dentre outros exemplos.

---

<sup>61</sup> JAKOBS, 2007, p. 55 – 57.

Tratam-se de medidas de auto proteção aconselhadas até mesmo pelos órgãos de segurança, para que o cidadão não ‘facilite’ a concretização da intenção delitiva do infrator. Dentre outros tantos comportamentos do cidadão em geral, que busca desta forma evitar ser mais um alvo de pretensos criminosos. Este é um discurso corriqueiro da mídia, e até mesmo dos órgãos de prevenção do Estado, aconselhando ao cidadão que ele deve ficar atento.

É por estas circunstâncias que Silva Sanchez refere que nossa sociedade pode ser definida como ‘a sociedade da insegurança’ ou ‘sociedade do medo’<sup>62</sup>. O medo vivenciado pela sociedade pode ser exemplificado quando "O cidadão anônimo diz: estão nos matando, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo"<sup>63</sup>.

Neste sentido, numa sociedade onde a incerteza prevalece, o medo é presença constante, a população passa a cobrar atuação efetiva do Estado. Afinal, de acordo com a Carta Magna<sup>64</sup>, “a segurança pública é dever do Estado”, mesmo que responsabilidade de todos. O cidadão tenta se prevenir, mas ele quer uma garantia do Estado, ele espera que o Estado zele por sua segurança, pois não é este o seu dever? Mesmo com a questão suscitada por Sanchez, Cepeda, Navarro e tantos outros doutrinadores, os membros da sociedade realmente sentem medo (advindos de insegurança subjetiva ou objetiva), e esperam do Estado intervenções eficientes. O Estado não seria negligente se não buscar alternativas para estes problemas?

Contudo, o Estado, numa tentativa fraca e tímida de resolver os anseios sociais, pra não dizer mal-sucedida ou ineficiente, faz com que estas aspirações da sociedade se transformem em novas leis penais, numa atuação irrazoável e desmedida, onde a extrema ratio se transforma em prima ratio, ou seja, onde tudo se resolve através de criminalizações.

### 2.3 – Punição X Direito Penal Simbólico

Esta alternativa punitivista deságua no denominado Direito Penal Simbólico. Este é o dilema que vive, por exemplo, a sociedade brasileira: iludida pelo Poder Político, que em vez de implementar políticas públicas de caráter preventivo-penal efetivo, reeducando o

---

<sup>62</sup> SANCHEZ, 1999, P. 25.

<sup>63</sup> SANCHEZ, 2002 *apud* MACHADO, 2009.

<sup>64</sup> Constituição da República de 88.



delinquente, aumenta a carga simbólica do Direito Penal e gera expectativas que fatalmente serão convertidas em frustrações, até que outro projeto de lei seja encaminhado ao Congresso Nacional.

Segundo Moraes, são marcas dos novos paradigmas da sociedade atual:

a utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes à curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, fazendo surgir o Direito Penal Simbólico, criando uma colcha de retalhos legislativa e despropositada.<sup>65</sup>

Também neste sentido denuncia Zaffaroni, que “os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade – deixam de buscar o melhor para preocupar-se apenas com o que pode ser transmitido de melhor e aumentar sua clientela eleitoral<sup>66</sup>.”

Neste raciocínio, se a busca por votos eleitorais objetiva alcançar resultados em curto prazo; se a sociedade está ansiosa por mais segurança, influenciada pela mídia capitalista, e acredita que estará mais segura se retirar do convívio social o infrator da lei; e por sua vez, se a idéia é que, o crime está cada dia mais presente no cotidiano do cidadão, e que a insegurança e o medo são partes inerentes à sociedade contemporânea, e ainda se as normas penais ora vigentes, não estão alcançando sua finalidade, tanto de proteção de bens jurídicos essenciais, quanto de prevenção criminal (exercida por meio da intimidação coletiva). Desta forma a opinião e a vontade popular não conseguiriam chegar à outra conclusão, senão que ao crime, ora normatizado, seja destinada uma aplicação penal mais severa.

Este pensamento, de que o endurecimento das leis penais, resolveria o problema iminente de criminalidade, leva o legislador, com o intuito de dar uma resposta rápida à sociedade, a criar um amontoado de leis penais que não possuem o condão de resolver o problema em si, mas de ‘parecer’ perante a sociedade, uma solução viável.

No entendimento crítico de Zaffaroni e Batista,

a legislação penal simbólica seria um caso particular de inadmissibilidade constitucional, uma designação que abrange um conjunto de casos nos quais a criminalização primária constitui mero dispositivo publicitário, que acena com uma solução ilusória (punitiva) para conflitos que sensibilizaram, por efeitos indesejáveis reais ou por inoculação midiática de medo, a população. Rigorosamente sabe-se – e, por vezes, confessa-se – que nestes casos não se obterá através da legislação penal qualquer dos resultados que a mística preventivista oferece, talvez mesmo agravando o problema. Contudo, o emprego do sistema penal agravando o assunto, ou a exacerbação de penas, ou a flexibilização de garantias processuais etc, sempre

---

<sup>65</sup> *Idem, Ibidem*, p. 27.

<sup>66</sup> ZAFFARONI, 2007, p. 77.

preconizadas pela imprensa, tem um efeito tranquilizador sobre as redações – e, logo sobre a opinião pública. A escassa capacidade transformadora do poder punitivo fica ainda mais evidente quando ele é deslocado, ao sabor de campanhas e emoções, para campos mais adequadamente regidos por modelos de solução distintos da rígida e infecunda decisão penal. A legislação simbólica representa apenas um embuste manipulador do eleitorado.<sup>67</sup>

Contudo, a despeito desta interessante questão da existência de um Direito Penal Simbólico, podemos ressaltar a função ético-social do Direito Penal. Conforme os ensinamentos de Capez, a função do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, os denominados bens jurídicos. E diferentemente do que foi exposta anteriormente, essa proteção não é exercida somente pela prevenção geral, mas, sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição, e mais pela convicção de sua necessidade e justiça.

Afirma Fernando Capez, que a visão pretensamente utilitária do direito, rompe os compromissos éticos assumidos com os cidadãos, tornando-os rivais e acarretando, com isso, ao contrário do que possa parecer, ineficácia no combate ao crime. Pois, na medida em que o Estado se torna vagaroso ou omissivo, ou mesmo injusto, dando tratamento díspar a situações assemelhadas, acaba por incutir na consciência coletiva a pouca importância que dedica aos valores éticos e sociais, afetando a crença na justiça penal e propiciando que a sociedade deixe de respeitar tais valores, pois ele próprio se incumbiu de demonstrar sua pouca ou nenhuma vontade no acatamento a tais deveres, através de sua morosidade, ineficiência e omissão. E conclui:

Nesse instante, de pouco adianta o recrudescimento e a draconização de leis penais, porque o indivíduo tenderá sempre ao descumprimento, adotando postura individualista e canalizando sua força intelectual para subtrair-se aos mecanismos de coerção. O que era um dever ético absoluto passa a ser relativo em cada caso concreto, de onde se conclui que uma administração da justiça penal insegura em si mesma torna vacilante a vigência dos deveres sociais elementares, sacudindo todo o mundo do valor ético.<sup>68</sup>

Destes ensinamentos pode-se chegar à conclusão de que, de nada adianta o asseveramento das sanções penais impostas, se em primeira análise, estas normas não condizem com a real necessidade de proteção jurídica destes bens, e em segundo momento, se o Estado, detentor do direito de punir, não atua com eficiência, tanto por sua morosidade, ou

---

<sup>67</sup> ZAFFARONI, 2010, p. 221-222.

<sup>68</sup> CAPEZ, 2011, p. 19-21

pela deficiência do seu sistema de execução penal, que não atinge a finalidade que foi proposta, qual seja a ressocialização.

Neste diapasão, sustenta Nucci que a pena de prisão no Brasil, em muitos casos chega a ser desumana, constatando a ineficiência do sistema de execução penal no Brasil, não por falta de leis exemplares, até mesmo referências a nível mundial, como a Lei nº 7.210/84, a Lei de Execuções Penais, mas por incompetência do Poder Executivo em administrar tais instituições carcerárias:

É de conhecimento público e notório que vários presídios apresentam celas imundas e superlotadas, sem qualquer salubridade. Nesses locais, em completo desacordo ao estipulado em lei, inúmeros sentenciados contraem enfermidades graves, além de sofrerem violência de toda ordem. Parte considerável dos estabelecimentos penais não oferece, como também determina a lei, a oportunidade de trabalho e estudos aos presos, deixando-os entregues à ociosidade, o que lhes permite dedicar-se às organizações criminosas. (...) Parece-nos que a questão autenticamente relevante não é a alegada falência da pena de prisão, como muitos apregoam, em tese, mas, sim, a derrocada da administração penitenciária, conduzida pelo Poder Executivo, que não cumpri a lei penal, nem a lei de execução penal. Não se pode argumentar a falência de algo que nem mesmo foi implementado.<sup>69</sup>

Depreende-se desta sábia reflexão sobre o sistema carcerário no Brasil, e sua precária condição, que é absolutamente contestável este fenômeno legislativo que conduz ao Direito Penal Simbólico, se ainda considerando se tratar de uma artimanha política a fim de angariar votos; revela-se incabível que, diante de diversos dispositivos legais em vigor, mesmo providos de notória excelência, o Poder Público é ineficiente. Sucumbe de finalidade o endurecimento das leis, se a solução, ao que parece mais viável, seria o fiel cumprimento das normas já existentes.

#### **2.4 - Garantismo Penal e proibição do retrocesso**

Diante dos questionamentos existentes sobre a finalidade da ciência penal, a função da pena e sua instrumentalização através de políticas públicas que objetivam controlar os índices criminais, ou simplesmente dar uma resposta que satisfaça aos anseios sociais; perduram por décadas as discussões doutrinárias entre os minimalistas e os maximalistas penais. Como

---

<sup>69</sup> NUCCI, 2013, p. 90.

idéia conciliadora surge o *Garantismo Penal*, cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e Razão* de Ferrajoli.

A tensão entre o Direito Penal mínimo, de *ultima ratio*, e o Direito Penal máximo, de *prima ratio*, coloca-se como um dos iniciais conflitos a serem solucionados através do paradigma garantista do sistema penal.

Em síntese o garantismo sustenta que a única função capaz de legitimar a intervenção penal é exclusivamente a prevenção geral negativa, não apenas com o intuito de prevenir futuros delitos, mas de prevenir, ou tutelar, direitos ou bens individuais diante de possíveis agressões advindas principalmente do poder estatal.

Este pensamento teórico tem como objetivo a proteção de direitos fundamentais, especificamente os direitos humanos de primeira geração, que se encontram elencados na Constituição da República e estão ligados ao valor de liberdade, tais como direitos civis e políticos. Tais direitos possuem caráter negativo ou limitador, pois diretamente, exigem uma abstração do Estado, a fim de assegurar uma esfera de autonomia individual face ao poder conferido ao próprio Estado.

A partir do entendimento de Prado acerca do *garantismo*, ressaltam-se três acepções, conexas entre si, pois se trata de um modelo normativo de direito, segundo o qual será ‘garantista’ o sistema jurídico compatível com as exigências do Estado de Direito; como uma teoria jurídica crítica (oposição ao positivismo dogmático), que propõe a distinção da normatividade e da realidade, ou seja, entre *dever ser e ser* no Direito; e, como filosofia política, preconizando a justificação externa do Direito e do Estado no reconhecimento e proteção dos direitos que constituem sua finalidade.<sup>70</sup>

Diante dessas três acepções, compreende-se a teoria *garantista*, no campo penal, como uma possível resposta à chamada crise de legalidade, onde um Estado de Direito deve caracterizar-se pelo poder mínimo, com a prevalência da liberdade e restrição da função punitiva do Estado. Portanto, verifica-se a total oposição do garantismo com o punitivismo e o Direito Penal simbólico.

Neste entendimento e realizando uma digressão pelas discussões doutrinárias, minimalista e maximalistas, já mencionadas neste trabalho, chega-se ao seguinte raciocínio: os minimalistas e os abolicionistas, extremamente questionadores das funções das penas e das instituições, entendem por falido o sistema penal. Já a teoria do Direito Penal máximo está diretamente ligada ao funcionalismo sistêmico radical proposto por Gunther Jakobs e a

---

<sup>70</sup> PRADO, 2010, p. 114.

conseqüente formulação doutrinária do Direito Penal do Inimigo.

Neste passo, considerando o Direito Penal do Inimigo, como um Direito de Emergência, pode-se chegar à conclusão que o modelo *garantista* se opõe de forma contundente ao denominado Direito Penal do Inimigo, pois este direito emergencial, segundo Prado, “altera a fonte de legitimação do Direito e do Processo Penal, que constituirá de salvaguarda do próprio Estado, em detrimento se preciso de direitos e garantias individuais, como é o caso do terrorismo político e algumas formas de criminalidade organizada”.<sup>71</sup>

E a respeito do funcionalismo sistêmico (moderado – Roxin, ou radical – Jakobs), de extrema importância neste estudo, sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de reafirmar a vigência da norma. Posição totalmente oposta à teoria *garantista*, que propõe reflexões críticas à vigência ou existência de normas, entre o ser e dever ser, normatividade e realidade. Todavia, para a perspectiva sistêmica, a reação punitiva (a pena) tem como função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma (seu descumprimento) produz para a estabilidade do sistema e para a integração social.

E sob essa mesma ótica, encontra-se a teoria da prevenção geral positiva de Wenzel, sobre a qual discorre Greco: “a chamada prevenção geral positiva (...) busca fortalecer seu sentimento de confiança no ordenamento jurídico e seu respeito pelos bens jurídicos fundamentais para o convívio da sociedade”.<sup>72</sup> Desta forma, “a proposta funcionalista sistêmica inverte a ordem lógica, conceituando o delito e suas categorias a partir dos fins da pena, com a função preventiva geral positiva, ou seja, a pena deve ser definida positivamente: é uma mostra da vigência da norma à custa do responsável”.<sup>73</sup>

Expostas tais premissas doutrinárias a respeito das divergências entre o garantismo e o funcionalismo sistêmico radical, sustentados respectivamente por Ferrajoli e Jakobs. E considerando Ferrajoli, ainda que conciliador, um defensor do Direito Penal mínimo, e Jakobs, ainda que extremamente fiel ao Direito, um defensor de direitos penais de emergência. Corroboramos com a sustentação de Sanchez de que é necessária uma progressão doutrinária e uma aplicação à realidade jurídica numa tentativa de equilibrar tais posições; devendo ao mesmo tempo em que, se pretende buscar soluções para os problemas criminais enfrentados pela sociedade contemporânea, zelar pela proteção do cidadão face ao poder estatal, sem que para isso precisemos retroceder aos modelos de sistemas penais, fundados em

---

<sup>71</sup> *Idem, Ibidem*, p. 116.

<sup>72</sup> GRECO, 2011. p. 13

<sup>73</sup> JAKOBS, *apud* PRADO, 2010, p. 111.

concepções hegelianas, neokantianas e neopositivistas sociológicas<sup>74</sup>, fundamentos *jus filosóficos* das concepções doutrinárias de Jakobs.

Nesse diapasão, é essencial a preservação dos direitos já conquistados, principalmente os direitos fundamentais positivados pela Proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em Assembleia Geral da ONU em 1948 e pela Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. A afirmação e garantias de direitos fundamentais são posicionamentos que legitimam a consolidação de um Estado de Direito.

Desta forma, quando o constituinte originário estabeleceu na Carta Magna tais direitos como fundamentais, deve ser entendida como imposição para que o Estado proceda de forma que esses direitos sejam efetivos; devendo o legislador infraconstitucional promulgar leis que assegurem a concretização dos direitos fundamentais, e obedeça aos limites impostos, sendo vedada e intolerável a restrição ou supressão arbitrária ou desproporcional desses direitos<sup>75</sup>. Prevalece, então, à proibição do retrocesso social, ligado aos princípios de segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, estando expresso na Constituição por meio de institutos, tais como os definidos no artigo 5º, inciso XXXVI, *in verbis*:

Art. 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:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada<sup>76</sup>

Diante do exposto, Garcia entende que “o princípio da vedação de retrocesso constitui-se em proteção do núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas, vedando quaisquer medidas tendentes a anular, revogar ou aniquilar esse núcleo essencial, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios”.<sup>77</sup>

Ainda segundo Garcia, a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso se aplica inclusive em relação *aos direitos de liberdade*, no sentido de que não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. Esse princípio foi expressamente acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Pacto de

---

<sup>74</sup> *Idem*, p. 111

<sup>75</sup> CARVALHO, 2013.

<sup>76</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>77</sup> GARCIA, 2010.

São José da Costa Rica, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

Pretende-se, portanto, evitar que o legislador venha a negar a essência da norma constitucional que buscou tutelar um direito, sob pena de inconstitucionalidade, se firmada tal violação. E neste sentido, as alterações legislativas voltadas ao recrudescimento de normas penais, através de restrições de direitos fundamentais devem ser consideradas inconstitucionais.

## **2.5 – Velocidades do Direito Penal**

As velocidades do Direito Penal, mencionadas neste trabalho durante a abordagem do fenômeno da expansão, surgem exatamente da constatação deste movimento expansionista, pois são espécies ou maneiras de aplicação da ciência penal, que em primeiro nível de aplicação ou primeira velocidade, desenvolve-se a partir das idéias clássicas, com a aplicação de penas privativas de liberdade juntamente com a garantia irrestrita de todos os direitos fundamentais; já em segundo momento, de acordo com a propagação expansionista, contata-se a alternância da pena de prisão para as privativas de liberdade cumulada com a flexibilização proporcional das garantias, antes plenamente asseguradas.

E o fenômeno expansionista, não cessa por aí, pois Silva Sanchez identificou no Direito Penal do Inimigo, uma espécie de terceira velocidade de aplicação do Direito Penal, onde existe a fusão das duas primeiras etapas, ou seja, a aplicação de penas privativas de liberdade com a constante flexibilização de garantias fundamentais, o que pode ser considerado como a união do que se percebe de mais rigoroso em cada uma das velocidades.

Neste entendimento, parafraseando Sanchez, expõe Jakobs e Meliá:

no momento atual estão se diferenciando duas ‘velocidades’ no marco do ordenamento jurídico penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade e, no qual, segundo Silva Sanchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direito – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo – caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras ‘clássicos’ a menor gravidade das sanções. Independentemente de qual proposta possa parecer acertada ou não- uma questão que excede destas breves considerações -, a imagem das ‘duas velocidades induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sanchez – no Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade, no qual coexistiriam a imposição

de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a ‘flexibilização’ dos princípios políticos criminais e as regras de imputação.<sup>78</sup>

Moraes aduz que esta “constatação de Sanchez, ainda que possa pecar por generalizações ou pela imposição de rótulos a sistemas não exatamente similares, apresenta de imediato, uma vantagem relevante: enxergar que uma segunda velocidade de Direito Penal ou, mais precisamente, um modelo pautado pela flexibilização de garantias penais e processuais (ainda que com a cominação de penas alternativas as de prisão), tenha se infiltrado e, possivelmente contaminado o modelo clássico, sem que houvesse qualquer questionamento a cerca de sua legitimidade. Sendo que tal constatação remete à seguinte questão: a aceitação da flexibilização de garantias penais e processuais, ainda que sem a imposição de pena privativa de liberdade, não teria aberto as portas à legitimação de um Direito Penal de emergência?”<sup>79</sup>

De sorte, tal posicionamento levanta questão polêmica, porém não é possível concordar, pois mesmo que se tenha permitido mitigar alguns aspectos *garantistas*, como o devido processo legal e o contraditório e ampla defesa, em modelos de segunda velocidade, tal permissão não se acumula com a aplicação de penas privativas de liberdade, e sim, com a aplicação de penas alternativas, como a restritiva de direitos, muito menos danosa ao indivíduo, e por isso são toleradas.

Estas duas modalidades de Direito (de primeira e segunda velocidade) são necessárias à realidade da sociedade contemporânea, de forma que não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo – o de segunda velocidade – de menor intensidade garantística, centro do Direito Penal, sempre e quando as sanções previstas não fossem de prisão, desta forma a admissibilidade da flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, não significaria ataque ao Estado Democrático de Direito<sup>80</sup>.

Uma referência de modelo de segunda velocidade em nosso ordenamento jurídico seria, portanto, a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Esta tendência de modelo de segunda velocidade, segundo Damásio de Jesus, é um direito moderno, que pretende atender às aspirações da complexa sociedade contemporânea, que busca soluções rápidas à igual dinamicidade de acontecimentos delitivos, por isso justifica-se

---

<sup>78</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2005, p.68.

<sup>79</sup> MORAES, 2006, p.201.

<sup>80</sup> BINATO JÚNIOR, 2009, p. 141-143.



a vocação intervencionista baseada nas penas pecuniárias e privativas de direitos, como um eventual Direito Penal de reparação.<sup>81</sup>

Ainda, confirmando o efeito expansionista nestas legislações, além da aplicação da Lei 9.099/95, também se destacam as infrações penais definidas pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) e as infrações definidas na Lei Ambiental (Lei n. 9.605/98). Tal confirmação se deve, pois, está claro o surgimento de novas tendências delituosas através do avanço tecnológico e da modernização da vida em sociedade.

Ainda segundo Moraes a transação penal, de tradição anglo-saxônica e norte-americana, incorporou-se à legislação brasileira e foi amplamente festejada por boa parte do mundo acadêmico<sup>82</sup>. Neste sentido Gomes e Cervine tratam do assunto:

Faz-se necessário que se adote o sistema 'consensual', permitindo a transação penal (nos termos do art. 98, I, da Constituição Federal), que deve ser celebrada dentro de um procedimento sumaríssimo e oral. Nas infrações menores (constitucionalmente denominadas de 'menor potencial ofensivo'), o fundamental não é a aplicação de uma pena de prisão que nunca é executada, mas a conciliação (transação), que permite a aplicação de penas alternativas exequíveis e socialmente muito mais úteis. (...) Julgando rápida e informalmente a enorme massa de litígios menores, sobrar tempo para que toda estrutura da Justiça possa cuidar com mais atenção, da criminalidade grave (violenta), graúda (crimes econômicos que provocam grave repercussão social) e da organizada.<sup>83</sup>

Desta feita, pode-se concluir corroborando com o entendimento de Sanchez, que uma expansão até a segunda velocidade do Direito Penal é admissível, e por que não, bem vinda nas atuais conjunturas. Pode-se dizer que é razoável.

Entretanto, seria irrazoável uma expansão de terceira velocidade, gerada pela 'sociedade dos riscos' ou 'do medo', quando na ânsia por soluções dos problemas graves de criminalidade surge um alarmismo e uma tendência ao 'redrudescimento' legislativo, sem respeito aos direitos fundamentais (garantias penais e processuais penais) e ainda com a aplicação de forma mais severa das sanções; se destacando neste sentido o Direito Penal do Inimigo.

## 2.6 – Direito Penal do Inimigo

---

<sup>81</sup> *Idem, Ibidem*, p. 01-02

<sup>82</sup> MORAES, 2006, p.201

<sup>83</sup> GOMES, CERVINE, 2000 *apud* MORAES, p. 31-32.

Feitas estas considerações, pode-se iniciar a análise do ponto nuclear deste trabalho, qual seja: o ‘Direito Penal do Inimigo’.

Como já mencionado – o Direito Penal do Inimigo – é uma espécie de terceira velocidade do Direito Penal, conforme revela a teoria expansionista de Silva Sanchez. Evidenciada pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo é caracterizado por três elementos, senão vejamos:

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.<sup>84</sup>

Essa terminologia foi apresentada por Jakobs, em meados da década de 80, de acordo com Prado:

para designar um conceito doutrinário e um postulado político-criminal compatíveis com determinados dispositivos de Direito Penal e Processual Penal, que, por suas características, estruturam um particular *corpus legal* punitivo aparentemente alheio aos princípios, garantias e fins do Direito Penal liberal.<sup>85</sup>

E antes de ressaltar cada uma de suas características, é extremamente importante o aprofundamento dos fundamentos filosóficos desta teoria e do funcionalismo sistêmico radical de Jakobs.

Quanto às bases de sustentação filosófica do Direito Penal do Inimigo, estão marcadas pela idéia de inserção do indivíduo em um ‘contrato social’ a que são partes a sociedade e o Estado. E por meio deste ‘contrato’ o cidadão permite que o poder estatal estabeleça limites a seus direitos, e também lhe atribua deveres, com a condição do Estado ser responsável pela realização de ações para o bem coletivo. Quanto a sustentação do Direito Penal do Inimigo, Gomes sintetiza:

o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo deve morrer como tal (Rosseau); quem abandona o contrato do cidadão perde todos os direitos (Fichte); em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes);

<sup>84</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2005, p.67.

<sup>85</sup> PRADO, 2010, p. 116.

quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o 'estado comunitário-legal' deve ser tratado como inimigo (Kant).<sup>86</sup>

Diante desta análise pode-se dizer que a fundamentação filosófica desta teoria retorna há séculos atrás, onde surge o entendimento de que o indivíduo está submetido a um 'contrato social', e o inimigo seria aquele que rompe com este contrato, não de maneira incidental, mas de forma permanente, cognitiva e comportamental. Este indivíduo na visão de Jakobs deve ter tratamento diferente dos demais cidadãos, pois ele não deve nem mesmo ser considerado cidadão, com seus direitos e deveres inerentes, uma vez que o próprio indivíduo-inimigo da sociedade se negou a aceitar esta condição. Estamos aí, frente aos pensamentos medievais hobbesianos e kantianos, e desta forma, o questionamento é válido, quanto à prudência da adoção deste método com bases filosóficas já há tempos, superadas.

Ademais, o Direito Penal do Inimigo está situado dentro da teoria funcionalista, pós-finalista. A teoria funcionalista veio dar uma nova roupagem ao que se entende ou se busca entender do Direito Penal, pois na teoria pré-existente, a finalista, buscava-se compreender o que seria o Direito Penal. Já na teoria funcionalista a nova questão é: 'para que serve o Direito Penal?', qual a sua função?

Diante desta nova premissa, o funcionalismo é dividido em três importantes correntes: o funcionalismo moderado de Claus Roxin, que entende que a função do Direito Penal é tutelar os bens jurídicos mais importantes; o funcionalismo reducionista de Zaffaroni, que vê a função do Direito Penal como reguladora do poder estatal, e enfim o funcionalismo radical de Jakobs, que enxerga que o Direito Penal tem a função de garantir a vigência da própria norma.

Há que se considerar inclusive, que o funcionalismo tratado aqui, é um *funcionalismo sistêmico*, ou seja, caracterizado pela teoria dos sistemas sociais (teoria sociológico-sistêmica) do sociólogo alemão Niklas Luhmann. E como premissa maior, tem a noção de autorreferência, autopoiesis e circularidade, características dos sistemas sociais. Onde a autopoiesis se revela como um mecanismo de autorreprodução de um sistema, mediante a qual o sistema cria sua própria estrutura e os elementos que a compõem. No entendimento de Luhmann, o Direito é um subsistema social autopoietico de comunicação, normativamente fechado. O Direito como regulador social, delimita o âmbito das expectativas normativas de conduta. Este é o primeiro alicerce metodológico da teoria funcionalista sistêmica radical

---

<sup>86</sup>

GOMES, 2005.

desenvolvida por Gunther Jakobs para o Direito Penal<sup>87</sup>.

A tese defendida por Jakobs entende que a função principal do Direito Penal, seria a tutela da própria norma, e somente de forma indireta visaria proteger os bens jurídicos mais importantes. Pois de acordo com esta teoria, quando a norma é desrespeitada o sistema jurídico corre risco de perecer, e somente mediante uma sanção eficiente com caráter mais de coação que retributivo ou ressocializador, esta norma permaneceria protegida e conseqüentemente todo o ‘sistema penal’. Por esta lógica, se esta norma que foi protegida através da sanção, visa resguardar um bem jurídico importante e sua vigência permanece intacta, logo indiretamente, tal bem jurídico também estaria protegido. Jakobs expõe tal pensamento da seguinte forma:

A pena é coação (...). A coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato como um ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo, significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.<sup>88</sup>

Dentre as principais características do Direito Penal do Inimigo está a diferenciação proposta por Jakobs entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Esta lógica de pensamento na verdade se constitui de dois ‘tipos ideais’ que dificilmente se apresentarão na realidade de modo puro. Ou seja, no Direito Penal do Cidadão podem ser encontrados dispositivos próprios do Direito Penal do Inimigo, já neste, em algum momento o não-cidadão terá assegurado direitos inerentes aos cidadãos, pois ainda lhe restarão alguns direitos e garantias no processo penal. A este respeito também leciona Luiz Flávio Gomes:

O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à *guerra*. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que, apesar do delito que tenha cometido, se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.<sup>89</sup>

No Direito Penal do Cidadão são definidos e sancionados delitos cometidos acidentalmente por cidadãos, pessoas que normalmente se submetem às normas impostas, mas que somente de maneira incidental manifestaram abusos de conduta nas relações sociais. De

---

<sup>87</sup> PRADO, 2010, p. 110.

<sup>88</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2005, p. 22.

<sup>89</sup> GOMES, 2005.

certo, estes indivíduos não necessariamente representariam um perigo à sociedade, tanto cognitivamente quanto em seu comportamento, tais cidadãos oferecem certa segurança. O que cometeram não passou de um deslize reparável. Desta forma, tais indivíduos seriam tratados como cidadãos e seriam chamados a restaurar o equilíbrio da vigência normativa, por meio de sua submissão à sanção penal. Neste sentido o Direito Penal do Cidadão busca manter a vigência da norma, já o Direito Penal do Inimigo visa prioritariamente combater perigos personificados em determinados tipos de delinqüentes.

Destarte, considera-se Direito Penal destinado ao Inimigo aquele que possui o objetivo de *combater* determinada forma de delinqüência, daqueles considerados como fonte de perigo e que por isso são parcialmente despersonalizados de Direitos. Para prosseguirmos com as considerações de como seriam tratados tais indivíduos, primeiro é preciso identificar quem seria este ‘Inimigo’. Portanto segue definição do próprio Jakobs:

O indivíduo que não apenas de maneira incidental em seu comportamento, ou em sua ocupação profissional, ou principalmente por meio de sua vinculação a uma organização – criminosa, vale dizer, em qualquer caso, de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva em seu comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.<sup>90</sup>

Desta forma, quem por ‘princípio’ se conduz de modo desviado, e não garante o mínimo de segurança cognitiva em seu comportamento, não deve ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo, na visão de Jakobs.

Prado disserta sobre o inimigo, considerando-o como:

indivíduos que não são mais que entes perigosos a serem privados de direitos e garantias individuais próprios dos cidadãos. O inimigo é aquele cujas atitudes revelam um distanciamento em relação às regras de Direito, o que não se dá acidentalmente, mas de forma duradoura; comportamento pessoal, profissão e vida econômica; nada é concretizável no âmbito de relações sociais legitimadas pelo Direito; ao contrário, desenvolve-se à margem deste último e da própria sociedade. É dizer: são indivíduos que ‘não prestam a garantia cognitiva mínima que é necessária para o tratamento como pessoa.’<sup>91</sup>

Estas reflexões sobre o inimigo tomou grande proporção e, tornou-se extremamente clara, após os atentados terroristas em 11 de setembro de 2001, em Nova York, em Madri em 11 de março de 2004, e no dia 07 de julho de 2005 em Londres. Exemplo claro de inimigo

---

<sup>90</sup> JAKOBS, 2003 *apud* MORAES, 2006, p. 167.

<sup>91</sup> PRADO, 2010. p. 118.

é encontrado na figura do terrorista, e desta forma, há algum tempo o terrorista vem sendo combatido por diversos Estados.

Na concepção de Jakobs, o terrorista seria a figura perfeita do Inimigo, porém também seriam assim considerados: os traficantes de drogas, armas, pessoas; integrantes de organizações criminosas, estupradores e homicidas contumazes, criminosos políticos e econômicos, e àquele que o Estado assim o considerar. Sobretudo, esta definição é bastante subjetiva, e por demais, perigosa; pois a sociedade-Estado a cada contemporaneidade identificaria um ‘inimigo’. A história já nos revela casos infelizes desta busca pelo o ‘inimigo’, tais como: todo aquele que não fosse da raça ariana na Alemanha (negros, judeus, etc), os comunistas, também durante a segunda guerra mundial, e atualmente, entende-se que o inimigo de alguns Estados europeus seria inclusive o imigrante clandestino<sup>92</sup>.

Este indivíduo considerado como ‘inimigo’ teria tratamento diferenciado nas normas penais, pois seria perigoso para a própria sociedade não tratá-lo com mais rigor. Ele é potencialmente perigoso, ou seja, o que ele fez importa, mas o que ele possa ainda fazer de danoso à sociedade é o que interessa; a expectativa de dano futuro possui mais relevância até, que o que ocorreu de fato. Não é, portanto, retrospectivo, e sim prospectivo. O indivíduo não é punido diante de sua culpabilidade, conforme versa a teoria tripartite do crime, que considera a culpabilidade elemento do crime, ou seja, sem a qual o crime não ocorreria. Senão o indivíduo é considerado consoante sua periculosidade. Extremamente prevencionista, esta teoria sustenta a submissão de indivíduos imputáveis, potencialmente perigos, a medidas de segurança.

Exatamente isso, em nosso ordenamento jurídico medidas de segurança são aplicadas a inimputáveis e a pena é destinada aos imputáveis, mas na teoria do Direito Penal do Inimigo, nos casos em que um indivíduo se mostra como um *ente perigoso* lhe será aplicada medida de segurança.

Para ilustrar melhor tal situação, imagina-se um indivíduo reincidente na prática de crimes contra o patrimônio, especialmente furtos, a pena para o crime de furto é de 1 a 4 anos de reclusão, por conta disso, mesmo reincidente, é provável que ele seja posto em liberdade em muito menos que 4 anos, ele é o foco da sensação de insegurança da comunidade, por isso, mesmo que o FATO por ele praticado não seja grave o suficiente para que ele fique recluso por mais tempo, ELE é danoso à sociedade, e por conta disso, a ele deverá ser aplicada uma longa medida de segurança, a fim de neutralizar os riscos que ele representa.

---

<sup>92</sup> SALIM, 2010.

Fica evidente a relação desta teoria com o ‘Direito Penal do Autor’. De acordo com as críticas de Meliá, o que Jakobs denomina de Direito penal do inimigo, nada mais é que um conjunto normativo que remonta uma nova modalidade de *Direito penal de autor*, que pune o sujeito pelo que ele “é” (criminoso habitual, profissional, organizado, que se nega o Direito de modo permanente), cuida-se de um direito que faz oposição ao *Direito penal do fato*, que pune o agente pelo que ele “fez” (não pelo que ele “é”, ou pelo que ele pensa). Desta forma, no Direito Penal do Inimigo “a punibilidade avança para o âmbito interno do agente e da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a atos futuros, perfazendo-se, um direito do autor e não fato<sup>93</sup>.”

Desta maneira é possível ainda, identificar a aplicação contrária ao princípio da materialização do fato, qual seja:

Pelo princípio da materialização do fato (*nullum crimen sine actio*), o Estado só pode incriminar condutas humanas voluntárias, isto é, fatos (e nunca condições internas ou existenciais). Em outras palavras, está consagrado o Direito Penal do Fato, vedando-se o Direito Penal do Autor, consistente na punição do indivíduo baseada em seus pensamentos, desejos ou estilo de vida<sup>94</sup>.

Ademais as tendências do Direito Penal do Inimigo, segundo Prado representam essencialmente uma refutação aos postulados do Direito Penal liberal garantista, próprio do Estado Democrático de Direito, são elas:

a) antecipação da punibilidade com o escopo de combater perigosos, de forma a alcançar momentos anteriores à realização de fatos delituosos, até mesmo meros atos preparatórios, por seu autor integrar a uma organização que atua à margem do Direito; b) notável incremento e desproporcionalidade das penas, mormente porque à punição de atos preparatórios não acompanharia nenhuma redução de pena; c) para Jakobs, é manifestação própria do Direito Penal do Inimigo o fato de diversas leis serem denominadas leis de ‘luta ou de combate’; d) supressão ou redução de direitos e garantias individuais nas esferas, material e processual penal, bem com a inserção de alguns dispositivos de Direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios<sup>95</sup>.

Legislações que se autodenominam de luta ou de combate são outras características marcantes do Direito Penal do Inimigo.

Ainda como característica, como é possível observar está antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato,

<sup>93</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2005, p 80.

<sup>94</sup> CUNHA, 2013, p. 76.

<sup>95</sup> PRADO, 2010, p. 118.

normas penais em branco e tipos omissivos impróprios, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso do terrorismo e das organizações criminosas; adiantando o âmbito de proteção da norma, para alcançar atos preparatórios; contaminando boa parte da lei de tóxicos, e lei do desarmamento, dos crimes ambientais, dentre outras tantas.

Ainda a desproporcionalidade das penas ou, falta de uma redução de pena proporcional ao referido adiantamento, por exemplo, uma pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista, seria igual àquela de um autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição relativa à tentativa.

Peculiar e de grande importância estão às restrições, relativizações ou supressões de garantias penais e processuais, e como já foi retratado neste trabalho, este retrocesso de Direitos Fundamentais não são tolerados no ordenamento jurídico vigente. Como exemplo cita-se: determinados regulamentos penitenciários ou de execução penal que suprem garantias como pretexto de zelarem pela ordem pública, como o Regime Disciplinar Diferenciado; a prática de infiltração de agentes policiais em determinadas organizações; o uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei).

Como o Direito Penal do Inimigo tem por foco combater perigos, por conta disso, o inimigo é interceptado em um estado inicial, tão só em razão de sua periculosidade. A justificativa de Jakobs é que o inimigo, considerado como *não pessoa* (atribuição puramente normativa), *ou mero objeto de coação* e, sob esta condição, ele afirma que o indivíduo que “não aceita submeter-se ao ordenamento jurídico rechaça sua legitimidade, e assim persegue sua destruição, e não pode ser considerado pelo Estado como pessoa, sendo privado dos benefícios e garantias que esta última condição supõe<sup>96</sup>.”

A privação e negação desta condição de pessoa só são possíveis na medida em que se reconhece que a “qualidade de pessoa, isto é, a personalidade, não é em princípio algo dado pela natureza, mas sim, e assim deve ser aceita e reconhecida – uma atribuição normativa, seja de caráter moral, seja de caráter social e/ou jurídico<sup>97</sup>.”

No entanto, a contraposição para este argumento é que a dignidade humana apresenta-se como um “limite que esta estruturação não logra superar, especialmente no tocante à

---

<sup>96</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2005, p 40-41.

<sup>97</sup> PRADO, 2010, p. 119.



concepção puramente normativa de *pessoa*, já que todo indivíduo é portador de dignidade humana<sup>98</sup>.”

O denominado “Direito Penal do Inimigo”, como se vê, não é propriamente um sistema penal ordenado e lógico. É um conjunto de todas as normas espalhadas pelo ordenamento jurídico-penal que se caracterizam por violar os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Não tem como eixo um “fato” criminoso, senão um determinado *tipo de autor*. Não pode, ademais, ser identificado como mais um movimento punitivista ou retribucionista ou prevencionista autônomo. É, na verdade, uma forma de tratar determinados criminosos, por não apresentarem “garantias cognitivas” de que vão permanecer fiéis ao Direito.

## 2.7 – Quem é Inimigo na realidade brasileira

A figura do inimigo para a sociedade brasileira está atrelada a análise de importantes fatores: o primeiro considera a evolução histórica dos indivíduos que são definidos como fontes de perigo para a sociedade; em segundo plano analisar-se-á a influência da teoria da expansão nas políticas criminais, legislativa e judicial.

Neste sentido, é possível constatar como determinados grupos sempre foram julgados como inimigos sociais, por representarem perigo às classes dominantes no Brasil.

Desde a época do colonialismo, onde o poder punitivo se dava no âmbito do direito penal privado, especificamente aos senhores de terra que implantavam certas tiranias; após a Independência do país pouca coisa mudou. Em que pese à legislação penal do período imperial, onde se destaca a inspiração liberal iluminista do Código Criminal de 1830, ainda sim não representou significativa mudança aos instrumentos de punição destinados às camadas compostas pelos escravos e pelos homens livres e pobres. Manteve-se, portanto, características de dominação sobre as classes, mesmo depois da abolição da escravatura. Que por sinal, trouxe consigo o Código Penal de 1890, com dispositivos repressivos no que diz respeito aos ‘crimes contra a liberdade do trabalho’, procurando deter o monopólio da repressão nas mãos da elite brasileira.

A preocupação maior era com o combate à ociosidade, dada a compreensão de que a

---

<sup>98</sup> *Idem, Ibidem*, p. 119-120.

abolição trazia consigo contornos do fantasma da desordem. O indivíduo, neste contexto, ou era trabalhador ou era vadio e, conseqüentemente ‘perigoso’, devendo, portanto, ser reprimido. Interessante é que, pouca coisa mudou nas políticas criminais atuais. Num país onde a desigualdade social ainda é enorme, os presídios estão superlotados de marginalizados. O pensamento de que ‘cadeia é só para os pobres’, assombra a sociedade brasileira desde os primórdios de nossa história.

De acordo com Chalhoub, no decorrer da história surgiu o debate parlamentar brasileiro do conceito de ‘classes perigosas’ enquanto sinônimo de ‘classes pobres’. Na contemporaneidade, infelizmente a análise dos denominados ‘perigosos’ não evoluiu. Ainda julga-se o ‘ser’, mesmo que de forma velada, pela ‘estereotipização’, sobretudo advindos dos órgãos responsáveis pela aplicação da lei. Ressalta Frauzina que:

pela clientela do sistema penal brasileiro ser composta quase que exclusivamente por pessoas pertencentes aos estratos sociais economicamente hipossuficientes, demonstra que não existe um processo de seleção de condutas criminosas, mas sim de pessoas que receberão o rótulo de ‘delinquentes’. E tal seletividade se deve ao fato de que em sociedades desiguais, os grupos detentores da maior parcela do poder possuem a capacidade de impor ao sistema uma impunidade praticamente absoluta das suas próprias condutas criminosas<sup>99</sup>.

A classe perigosa, conforme exposto, ainda retirada das camadas pobres da sociedade, continua a ser controlada por meio do Direito Penal, reformulado pelo processo de ‘expansão’ presente por este ramo do Direito. Os membros dessa classe perigosa vivem em áreas urbanas marginais, muitas vezes denominadas áreas de risco, responsáveis por gerar um crescente e difuso sentimento de medo. Tais medos vivenciados pela sociedade contemporânea, influenciados, por sua vez, pelas manifestações da sociedade de risco.

Fica evidente após estas contestações, que a identificação de uma classe perigosa e o conseqüente medo incorporado à sociedade são causas da má administração pública, incapaz de ofertar à população instrumentos que impulsionem a ascensão social dos menos favorecidos, eximindo-se de seu papel de agente social do bem-estar.

Diante desta ineficiência, o caminho mais rápido é a repressão, respondendo às demandas por mais segurança. Portanto, o ‘indivíduo-inimigo’, diferentemente das ‘pessoas-cidadãos’, relacionam-se aos discursos de ‘risco’, da ‘insegurança’ e do ‘aumento da criminalidade’, termos preferidos pelos defensores da ‘lei e da ordem’.

---

<sup>99</sup> FLAUZINA, 2008, *apud* WERMUTH, 2011, p. 117

Nesta ótica, exemplos claros de inimigos da sociedade brasileira, são aqueles, tratados de tal forma na lei penal infraconstitucional, tais como: os componentes do ‘crime organizado’ e os traficantes de drogas ilícitas (a macrocriminalidade), que recebem tratamento diferenciado, com as devidas ‘particularidades’ entre o traficante-pobre, tratado com rigor, e o jovem de classe média que consegue provar na justiça haver possuído tal quantidade de drogas para seu mero consumo.

Desta forma que se consagra a dimensão do processo de expansão do Direito Penal no Brasil, que visa combater a criminalidade organizada e o narcotráfico, se rearmando na luta contra seu alvo histórico preferencial.

Foi assim que Wermuth chegou ao questionamento e conseqüentemente a uma definição nítida e, por que não, cultural e historicamente perversa do inimigo da sociedade brasileira:

É em virtude disso que, à pergunta sobre qual é o “inimigo” atual do Direito Penal brasileiro, sobre qual é a fonte maior do ‘medo’ e da ‘insegurança’ que legitimam as reformas legislativas rumo a um recrudescimento putinitivo cada vez maior, ter-se-á como resposta, com pequenas variações, uma descrição desse ‘inimigo’ nos seguintes termos: ‘um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. A mídia e a opinião pública destacam seu cinismo e sua afronta, e, com isso legitima-se o discurso segundo o qual ditos ‘inimigos’ não merecem respeito ou tregua<sup>100</sup>.

Contudo, na visão de Gomes, podem ser identificados inúmeros outros inimigos, na realidade brasileira, pois esta realidade conta com cinco grandes grupos punitivistas, onde dois deles são retribucionistas: aqueles que consideram o Direito Penal como controle de dominação ou opressão, conforme exposto acima; e, outro que o considera como instrumento de contrapoder, revolução, visando punir e controlar as classes poderosas (mas percebe-se que na realidade, não chegam a realizar tal intento). E outros três são prevencionistas: um trata o Direito Penal como instrumento promocional de específicos bens jurídicos, são os “gestores da moral coletiva”: ecologistas, feministas, “pacifistas”, ONGs, dentre outros (mas na verdade, buscam solucionar desigualdades históricas e desequilíbrio ambiental); o segundo defende um Direito penal como instrumento de estabilização da norma, é coação e resposta ao fato criminoso (Roxin). O terceiro sustenta o Direito penal como instrumento de segurança contra os riscos da sociedade moderna. Estes dois últimos, na verdade, seriam uma visão mais

---

<sup>100</sup> WERMUTH, 2011, p. 95-100.

abrandada dos retribucionistas que utilizam o Direito Penal como instrumento de dominação.

Para Gomes, os inimigos do punitivismo podem ser considerados da seguinte forma:

os que defendem o Direito penal como instrumento de dominação visam a castigar os miseráveis, (...); os que sustentam o Direito penal como instrumento de contrapoder, visam a controlar e punir “os poderosos”, os criminosos organizados, máfias, lavadores de capitais, empresários, quadrilheiros, políticos, funcionários corruptos, parlamentares fraudulentos etc.; os que pregam o Direito penal como instrumento promocional de específicos bens jurídicos, visam a punir o criminoso ambiental, o autor de crimes sexuais, etc.; os que defendem o Direito penal como instrumento de estabilização da norma visam a sancionar os infiéis ao Direito, que revelam pouca afeição à norma; os que propugnam por um “Direito penal moderno”, que ofereça segurança contra os riscos da sociedade pós-industrial, visam a castigar quem exerce profissões ou atividades técnicas arriscadas, empresários que ocupam posição de comando nas empresas, profissionais liberais que criam riscos proibidos em suas atividades, criminosos organizados etc<sup>101</sup>.

Ainda, para melhor compreensão, podemos citar Greco, que questiona:

quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em seqüestros para fins de extorsões...E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o estuprador de sua filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido por quaisquer das garantias conquistadas ao longo dos anos<sup>102</sup>.

Desta forma, como a definição de Jakobs é pouco objetiva sobre a identificação do ‘inimigo, dificuldades se tem para identificá-lo com precisão nas legislações penais tanto nacionais, como internacionais. Todavia, arriscando apontar um determinado personagem, extremamente combatido pelo Estado através dos seus órgãos de repressão, e retornando à análise histórica, o inimigo que antes era rotulado como ‘vadio’ ou ‘malandro’ transformou-se, apesar de tantas denominações acima expostas, na prática, e em síntese em ‘traficantes’ e integrantes de ‘organizações criminosas’.

---

<sup>101</sup> GOMES, 2005.

<sup>102</sup> GRECO, 2011.

## **CAPÍTULO III – DIREITO PENAL DO INIMIGO – TENDÊNCIA TEÓRICO, LEGISLATIVA E JUDICIAL**

### **3.1 – Legislação Penal brasileira**

Cumprе ressaltar que o objetivo principal deste trabalho é identificar as normas penais brasileiras que atualmente sofrem influência da polêmica tendência teórica do Direito Penal do Inimigo. Em que pese se tratar de teoria amplamente criticada pela doutrina majoritária, que a considera como incompatível com Estados Democráticos de Direito, ela está presente em nosso ordenamento jurídico, fruto do fenômeno expansionista, da sociedade de riscos e do Direito Penal simbólico.

As justificativas para estas transformações, que serão demonstradas mais adiante, estão fundamentadas no aumento da criminalidade, sobretudo a organizada, e como solução para este problema, está o endurecimento de normas penais existentes com penas mais severas e restrição de garantias.

Ademais, atualmente há uma excessiva criminalização de condutas, como se observa com atual hipertrofia legislativa brasileira, através da seguinte legislação extravagante: Lei nº 7.492/86 – Crimes contra o sistema financeiro nacional; Lei nº 7.565/86 – Lei do Abate; Lei nº 7.716/89 – Preconceito Racial; Lei nº 8.072/90 – Crimes Hediondos; Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor; Lei nº 8.137/90 – Contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; Lei nº 8.176/91 – Contra a ordem econômica e cria o Sistema de estoques de combustíveis; Lei nº 9.034/95 – Crime Organizado; Lei nº 9.099/95 – Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Lei nº 9.296/96 – Interceptação telefônica; Lei nº 9.455/97 – Crimes de tortura; Lei nº 9.605/98 – Sanções penais e administrativas de condutas lesivas ao meio ambiente; Lei nº 9.613/98 – Crimes de Lavagem de Dinheiro; Lei nº 10.217/01 – Infiltração de agentes policiais para fins de se obter provas em investigação criminal; Lei nº 10.471/03 – Estatuto do idoso; Lei nº 10.792/03 – Regime Disciplinar Diferenciado; Lei nº 10.826/03 – Estatuto do desarmamento; Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha; Lei nº 11.343/06- Contra o tráfico de entorpecentes.

E conforme leciona Rogério Greco:

o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade<sup>103</sup>.

Por certo que este grande número de leis penais infraconstitucionais é reflexo do fenômeno expansionista da ciência penal, que ocorre, conforme Sanchez, devido ao enfraquecimento de outros ramos do Direito (como o Direito Administrativo). Então o Direito Penal que deveria ser aplicado como *ultima ratio*, é utilizado como instrumento para solucionar diversos problemas.

Sob a análise das diversas normas penais brasileiras que estão contaminadas por características do Direito Penal do Inimigo, a princípio observa-se, a edição da **Lei de Crimes Hediondos**, um dos grandes exemplos da existência do Direito Penal do Inimigo em nossa legislação, pois apesar de não fazer previsão de novas figuras típicas, ela trouxe um aumento das penas e restrição de garantias processuais para os indivíduos que praticam tais crimes, se aproximando segundo Callegaria e Motta<sup>104</sup> do Direito Penal do autor. E de acordo com Mesquita Junior:

Os efeitos desta lei vão de encontro aos princípios taxados na Carta Magna, por exemplo, ao inviabilizarem aos condenados pelos crimes nela previstos em seu artigo 1º, o direito ao indulto (art. 2º, I), a liberdade provisória (art. 2º, II), e a progressão de regime (art. 2º, §2º), ainda, ampliando os prazos da prisão temporária (art. 2º, § 3º) e os de livramento condicional (art. 5º)<sup>105</sup>.

Estes efeitos podem constatar uma precipitação do legislador, a conceder, por pressão midiática, um tratamento mais rigoroso a estes determinados crimes:

a vedação de fiança e liberdade provisória significou que não seria permitido que esses “novos criminosos” respondessem ao processo em liberdade, o que afrontava o princípio da presunção de inocência, bem como aos requisitos necessários para a decretação e manutenção da prisão preventiva previstos no Código de Processo Penal, uma vez que neste caso o que é levado em consideração é o tipo de delito praticado que, por si só, transforma o criminoso em perigoso, ou podemos chamar de inimigo<sup>106</sup>.

Ademais, ainda citando Callegaria e Motta,

---

<sup>103</sup> GRECO, 2011.

<sup>104</sup> JUNIOR, 2009, p. 06.

<sup>105</sup> MESQUITA JUNIOR, 2008 *apud* BINATO JUNIOR, 2009, p. 05.

<sup>106</sup> CALLEGARI e MOTTA, 2007 *apud* BINATO JUNIOR, 2009, p. 09.

a proibição da progressão de regime impede a ressocialização ao impor ao autor do crime um regime integralmente fechado. O objetivo do legislador aqui é afastar o criminoso o maior tempo possível do convívio social, como se não fizesse mais parte da sociedade em razão do crime que cometeu, afrontando, assim, o princípio da individualização da pena<sup>107</sup>.

Nesse sentido, está clara a aproximação da Lei dos Crimes Hediondos às características do Direito Penal do Inimigo, uma vez que os indivíduos que cometerem os crimes relacionados pela lei, já não se beneficiariam, como qualquer outro cidadão, do modelo ideal garantista de Estados de Direito.

Sobre esta influência do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira, se referindo ainda a Lei de Crimes Hediondos, dispõe Damásio de Jesus:

Essa tendência pode ser vista em algumas recentes leis brasileiras, como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072, de 1990, que, por exemplo, aumentou consideravelmente a pena de vários delitos, estabeleceu o cumprimento da pena em regime integralmente fechado e suprimiu, ou tentou suprimir, algumas prerrogativas processuais (exemplo: a liberdade provisória), e a Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034, de 1995), entre outras.<sup>108</sup>

Ademais, sobre a identificação de Jesus a respeito **da Lei de Combate ao Crime Organizado**, é importante ressaltar que esta norma é mais um fabuloso exemplo da resposta simbólica (e desacertada) do Estado a atender aos anseios da sociedade, numa tendência punitivista. Em primeiro momento já é possível encontrar uma característica evidente desta teoria, qual seja, a denominação de lei de ‘combate’.

Luiz Flávio Gomes também consegue identificar características desta teoria nas Leis de Crimes Hediondos e Lei de Combate ao Crime Organizado, as quais revelam os ‘inimigos’ da sociedade brasileira:

No direito brasileiro são muitos os exemplos de tratamento diferenciado (sem justo motivo). Os autores de crimes hediondos, por exemplo (Lei 8.072/1990), cumprem a pena em regime integralmente fechado, não podem ter indulto individual ou coletivo, não podem ter liberdade provisória sem fiança etc.. São tratados como *inimigos*. Os condenados por crime organizado não podem apelar em liberdade (Lei 9.034/1995), nem contam com direito de liberdade provisória, quando tenham tido intensa participação no delito. Também são *inimigos*<sup>109</sup>.

Além disso, a Lei de Combate ao Crime Organizado abusa do emprego de normas

---

<sup>107</sup> *Idem, Ibidem*, p. 12.

<sup>108</sup> JESUS, 2005, p. 02.

<sup>109</sup> GOMES, 2005, p. 06.

penais em branco e tipos penais imprecisos. E desta forma, deixa lacunas, que contrariam o princípio da taxatividade, pois serão preenchidas pelo entendimento subjetivo do julgador. Por certo, que esta lei nem mesmo identificou de forma clara o que seria ‘organização criminosa’, esta expressão se tornou um grande problema, e desta forma se passou a equipar os conceitos de quadrilha ou bando com o de organização criminosa de qualquer tipo, demonstrando outro exemplo de “contaminação” da lei ordinária pelo Direito Penal do Inimigo.

Este tratamento diferenciado conferido aos envolvidos em organização criminosa retrata a influência que objetiva-se identificar neste trabalho, uma vez que viola em vários dispositivos os direitos e garantias assegurados pela Constituição, no seguinte entendimento:

as hipóteses de ação controlada e infiltração de agentes acarretam na elaboração de prova duvidosa, pois estes podem influenciar sobremaneira a conduta dos autores ao ponto de induzi-los a prática criminosa antes não planejada, deixando a prova frágil para condenação. A captação ambiental de sinais viola o direito do acusado de permanecer em silêncio<sup>110</sup>.

Deste modo, a Lei do Crime Organizado é mais um exemplo de lei ordinária influenciada pelo Direito Penal do inimigo, ao passo que restringe alguns dos direitos e garantias penais e processuais existentes em um Estado Democrático de Direito.

Além destes exemplos, ainda Gomes, afirma que:

A mais recente evidência do Direito Penal do inimigo pode ser identificada no chamado *regime disciplinar diferenciado* – RDD (introduzido na Lei de Execução Penal, art. 52, pela Lei 10.792/2003). A primeira situação que permite tratamento diferenciado ao preso decorre da prática de crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas. Até aqui, pune-se o sujeito pelo que ele “fez”. Só resta ver a questão da proporcionalidade da medida. Nos §§ 1º e 2º (tratamento diferenciado ao preso que apresente *alto risco* para a segurança ou quando revele fundadas suspeitas de envolvimento com o crime organizado) não há como deixar de divisar exemplos de Direito penal do inimigo: pune-se o preso pelo que “é”, não pelo que ele fez<sup>111</sup>.

No **Regime Disciplinar Diferenciado** (Lei nº 10.792/03, introduzido na Lei nº 7.210/84, Lei de Execuções Penais, a LEP, é possível constatar inclusive reflexos do Direito Penal do autor, pois leva em consideração aspectos da personalidade do preso. Esta lei foi editada criando inúmeras restrições aos direitos dos presos considerados perigosos, determinando medidas administrativas absolutamente lesivas aos direitos fundamentais.

---

<sup>110</sup> BINATO JÚNIOR, 2009, p.08.

<sup>111</sup> *Idem, Ibidem*, p. 11.



Estaria sujeito ao RDD o preso provisório, ou condenado, nacionais ou estrangeiros, sem prejuízo da sanção penal, quando praticasse crime doloso ocasionando subversão da ordem ou disciplina internas, apresentasse alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; ou existisse fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Desta forma as principais características deste regime, que revelam tal influência, de acordo com a Lei nº 10.792/03<sup>112</sup>, são: o recolhimento do preso em cela individual durante o prazo máximo de 360 dias, prorrogáveis por igual prazo, desde que não ultrapasse o limite de 1/6 da pena, em caso de cometimento de nova falta grave, tendo direito apenas a visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, por duas horas, podendo sair da cela durante duas horas para o banho de sol.

A autorização da aplicação do RDD por decisão fundamentada do juiz, mediante prévio requerimento do diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa, sendo a decisão judicial precedida pela manifestação do Ministério Público e de defesa do preso. Sendo que a autoridade administrativa poderá ainda decretar o isolamento preventivo do preso faltoso, sem ouvir a defesa do preso, pelo prazo de até dez dias.

Já com relação ao **processo penal** de forma geral, alguns institutos são considerados por Jesus como reflexos da concepção do indivíduo como inimigo:

No campo do processo penal também se mostram reflexos da concepção do indivíduo como “inimigo”: 1) a prisão preventiva, medida cautelar utilizada no curso de um processo, funda-se no combate a um perigo (de fuga, de cometimento de outros crimes, de alteração das provas etc.); 2) medidas processuais restritivas de liberdades fundamentais, como a interceptação das comunicações telefônicas, cuja produção se dá sem a comunicação prévia ao investigado ou acusado, e a gravação ambiental; 3) possibilidade de decretação da incomunicabilidade de presos perigosos etc.<sup>113</sup>.

Ademais, acerca da **aplicação da pena** no Brasil, como já mencionado anteriormente neste trabalho, dentre as diversas discussões que envolvem as circunstâncias jurídicas de fixação de pena estabelecidas pelo art. 59 do Código Penal, destaca-se a personalidade do agente. Nesta perspectiva, a análise da personalidade do agente como circunstância judicial para a mensuração da pena é, nitidamente, uma aplicação inerente ao conceito de inimigo, uma vez que, o agente fica a mercê da discricionariedade de quem detém o poder de aplicar-

---

<sup>112</sup> Lei nº 10.792/03 – Altera a Lei de Execuções Penais instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado.  
<sup>113</sup> JESUS, 2005, p. 02.

lhe à pena.

Ainda é possível constatar esta tendência teórica, também, em diversos outros dispositivos legais: na **Lei referente aos Crimes de Lavagem de Dinheiro e Leis Contra a Ordem Econômica e Tributária**, que surgiram diante do grande índice de corrupção no Brasil, objetivando combater os ‘poderosos’. Todavia, mesmo que possuem reflexos da expansão do Direito Penal e da sociedade de risco, além da taxar os ‘poderosos’ como inimigos, na verdade, não possuem a efetividade necessária para solucionar a questão, haja vista a impunidade dos indiciados e processados, mesmo depois do advento destas normas, de caráter meramente simbólico.

Outra norma que surge após manifestações da mídia, que cobrava do Estado maior rigor quanto ao porte e posse de armas de fogo, devido ao número excessivo da prática de crimes com a utilização destes artifícios, é o **Estatuto do Desarmamento**, ampliando as figuras típicas, de forma a penalizar mais severamente tais condutas de perigo, declarando-as inafiançáveis e prevendo penas mais severas que um homicídio simples por exemplo. Desta forma, os crimes de perigo possuem características de se anteciparem à efetiva lesão, assim, punem a simples ação que gera perigo de lesão ao bem jurídico, o que os aproxima ao Direito Penal do Inimigo, pois antecipa a punibilidade, considerando os atos preparatórios.

Ainda, com a intenção de solucionar as questões de violência e desrespeito aos direitos do idoso, o legislador publica a Lei nº 10.471/03, o **Estatuto do Idoso**, criando novas condutas criminosas. Revoluções midiáticas também trouxeram ao público a história de **Maria da Penha**, e o Legislativo edita a Lei nº 11.340/06 com a finalidade de combater a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ainda nas leis extravagantes é necessário fazer referência à polêmica **Lei do Abate**, que ao identificar o traficante como inimigo, autoriza o piloto de aviões das Forças Armadas abaterem aviões ou embarcações suspeitas. Neste sentido Maierovitch defendeu a inconstitucionalidade da medida, salientando que:

o Presidente da República, ao regulamentar o combate ao tráfico de drogas, o tiro de abate de aeronaves por suspeita de narcotráfico, disciplinando ainda o afundamento de embarcações tripuladas em mar territorial brasileiro, institucionalizou a pena de morte<sup>114</sup>.

Quanto a Lei destinada a combater o **tráfico de entorpecentes**, na verdade, consiste

---

<sup>114</sup> MAIEROVITCH, 2005 *apud* MORAES, 2006, p. 210.

no maior exemplo da influência da teoria do Direito Penal do Inimigo em nossa legislação penal, ainda mais se considerarmos não só interpretações doutrinárias, mas a realidade prática da aplicação desta lei. Como já foi exposto, o ‘traficante’ é no momento o ‘inimigo’ da sociedade brasileira, sobretudo o pobre marginalizado.

A Lei nº 11.343 em vigência desde 2006, se comparada às antigas legislações sobre o tema (Lei nº. 6.368/76 e Lei nº. 10.409/02), mantém a mesma base ideológica fundada no processo de demonização das drogas. Os problemas de criminalidade enfrentados atualmente remetem ao tráfico de drogas como o possível ‘carro chefe de outros crimes’, ou seja, devido ao tráfico na visão de muitos, inclusive da mídia, ocorrem furtos, assaltos, homicídios, etc. E por este motivo, apesar do perceptível avanço quanto à diferenciação no tratamento entre traficantes e usuários, as alterações quanto às penas evidenciam o aprofundamento da repressão; criando uma guerra particular.

Quanto à ampla margem de discricionariedade judicial para a fixação da pena, são encontrados, em seu artigo 33, dezoito verbos que caracterizam não o tipo penal, mas unicamente o sujeito do delito<sup>115</sup>, quais sejam: 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, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O problema é a incoerência deste artigo, que se refere a estas ações como caracterizadoras do tráfico, mas que facilmente podem ser também vinculadas ao consumo, como ‘trazer consigo’ ou, ‘ter em depósito’. Desta maneira o indivíduo, inimigo eleito pela legislação em análise, é tratado igualmente por ser um grande traficante de drogas ou um sujeito que a adquiriu para seu consumo. Na enorme ‘vontade’ de reprimir o comércio de drogas, e mesmo que, não seja passível de pena, consoante o art. 28 desta lei, também o seu uso, os órgãos de repressão, arraigados pela política punitivista, realizam prisões de usuários indistintamente, que são mantidos encarcerados e respondem aos processos por tráfico de drogas, até que consigam provar o contrário.

Portanto, a política antidrogas é uma evidência do caráter simbólico deste elemento normativo, pois mesmo diante de tal política repressora, no combate ao tráfico e consumo de entorpecentes, o objetivo não foi alcançado, pois, a oferta e consumo de drogas não diminuiram.

O mais estarrecedor nesta política, é que a grande maioria das prisões por tráfico de

---

<sup>115</sup>

MACHADO, 2009.

drogas é de indivíduos pobres, que residem em aglomerados localizados em áreas consideradas de ‘riscos’, presos em sua maioria com pequenas quantidades de drogas. Ou seja, estes são os inimigos eleitos pelo Estado. Desta forma, eleito o inimigo, só é preciso lhe conceder tratamento diferenciado, para que a sociedade se veja livre deste ‘causador de desordem’, em um digno modelo de Direito Penal do autor.

A Justiça criminal, perseguindo o traficante-inimigo eleito, aplica-lhe o direito penal correspondente, o Direito Penal do Inimigo, não permitindo que o mesmo responda o processo em liberdade, condenando-o a penas desproporcionais em relação à conduta e ao bem jurídico tutelado e, ainda, presumindo a periculosidade do agente como forma de negar-lhe benefícios positivados na legislação repressiva.

Callegari e Motta, a respeito desta influência legislativa dissertam que:

as características típicas do Direito Penal do inimigo já se encontram estampadas em nossa legislação, talvez dissimuladas ou, rotuladas com outros adjetivos (leis de emergência, de exceção, populistas, etc.). Neste sentido, por mais que o Direito Penal do Inimigo seja considerado incompatível com Estados Democrático de Direito, os processos legislativos de exceção existentes, estão repletos de características deste postulado político-criminal, mas que apenas não reconhecidos por estes nomes<sup>116</sup>.

Gomes e Molina ensinam ainda que:

Do Direito Penal do Inimigo o que temos, nos ordenamentos jurídico-penais, são manifestações avulsas, soltas, mas introduzidas com frequência por meio de legislação especial. O conjunto dessas anomalias, aporias e discrasias formam o Direito Penal do Inimigo<sup>117</sup>.

É inevitável que se chegue à conclusão, portanto, que a crescente onda de criminalização de condutas que não causam lesão direta aos bens jurídicos relevantes, com tipos de perigo abstrato e antecipação da punibilidade, além do ‘asseveramento’ desproporcional das penas, figuram-se como características presentes na nossa legislação penal brasileira.

Isto se deve à insegurança que permeia a sociedade contemporânea, denominada sociedade de riscos ou do medo, sob influência direta dos meios de comunicação; que exigem respostas imediatas do Estado-legislador aos problemas de criminalidade, construindo uma

---

<sup>116</sup> CALLEGARI e MOTTA *apud* JUNIOR, 2009.

<sup>117</sup> GOMES, 2012, p. 212

gama de leis penais simbólicas, que não resolvem tais problemas, pois suas causas, que derivam da desigualdade social, dependem de outros tipos remédios, tais como políticas públicas eficientes.

### **3.2 – Algumas considerações à luz da Jurisprudência**

Esta influência expansionista do Direito Penal de terceira velocidade, como demonstrada, está sorrateiramente se infiltrando em nosso ordenamento jurídico penal, não como um conjunto de normas explicitamente denominadas como de enfrentamento aos ‘inimigos’, mas por se manifestarem de forma desordenada, como tal.

Neste mesmo sentido, as decisões jurisprudenciais, por vezes, ao aplicarem estas normas influenciadas por um direito penal do inimigo, declaram corroborar com esta tendência teórica. Estas manifestações são veladas, por óbvio, pois majoritariamente a doutrina repudia a aplicação de um direito penal desta natureza, por considerá-lo incompatível com Estados de Direito.

Diante do exposto, em nossa jurisprudência se destacam algumas decisões que evidenciam esta discussão acerca da ‘aplicação irrestrita destas normas’ ou ‘do repúdio às imposições questionáveis que tais normas trazem’.

A Lei de combate ao tráfico de drogas tem uma importância peculiar a este estudo, pois conforme já foi revelado, na sociedade brasileira, o traficante pode ser considerado como o inimigo, por diversos fatores histórico-sociais, e como tal, é tratado pela referida Lei, através de um conjunto de dispositivos legais em branco e restrições de garantias constitucionais.

Inclusive, a respeito destas restrições de garantias, se manifestou o STF. Em decisão tomada em Habeas Corpus (HC 97256), o Ministro Celso de Mello reafirmou seu posicionamento, sobre a inconstitucionalidade da cláusula legal que veda a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, de acordo com os seguintes trechos a seguir expostos:

Vislumbro, nessa situação, um abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no

desempenho da atividade jurisdicional. (...) Nesse ponto [da Nova Lei de Tóxicos], entendo que a regra conflita materialmente com o texto da Constituição.<sup>118</sup>

Nesta decisão, o ilustre ministro, discorda da vedação imposta no *caput* do artigo 44 da Lei de Tóxicos, *in verbis*:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33 caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos<sup>119</sup>.

Nele, conforme se vê a pena privativa de liberdade não pode ser convertida em restritiva de direitos, dando um tratamento diferenciado, por sinal, e sem justo motivo, pois deslegitima o poder discricionário do magistrado em analisar o caso concreto, uma vez que a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, de acordo com o artigo 44 do Código Penal, o juiz deve analisar se o delito praticado não o for com violência ou grave ameaça à pessoa, se a pena de reclusão imposta não ultrapassar o limite de quatro anos e se o agente preencher os requisitos subjetivos para receber o benefício.

Ademais, reafirmando esta convicção quanto a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei 11.343/2006, o mesmo Ministro, em decisão em Habeas Corpus (HC 103362) foi contrário ao estabelecido neste artigo, que considera o crime de tráfico de entorpecentes insuscetível de *liberdade provisória*. O ministro ressaltou que impedir que um preso em flagrante por tráfico obtenha liberdade provisória expressa:

afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. (...) o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões da razoabilidade<sup>120</sup>.

Desta maneira, deve-se concluir que simplesmente por se tratar de um crime de tráfico de drogas, não justifica a privação cautelar (vedação de liberdade provisória); ou estaria desta forma julgando o indivíduo pelo o que é 'traficante' e não pelo 'o que ele fez', com lesão expressiva a bens jurídicos fundamentais. Ademais, este artigo limita a atuação judicial, pois veda a substituição de penas e concessão de liberdade provisória, que deveriam ser fruto de decisões discricionárias do magistrado.

---

<sup>118</sup> Supremo Tribunal Federal, 2010.

<sup>119</sup> Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas.

<sup>120</sup> Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas.

Portanto, o Congresso Nacional pode impor sanções penais que julgar necessárias para enfrentar problemas que afetam o país, levando em consideração os interesses da sociedade, contanto que tais sanções preservem os limites legais e constitucionais, pois o juiz deve interpretar a lei a partir de um sistema de princípios constitucionais e garantias fundamentais.

Contudo, esta decisão possui efeitos *ex nunc*, e somente o Senado Federal possui competência para suspensão da eficácia de leis. E atendendo a esta determinação constitucional, disposta no art. 52, inciso X da Carta Magna, o senador Demóstenes Torres<sup>121</sup>, em projeto de resolução, entendeu pela suspensão apenas do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06, sob a alegação que o art. 44, poderia se considerar àqueles que são considerados de maior periculosidade.

Assim, a periculosidade do indivíduo que comete o crime de tráfico de drogas, de acordo com este posicionamento do Senado, deve ser considerada de forma objetiva, pois ao invés de condicionar à avaliação do caso concreto ao juiz, atribui a todo e qualquer indivíduo que pratique este delito características de indivíduo perigoso. Sendo inegável que este posicionamento no remete às características do inimigo de Jakobs.

Em decisões anteriores o ministro Celso de Mello defendeu as garantias constitucionais restringidas pela Lei de Tóxicos, conforme se pode observar em Habeas Corpus (HC 85.531) que ataca a exacerbação punitivista, presentes em normas penais eivadas de pura generalidade que se consagra a corrente legislativa simbólica:

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 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 sentenciais 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

---

<sup>121</sup>

Senado Federal. 2010. Parecer do Senado Demóstenes Torres.

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<sup>122</sup>.

Tal constatação do ministro revela o quão influenciado pela expansão punitiva estão os legisladores, que preferem a criação de um Direito Penal simbólico para ludibriar a sociedade, com a vigência de normas mais rigorosas. Nesta decisão, o ministro aponta inclusive este discurso judicial que se apóia no reconhecimento da gravidade subjetiva do crime revelam um ‘Direito Penal do Inimigo’ em nossas decisões judiciais, infringindo os princípios liberais consagrados em nossa Constituição.

### **3.3 - Possível legitimidade e críticas ao Direito Penal do Inimigo**

Até o presente momento, foi possível realizar a constatação de que existe forte influência, nas leis penais brasileiras, do fenômeno da expansão do Direito Penal e de características deste denominado “Direito Penal do Inimigo”. Que, conforme foi visto, não é considerado propriamente um sistema penal ordenado e lógico, mas, um conjunto de todas as normas espalhadas pelo ordenamento jurídico-penal que se caracterizam por violar os direitos e garantias fundamentais da pessoa.

Esta constatação está clara. Sobretudo ainda resta refletir se à medida que a sociedade contemporânea, em toda sua complexidade, exige do Estado respostas à criminalidade violenta e organizada, pode-se considerar legítimo e necessário que a aplicação de um direito penal desta natureza ronde nossas normas penais?

A princípio como possível resposta cita-se Meliá, afirmando que “o fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do Inimigo não significa que ele possa existir conceitualmente, como uma categoria válida dentro de um sistema jurídico<sup>123</sup>”.

Sob esta ótica Sanchez também afirma que, uma possível legitimidade poderia se basear em “considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência<sup>124</sup>”.

---

<sup>122</sup> STF. 2006. HC 85.531/SP.

<sup>123</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2007, p. 45.

<sup>124</sup> SANCHEZ, 2012, p. 151.



Entretanto, de acordo com Jakobs, a não flexibilização de determinados direitos a uma classe de infratores, estaria por vulnerar o direito à segurança pública das demais pessoas, e desta forma expõe:

Quem não presta uma segurança cognitiva de um comportamento pessoal, não só não pode ainda esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto seria completamente errôneo, demonizar aquilo, que aqui se tem denominado Direito Penal do Inimigo.<sup>125</sup>

Este entendimento de Jakobs propõe a seguinte discussão: a viabilidade de se preservar garantias constitucionais a todo custo em favor de indivíduos que aterrorizam toda uma sociedade e que a todo o momento negam submissão ao Estado-Direito.

Todavia, não é este o entendimento majoritário da doutrina (Zaffaroni, Gomes, Greco, Prado, dentre outros), que entendem que o Direito Penal do Inimigo é incompatível com Estados Democráticos de Direito. Senão, Gomes e Molina, destacam como principais características desta teoria o “tratamento diferenciado, antigarantista, discriminador e injustificado de determinados autores de crimes<sup>126</sup>.”

Wermuth<sup>127</sup> afirma que o Direito Penal da contemporaneidade já não pode ficar sem dar respostas à sociedade. E é em virtude desta necessidade de mostrar-se eficiente a todo custo que surge a influência do Direito Penal do Inimigo nas legislações penais em todo o mundo, mas que seria um instrumento simbólico, com escopo de tranquilização social, voltado à megacriminalidade da sociedade de risco. Ou seja, fruto do medo vivenciado pela sociedade, e da desacertada tentativa do legislador em dar respostas imediatas aos problemas de segurança pública.

Porém, um dos seus maiores problemas, é que mesmo que esta teoria, em sua essência, esteja direcionada à megacriminalidade, na realidade, os indivíduos mais atingidos pelos efeitos destas leis, não são os megacriminosos, ao contrário, elas funcionam como instrumentos de coação e repressão das classes mais pobres.

E mesmo, com o excessivo número de leis penais extravagantes na realidade brasileira e, o já constatado tratamento mais severo a determinados crimes, não há diminuição dos índices criminais, especialmente quanto a estes delitos identificados. Assim manifesta-se

---

<sup>125</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2007, p. 42-43.

<sup>126</sup> MOLINA, GOMES, 2012, p 212.

<sup>127</sup> WERMUTH, 2011, p. 62.

Jesus, para o qual, “o modelo decorrente do Direito Penal do Inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade<sup>128</sup>.”

A este respeito chega-se a dois questionamentos antagônicos: se com a vigência destas normas, nitidamente influenciadas pelo direito penal do inimigo, os índices criminais permanecem altos, o que seria da sociedade se estas normas não estivessem em vigor? Ou ao contrário, se mesmo com um tratamento mais severo, os índices continuam altos, a eficácia de tais normas seria questionável, pois não surti o efeito esperado?

Extremamente complicado chegar a uma conclusão pacífica, pois o tema é por demais, polêmico. De um lado rigoristas, punitivistas, maximalistas e de outro os minimalistas, defensores absolutos dos direitos humanos. Além do mais, esta é uma questão, que apesar de justa, é praticamente impossível de se alcançar uma resposta coerente, pois é formulada em suposições. Mesmo assim, buscar-se-á uma resposta, através de uma análise crítica da legitimidade de um direito penal desta natureza, pois se for considerado indubitavelmente ilegítimo, não poderá ser opção de solução para o problema de criminalidade.

Nesta vertente faz-se outro questionamento, diante do pensamento de que alguns direitos não são absolutos, como é o caso da liberdade; haverá possibilidade para a flexibilização de direitos fundamentais de criminosos que ofereçam grande perigo à sociedade, numa tentativa do legislador-Estado enfrentar o crime organizado de forma mais eficiente, pois infelizmente alguns criminosos, não se apresentam capazes de conviver pacificamente em sociedade.

Porém, sobre o Direito Penal do Inimigo como exemplo de Direito Penal do autor, pois considera o indivíduo pelo o que ele é, e não pelo o que ele fez, Cancio Meliá apud Luís Flávio Gomes afirma:

Não se reprovava (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. (...) pode-se alegar que o Direito Penal do Inimigo é uma reação do sistema jurídico, frente aos problemas sociais como os riscos do mundo pós-modernos, internamente disfuncional. Pois, os fenômenos, frente aos quais reage o Direito penal do inimigo, não tem esta periculosidade terminal pra a sociedade como se apregoa deles. A importância dada a estes fenômenos está em que tratam-se de comportamentos delitivos que afetam elementos essenciais e vulneráveis da identidade das sociedades, principalmente num plano simbólico. Assim, uma resposta juridicamente-funcional deveria estar na afirmação do Direito Penal da normalidade, e não na afirmação de um Direito Penal para o inimigo. Portanto, a resposta idônea no plano simbólico, ao questionamento de uma norma

---

128

JESUS, 2005, p. 05.

essencial, deve estar na manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade.<sup>129</sup>

Interessante está constatação apresentada por Meliá, qual seja, a afirmação, a efetiva aplicação de um Direito Penal tal como constitucionalmente é concebido, seria uma resposta idônea, e sem dúvidas, a mais coerente.

Mas se ainda considerarmos a proporção e o avanço da criminalidade organizada, estas estruturas delinquentes necessitam de uma legislação que acompanhe tal evolução? Valendo-se de uma construção metafórica Gomes e Bianchini trazem uma reflexão interessante ao tema:

Valendo-nos da imagem do elefante e dos ratos, dá para dar uma ideia (bastante aproximada) do que vem ocorrendo com o tradicional Direito Penal, que é, em termos de velocidade, um verdadeiro elefante (tendo em conta que se funda na pena de prisão e exige, conseqüentemente, o devido processo legal clássico: investigação burocratizada, denúncia, provas, instrução demorada, etc.). A criminalidade da era pós-industrial e, agora, da globalização por seu turno, é velocíssima (tanto quantos os ratos). Ao longo do século XX, mas particularmente depois da Segunda Guerra Mundial, acreditou-se que seria possível conter ou controlar (combater) os ratos com o elefante (com o Direito Penal tradicional), desde que alguma mobilidade extra lhe fosse dada. O legislador assim, começou a sua deformação, colocando algumas rodas mecânicas nas suas patas (leia-se: para fazer frente à criminalidade moderna, começou a transformar o Direito Penal tradicional, flexibilizando garantias, espiritualizando o conceito de bem jurídico, esvaziando o princípio da ofensividade etc.). Logo percebeu-se que a velocidade do elefante, mesmo já deformado, ainda assim era incompatível com a rapidez da criminalidade. O processo de motorização e, depois, de turbinização de suas patas, deu-se nas três últimas décadas do século XX: amplo processo de criminalização, modificação constante do Código Penal, aprovação massiva de leis especiais, novos tipos penais... Conseqüência: o elefante (o Direito Penal tradicional) tornou-se irreconhecível. E foi com esse formato que o Direito Penal chegou na era da globalização: hipertrofiado, confuso, caótico, simbólico, disfuncional, instrumentalizado etc. É um elefante completamente deformado. Ainda continua andando lentamente (leia-se: o direito penal funciona uma vez ou outra), e é pouco eficaz na prática (o índice de cifra obscura aumenta a cada dia). Quando atua, entretanto (leia-se onde coloca sua pata), faz um estrago tremendo: a força e o peso da sua pata praticamente esmagam (isto é, os poucos criminosos processados e condenados são esmagados pela longa prisão cautelar, severas penas aplicadas, assim como pelo sistema penitenciário brasileiro)<sup>130</sup>.

Nesta metáfora que considera o Direito Penal como um elefante, pesado e lento, devido à burocracia judicial, que tem a difícil finalidade de perseguir o ágil ratinho, identificado como a criminalidade na sociedade globalizada, e que tem se desenvolvido de

<sup>129</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2007, p. 76-78  
<sup>130</sup> GOMES, 2002.

maneira impressionante, atingindo um nível de organização desafiador. A discussão sobre a tentativa desacertada de adequar o Direito Penal (elefante), com as características de ‘terceira velocidade’ (as rodinhas), segundo Gomes e Bianchini só deformou o elefante (Direito Penal), contudo sem resolver a questão, pois esta infeliz tentativa do legislador-Estado seguramente não resolve o problema de criminalidade.

Mais uma vez, citando Jakobs que defende que este tratamento diferenciado tem lugar para garantir efetivamente um legítimo direito dos cidadãos comuns, pois:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança, mas; diferentemente da pena, não é direito também daquele que é apenado, ao contrário, o inimigo é excluído<sup>131</sup>.

Desta maneira, Jakobs trata o inimigo como um indivíduo desvinculado da sociedade, um mero objeto de coação, que deve ser excluído do convívio social. E por este motivo, Prado avalia que enquanto “o Direito Penal do Inimigo for apenas força e coação físicas para a imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser considerada ilegítima e invalidada de modo absoluto<sup>132</sup>.”

Mas, seria confiável separar a sociedade em dois grupos, os permanentemente desviados e o restante dos cidadãos? Segundo Prado absolutamente não é segura esta imprecisa identificação de inimigo:

não se vislumbra um parâmetro que ofereça o mínimo de segurança a respeito da identificação do inimigo, de modo que é impossível determinar se essa seria uma condição inata ou se, ao contrário, poderia m cidadão, perder sua condição de pessoa, transformar-se em inimigo e, ainda, em que momento preciso isso ocorreria ou quais os critérios que delimitariam essa qualificação<sup>133</sup>.

Ademais, outra crítica que se deve fazer ao Direito Penal do Inimigo é o fato de adotar a teoria do direito penal do autor. E desta maneira, revela-se um direito penal discriminatório. Um grande perigo, após grandes avanços históricos. Assim, possui um caráter demasiadamente repressivo, pois acaba punindo o agente pela simples cogitação do crime, ou seja, o mero pensamento, o que fere vários princípios penais, como o da lesividade, da

---

<sup>131</sup> JAKOBS, MELIÁ, 2007, p.49.

<sup>132</sup> PRADO, 2010, p. 121-122.

<sup>133</sup> *Idem. Ibidem*, 2010, p. 120-121.

ofensividade e da materialização do fato.

Ainda arrolando críticas a tese de Jakobs, Luís Flávio Gomes esclarece que na aplicação de um Direito Penal do Inimigo não se segue o processo democrático (devido processo legal; e essa lógica “de guerra”, intolerância contra o inimigo, não se coaduna com o Estado de Direito; perdem lugar as garantias penais e processuais, e não seria racional, pois leva a excessos<sup>134</sup>.

Para concluir, necessário se faz negar a legitimidade desta influência teórica, pois, por mais que a sociedade clame por mais segurança, a aplicação efetiva do Direito Penal tal como está, fundamentado nos ideais garantistas, é suficiente.

---

134

GOMES, 2005.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo propor uma discussão acerca da influência da expansão do Direito Penal na realidade normativa brasileira, e principalmente, identificar aspectos da teoria do Direito Penal do Inimigo e suas causas em nosso ordenamento jurídico, buscando posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e/ou legais aptos a revelar tal realidade, considerada incompatível com Estados Democráticos de Direito.

É certo que, historicamente no Brasil, existem oscilações entre o ‘garantismo penal’, consagrado pela Constituição da República de 88, basicamente uma maneira de defender o cidadão da força do poder estatal e, o ‘punitivismo’, responsável pelo ‘endurecimento’ das leis penais, como forma de solucionar os problemas de criminalidade.

E atualmente a sociedade brasileira enfrenta o fenômeno da expansão do Direito Penal, criado pelos riscos vivenciados diante da globalização. A denominada sociedade de riscos ou do medo se destaca pela complexidade tecnológica e pela prática de crimes que não obedece o limite das fronteiras, o que dificulta sua repressão pelo Estado. Ademais, o medo do crime é preponderantemente subjetivo, devido à exploração midiática cotidiana da violência.

Diante destes fatores se dá a expansão do Direito Penal, através da criminalização de novas condutas, aliada à flexibilização de garantias constitucionais e aumento significativo das sanções impostas. Ou seja, a ciência penal vai se expandindo alcançando a penalização de condutas que antes eram fiscalizadas por outros ramos do Direito na mesma proporção que vai restringindo direitos conquistados no decorrer da história pela humanidade.

Desse fenômeno surgem as velocidades do Direito Penal. Na primeira velocidade está a consagração do Direito Penal tradicional, com a aplicação de penas privativas de liberdade juntamente com a preservação de todas as garantias processuais e penais. Na segunda velocidade, há uma aplicação de penas alternativas à prisão, porém as garantias são mitigadas. Já na terceira velocidade existe a fusão do que há de mais severo nas duas primeiras, qual seja, a aplicação das penas privativas de liberdade aliadas à flexibilização de garantias constitucionais.

E como uma espécie de Direito Penal de terceira velocidade verifica-se o Direito Penal do Inimigo. Corrente doutrinária extremamente polêmica, que mesmo sendo considerada majoritariamente pela doutrina como incompatível com Estados de Direito, é possível identificá-la em normas penais em todo o mundo, inclusive no Brasil.

Nas leis penais brasileiras foi possível identificar a manifestação da teoria expansionista e de características da aplicação de um Direito Penal do Inimigo.

O fenômeno expansionista se deu através da hipertrofia legislativa, ou seja, a criação de um grande número de leis, provocada pelo anseio popular por mais segurança, instrumentalizando de forma inadequada o Direito Penal e atribuindo-lhe a responsabilidade de resolver os problemas de criminalidade.

Já a influência de um Direito Penal de terceira velocidade foi evidenciada através da antecipação da tutela penal, a aplicação de penas desproporcionalmente altas, a flexibilização de garantias penais e processuais penais, e a exploração de tipos de perigo abstrato, dentre outras características muito presentes em leis penais extravagantes tais como a Lei de Tóxicos, do Desarmamento, do Crime Organizado e de Crimes Hediondos.

Analisando as características presentes nas referidas leis, é possível perceber a excessiva penalização de tipos de perigo abstrato e a inobservância do princípio da materialização do fato. Percebe-se, inclusive, que isto acontece, numa desacertada tentativa do Estado em buscar soluções para os avanços da criminalidade. E diante da urgência e extrema necessidade em se antecipar à prática delituosa, procura-se ofertar uma maior proteção à população que se vê acuada pela criminalidade organizada.

Contudo, é questionável esta postura adotada pelo Estado de resolver os problemas de criminalidade, enrigecendo as normas penais vigentes, com restrições de garantias tais como o devido processo legal e a presunção de inocência; conquistas evidentes de uma sociedade que não deve permitir este retrocesso.

Da mesma forma, de outro lado, há a necessidade de respostas imediatas para controlar o crime, especialmente os imbuídos de violência, que amedrontam a sociedade. E assim a sociedade recebe do legislador-Estado respostas imediatas que tentam satisfazer superficialmente os anseios populares, mas que infelizmente possuem caráter simbólico e não passam de medidas políticas.

Estas medidas não vêm como uma solução, até porque, uma resposta eficiente estaria na aplicação responsável do Direito Penal tradicional, aliada à verificação das causas do envolvimento do indivíduo na prática criminoso, e maior competência do Estado na realização de políticas públicas, a fim de reduzir a desigualdade social.

Aliás, em análise à legislação penal vigente, foi possível identificar o tipo de indivíduo que historicamente foi tratado como 'inimigo' da sociedade brasileira. Diante das formulações doutrinárias, o indivíduo envolvido com o Tráfico de Drogas apresenta-se na realidade

brasileira como o autêntico ‘inimigo, pois o seu comportamento criminoso e sua desvinculação com o Direito é habitual, sendo àquele que causa uma enorme sensação de insegurança à sociedade, pois o personagem do traficante, além de vender drogas, anda armado e está ligado aos crimes de roubo e homicídio.

Foi possível constatar ademais, à luz da jurisprudência que as tendências expansionistas e do Direito Penal do Inimigo vêm contaminando a legislação penal brasileira, sendo severamente criticada pelo Supremo Tribunal Federal, visto que em algumas decisões declararam a inconstitucionalidade de artigos das referidas normas, como foi o caso do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, que trata da vedação de concessão de liberdade provisória ao traficante, antecipando assim a tutela penal e restringindo o direito constitucional à presunção de inocência.

Todavia, em nível de primeira instância ou até mesmo de Tribunais de Justiça, acontece aplicação, sem ao menos contestar a constitucionalidade, em cada caso concreto, destas normas penais; e com isso há a conseqüente, admissão, velada e sorrateira, do Direito Penal do Inimigo.

Aliás, diante de evidências de um Direito Penal do Inimigo rondando a legislação brasileira, foi necessária análise da possível legitimidade da aplicação destas normas. Um Direito Penal de emergência, e que possui tantas características incompatíveis com Estados Democráticos de Direito não pode ser admitido em situações de normalidade. Alternativas, que não coloquem em risco os direitos fundamentais devem ser almejadas.

Desta forma, foi defendida a hipótese de que, a realidade expansionista, bem como a influência da polêmica teoria do Direito Penal do Inimigo; identificadas nas mais recentes normas penais, revelam uma conseqüente necessidade de se buscar uma resposta legítima e eficiente, frente aos problemas de criminalidade. Sendo confirmada no decorrer do trabalho.

Diante de todo exposto, concludo, pela pesquisa realizada, que as manifestações legislativas punitivistas e de respostas meramente simbólicas devem ser evitadas, e se não o forem, devem ser perseguidas como inconstitucionais pelos profissionais do Direito. A finalidade do Direito Penal é prejudicada por este fenômeno expansionista e, portanto, deve-se buscar um equilíbrio doutrinário, jurisprudencial e legislativo quanto à aplicação eficiente do Direito Penal.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em 20 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acessado em 21 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os **crimes hediondos**, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. **Altera** a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - **Lei de Execução Penal** e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - **Código de Processo Penal** e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm)>. Acesso em 10 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre **registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição**, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm)>. Acesso em 11 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad**; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm)>. Acesso em 22/04/2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Parecer oriundo do gabinete do senador Demóstenes Torres**. 2010. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100978.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.531/SP– São Paulo**. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 22/03/2005. Publicado em DJ 14/01/2007. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15/10/2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **STF declara inconstitucionais dispositivos da lei de drogas que impedem pena alternativa**. Notícias STF. 01 SET 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=160358>>. Acessado em 15 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resp 513.741/RS 2013 0051910-7*. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19545021/recurso-especial-resp-513641-rs-2003-0051910-7/inteiro-teor-19545022>>. Acesso em: 19/10/2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte geral. Vol. 1. 15ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

CARVALHO, Felipe Grangeiro de. **Os direitos fundamentais à luz do princípio da proibição do retrocesso social e da cláusula da reserva possível**. 28 mai 2013. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-direitos-fundamentais-%C3%A0-luz-do-princ%C3%A9pio-da-proibi%C3%A7%C3%A3o-do-retrocesso-social-e-da-cl%C3%A1usula> >. Acessado em 20 de outubro de 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 5ª ed. Vol único. Ed. Juspodivm. Salvador. 2013

ETIENNE, Richard Mbaya. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. 1997. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200003&script=sci_arttext)> Acesso em: 12/10/2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Salvador. Jus Podivm. 2013.

GARCIA, Sergio Renato Tejada. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização**. 30 jun 2010. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio\\_tejada.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html). Acessado em 20 de outubro de 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Revista Jurídica Eletrônica UNICOC. Ribeirão Preto, ano 2.2005.

\_\_\_\_\_. MOLINA, Antônio Garcia Pablos de Molina. **Direito Penal: fundamentos e limites do Direito Penal.** ed. 3. reform. e atual. São Paulo: RT, 2012. (Coleção Ciências Criminais v. 1)

\_\_\_\_\_. BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na era da globalização.** Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 13ª ed. Vol. 1. Ed. Impetus. Niterói. 2011.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas.** org. e trad. por André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007.

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: 6 nov. 2013.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Filosofia do Direito.** 12 ed. Forense. São Paulo. 2012.

JÚNIOR, Otávio Binato. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo.** 12 nov 2009. Disponível em <<http://www.itpac.br/hotsite/revista/artigos/51/6.pdf>>. Acessado em 07 de agosto de 2013.

MACHADO, Fábio G. de Paula. **Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco.** Revista nº 2. Setembro-Dezembro de 2009. Disponível em < [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/17-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/17-ARTIGO)>. Acessado em 07 de agosto de 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'.** Dissertação de Mestrado. Direito Penal Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 9ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. vol. 1. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. RT, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. Saraiva. São Paulo. 2002.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal na sociedade pós-industrial**. São Paulo. RT. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2012.

SALIM, Alexandre. **Curso de Direito Penal Atual**. Saber Direito. Tv Justiça. 2010. Disponível em: < <http://www.tvjustica.jus.br/index/ver-detalle-programa/idPrograma/212891> >. Acessado em 05 de agosto de 2013.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador. Jus Podivm. 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Direito Penal Brasileiro – II, I. Vol. II**. Ed. Revan. Rio de Janeiro. 2010.

\_\_\_\_\_. Eugênio Raúl. **O inimigo do Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan 2007.

\_\_\_\_\_. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. v.1. 9 ed. rev. e atual. RT. São Paulo. 2011

\_\_\_\_\_. BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – II,I**. 2 ed. Rio de Janeiro. Revan, 2010.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.