



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PEDRO DE ARAUJO SILVA NETO

ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO
INIMIGO NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: UMA
INVESTIGAÇÃO POR AMOSTRAGEM

SOUSA - PB
2011

PEDRO DE ARAUJO SILVA NETO

ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO
INIMIGO NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: UMA
INVESTIGAÇÃO POR AMOSTRAGEM

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB
2011

PEDRO DE ARAUJO SILVA NETO

ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA
LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: UMA INVESTIGAÇÃO POR
AMOSTRAGEM

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande,
como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.(a) Jônica Marques Coura
Aragão

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: 07/11/2011

JÔNICA MARQUES COURA ARAGÃO

Orientador: Prof. (a) Jônica Marques Coura Aragão – UFCG
Professor Orientador

DANIELLE DA ROCHA CRUZ

Examinador interno

LEONARDO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA

Examinador Externo

Aos meus pais, por serem indispensáveis na
minha vida.

Às minhas irmãs, pela amizade existente entre
nós.

A Ruan Filho, que em tão pouco tempo já
alegrou por demais nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela presença constante em minha vida, me proporcionando força de vontade e fé na longa jornada da vida.

A minha heroína, minha mãe, exemplo de mulher, por ter me dado todo o amor que eu poderia receber e por ser a pessoa que mais acredita na minha capacidade. Tenha certeza que essa vitória não é somente minha, mas sim nossa, minha, pois em todos os momentos tive o apoio necessário a essa conquista.

Ao meu herói, meu pai, pela constante presença em minha vida, sempre me mostrando o caminho certo. Por estar sempre ao meu lado, depositando confiança na minha pessoa. Ao senhor, paiinho, agradeço por tudo.

Às minhas irmãs, Rafa, Lara, Jennifer e Malu, pela amizade e companheirismo sempre existente entre nós, e por serem pessoas que sempre estarão ao meu lado.

A meu sobrinho Ruan Filho, por ter iluminado e tornado meus dias mais felizes.

Aos meus avós, por serem pessoas íntegras e símbolos de experiência.

Aos meus familiares, em especial a minha tia/madrinha Sandra, tio/padrinho José de Sousa e também ao meu tio Edivan (Vanvam), por estarem do meu lado em todos os momentos, me apoiando e acreditando na minha vitória.

Aos meus amigos Jean e Marney, pela paciência durante o período que convivemos, bem como a minha turma, Direito 2007.1.

A professora Jônica Marques, pela atenção, confiança e estímulo que me proporcionou para a construção desse trabalho.

Ao pessoal da 1º Vara do Fórum de Sousa-PB, por terem propiciado um agradável ambiente de trabalho.

Por último, e não menos importante, muito pelo contrário, de maneira especial, agradeço a Luísa Rocha, minha Lu, por ter compartilhado comigo a vida acadêmica, me apoiando e transformando positivamente meus dias. Por ter me dado atenção, carinho e amor ao longo desses cinco anos de vida acadêmica. Pela nossa persistência em enfrentar a vida universitária longe da família, Lu.

A todos, meus sinceros e singelos agradecimentos.

*“A justiça é imutável como Deus; as leis,
perecíveis e instáveis como o homem”.*

(Juan Donoso Cortés)

RESUMO

Em conformidade com a Constituição Federal de 1988, o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. A todos os cidadãos são assegurados, indistintamente, a observância dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que estes consagram a importância do ser humano frente ao poder Estatal. A restrição estatal e a proteção individual impostas por tais direitos e garantias, abarcam inúmeros aspectos, inclusive a matéria penal. O Poder Legislativo brasileiro, vez por outra, inseriu no ordenamento jurídico pátrio leis criminais especiais disciplinadoras de tratamento processual ou medidas punitivas mais rígidas, destinadas a alguns tipos de criminosos. O momento sociológico exigia, pois a sociedade, insuflada pela mídia, suplicou ao legislador medidas (em âmbito penal) à altura dos delitos cometidos. Nestes termos, editou-se, dentre outras, a amostra selecionada, que fazem parte a lei dos crimes hediondos; a lei das organizações criminosas; e a Lei de Execuções penais, mais precisamente a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado no corpo desta. Na Alemanha, já década de oitenta, a teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Günther Jakobs, já possibilitava o tratamento diferenciado aos criminosos de alta periculosidade, sendo estes os indivíduos autores de reiteradas condutas delituosas graves e que representam perigo tanto para o Estado como para a sociedade. Conforme a teoria, os inimigos abandonam o *status* de cidadãos quando praticam determinadas condutas. Merecem, pois, dentre outras medidas, a supressão ou restrição dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que não são mais considerados pessoas. Assim, a pesquisa tem como objetivo geral analisar os diplomas legais da amostra definida, à luz dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, posteriormente identificando, então, a eventual influência da ideologia do Direito Penal do Inimigo. São objetivos específicos: reconhecer os princípios bem como as características que norteiam o Estado Democrático de Direito, mormente os direitos e garantias fundamentais; identificar a ideologia que norteia o direito penal do inimigo, dando destaque ao conceito, características e alguns dos aspectos peculiares; examinar a amostra selecionada, quanto aos aspectos sociológicos, jurídicos e ideológicos. Utiliza-se para tanto, os seguintes métodos: como método de abordagem o indutivo, pois será utilizada a pesquisa de amostragem, visto que se observarão leis penais específicas a fim de obter uma conclusão de alcance geral. Como método procedimental, utilizar-se-á o exegético-jurídico, em virtude da análise interpretativa dos dispositivos legais, auxiliado pelo dialético, empregado na análise da contraposição doutrinária e jurisprudencial acerca do tema; tudo tendo como técnica de pesquisa, primordialmente, a investigação bibliográfica como documentação indireta, aplicada em textos doutrinários, científicos, legais bem como jurisprudenciais. A conclusão a que se chega, mediante o desenvolvimento teórico alicerçado em referências especializadas na temática, é que embora não haja a adoção formal da teoria do Direito Penal do Inimigo pelo ordenamento jurídico nacional, há uma nítida influência ideológica da mesma na amostra selecionada.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Direitos e garantias fundamentais. Direito Penal do Inimigo. Leis penais. Influência.

ABSTRACT

In accordance with the Federal Constitution of 1988, Brazil is in a democratic state. All citizens are assured, without distinction, the observance of fundamental rights and guarantees, as they enshrine the importance of the human being against the state power. The restriction imposed on state and individual protection for such rights and guarantees, encompass many aspects, including criminal matters. The Brazilian Legislature, on occasion, entered the national laws foresee criminal law special disciplinary procedure or treatment tougher punitive measures aimed at certain types of criminals. The time required sociological, because society, shaped by the media, the legislator pleaded measures (in criminal matters) to the height of the crimes committed. Accordingly, he edited himself, among others, the selected sample, which are part of the law heinous crimes, the law of criminal organizations and the Law of criminal executions, specifically the institution of the Differentiated Disciplinary Regime of the body. In Germany, since the eighties, the theory of the Enemy's Criminal Law, proposed by Günther Jakobs, have enabled the differential treatment of highly dangerous criminals, which are the subjects repeated the authors of criminal conduct and which represent serious danger both to the State and to society. According to the theory, the enemies leave the status of citizens when they do certain behaviors. Deserve because, among other measures, the elimination or restriction of fundamental rights and guarantees, since people are no longer considered. The research aims at analyzing the legal texts of the sample set, in the light of fundamental rights and guarantees inscribe in the Constitution of 1988, later identified, then the potential influence of the ideology of the Criminal Law of the Enemy. Specific objectives are: to recognize the principles and characteristics that guide the democratic rule of law, especially the fundamental rights and guarantees, to identify the ideology that guides the criminal law of the enemy, giving prominence to the concept, and features some of the peculiar aspects, examine the selected sample, and the sociological, legal and ideological. It is used for both, the following methods: as a method of the inductive approach, the research will be used for sampling, since they observe specific criminal laws in order to obtain a general conclusion. As a procedural method, will use the exegetical and legal, because of the interpretative analysis of the legal provisions, aided by the dialectical opposition employed to analyze the doctrine and jurisprudence on the subject, all having as a research technique primarily research literature as indirect documentation, applied in doctrinal texts, scientific, legal and jurisprudential. The conclusion arrived at by the theoretical development grounded in specialized references on the issue, is that although there is no formal adoption of the theory of the Criminal Law of the Enemy by national law, there is a clear ideological influence of the same in the selected sample.

Keywords: Democratic State of Law. Fundamental rights and guarantees. Criminal Law of the Enemy. Criminal laws. Influence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: TRAÇANDO UM PERFIL GERAL	15
2.1 ELEMENTOS HISTÓRICOS E CONCEITO	15
2.1.1 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito.....	16
2.1.2. Aspectos conceituais	19
2.2. PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	20
2.2.1. Princípio da constitucionalidade.....	21
2.2.2. Princípio da organização democrática.....	22
2.2.3. Sistema de direitos fundamentais.....	23
2.2.4. Princípio da justiça social.....	24
2.2.5. Princípio da igualdade.....	25
2.2.6. Princípio da divisão dos poderes.....	26
2.2.7. Princípio da legalidade.....	27
2.3. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: BASE FIRMADORA.....	28
3 DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO IDEOLOGIA SOCIAL PÓS-MODERNA ..	30
3.1. BREVE COMENTÁRIO ACERCA DO DIREITO PENAL NO BRASIL.....	30
3.2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO	31
3.2.1. Tópico conceitual.....	31
3.2.2. Características	35
3.3. ANÁLISE IDEOLÓGICA.....	37
4 ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: UMA INVESTIGAÇÃO POR AMOSTRAGEM.....	43
4.1. A AMOSTRA LEGAL SELECIONADA: ASPECTOS SOCIOLÓGICOS.....	43
4.1.1. Lei de Crimes Hediondos (LCH)	44
4.1.2. Lei das Organizações Criminosas.....	46
4.1.3. Lei de Execuções Penais (LEP) e a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).....	48
4.2. APLICAÇÕES PRÁTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	51
4.3. DISPOSITIVOS DO INIMIGO: UMA QUESTÃO DE IDEOLOGIA?	57

5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

O atual panorama sócio-político observado no Brasil enaltece o Estado Democrático e Social de Direito, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 define a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito, de acordo com o seu art. 1º, *caput*.

A Carta Magna de 1988 trouxe consigo uma série de direitos e garantias que, intitulados fundamentais, destina-se a todos os indivíduos, em franca delimitação ao poder estatal de processar, julgar e punir a quem comete crime em condições submetidas à jurisdição brasileira.

Com base no exposto, a legislação brasileira infraconstitucional tem como delimitação os direitos e garantias elencados principalmente no art. 5º, e incisos, da Carta Política de 1988, aonde se busca garantir o respeito aos Direitos Humanos tidos por essenciais ou fundamentais. Assim, em tese, as leis pátrias devem obedecer e respeitar os limites ditados pela Carta Magna brasileira, visto ser papel da mesma, dentre vários outros, impor os limites do *jus puniendi* estatal.

Todavia, a edição ou alteração de algumas leis penais pelo Poder Legislativo vem levantando acalorados debates no âmbito jurídico, uma vez que o conteúdo daqueles diplomas, por serem nitidamente mais rígidos, suscita a possibilidade de estar implícita a flexibilização, ou mesmo a restrição, dos direitos e garantias fundamentais, incluindo-se os penais e processuais criminais, constitucionalmente assegurados a todos. Nessa linhagem ideológica, no cenário mundial, observa-se a proposta da teoria do direito penal do inimigo, desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs na década de 80 e vem despertando forte debate no mundo inteiro. A partir dessa constatação convém indagar: Estaria o Brasil adotando a ideologia do direito penal do inimigo? Como hipótese, indicar-se-á que, ao menos em algum aspecto, em certos dispositivos legais, é visível tal perspectiva ideológica.

Este trabalho terá como objetivo geral analisar os diplomas legais da amostra definida, à luz dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, posteriormente identificando, então, a eventual influência da ideologia do Direito Penal do Inimigo. Quanto aos objetivos específicos, são esses: reconhecer os princípios bem como das características que norteiam o Estado Democrático de Direito, mormente os direitos e garantias fundamentais; identificar a

ideologia que norteia o direito penal do inimigo, dando destaque ao conceito, características e alguns dos aspectos peculiares; examinar a amostra selecionada, quanto aos aspectos sociológicos, jurídicos e ideológicos.

A fim de concretizar os objetivos mencionados, empregar-se-á como método de abordagem o indutivo, pois será utilizada a pesquisa de amostragem, visto que se observará leis penais específicas a fim de obter uma conclusão de alcance geral. Como método procedimental, utilizar-se-á o exegético-jurídico, em virtude da análise interpretativa dos dispositivos legais, auxiliado pelo dialético, face às contraposições doutrinárias e jurisprudenciais que serão exploradas ao longo do trabalho. A técnica de pesquisa, primordialmente, a investigação bibliográfica como documentação indireta, aplicada em textos doutrinários, científicos, legais bem como jurisprudenciais.

Para tanto, tomar-se-á por base investigatória uma amostra de dispositivos legais que será selecionada, no bojo das seguintes leis: Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), da instituição do Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) e Lei dos Crimes Organizados (Lei 9.034/95).

É nesse cenário legal que se examinará eventual presença da polêmica teoria criada por Günther Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo. De acordo com a citada teoria, subsistem determinados tipos de indivíduos que de tanto delinquirem ou por se mostrarem um alto risco à sociedade ou ao Estado acabam perdendo o estado de cidadania perante o poder punitivo estatal. Logo, a esses não são aplicados os princípios, regras e garantias do Direito Penal tradicional.

Por outras palavras, o inimigo é o indivíduo que, por cometer reiteradas vezes delitos considerados de relevante gravidade ou por denotar alta periculosidade para a coletividade bem como para o ente estatal, perde o *status* de cidadão, não mais sendo àquele assegurados todos os direitos e garantias fundamentais previstos no Estado Democrático de Direito.

O criminoso, *in casu*, não é mais considerado um cidadão, pois, conforme a referida teoria, o mesmo demonstrou, por meio de sua conduta, não ser merecedor das prerrogativas inerentes a um cidadão, tendo em vista que este, embora possa cometer algum delito, não demonstra afronta suficiente ao Estado a ponto de ser considerado um não-cidadão ou inimigo.

Destacar-se-á ainda, no presente trabalho, a importância dos meios de circulação de notícias, ou seja, da mídia, que relata cotidianamente casos concretos

onde fica explícita a sensação de impunidade e insegurança da sociedade brasileira, servindo de estímulo ao Poder Legislativo na edição de leis, sem dúvidas, mais rígidas.

A presente pesquisa será conveniente e relevante, na medida em que o tema selecionado é conteúdo de inúmeras discussões na atualidade, principalmente entre os estudiosos da ciência criminal e os defensores de um pleno e autêntico Estado Democrático e Social de Direito, pois o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo tendo adotado um perfil democrático, no que diz respeito à matéria criminal, tem passado por uma série de transformações que estão tornando a ciência penal cada vez mais rígida com os indivíduos considerados um perigo à sociedade.

O trabalho monográfico em tela dividir-se-á em três capítulos, a fim de possibilitar a compreensão adequada acerca do tema exposto, onde, ao término, apresentar-se-á conclusão pertinente ao tema. No primeiro capítulo abordar-se-á a respeito do Estado Democrático de Direito, em que serão traçados seus elementos históricos, partindo do Estado de Direito, até chegar ao conceito atual de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil. Serão igualmente abordados os princípios norteadores de tal regime, enfatizando, ao término, os direitos e garantias fundamentais como bases firmadora do regime adotado pelo Brasil.

Já no segundo capítulo, depois de um breve comentário a respeito do direito penal no Brasil, adentrar-se-á ao tema central do presente capítulo, em virtude de que será conceituada a teoria do direito penal do inimigo, ao passo que se apresentará as principais características da referida teoria. Será realizada, também, a análise ideológica sobre o que pensa a doutrina brasileira quando se refere à teoria do inimigo.

No capítulo terceiro, por sua vez, selecionar-se-á a amostra legal, a fim de tratar, em primeiro momento, acerca dos aspectos sociológicos desta seleção, onde se abordarão os prováveis motivos para a edição dos diplomas legais selecionados, bem como serão definidos as áreas de atuação dos mesmos. Posteriormente, serão verificadas as aplicações práticas dos dispositivos legais que apresentam ideologia da teoria do direito penal do inimigo e, finalmente, far-se-á um sucinto estudo sistemático com base nos dispositivos que serão destacados.

É relevante ressaltar que no decorrer da pesquisa, serão registrados alguns pontos críticos bem como as divergências doutrinárias apontadas pelos operadores

do direito, quando indagados acerca da influência da teoria do direito penal do inimigo em alguns diplomas penais.

O presente trabalho tratará, conforme dito em linhas pretéritas, acerca da influência da teoria do Direito Penal do Inimigo na legislação penal brasileira, considerando-se que tal conjunto normativo, em regra e *a priori*, enquadra-se adstritamente aos princípios e postulados inerentes do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que este regime fora explicitamente asseverado pela Constituição Federal de 1988.

Buscar-se-á, pois, de maneira subsidiária, analisar se é presente ou ausente a harmonização da teoria supra, e mais especificamente da amostra escolhida, com os postulados de um Estado Democrático de Direito, como se caracteriza o Brasil, levando-se em consideração as medidas adotadas pelo Poder Legislativo brasileiro.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: TRAÇANDO UM PERFIL GERAL

2.1 ELEMENTOS HISTÓRICOS E CONCEITO

A evolução histórica do ser humano mostra que o homem sempre buscou minimizar as arbitrariedades e ilimitações do Poder Estatal, almejando a efetivação de direitos e garantias, tendo em vista que conflitos e revoluções em tempos passados marcaram o mundo de forma tão indelével que ainda hoje são constantemente citados em textos e obras históricas, a exemplo da Revolução Inglesa do século XVII bem como da Revolução Francesa de 1789, onde esta, com seus ideais iluministas baseados em igualdade, liberdade e fraternidade modificaram a maneira de pensar e agir do povo.

O atual regime democrático emergiu da intensa luta do povo contra o sistema absolutista, haja vista que a sociedade almejava a limitação das arbitrariedades cometidas pelo estado absoluto. Dalmo de Abreu Dallari (1998, p.147) traz um resumo acerca dos movimentos político-sociais que levaram ao Estado Democrático:

[...] o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689, o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Em se tratando de Brasil, a limitação do *jus puniendi* estatal foi um procedimento programático, efetivado paulatinamente ao longo das décadas e por meio das seis Constituições Federais que regeram o país, até desembocar na atual Carta Magna, vigente desde 1988, que, de acordo com o *caput* de seu artigo 1º, *in verbis*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

É oportuno, antes de desenhar o perfil do Estado Democrático de Direito pátrio, relatar brevemente acerca dos seus elementos históricos, tendo como ponto de partida o Estado de Direito.

2.1.1 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito emerge, no final do século XVIII e início do século XIX, como uma conquista dos movimentos liberais da época, pois o contexto histórico desse período afirma a transição do absolutismo para o liberalismo, uma vez que se almejava a eliminação das arbitrariedades impostas pelo regime absolutista. O liberalismo aspirava, sobretudo, desconcentrar o poder até então pertencente aos domínios do rei.

A queda do absolutismo, proporcionada, sobretudo, pelo movimento burguês, ascende o Estado de Direito. A burguesia, representada principalmente pelos comerciantes enriquecidos, mostrou-se insatisfeita com a maneira na qual o regime monárquico condizia o Estado, tendo em vista que o monarca concentrava todos os poderes em suas mãos. Este centralizava o legislativo, executivo e judiciário em suas mãos.

O Estado de Direito carrega consigo uma série de peculiaridades, as quais Alexandre de Moraes (2010, p. 05) descreve com propriedade

[...] caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2), sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.

Infere-se, da citação acima, que há uma submissão máxima aos termos da Lei, onde todos, inclusive o ente estatal, deviam atuar em total subordinação ao

império da legalidade. Num Estado de Direito admite-se somente medidas em conformidade às normas preexistentes.

A subordinação à lei, contudo, tornou-se extrema, visto que não eram observadas as reais necessidades sociais, em virtude de existir uma lei absoluta, onde tudo deveria ser previamente estabelecido por esta. O Estado de Direito foi, especialmente, um regime puramente legalista.

Embora existisse a enunciação e garantia dos direitos individuais, o modelo de Estado de Direito tornou-se insuficiente. Um dos principais motivos para o fracasso de tal molde foi o fato do poder estatal não atender aos anseios sociais, haja vista estar atrelado rigorosamente ao princípio da legalidade, permanecendo inerte quanto às necessidades sociais.

A desmedida legalidade, onde apenas era relevante seguir o que predeterminava a lei, culminou em revoltas sociais, na medida em que para a sociedade da época, apenas o reconhecimento de alguns direitos não era o bastante. Era necessário sim, que as medidas fossem baseadas em lei, mas que esta atendesse aos desejos da sociedade.

A derrocada do absolutismo com a submissão aos termos da Lei não foi fator satisfatório para a sociedade, que carecia, também, de melhores condições de sobrevivência. Logo surgiram novas reivindicações, objetivando melhores condições de vida, no que diz respeito a trabalho, saúde e educação, dentre vários, revelando-se por meio de movimentos sociais na busca do estabelecimento de um bem-estar social, como bem expressa Lucas Verdú (*apud* José Afonso da Silva, 2005, p.115):

[...] o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

Assim, a ideologia socialista, inspiradora de movimentos sociais, obriga o Estado a contemplar o bem-estar social, onde este intervém promulgando leis de cunho social. Ou seja, o Estado de Direito transfigura-se para Social de Direito, na medida em que há, doravante, a observância, pelo ente estatal, de previsão legal que atendesse os direitos sociais.

A antevisão de direitos sociais pelo Estado trouxe condições de vida mais favoráveis para o povo. Não incluiu, todavia, a participação destes na atividade política, na coisa pública.

O Estado Democrático, que traz como principal característica o predomínio da vontade popular, surge como consequência da referida ausência participativa da sociedade nas decisões da coisa pública, pois o Estado Social de Direito não foi garantidor de soberania popular, nem tampouco de legitimidade do exercício do poder político pelo povo.

A participação na política, por si só, não foi fator bastante para garantir a real participação do povo no processo político. É partindo da concepção até aqui exposta que surge o Estado Democrático de Direito, conforme sintetizam Lucas Verdú e Elias Diaz (*apud* José Afonso da Silva, 2005, p.118):

[...] a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que se instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos *rendimento da produção*.

O passar do tempo demonstrou que a população não quis apenas extirpar o regime absolutista, nem tampouco ter somente direitos reconhecidos, ou uma mera participação na atividade política. Ansiou, não obstante, integrar efetivamente nas decisões da coisa pública.

A partir da qualificação do Estado em Democrático de Direito, há a primazia da vontade do povo, que se torna soberana ante a limitação do poder estatal, haja vista haver a tutela à liberdade civil bem como aos direitos humanos fundamentais.

No que diz respeito ao Brasil, a Constituição Federal de 1988, conforme já afirmado, expressou, no *caput* do art. 1º, que o país “[...] constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. Consagrou, nessa ocasião, o regime que passaria, doravante, a reger a República Federativa do Brasil, qual seja, o sistema Democrático de Direito, uma vez que não há apenas um desprezioso compromisso de compor tal Estado, pois a Carta Magna já o estabelece e o institui.

2.1.2. Aspectos conceituais

O regime doutrinado a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, individualiza um novo panorama no Brasil, haja vista implementar um sistema que prima, preponderantemente, por uma efetiva participação do povo no processo político, bem como pela limitação estatal aos ditames de uma Constituição, onde esta é reverenciadora dos direitos e garantias fundamentais assegurados à pessoa humana. É o que a Carta Política denomina Estado Democrático de Direito.

Buscar uma definição formada acerca do Estado Democrático de Direito não é tarefa das mais simples, pois é sabido que o mesmo é fruto, embora com características novas, do Estado Democrático e do Estado de Direito, como bem se deflui das palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 119):

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.

Logo, no Estado Democrático de Direito leva-se em consideração não apenas à obediência aos rigores da lei, como num Estado de Direito, mas também a vontade soberana da população, até mesmo porque é esta quem detém o verdadeiro poder, conforme manifestação expressa do Estado Democrático, em virtude do que dispõe o parágrafo único do artigo 1º da CF/88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A soberania popular, juntamente com a submissão a uma Lei Maior, são componentes observados na formação de um Estado Democrático de Direito. Não são os únicos, todavia, uma vez que há outros elementos de similar importância, pois que há, ainda, a previsão de “normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais” (MORAES, 2010, p. 06).

A democracia, expressão que significa “governo do povo”, foi consolidada no Brasil ao aniquilar o autoritarismo outrora vigente. A legitimidade do poder, a partir de então, pertence ao povo, que o exerce diretamente, ou por meio de seus representantes, como bem expressa Temistocle Martines (*apud* Marcelo Novelino, 2009, p. 340):

[...] o ordenamento jurídico consagra uma série de institutos que introduzem o povo no governo do Estado, seja diretamente (*democracia direta*: plebiscito e referendo), seja por meio de representantes (*democracia indireta*), ou, ainda, permitindo-se a cidadãos ligados a associações e partidos diversos que participem da vida do Estado e concorram a cargos políticos (*democracia pluralista*).

Assim, o Estado Democrático de Direito é o regime que estabelece o povo como sendo o detentor soberano de todo o poder, havendo ampla participação popular nas decisões políticas, por meio do sistema eleitoral periódico, universal e secreto, em que a população influencia diretamente nas decisões do Estado.

Há, ainda, a promulgação de uma Constituição que limita a atuação estatal, o autoritarismo e a concentração do poder, além de estabelecer, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de direitos e garantias fundamentais, aos quais elencam uma série de mecanismos consolidadores do princípio democrático.

2.2. PRINCÍPIOS NORTEADORES

A instituição do Estado Democrático de Direito pela Carta Maior de 1988 veio contemplada de uma série de princípios que denotam a característica do regime adotado pela Lei Maior brasileira. É oportuno salientar que os princípios são cercados de alto grau de abstração bem como de considerável carga valorativa, visto que fundamentam inúmeras conjecturas ou suposições.

A doutrina brasileira elenca os principais preceitos verificados no Estado Democrático de Direito brasileiro, a exemplo do doutrinador José Afonso da Silva (2005). Cabe aqui destacar alguns. São eles: o princípio da constitucionalidade; da organização democrática; do sistema de direitos fundamentais; da justiça social; da igualdade; da divisão dos poderes; e, por fim, da legalidade.

É interessante tecer sucintos comentários acerca de cada um dos fundamentos citados no parágrafo acima.

2.2.1. Princípio da constitucionalidade

O princípio da constitucionalidade estabelece, como fator primordial ao Estado Democrático de Direito, o dever de vinculação deste a uma norma fundamental superior, com elevada carga valorativa, denominada Constituição.

No Brasil, temos a Constituição Federal de 1988, originada a partir da vontade popular, que se manifestou, por meio de seus representantes, para a elaboração de um documento munido de supremacia, na medida em que o ordenamento jurídico nacional, a partir de então, passaria a obedecer ao disposto na Carta Maior do país.

O doutrinador José Afonso da Silva (2005, p. 122) descreve com maestria acerca do assunto:

princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional.

Percebe-se, então, que o princípio em foco deixa explícita a importância de haver um Texto Supremo, dotado de superioridade, sendo indicador da vontade da maioria, carregando consigo a limitação das arbitrariedades do Poder Estatal, sempre em busca de consolidar os direitos dos seres humanos.

A supremacia da Constituição é explanada por Dalmo de Abreu Dallari (1998, p.203), ao dizer:

Não está, portanto, superada a necessidade de se preservar a supremacia da Constituição, como padrão jurídico fundamental e que não pode ser contrariado por qualquer norma integrante do mesmo sistema jurídico. As normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia, não sendo admissível a existência, no mesmo Estado, de normas que com elas concorram em eficácia ou que lhes sejam superiores. Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta que

Ihes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema.

Nestes termos, a Constituição Brasileira de 1988, expressão máxima do postulado em discussão, localiza-se acima de todos, incluindo-se aqui os governantes bem como o Estado, aonde deve ser, indistintamente, observadas as disposições legais constantes naquela.

2.2.2. Princípio da organização democrática

O princípio da organização democrática, igualmente denominado princípio democrático, tem por pressuposto o governo do povo, onde este, soberanamente, é a fonte de todo o Poder.

Na época de Grécia e Atenas, a democracia era direta, ou seja, os cidadãos reuniam-se em praças públicas, chamadas ágoras, a fim de discutir e resolver as questões mais relevantes do governo local.

Sabe-se, contudo, que o crescimento populacional, acompanhado do desenvolvimento das cidades bem como da complexidade dos problemas sociais, impossibilitaram a consolidação da democracia direta, como aconteciam nas citadas cidades.

A democracia representativa, na qual há o sistema de eleições livres, diretas e secretas, onde os cidadãos escolhem seus representantes para o exercício das decisões do Estado, veio como alternativa a manutenção do regime democrático.

No Brasil, a Carta Magna funda-se no princípio democrático, haja vista o que dispõe o preâmbulo e o já comentado parágrafo único do artigo 1º. Logo, o poder procede da população, pois é esta quem decide, por meio de seus representantes, a direção do governo.

O sistema de democracia que optou o Brasil é conhecido por democracia semidireta ou participativa. Nesta, além de existir a escolha, por meio do sufrágio universal, livre e periódico, dos representantes da população, há também o envolvimento direto da sociedade através dos mecanismos de participação popular,

previstos no art. 14 da Carta Política, que prevê o plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Assim, o princípio democrático institui o povo como o proprietário de todo o poder, nos moldes de uma Lei Maior.

2.2.3. Sistema de direitos fundamentais

É sabido que o ser humano buscou a consolidação da limitação do poder do Estado por meio de mecanismos que certificam os direitos reconhecidos àqueles. Fala-se em restrição, aos ditames Estatais, determinada pela soberania popular.

A previsão de direitos fundamentais ressalta a importância do ser humano no processo evolutivo constitucional, uma vez que a Carta Magna trouxe, em seu corpo, uma série de normas inerentes ao ser humano, em que estas devem ser efetivamente reconhecidas, de modo indistinto, além de respeitadas, em virtude de carregar consigo regras conquistadas pela sociedade ao longo do tempo, conforme exposto.

A expressão “fundamentais” aparece justamente para ressaltar a importância e imprescindibilidade de tais direitos. São previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, abarcando os direitos e Deveres Individuais e Coletivos; os Direitos Sociais; a Nacionalidade; os Direitos Políticos; e os Partidos Políticos.

Alexandre de Moraes (2000, p. 39) expõe uma definição acerca dos direitos humanos fundamentais, auxiliando na compreensão do que são os direitos fundamentais. Vejamos o que o mesmo escreveu:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Mais à frente, Alexandre de Moraes (2000, p. 40) explana sobre a definição dada pela Unesco acerca do tema:

A Unesco, também definindo genericamente os direitos humanos fundamentais, considera-os por um lado uma proteção de maneira institucionalizada dos Direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para se estabelecerem condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (les dimensions internationales des droits de l'homme. Unesco, 1978, p.11)

Conclui-se, assim, que os direitos fundamentais podem ser compreendidos como prerrogativas jurídicas intrínsecas ao homem, na medida em que devem sempre ser observadas, haja vista tratar de situações consideradas indispensáveis, sem as quais a pessoa humana, considerada individual ou coletivamente, não se realiza.

Os direitos fundamentais são medidas conquistadas pela soberania popular na busca da limitação do poder estatal, visando efetivar direitos indispensáveis à vida digna do ser humano. É salutar comentar que os destinatários dessas normas são tanto a sociedade como também o Estado, na medida em que, na grande maioria das vezes, limita-se o exercício deste em prol da liberdade humana.

2.2.4. Princípio da justiça social

O princípio da justiça social é fundamentado na necessidade de se garantir, sem distinções, uma existência digna, em que as condições para uma vida saudável sejam possibilitadas a todos, na medida em que, de acordo com a Carta Constitucional, qualquer pessoa deve ter sua dignidade respeitada.

O postulado em análise manifesta-se na Constituição Federal de 1988, embora não explicitamente, conforme se interpreta das disposições constantes nos artigos 170, *caput*, quando diz “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” e 193, quando se refere ao “bem-estar e a justiça sociais”.

Numa leitura mais atenciosa percebe-se que a ordem econômica, o trabalho humano, a livre iniciativa e a existência digna atuam em prol da justiça social, denotando então a importância que esta exerce no Estado brasileiro. O preceito da justiça social cobiça a igualdade de condições entre os seres humanos, ao

desestimular qualquer tipo de exclusão ou discriminação aos cidadãos, principalmente daqueles em condições mais precária de sobrevivência, assim como estimula a igualdade de oportunidade a todos, fomentando, se não a eliminação, mas pelo menos uma redução considerável dos desequilíbrios por que passa uma sociedade.

Portanto, por meio da justiça social almeja-se que o poder estatal não só garanta, como também fomente e promova a diminuição das disparidades sociais, maximizando a igualdade, em termos de dignidade e liberdade, que deve haver entre todos.

2.2.5. Princípio da igualdade

A Carta Magna de 1988, ao declarar, tanto no *caput* do artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, quanto no inciso I do mesmo dispositivo, afirmando que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, consagrou o princípio da igualdade. Porém, o que vem a ser tal postulado?

Vivente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 115), discorrendo sobre o tema, asseveram que:

O princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador do direito (igualdade na lei e igualdade perante a lei).

A *igualdade na lei* tem por destinatário precipuo o legislador, a quem é vedado valer-se da lei para estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que mereçam idêntico tratamento, enquanto a *igualdade perante a lei* dirige-se principalmente aos intérpretes e aplicadores da lei, impedindo que, ao concretizar um comando jurídico, eles dispensem tratamento distinto a quem a lei considerou iguais.

Infere-se, pois, que a igualdade prevista constitucionalmente não é meramente formal, onde apenas há a previsão legal de tratamento igualitário destinado a todos. É, sobretudo, uma isonomia material, na medida em que se busca, por meio do princípio em tela, aniquilar com a desigualdade porventura

existente, tendo em vista que o Estado deve tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na grandeza de suas desigualdades. A Constituição desejou, quando estabeleceu o princípio da igualdade, que essa fosse material.

Ou seja, a igualdade do tipo material, também chamada de substancial, leva em consideração os aspectos pessoais de cada caso concreto, além de examinar as distinções dos diversos grupos. Proporciona, então, uma efetiva isonomia ao tratar, desigualmente, situações que devem ser assim analisadas, bem como tratar de modo similar aspectos igualitários.

Por outras palavras, o poder estatal, bem como a lei, deve encontrar mecanismos compensatórios a fim de que, efetivamente, todas as pessoas sejam tratadas por igual, de acordo com as necessidades de cada um, visando sempre o equilíbrio de todos.

2.2.6. Princípio da divisão dos poderes

O princípio da divisão ou separação dos poderes remonta à Antiguidade Grega, uma vez que Aristóteles, ao publicar, na época, a obra intitulada "Política", apontou a existência de três poderes desempenhados pelo poder soberano. Tais poderes correspondem, na atualidade, ao legislativo, executivo e judiciário.

Tempos depois, precisamente século XVIII, Montesquieu, no livro *O espírito das leis*, aperfeiçoou as afirmações de Aristóteles, "dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano" (LENZA, 2010, p. 397).

A teoria, iniciada por Aristóteles e refinada por Montesquieu, ficou bastante difundida como sendo a "tripartição dos Poderes", onde cada órgão exerceria apenas sua respectiva função de maneira autônoma e absoluta, sem haver interferência dos outros poderes. A separação era rígida.

É conhecido por todos que a Lei Maior brasileira assegura, em seu art. 2º, a separação e independência dos poderes, ao enunciar que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e o Judiciário". Adotou, deste modo, o sistema de divisão dos poderes.

O Brasil, todavia, assim como a maior parte dos Estados Modernos, moderou a adoção, optando pela separação flexível dos poderes, pois a divisão absoluta, na prática, manifestou-se inviável. O que existe atualmente são as funções típicas e atípicas de cada Poder, ou seja, “[...] cada poder termina por exercer, em certa medida, as três funções do Estado: uma em caráter predominante (por isso denominada *típica*), e outras de natureza acessória, denominadas *atípicas* (porque, em princípio, são próprias de outros poderes)” (PAULO e ALEXANDRINO, 2010, p. 413).

Portanto, no Brasil existe a separação flexível dos poderes, já que há o legislativo, o executivo e o judiciário, todos independentes, mas também harmônicos, conforme taxa a Lei Maior, onde para cada um subsiste, além da função típica, a atípica, sendo que esta se assemelha às funções típicas dos outros poderes.

2.2.7. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, tido por referência expressa do Estado de Direito, impede qualquer ato arbitrário, ou desconforme à lei, praticado pelo poder estatal, pois garante à sociedade o direito de rechaçar o que lhes seja imposto autoritariamente, ou seja, sem previsão em lei.

O artigo 5º, inciso II, da Lei Fundamental brasileira, prevê o postulado em comento, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

É importante salientar que a interpretação do dispositivo legal destacado tem um significado para o particular, e outro para a administração pública. De acordo com Pedro Lenza (2010), para os particulares, o princípio da legalidade significa dizer que nas relações particulares é plausível fazer tudo que a lei não proíbe, pois a ausência de lei proibitiva de determinada conduta significa dizer ser admitida a mesma.

Já para o Poder Público, o princípio da legalidade implica dizer que este somente pode realizar aquilo que a lei expressamente permite, onde é vedado à administração atuar na ausência ou em contrariedade à norma.

Em um Estado Democrático de Direito, conforme constitui o Brasil, este princípio apresenta grande valia, uma vez que garante ampla liberdade ao povo, ao passo que restringe e limita o poder do Estado ao que é previsto na lei.

2.3. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: BASE FIRMADORA

Sabe-se que a instituição do Estado Democrático de Direito, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, impôs a fixação dos chamados “direitos e garantias fundamentais”, em que a Lei Fundamental reconheceu uma série de direitos e garantias inerentes ao ser humano, onde estas devem ser sempre observadas, visto que representam as conquistas do povo frente às arbitrariedades e ilimitações estatais, tornando-os livres, dignos e iguais.

Os direitos e garantias fundamentais são considerados essenciais à convivência, realização bem como a sobrevivência digna do ser humano, na medida em que representam as conquistas deste em detrimento do poder arbitrário do Estado. Devem, pois, serem considerados bem como respeitados em qualquer circunstância.

Deste modo, o Poder Estatal brasileiro submete-se aos ditames da lei, onde esta limita aquele por meio de uma Constituição Federal, que expressa dentre vários assuntos, os direitos e garantias fundamentais, na medida em que os mesmos tutelam a liberdade individual do ser humano em face do arbítrio estatal, além de submeter este ao império da lei, conforme falado.

É de relevante monta destacar a distinção entre direitos e garantias fundamentais, diferença essa realizada pelo português Jorge Miranda (2000, p. 95) ao afirmar:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nela se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção juracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 95/96), também discorrendo sobre as distinções entre direitos e garantias, asseguram que:

Os direitos fundamentais são bens em si mesmo considerados, declarados como tais nos textos constitucionais.

As *garantias fundamentais* são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumento de proteção dos direitos fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais.

Assim, a Constituição Federal de 1988 torna segura a efetivação de tais direitos e garantias, em que “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos” (LENZA, 2010, p. 741).

O art. 5º da Lei Máxima nacional esta dentre um dos mais importantes do texto constitucional, na medida em que trata dos *direitos e deveres individuais e coletivos*, manifestados por aspectos que limitam as arbitrariedades do Estado face aos indivíduos que compõe a soberania popular, pois expressa direitos e garantias conquistados por esses últimos.

Esses direitos, todavia, devem ser reconhecidos de maneira eficaz, e não apenas formal, tendo em vista que devem ser real e materialmente efetivados.

A abrangência dos direitos e garantias fundamentais abarca vários aspectos, inclusive matéria penal e processual penal que, por sua vez, elevou a princípios, a exemplo do contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); do juiz e promotor natural (art. 5º. LIII); do estado de inocência (art. 5º, LVII), dentre outros. Esses e outros princípios garantem a todos, indistintamente, um devido processo legal (art. 5º, LIV), excluindo arbitrariedades e ilimitações do poder punitivo estatal.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO IDEOLOGIA SOCIAL PÓS-MODERNA

3.1. BREVE COMENTÁRIO ACERCA DO DIREITO PENAL NO BRASIL

A Constituição Republicana de 1988 garante ao ser humano praticar tudo aquilo que não seja vedado em lei, conforme estabelece o art. 5º, II, da Carta Magna. Por outras palavras, o homem carrega consigo uma ampla liberdade na realização de suas condutas, haja vista poder, por regra, realizar os comportamentos não vedados em lei.

Esse comportamento, todavia, não é absoluto, haja vista existir a necessidade de restrição, pois algumas práticas são prejudiciais à preservação e desenvolvimento da sociedade. Há, assim, as proibições prévia e legalmente definidas.

A restrição acima exposta manifesta-se, geralmente, por regulações ou mesmo proibições impostas ao ser humano. O Direito tem justamente esse papel, qual seja, regulamentar as diversas condutas humanas em busca da paz social.

O Direito Penal, por sua vez, tem a finalidade de tutelar os bens indispensáveis à sobrevivência da sociedade, uma vez que esse ramo jurídico objetiva “tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito” (GRECO, 2008, p. 4).

A característica do Direito Penal é ser uma ciência de *ultima ratio*, tendo em vista tratar de coibir as condutas que os demais ramos não foram eficazes na proteção.

A limitação a qual se referiu é realizada, no Estado brasileiro, não apenas pelo Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, mas também por diversas leis criminais extraordinárias.

Nesses termos, o direito criminal brasileiro é caracterizado pela previsão legal de condutas proibitivas ao homem, em que se veda a realização de comportamento tido como criminoso a fim de preservar a paz social. A titularidade do *jus puniendi* pertence ao Estado, em virtude da abolição de qualquer forma de vingança privada.

O ente estatal exerce, então, o direito de punição às condutas delituosas praticadas pelo homem.

O direito penal brasileiro obedece, por regra, todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Constitucional, na medida em que estes são oriundos das conquistas do homem frente ao poder estatal, onde o Estado Democrático de Direito brasileiro tutelou, como condição indispensável, os referidos direitos.

Logo, a ciência penal respeita, sobretudo, o artigo 5º e incisos da Constituição Federal de 1988, por tratar dos direitos e garantias individuais. Considera-se, por fim, que o direito criminal brasileiro é um direito penal do fato, pois se pune de acordo com a conduta proibida que fora realizada e previamente vedada na lei, uma vez que "não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal", conforme preceitua o artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

3.2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.2.1. Tópico conceitual

A matéria penal sempre foi rotulada como sendo um dos temas mais interessantes do mundo jurídico, uma vez que basicamente busca, por meio de medidas punitivas manifestadas por sanções impostas pelo poder punitivo estatal, resguardar a sociedade e reprimir todos os tipos de delitos.

No Brasil, observou-se que com o passar dos anos a legislação criminal tornou-se mais rígida e severa, em que as sanções culminadas pelas leis penais manifestam o endurecimento e repressão mais acentuados em face de delitos que causam mais repúdio à sociedade.

Nos dias atuais, a população brasileira vem demonstrando uma constante e crescente sensação de impunidade, vez que criminosos de alta periculosidade são autores de delitos cada vez mais bárbaros, como vem sendo noticiado e difundido pelos modernos sistemas de comunicação. Ademais, os veículos de circulação de notícias divulgam diariamente condutas criminosas, praticadas por indivíduos muitas

vezes de alta periculosidade, que causam repúdio perante a sociedade. Esta cobra do Estado, bem como do Legislativo, medidas que desestimulem o cometimento de crimes bárbaros.

Nota-se que o Poder Legislativo tenta amenizar a insegurança sofrida pelos brasileiros, trazendo como resposta a adoção de medidas cada vez mais severas, a fim de punir com mais rigor os delitos cometidos por criminosos considerados perigosos.

Tem-se, por exemplo, a edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072 de 1990), da lei contra as organizações criminosas, denominada Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034 de 1995), bem como da instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido por RDD, no corpo da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210 de 1984). Pergunta-se, todavia: Qual a inspiração, embora implícita, para a edição de leis ou dispositivos legais considerados mais rígidos?

Nesse aspecto, uma teoria ainda recente, denominada direito penal do inimigo, surge na matéria penal em sentido *lato* a fim de, principalmente, relativizar ou mesmo suprimir alguns dos tão citados direitos fundamentais, sejam eles materiais ou processuais.

Há algumas décadas, mais precisamente nos anos 80, um jurista alemão, Günther Jakobs, trouxe a lume essa teoria que representa motivo de grande polêmica até a atualidade, intitulada "Direito Penal do Inimigo", sendo os seus seguidores reconhecidos pela crítica, pejorativamente, como "inimigos do direito penal".

Resumidamente, segundo Jakobs (2010) em seus postulados teóricos, existem dois tipos de direitos penais. O primeiro, direito penal do cidadão, tem por destinatários todos aqueles seres humanos considerados cidadãos, ou por melhores palavras, visa reprimir as pessoas que, embora tenham infringido a lei, dão a garantia de que não se encontram à margem do estado de cidadania em que se vive. A estas são assegurados, *a priori*, todos os direitos e garantias fundamentais intrínsecos à condição de cidadãos.

Em contrapartida, a segunda espécie de direito penal é o que o Günther Jakobs (2010) denomina direito penal do inimigo, esse sim reservado aos criminosos que, de tanto cometerem delitos considerados graves, acabam por não mais receberem o título de cidadãos, tendo em vista que não mais usufruem dos privilégios atinentes ao conceito de pessoa social, não mais carregando, por

conseqüência, os direitos e garantias fundamentais inerentes a qualquer estado de cidadania.

Luís Flávio Gomes (2004) faz uma distinção entre direito penal do cidadão e do inimigo, ao dizer que:

De acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. 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 se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

Nas próprias palavras de Jakobs (2010, p. 40) “o estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”.

Vê-se, portanto, que há uma nítida distinção entre pessoas e inimigos. Os primeiros são uma prerrogativa ou um *status* que é atribuído ao ser humano, sendo os segundos os indivíduos que abandonam os ditames do ordenamento jurídico, ou seja, do direito. O ser humano, nesses moldes, pode ter tanto a qualificação de *pessoa*, como também de *inimigo* ou *indivíduo*.

É relevante destacar o que afirmou Günther Jakobs (2010, p. 34) acerca do inimigo, ao dizer que:

Pretende-se combater [...] a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso de delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo) [...] se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.

Denota-se, então, que o direito penal, sob o aspecto do inimigo, traz a possibilidade efetiva de relativização ou mesmo supressão de alguns dos principais

direitos e garantias fundamentais do ser humano, tendo em vista ser esta medida necessária e suficiente para imposição de pena que se equipare a gravidade da conduta delitiva cometida pelo indivíduo.

Não é qualquer conduta delituosa, contudo, que é abarcada pela teoria em comento. É imprescindível ter, além da conduta grave e repudiada pela sociedade, a certeza de que o agressor não mais goza do *status* de pessoa, ou seja, “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal” (JAKOBS, 2010, p. 43).

Assim, não é o simples fato de um ser humano cometer determinada conduta delituosa, ou seja, um tipo penal grave, que necessariamente ele será considerado um inimigo. Será, sim, tido por inimigo quando o mesmo demonstrar que vive a margem da cidadania, ao cometer repetidas condutas delituosas ou representar uma fonte de perigo para o Estado, conforme afirma Damásio de Jesus (2008): “inimigo é todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, apontando como exemplo maior a figura do terrorista”.

É oportuno ressaltar que assim como os terroristas, são exemplos de inimigos, segundo os defensores da teoria, os criminosos econômicos, os autores de delitos sexuais (estupro), os membros do crime organizado, dentre outras infrações criminais tidas por perigosas.

O inimigo pode realizar uma conduta delituosa que represente perigo ao Estado ou praticá-la de maneira reiterada, visto que o delito cometido bem como a reiteração persistente de conduta criminal tida como grave pelo Estado são fatores determinantes para que se considere um indivíduo como inimigo. A este, de acordo com Jakobs (2010), não pode ser dispensada as mesmas prerrogativas e também privilégios garantidos àqueles que se encaixam dentro do conceito de pessoa. O ente estatal não deve tratar como pessoa quem não presta a garantia de permanecer nesta prerrogativa.

Quanto aos inimigos, Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 18) prescreve:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele só é considerado sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a idéia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são

privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixam de ser considerados pessoas [...].

Percebe-se que a negação da condição de pessoa é indispensável na configuração do ser humano como um inimigo, haja vista tratar de indivíduos que optaram por viver à margem do estado de cidadania.

O direito penal do inimigo, como a própria denominação afirma, é uma teoria que trata fundamentalmente de indivíduos considerados não-cidadãos, sendo assim compreendidos todos aqueles que, pelo comportamento e modo de vida incompatível com o estado de cidadania, perdem o status de cidadãos perante o poder punitivo do Estado. Perda essa que tem por consequências, como serão mostradas doravante, medidas penais mais rigorosas.

Logo, impõe-se a ilimitação do *jus puniendi* estatal, tendo em vista que o criminoso inimigo perde, principalmente, as garantias penais e processuais penais as quais um delinquente que, ainda considerado cidadão, carrega consigo.

3.2.2. Características

O direito penal do inimigo, conforme exposto, é uma teoria levantada pelo penalista alemão Günther Jakobs, onde o mesmo busca, basicamente, demonstrar que há determinados tipos de seres humanos que não merecem, pela periculosidade apresentada, a prerrogativa de cidadão, sendo medida necessária, assim, relativizar ou mesmo suprimir os direitos e garantias fundamentais destes, a fim de garantir o poder punitivo do Estado.

Manuel Cancio Meliá (2010, p. 90) aborda algumas das principais características do direito penal do inimigo conforme a concepção de Jakobs, ao dizer que:

O Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, 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 da punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena

cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Do exposto acima, retira-se alguns pontos-chave que são dignos de sucintos comentários.

O primeiro deles é o adiantamento da punibilidade, que, em outros termos, significa uma sanção imposta por um delito que ainda não foi cometido, ou seja, há a antecipação do *jus puniendi* estatal contra seres humanos que apresentam um elevado grau de periculosidade ou que representam uma fonte de perigo ao Estado.

Assim, não se espera a conduta delituosa para que haja a punição em face do inimigo, na medida em que, pelo fato deste representar um perigo à paz social, deve ser previamente combatido. É, pois, um direito penal do autor, tendo em vista que a sanção é imposta pelo perigo que o indivíduo representa, e não por um ilícito penal cometido pelo mesmo.

Günther Jakobs (2010, p. 36) esclarece a questão, ao afirmar:

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

O ente estatal pune o ser inimigo pela ameaça, em potencial, que o mesmo representa tanto àquele quanto à sociedade. Diferentemente é o que se verifica no direito penal tradicional, onde é levada em consideração, primeiramente, a conduta delituosa praticada pelo agente, e não o perigo que o mesmo representa ao Estado, pois naquele não se pune meros pensamentos, ou seja, é um direito penal do fato, na medida em que se pune pela realização da conduta proibida.

O segundo termo relevante é a desproporcionalidade da pena, tendo em vista que, embora seja um direito considerado prospectivo (onde este é caracterizado pela antecipação da punibilidade, conforme comentado), a punição ao inimigo antes da realização da conduta delituosa não o exime de uma sanção rígida e severa, haja vista não deixar de ser uma fonte de perigo para o Estado, pois o mesmo deve ser previamente interceptado.

A pena é aplicada em razão do perigo representado pelo indivíduo, e não por um fato delituoso que o mesmo cometeu. Sob essa justificativa, não se atenua a

punição mesmo quando o inimigo é impedido, pelo *jus puniendi* estatal, de praticar o delito.

Há a penalização em conformidade com a periculosidade apresentada pelo indivíduo, embora não haja consumação ou sequer tentativa da prática delituosa. Sob essa ótica, Luis Garcia Martín (2007, p. 88) preleciona:

A criminalização de condutas no âmbito prévio, isto é, a punibilidade de atos preparatórios antes referida, não seria acompanhada de nenhuma redução da pena com relação à fixada para os fatos consumados ou tentados, valorando como perigoso o ato preparatório realizado nessa esfera prévia.

Percebe-se que a pena é tida desproporcional se levar em consideração a interrupção prévia do Estado. Já se for analisado a ótica do direito penal do autor, a sanção equipara-se a fonte de perigo que o indivíduo representa.

O terceiro ponto-chave diz respeito à possibilidade de restrição, ou mesmo supressão, das garantias processuais para assegurar punição ao inimigo.

A limitação ou supressão das garantias e direitos processuais é uma particularidade eloquente da teoria do inimigo penal, seja por ser uma medida extrema a ser realizada, seja por restringir a eficácia dos direitos fundamentais assegurados a todos.

O relevante para o ponto em foco é o fato de o penalista alemão Günther Jakobs defender a real e concreta possibilidade de que alguns dos direitos e garantias fundamentais, de âmbito material ou processual, serem relativizados ou suprimidos, como medida necessária para combater e neutralizar os indivíduos tidos por inimigos, uma vez que “[...] o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos” (JAKOBS, 2010, p. 28).

Nota-se que a bandeira máxima levantada pela teoria trazida por Jakobs é justamente a relativização dos direitos e garantias fundamentais; cujo propósito é a eliminação da fonte de perigo, representada pelo inimigo. As características que por aqui desfilaram, caso inseridas em um ordenamento jurídico, revelam a adoção do direito penal do inimigo no seu perfil normativo.

3.3. ANÁLISE IDEOLÓGICA

O direito penal do inimigo, conforme já exposto, é uma teoria levantada pelo alemão Günther Jakobs na década de 80, onde ficou conhecida por possibilitar, dentre outros fatores, a relativização dos direitos bem como das garantias fundamentais, sejam elas de âmbito material ou processual, aos seres humanos que não mais são considerados pessoas, e sim inimigos.

A doutrina trazida a lume por Jakobs não representa um tema inédito no mundo jurídico, pois se observa que há precursores filosóficos que dissertaram acerca do assunto bem antes do penalista alemão, a exemplo de Rosseau e Fichte, onde ambos já haviam, outrora, discorrido sobre a questão, como se aduz das afirmações dos próprios Rosseau e Fichte (*apud* Günther Jakobs, 2010, p. 24-25):

Afirma Rosseau que qualquer <<malfeitor>> que ataque o <<direito social>> deixa de ser <<membro>> do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A conseqüência diz assim: <<ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão>>. De modo similar, argumenta Fichte: <<quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos>>.

A concepção destacada foi considerada, por Jakobs, radical, na medida em que todo delinquente, sob a ótica acima, é tido por inimigo. Diferentemente é a visão de Immanuel Kant e Thomas Hobbes, pois estes se posicionam, de acordo com Günther Jakobs (2010, p. 28), no sentido de haver um direito penal para o cidadão e outro para o inimigo, conforme se aduz das seguintes palavras:

[...] na posição de Kant não se trata como pessoa quem <<me ameaça...constantemente>>, quem não se deixa obrigar a entrar em um estado de cidadão. De maneira similar, Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhece um Direito Penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa.

Vê-se, pois, que a ideologia do inimigo levantada por Günther Jakobs já havia sido suscitada, embora sem a mesma nomenclatura, por grandes pensadores do universo jurídico.

Quando se indaga acerca do que pensa a doutrina brasileira sobre o direito penal do inimigo sugerida por Günther, percebe-se que, embora haja divergência, a grande maioria crítica a proposta de Jakobs, baseando-se, principalmente, no fato de que o Brasil ter por característica primordial a constituição em um Estado Democrático de Direito. Nestes termos, Admaldo Cesário dos Santos (2009, p. 26) assevera:

O problema encontrado no modelo punitivo proposto reside na figura conceitual que o penalista denomina de inimigo, visto que, em seu ângulo de visada, tal conceito passa a incidir sobre aquele que abandonou os ditames do direito, ao assumir um comportamento desconforme o comando normativo. O que faz com que o conceito de inimigo torne-se uma denominação que passa a assumir características totalmente questionáveis, sobretudo se levados em consideração determinados aspectos garantistas do Estado Democrático de Direito.

Outro jurista que discorre comentários críticos sobre o direito penal do inimigo é Luís Flávio Gomes (2005), para quem se devem, sobretudo, serem respeitados os princípios constitucionais e democráticos, como garantia de um direito penal do fato, ou seja:

Quem sustenta o chamado "Direito penal "do inimigo (que é uma espécie de "direito emergencial"), na verdade, pode ser caracterizado como um grande inimigo do Direito penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito penal excepcional, contrários aos princípios liberais acolhidos pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Da mesma forma, Francisco Sannini Neto (2009), em artigo publicado no *sítio* do Luís Flávio Gomes, aborda algumas críticas realizadas por aqueles que se opõe a doutrina do inimigo. Vejamos:

Em um Estado Democrático de Direito não se pode vislumbrar a possibilidade de um indivíduo ser tratado como objeto de direito e não como sujeito de direito. Da mesma forma, tratar um criminoso como inimigo, suprimindo-lhe garantias como contraditório, a ampla defesa e o devido processo penal legal, é totalmente inconstitucional. Os direitos fundamentais consistem em uma conquista da humanidade, que deve ser protegida, promovida e até melhorada pelo Estado. Seria um retrocesso a limitação de direitos fundamentais simplesmente com o objetivo de punir mais facilmente aqueles que violarem as leis. Agindo dessa forma, cria-se um verdadeiro estado de polícia que é incompatível com o estado de direito.

Nas críticas destacadas acima se percebe que essa vertente é uníssona em afirmar no sentido de o direito penal do inimigo desrespeitar os limites constitucionais, principalmente os direitos fundamentais, na medida em que trata os inimigos como não-pessoas, o que, de acordo com os críticos, é inconcebível nos dias atuais.

Vê-se, ainda, que para essa corrente os direitos fundamentais são atribuições inerentes ao ser humano, onde não se pode, sob hipótese alguma, relativizá-los, quanto mais suprimi-los. Devem, assim, ser observados incondicionalmente, até mesmo por representar limitação ao *jus puniendi* estatal.

É igualmente censurado o adiantamento da punibilidade, em virtude impor sanção a alguém que sequer praticou um delito, somente pelo simples fato do Estado entender que o mesmo representa um perigo tanto à sociedade quanto ao próprio ente estatal. Nessa esteira, Admaldo Cesário dos Santos (2099, p. 45):

O mais grotesco ainda é querer infligir pena a alguém que, sequer, praticou um ato lesivo; só pelo fato de constituir uma suposta ameaça aos olhos da nova ordem que se instaura. Pensar assim, pelo menos a nosso ver, significa incorrer no perigo de se remontar aos velhos tempos lombrosianos, responsáveis pela pecha marginalizante de conceber o criminoso pelo modo de ser, desprezando fatores sociais outros, importante para compreender e questionar a problemática da criminalidade.

Logo, a sanção em estágio anterior ao cometimento do delito, conforme a corrente que rechaça o direito penal do inimigo, vai de encontro aos princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, além dos demais postulados do devido processo legal.

Os críticos afirmam, ainda, que a antecipação da punibilidade fere um princípio basilar do direito penal, qual seja, o direito penal do fato, o qual consagra a punição ao agente pela conduta delituosa cometida, e não pela potencialidade lesiva desta.

No universo jurídico brasileiro são facilmente encontradas críticas a respeito da teoria exposta por Günther Jakobs, ainda que os livros acadêmicos não tratem mais profundamente do tema. Quando se busca, todavia, quem defenda a questão, nota-se que há uma precariedade de defensores, até mesmo porque os juristas pátrios, em sua grande maioria, são absolutamente contrários ao que expôs Jakobs.

Os que manifestam posicionamento favorável ao de Günther Jakobs afirmam ser a ideologia do inimigo proporcional aos delitos cometidos por indivíduos, até

mesmo por representar um tratamento isonômico aos variados tipos de delinquentes, como bem expôs Francisco Sannini Neto (2009) ao explanar a justificativa dos defensores da teoria:

[...] certo de que nenhum direito é absoluto, também é preciso que se flexibilizem algumas garantias daqueles criminosos que oferecem um maior perigo para a sociedade. A experiência comprova que alguns criminosos não podem mais ser regenerados, afastando-se de maneira permanente do Direito e violando de maneira perene o contrato social.

Para essas pessoas que não mais aceitam conviver em sociedade e a respeitar as normas estabelecidas em um Estado de Direito, deve-se aplicar um direito penal diferenciado. Explico, cada criminoso deve ser reprimido de acordo com a sua condição; não se pode tratar um ladrão de galinhas da mesma forma que um terrorista; é impossível reprimir organizações criminosas altamente qualificadas sem que se faça uso de medidas extraordinárias; a atuação da justiça deve se adequar a atuação dos criminosos.

Insta observar que tal entendimento encontra amparo na própria Constituição através dos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Ora, tratar um indivíduo que oferece grande perigo ao Estado de maneira diferenciada, nada mais é do que tratar desigualmente os desiguais.

É manifesta, então, a intenção exposta acima, no sentido de que, atualmente, alguns criminosos se afastam de tal modo aos ditames do Estado que não merecem ser tratados conforme a regra, ou seja, são dignos de um tratamento diferenciado, muito mais rígido se comparado ao tratamento dispensado a um criminoso comum. É fundamental, segundo o pensamento supra, que as leis evoluam no intuito de possibilitar uma efetiva repressão aos crimes bárbaros diariamente cometidos.

Essa corrente sustenta, ainda, que o princípio da isonomia é o amparo constitucional, em virtude de serem tratados de maneira distinta os diferentes tipos de criminosos, quais sejam, os que rompem ou não com o Estado. É, assim, uma igualdade material.

Ante o exposto, não se sabe ainda qual corrente irá prosperar, uma vez que há defensores de ambos os lados, embora a corrente majoritária rejeite a teoria do inimigo. O que se enxerga, todavia, é a necessidade de uma discussão mais aprofundada bem como melhor direcionada no que diz respeito ao tema, em virtude de ser o direito penal do inimigo um assunto com enorme potencial de mudança na estrutura do direito criminal clássico, mas que é, de fato, ainda pouquíssimo explorado nos bancos acadêmicos.

Superado o aspecto conceitual da teoria do Direito Penal do Inimigo, bem como se realizada uma curta investigação no que diz respeito ao pensamento de

alguns juristas brasileiros quando indagados sobre o que é a teoria exposta bem como o que a mesma representa a um Estado Democrático de Direito, tendo como exemplo o Brasil, ganha o presente trabalho contorno mais definido quanto à problematização inicialmente apresentada.

Nestes termos, passa-se a analisar alguns dos diplomas legais brasileiros que integram a seara criminal e apresentam dispositivos cujos propósitos, desde o momento da entrada em vigor dos mesmos, parte considerável da doutrina os considerou como sendo uma explícita manifestação da teoria do Direito Penal do Inimigo na legislação criminal brasileira.

4 ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: UMA INVESTIGAÇÃO POR AMOSTRAGEM

O direito penal do inimigo é uma teoria criada pelo doutrinador Günther Jakobs como medida de política criminal com a finalidade de combate à elevada taxa de criminalidade existente na Alemanha na década de 80 do século XX, apresentando como principal bandeira a viabilidade de flexibilização ou mesmo supressão de alguns dos direitos e garantias fundamentais, como alternativa necessária às punições cometidas pelos inimigos do Estado, conforme demonstrado no capítulo anterior.

No Brasil, como resposta à vultosa sensação de impunidade e de insegurança que permeou nas últimas décadas entre a sociedade, ao qual ainda é observada no presente momento, conforme diariamente informam os noticiários, o Poder Legislativo atuou na edição de leis com cunho mais rígido, mais severo, aonde se previu medidas mais restritivas àqueles considerados perigosos, tendo em vista o crescente cometimento de crimes que assustaram e continuam a aterrorizar a população, além da constante interferência do tráfico de drogas e de criminosos organizados na paz social. Quais seriam as bases ideológicas ou a influência do legislador brasileiro para a edição de diplomas legais mais rigorosos? Passa-se, com base no exposto, a analisar se há, de fato, a ideologia do direito penal do inimigo na edição de algumas leis criminais tidas por mais severas.

4.1. A AMOSTRA LEGAL SELECIONADA: ASPECTOS SOCIOLÓGICOS

A amostra selecionada compreende a identificação de um conjunto de leis penais especiais inseridas no ordenamento jurídico brasileiro para que, após a análise sob o ponto de vista sociológico, no tópico posterior analisem-se juridicamente alguns dos dispositivos legais contidos nos referidos diplomas, para enfim, seja possível concluir se é presente ou ausente, baseados nos modelos

escolhidos, a influência da doutrina do inimigo proposta por Jakobs, na legislação pátria.

É salutar a compreensão de que a amostra consiste no conjunto de alguns dispositivos legais inseridos em leis penais extravagantes previamente selecionadas segundo o perfil punitivista que ostentam, objetivando, a partir da análise pontual inferir se há, ou não, a ideologia do direito penal do inimigo inserida no corpo das mesmas. Não é intento do presente trabalho, todavia, esgotar a matéria acerca do assunto.

Consoante explicado, o tópico desenvolvido a seguir, objetiva explicar e compreender quais as motivações sociológicas que levaram o legislador nacional a inserir no direito criminal os diplomas abaixo selecionados.

4.1.1. Lei de Crimes Hediondos (LCH)

A lei instituidora dos crimes hediondos, denominada 8.072/90, passou a vigorar, no ordenamento jurídico brasileiro, aos dias 25 de julho do ano de 1990, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 previu, no corpo do seu art. 5º, inciso XLIII, que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os **definidos como crimes hediondos** [...]”. (grifo nosso).

Não foi ao acaso que a Carta Magna antecipou a disciplina da lei em comento, uma vez que a população brasileira já vinha, desde algum tempo, pressionando as autoridades bem como o Estado com o objetivo de que estes, conjuntamente, adotassem medidas mais agressivas a fim de atenuar a crescente violência urbana que assolava o país e, principalmente, os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

A manifestação social da época, aliada à sensação de insegurança, amplamente divulgada pelos meios de comunicação, foi o fator determinante para que o constituinte originário, de modo político e ideológico, inserisse no artigo 5º o já citado inciso XLIII.

O doutrinador João José Leal (1996, p. 16) assim dissertou acerca do contexto em que fora criada a LCH:

Do ponto de vista de sua fonte substancial, o intenso clima de violência que vem marcando o cotidiano dos grandes centros urbanos brasileiros, responsável por uma generalizada e indisfarçável síndrome do medo, contribui seguramente para o surgimento da lei repressiva em exame. Sem esta sinistra realidade humana e social das últimas duas décadas, marcada por assassinatos, estupros, tráfico de drogas, assaltos armados, latrocínio e execuções sumárias, fenômeno gerador de indisfarçável e preocupante pânico entre os habitantes dos grandes aglomerados urbanos deste país, dificilmente haveria vontade e condições político-jurídicas para a aprovação deste discutível e inoportuno diploma legal.

Embora haja uma leve crítica à lei ao final da citação acima, o que importante ressaltar, na declaração em si mesma, é a descrição que o autor faz do momento histórico na qual foi editada a lei em análise.

Ainda acerca do contexto histórico-social para edição da LCH, Alberto Silva Franco (1994, p.75) explanou:

O que teria conduzido o legislador constituinte a formular o nº XLIII do art. 5º da CF? O que estaria por detrás do posicionamento adotado? Nos últimos anos, a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico: o dano econômico cresceu sobremaneira, atingindo seguimentos sociais que até então estavam livres de ataques criminosos; atos de terrorismo político e mesmo de terrorismo gratuito abalaram diversos países do mundo; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu gigantismo incomum; a tortura passou a ser encarada como uma postura correta dos órgãos formais de controle social. A partir desse quadro, os meios de comunicação de massa começaram a atuar por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando uma idéia de que seria mister, para desenvolvê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda das tradicionais garantias do próprio Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Ab initio, a LCH não abarcou, em sua redação original, o homicídio como sendo um delito hediondo, omissão essa considerada uma grande janela aberta deixada pelo legislador, haja vista ter omitido daquela lei o mais grave de todos os delitos.

O fator determinante para a inclusão do homicídio no rol taxativo dos crimes considerados hediondos foi a morte da atriz Daniella Perez, filha da autora de novelas Glória Perez.

Daniella Perez foi brutalmente assassinada pelo seu companheiro de trabalho, o ator Guilherme de Pádua, auxiliado por Paula Thomaz, cônjuge de Guilherme, onde foram desferidas várias facadas na primeira.

Após o assassinato da mencionada atriz, a mãe da mesma, apoiada pela Rede Globo de televisão, investiu e logrou êxito na mobilização nacional a fim de que fosse incluído no rol da lei 8.072/90 o delito antevisto no artigo 121 do CPB.

O magistério João José Leal (1996, p. 50) acerca do assunto, asseverou:

Pode-se afirmar que a lei modificadora do rol dos crimes hediondos tem sua origem imediata num fato notório e de grande repercussão nacional, mas de interesse particular: o assassinato da atriz da Rede Globo de televisão Daniela Perez. Sua mãe, Glória Perez, escritora de novelas, com o apoio dos meios de comunicação social, conseguiu articular um forte movimento de manipulação e de motivação da opinião pública, em favor da inclusão do homicídio no rol dos crimes hediondos. O sensacionalismo tomou conta da mídia, que armou e preparou o espírito do povo para exigir uma resposta punitiva mais severa para os assassinos. Isto formou uma intensa e determinante pressão política sobre o Congresso Nacional que, motivado por uma "moção popular" com milhares de assinaturas, acabou por votar uma lei penal que representa mais um compromisso com o obscurantismo ético-jurídico e com a repressão criminal baseada na idéia da pena como pura retribuição pelo mal causado.

O fato é que, após pressão por vários lados, seja da sociedade, seja dos meios de comunicação social, o Poder Legislativo alterou a redação inicial da lei de crimes hediondos por meio da lei 8.930/94, passando, a partir de então, a incluir o homicídio "quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado", no artigo 1º, inciso I, da lei 8.072/90.

Outras inclusões foram realizadas na LCH, na medida em que o legislador entendeu por bem definir condutas ilícitas como hediondas. Ademais, alguns aspectos de âmbito processual criminal, posteriormente analisados, foram enquadrados na lei de crimes hediondos, aplicando, assim, tratamento diferenciado, ou seja, mais rígido, aos crimes que ensejam maior repugnância no meio populacional.

A lei de crimes hediondos representa, nestes termos, um trato mais endurecido destinado àqueles criminosos autores de delitos de maior gravidade social, tendo por grande particularidade o fato do Estado, baseado no anseio democrático, tratá-los com uma punição mais severa.

4.1.2. Lei das Organizações Criminosas

No dia 3 de maio de 1995 entrou em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, a lei 9.034, com o explícito objetivo de combater as organizações criminosas, uma vez que essa norma legal aborda medidas de prevenir bem como reprimir os delitos praticados pelo crime organizado.

A lei é editada no momento em que a criminalidade, no Brasil, está se tornando organizada, pois já não são cometidos apenas delitos isolados, independentes. O tráfico de drogas, por exemplo, é um dos principais objetos do crime organizado, na medida em que se transfigurou em um "grande negócio", bem como os criminosos iniciaram estruturadas "empresas" em favor do poder paralelo.

Ressalta-se ainda que, além do tráfico de drogas, o tráfico de armas, os seqüestros cotidianos, as rebeliões de várias penitenciárias eram e ainda continuam sendo comandados pelo crime organizado. Deste modo, o Estado, assim como o Poder Legislativo, foram cobrados pela imprensa nacional, e também por toda a sociedade, a fim de punir de modo mais severo os integrantes das organizações criminosas. É nesse contexto que foi editada a lei 9.034/95, alterada posteriormente pela lei 10.217/2001.

Quanto à conceituação do que é o crime organizado, esta gera controvérsias, vez que a citada lei deixou para o intérprete uma provável formulação conceitual, na medida em que o legislador, quando da elaboração original da lei, bem como da alteração pela lei 10.217/2001, não abordou a definição legal do que é a conduta criminosa em foco.

Discorrendo acerca da dificuldade na definição do crime organizado, Luís Flávio Gomes (1997, p. 92) afirmou:

Que devemos entender, afinal, por crime organizado? O crime só pode ser reputado organizado, obviamente, quando decorre de uma atividade ilícita da mesma natureza. Dito de outro modo: denomina-se crime organizado (numa primeira aproximação) o praticado por organização criminosa. A preocupação central, portanto, deve consistir em buscar o substrato conceitual desta, não daquele, que é fruto da atividade organizada.

Conforme asseverou acima Luís Flávio Gomes, não há nenhuma definição legal do que é uma organização criminosa. Tal afirmativa, todavia, não é fator suficiente para tornar letra morta a lei em comento, tendo em vista o seguinte

posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no HC 138058/STJ, manifestado pelo Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE):

PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. **CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DEFINIDO NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL (CONVENÇÃO DE PALERMO). DECRETO LEGISLATIVO Nº 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E DECRETO Nº 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004.** INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INICIAL ACUSATÓRIA QUE APONTA FATOS QUE, EM TESE, CARACTERIZAM O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E PERMITE O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM DENEGADA.

1. O conceito jurídico da expressão organização criminosa ficou estabelecida em nosso ordenamento jurídico com o Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou o Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Nos termos do art. 2, "a", da referida Convenção, o conceito de organização criminosa ficou definido como sendo o "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (grifo nosso)

Assim, os Tribunais pátrios vêm adotando o conceito de organização criminosa previsto na Convenção de Palermo, conforme afirmado o Ministro Relator Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), no HC 138058/STJ.

4.1.3. Lei de Execuções Penais (LEP) e a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

A Lei nº 7.210, datada de 11 de julho de 1984, regulamentou as execuções penais no Brasil, uma vez que tanto o Código Penal quanto o Código de Processo Penal brasileiros não abordaram de maneira adequada a execução das penas e outras medidas privativas da liberdade humana. Houve, antes da edição da lei em comento, muitas críticas por parte da doutrina acerca da ausência de norma específica que tratasse da execução criminal no Estado brasileiro.

A LEP surgiu após algumas frustradas tentativas do legislativo na regulamentação desta espécie normativa. De acordo com o seu artigo 1º, “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, ou seja, trata a execução penal acerca da viabilidade de efetivo cumprimento, por parte do condenado, da sentença condenatória, ao passo que ainda objetiva a reintegração deste aos tratos sociais.

Nessa esteira, Julio Fabrinni Mirabete (1997, p. 33) preleciona:

Contém o artigo 1º da Lei de Execuções Penais duas ordens de finalidades. A primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir os delitos. Ao determinar que a execução penal “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal”, o dispositivo registra formalmente o objetivo de realização penal concreta do título executivo constituído por tais decisões. A segunda é a de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, instrumentalizada por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social.

Feito esse breve relato a respeito do que representa a Lei de Execuções Penais em nosso país, passemos a explicar acerca do ponto central do presente trabalho, qual seja, a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado na norma sob análise.

O Regime Disciplinar Diferenciado, amplamente difundido como RDD, foi instituído na LEP após a promulgação da Lei 10.792/2003, tendo em vista que o ente estatal, motivado pelas constantes censuras populares, decidiu adotar um regime de cumprimento de pena diferenciado aos criminosos que, embora sob a custódia do Estado, propiciam risco efetivo à sociedade.

O momento histórico vivido pelo Brasil foi favorável ao estabelecimento de tal regime, uma vez que o sistema carcerário nacional, a essa época, já era considerado falido, aonde os indivíduos da mais alta periculosidade, embora presos, comandavam as diversas facções criminosas existentes tanto dentro como fora das penitenciárias. Dentre as referidas facções, destacou-se o PCC (Primeiro Comando da Capital) no estado de São Paulo e o CV (Comando Vermelho), no Rio de Janeiro. Ambas propagaram, com suas investidas delituosas, temor e insegurança à sociedade.

A população brasileira, aterrorizada com toda essa barbárie notoriamente divulgada pelos meios difusores de notícias, pressionou as autoridades em busca de respostas. O Poder Legislativo, por meio do Projeto de Lei nº. 5. 073/2001, implementou no ordenamento jurídico nacional a mencionada Lei nº. 10.792/2003, que modificou alguns dispositivos legais tanto da Lei de Execuções Penais quanto do Código de Processo Penal.

Dentre as principais modificações, está o supracitado Regime Disciplinar Diferenciado, por meio do qual este estabeleceu, principalmente no artigo 52 da LEP, aos presidiários de alta periculosidade, um cumprimento de pena muito mais severo, se comparado ao convencional. Tal regime é bem retratado nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 392-393):

Observa-se a severidade incontestável do mencionado regime, infelizmente criado para atender as necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos a prática de atos delituosos graves de todos os tipos.

A discussão, entre os estudiosos do Direito, sobre a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado acarretou em divergência doutrinária, pois, para uma corrente, ao qual se filiou Luis Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, o RDD foi considerado um quarto regime de cumprimento de pena; já para a destoa, adotada por Julio Fabrinni Mirabete, foi visto apenas como um regime carcerário peculiar.

É respeitável e perfeitamente compreensível a discordância que permeia entre os pensadores do Direito, todavia, a que prospera é a vertente defensora de que aquele regime é uma sanção disciplinar mais rigorosa, até mesmo porque, caso o legislador desejasse estabelecer o RDD como um novo regime de cumprimento de pena, não teria o colocado no artigo 53, V, da LEP¹.

¹ Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I – advertência verbal;

II – repreensão;

III – suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.(grifo nosso).

Precisas são as afirmações de Fernanda Cintra Lauriano Silva (2009), autora do artigo intitulado “Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado”:

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma sanção disciplinar que se aplica a presos provisórios e condenados e é fixado no caso de prática de fato previsto como crime doloso quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, observando-se as características previstas em Lei.

Atualmente, o RDD é entendido como a mais drástica sanção disciplinar, uma medida extrema, que deve ser excepcional, mais excepcional que todas as outras medidas já previstas anteriormente pelo nosso ordenamento jurídico.

Contudo, é necessário esclarecer que o RDD não é um regime de cumprimento de pena (a propósito, tais regimes continuam previstos somente no artigo 33 do Código Penal).

O Regime Disciplinar Diferenciado é, sem lampejo de dúvidas, mais uma resposta dada pelo legislador à pressão que a sociedade de uma forma geral exerce em busca de segurança e efetiva punição aos criminosos de alto risco, uma vez que, ao se impor um tratamento de cumprimento de pena mais rigoroso, isolando o presidiário, restringe o contato deste não só com os outros reclusos, mormente com o mundo exterior. O objetivo do RDD é evitar que presos considerados perigosos continuem a chefiar os grupos criminosos existentes tanto nas penitenciárias quanto no meio social.

4.2. APLICAÇÕES PRÁTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É indubitável que foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, em variados dispositivos criminais, seja no âmbito processual ou material, medidas penais de maior rigidez, em que, na visão de alguns estudiosos do Direito, tais inserções contrariam a Carta Magna de 1988, sendo consideradas inconstitucionais, pois que vão de encontro aos princípios insculpidos na Lei Maior do país.

Para o legislador, tendo em vista a necessidade dos aspectos sociológicos do momento exigir, as normas penais mais severas foram providências de extrema necessidade, uma vez que, como outrora afirmado, a população brasileira, esgotada

com a constante sensação de insegurança, haja vista os bandidos de alta periculosidade, incluindo-se os presos, não estancarem seus instintos criminosos, continuando a chefiar, principalmente, as organizações criminosas.

O Poder Legislativo brasileiro, conforme relatado, vem nos últimos tempos atribuindo condutas diferenciadas bem como medidas processuais menos flexíveis em face de indivíduos tidos como de alta periculosidade. O endurecimento das leis é fator indiscutível, decorrendo muitas vezes na relativização dos direitos e garantias fundamentais que, diga-se de passagem, foram conseguidos, com base na dignidade humana, pelo povo a tanto suor e reivindicações. Assim, passemos a explanar alguns dos principais dispositivos legais aos qual a filosofia do direito penal do inimigo se manifesta na matéria criminal nacional em sentido *lato*.

Os primeiros preceitos legais a serem analisados constam na Lei Federal nº 8.072/90, que trata dos crimes considerados hediondos. Esta veio como resposta ao apelo nacional para medidas punitivas mais rígidas assim como rigorosidade processual mais acentuada, destinada aos agentes delituosos dos crimes previstos na referida legislação. Vejamos o que dispõe os seus §§ 2º e 4º do artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quinto) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

[...]

§4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

O dispositivo legal evidenciado, ao estabelecer, em seu § 2º, que os autores de crimes hediondos e equiparados, já condenados, tenham direito a progressão de regime apenas depois de cumprido 2/5 ou 3/5 da pena, caso o apenado seja primário ou reincidente, respectivamente, demonstra uma nítida afinidade com a ideologia do direito penal do inimigo, tendo em vista o tratamento processual mais rígido aos indivíduos autores dos delitos causadores de maior repúdio na sociedade.

A rigorosidade é observada se considerarmos que, por regra, o artigo 112 da Lei de Execuções Penais² possibilita a progressão de regime se o preso tiver cumprido ao menos 1/6 da pena.

Cabe salientar que a redação original da LCH não previu a progressão de regime para os crimes assim considerados, pois o seu artigo 2º, inciso II § 1º, vedada a progressão para tais delitos. Este entendimento, contudo, foi revogado pela Lei 11.464/2007, que passou, assim, a viabilizá-la, entretanto de modo bastante rígido. O Egrégio Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante nº 26 prevendo a progressão de regime em crimes hediondos³.

Ademais, ainda em relação aos crimes hediondos, o § 4º, ao prescrever a prisão temporária, afirma que nos delitos antevistos nesta lei, quais sejam, crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, a custódia temporária, vista como uma medida processual cautelar a qual não há ainda o trânsito em julgado, terá o prazo de 30 dias, prorrogável pelo mesmo íterim.

Aqui mais uma vez o legislador demonstra aderência ao direito penal do inimigo, na medida em que a regra geral disciplinadora desta espécie de prisão fixa, de acordo com a lei que disciplina a prisão temporária (Lei nº 7.960/89), o prazo de 05 dias⁴, apenas, prorrogável por igual período.

A Lei 8.072/90 afetou, na mesma esteira, o direito penal material, em virtude de ter agravado a pena-base, numa majoração consideravelmente alta, de alguns dos crimes dispostos no Código Penal Brasileiro, a exemplo da extorsão mediante sequestro, previsto no artigo 159, cuja pena passou a ser de oito a quinze anos (antes era de seis a quinze), bem como, no art. 288 do mesmo Códex, no qual há a imposição de pena-base superior a prevista no CPB quando o crime for um dos previstos na LCH.

² Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, **quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior** e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (grifo nosso).

³ Súmula Vinculante nº 26: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

⁴ Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou do requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Outra manifestação da incidência da teoria do direito penal do inimigo na legislação brasileira se verifica na Lei 9.034/95, norma disciplinadora dos crimes organizados. A rigidez processual na lei em comento é demonstrada, por exemplo, nos seus artigos 7º, *in verbis*:

Art. 7º Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

Averigua-se ainda o artigo 9º da mesma lei, quando aduz que:

Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.

Ambos os dispositivos são contrários aos ditames constitucionais, na medida em que a liberdade individual do ser humano é a regra, conforme se aduz do *caput* do artigo 5º, aonde “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 [...]”.

Do disposto supra é notório que a Carta Constitucional institui um princípio norteador de toda a legislação processual penal, que é o princípio da liberdade. A restrição desta, imposta pelos dispositivos legais acima se dá sem que tenha havido a condenação criminal transitada em julgado nem tampouco por necessidade de prisão preventiva, ou seja, a periculosidade do réu é o fator que enseja a restrição da liberdade.

É de alvitre salientar o que certificou Fernando Capez (2007, p. 254-255):

A própria Constituição Federal, ao prever a prisão em flagrante (art. 5º, LXI), deixa clara a possibilidade de prisão antes da condenação definitiva. Bem diferente, no entanto, é proibir de antemão toda e qualquer liberdade provisória, independentemente de estarem presentes os requisitos da tutela cautelar, apenas porque o agente está sendo acusado ou investigado pela prática de determinado ilícito penal. Proibir a liberdade provisória por meio de uma regra geral implica subtrair do Poder Judiciário o exercício da atividade decisória e, conseqüentemente, violação aos princípios da independência e da separação dos Poderes. O Poder Legislativo estaria julgando todos os casos antecipadamente, subtraindo função típica do Poder Judiciário, o que contraria o art. 2º da CF. Além disso, como se adiantara anteriormente, a prisão de uma pessoa, sem necessidade cautelar, viola frontalmente o princípio do estado de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF. Se uma pessoa, presumidamente inocente, estiver presa antes mesmo da formação de sua culpa e sem que haja necessidade da prisão para o processo, esta, na verdade, cumprindo antecipadamente a

pena que lhe poderia ser imposta no final. Nessa hipótese, se ela já está cumprindo a pena, não se pode dizer que há presunção de inocência, mas sim, ao contrário, presunção de culpa.

A presunção de inocência, princípio constitucional disposto no artigo 5º, LVII, CF/88⁵, foi posta de lado por a lei considerar a participação nas organizações criminosas como fator suficiente para vedar a liberdade provisória, embora não tenha havido a comprovação da participação, tendo em vista não haver condenação definitiva.

A manifestação mais evidente da influência exercida pela teoria do direito penal do inimigo na legislação brasileira foi a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado no corpo da Lei 7.210/84, conhecida por Lei de Execuções Penais. Isso porque passou a tratar, com a reforma sofrida no ano de 2003 pela lei 10.792/03, do denominado Regime Disciplinar Diferenciado, no corpo do seu artigo 52. É pertinente, *a priori*, destacá-lo:

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

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

II – recolhimento em cela individual;

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

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

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

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

De uma simples leitura no referido dispositivo legal observa-se a presença da ideologia do direito penal do inimigo, uma vez que o citado artigo, especificamente o §1º, ao proporcionar o RDD aos criminosos que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, está agindo de acordo com o direito penal do autor, e não como o direito penal do fato, que é a regra.

⁵ Art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal transitada em julgado”.

Por outras palavras, a imposição do regime diferenciado leva em consideração a periculosidade apresentada pelo criminoso recluso de alto risco tanto para o presídio quanto para a coletividade. É, pois, manifesta a incidência do direito penal do autor, tendo em vista punir mais severamente alguém pelo perigo que este representa ao meio, e não por algum fato delituoso cometido pelo mesmo. E o que dizer da maneira como se caracteriza o RDD, visto que este limita excessivamente o contato do preso com o mundo exterior, bem como com outros presos?

Certo é a divergência doutrinária existente acerca da constitucionalidade do RDD, na medida em que, por um lado, o estabelecimento do referido regime de cumprimento de pena é contrário ao que estatui o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”⁶, da Carta Magna, aonde veda as penas consideradas cruéis, assim como o inciso III, no qual estabelece que “[...] ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante”.

Acerca do RDD, Paulo César Busato (2005) preleciona:

Assim, o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal de fato por um modelo de Direito penal de autor.

Por sua vez, a doutrina que ampara a constitucionalidade do RDD afirma que não há a ofensa aos postulados constitucionais, pois o mencionado regime é meio para tornar melhor tanto o ambiente carcerário quanto o mundo exterior, evitando as investidas dos criminosos de alta periculosidade. Fernando Capez (2010, p. 410) corrobora o posicionamento:

Entendemos não existir nenhuma inconstitucionalidade em implementar regime penitenciário mais rigoroso para membros de organizações criminosas ou de alta periculosidade, os quais, de dentro dos presídios, arquitetam ações delituosas e até terroristas. É dever do Estado proteger a sociedade e tutelar com um mínimo de eficácia o bem jurídico. É o princípio da proteção do bem jurídico, pelo qual os interesses relevantes devem ser protegidos de modo eficiente. O cidadão tem o direito constitucional a uma administração eficiente (CF, art. 37, *caput*). Diante da situação de instabilidade institucional provocada pelo crescimento do crime organizado, fortemente infiltrado no sistema carcerário brasileiro, de onde provém

⁶ Art. 5º [...] XLVII - Não haverá penas: [...] e) cruéis.

grande parte dos crimes contra a vida, a liberdade e o patrimônio de uma sociedade cada vez mais acuada, o Poder Público tem a obrigação de tomar medidas, no âmbito legislativo e estrutural, capazes de garantir a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Quando se analisa qual o entendimento dos Tribunais pátrios acerca do Regime Disciplinar Diferenciado, nota-se que estes têm manifestado o entendimento, em sua grande maioria, sobre a constitucionalidade do RDD, posicionando-se que tal regime não fere os princípios constitucionais, conforme se aduz das palavras do Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, no HC 40300/STJ:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são limitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.

2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei nº 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social.

O Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa, no HC 44049/STJ, corrobora o pensamento acima. Vejamos:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TEMPO DE DURAÇÃO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. É constitucional o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003.

Os preceitos jurídicos acima evidenciados revelam, indiscutivelmente, um endurecimento da legislação criminal brasileira, de acordo com as justificativas expostas.

4.3. DISPOSITIVOS DO INIMIGO: UMA QUESTÃO DE IDEOLOGIA?

O Brasil vive sob a égide da Constituição Federal de 1988, conhecida também por “Constituição Cidadã”, tendo em vista o respeito que esta dispensou aos princípios fundamentais, mormente aos direitos e garantias fundamentais, mormente os contidos no art. 5º e incisos da citada Carta.

As normas insculpidas na Lei Fundamental têm a finalidade de regular por completo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme se deflui das palavras do doutrinador Pedro Lenza (2010, p. 67):

No direito percebe-se um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo o fundamento de validade da outra, numa **verticalidade hierárquica**. Uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional (grifo do autor).

Logo, certo é que a Carta Federal de 1988 é norma jurídica base, tida por lei fundamental, pois é partindo-se desta que se analisará o fundamento de validade das demais regras, encontradas hierarquicamente inferiores, se comparadas àquelas. Assim, a legislação infraconstitucional deve atender aos moldes instituídos na Carta Magna, principalmente pelo fato de que esta foi fruto da vontade do povo, antes de tudo.

Nestes termos, o direito de punir do Estado deve, obrigatoriamente, atender aos ditames constitucionais e, principalmente, respeitar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela CF/88.

A constante criminalidade, acompanhada pela sensação de insegurança sentida entre a sociedade, impulsionou o Poder Legislativo brasileiro a inserir, quando convencionou necessário, leis criminais especiais que alargaram o *jus puniendi* do Estado, na medida em que se adotaram medidas de cunho mais repressivo contra os seres humanos considerados um alto risco tanto para o próprio ente estatal quanto para a própria sociedade.

Indiscutivelmente, adotaram-se medidas mais rígidas a fim de punir com rigorosidade diferenciada aqueles que atentassem contra a paz social, conforme fora mostrado em linhas pretéritas.

A amostra selecionada, e ora analisada, introduziu no ordenamento pátrio um tratamento diferenciado destinado àqueles que, de alguma forma, pôs em risco tanto a coletividade quanto a estrutura do Estado brasileiro.

Em suma, são exemplos já comentados do referido rigor, a progressão de regime de 2/5 ou 3/5 em caso de crime previsto no art. 2º da Lei 8.072/90; a vedação à liberdade provisória disposta no art. 7º da Lei 9.034/95; e, principalmente, a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, no art. 52 da Lei 7.210/84.

Pois bem. A teoria do direito penal do inimigo funda-se na idéia de direito penal do autor, em absoluta contradição ao direito penal do fato, conforme esclarece Admaldo Cesário dos Santos (2009, p. 63-64):

Por direito penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta, descrita de forma típica, de modo que a sanção representa tão-só uma resposta ao fato individual, e não a toda condução de vida do autor, ou aos supostos perigos que no futuro possa ele representar ou praticar.

Em oposição ao que fora dito encontra-se o direito penal do autor, assim se verificando quando a pena se vincula à personalidade de quem representa um perigo. Vale dizer, a personalidade do autor e o grau de sua associabilidade representam fatores determinantes sobre a sanção. Em suma, o indivíduo passa a ser reputado não pelo que efetivamente praticou, senão por um perigo que representa. Ou, em outras palavras, é considerado um mal pelo simples modo de ser.

A ciência criminal brasileira adotou, por regra, o direito penal do fato, tendo em vista levar em consideração a conduta delituosa do agente ser típica, ilícita e culpável. Nestes termos, a adoção da teoria do inimigo, proposta por Günther Jakobs, na legislação criminal brasileira, mostra-se, até os dias atuais, absolutamente incompatível, até mesmo pelo fato das leis penais serem adstritas aos ditames constitucionais bem como obedecer aos princípios de um Estado Democrático de Direito, como é caracterizado o Brasil.

Conquanto não haja uma efetiva adoção à teoria do direito penal do inimigo, nota-se que há certa influência ou inspiração na mesma, ainda que implícita, para a edição, pelo legislador, de algumas leis penais de cunho mais rígido, tendo em vista a necessidade de se impor medidas penais mais rigorosas a alguns delitos.

Considera-se que os direitos e garantias fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito ainda permanecem sólidos no país brasileiro, embora seja

inegável afirmar que alguns desses foram levemente balançados com a entrada em vigor de dispositivos legais alargadores do *jus puniendi* estatal.

É notório que o Legislativo, por meio da edição dos dispositivos legais analisados no presente trabalho, não suprimiu qualquer direito ou garantia fundamental, posto que no Brasil todos são tratados como pessoas, independentemente da conduta criminal cometida. Há, todavia, uma corrente doutrinária que desaprova a resposta dada pelo legislador às pressões sofridas bem como ao aumento constante da criminalidade neste país.

O fato é que, seja por falência da estrutura carcerária, seja por ausência de sistema educacional efetivo no Brasil (e aqui poderiam ser abordados vários outros fatos geradores), o legislador brasileiro, atendendo aos anseios da maioria, adotou medidas mais rígidas de combate ao crime, bem como ao criminoso de alta periculosidade, notando-se, nessa atitude, a presença irrefutável da ideologia esposada pela teoria do direito penal do inimigo na legislação criminal brasileira, seja ela material ou processual.

5 CONCLUSÃO

A elevação do Brasil ao *status* de Estado Democrático de Direito, feita pelo Poder Constituinte Originário, implicou na adoção de princípios tanto típicos do Estado de Direito, quanto peculiares ao Estado Democrático, ou seja, deve-se considerar a limitação estatal aos termos da Lei que represente a vontade do povo.

Sob essa ótica, em que a norma corresponde à vontade popular, foram previstas uma série de normas constitucionais representativas da vontade popular, aonde se vê, nitidamente, a limitação do Estado frente ao povo. Fala-se, assim, em direitos e garantias fundamentais.

Tais direitos e garantias, além de serem uma característica peculiar do Estado Democrático de Direito, são ainda a representação normativa da restrição da arbitrariedade estatal em prol da sociedade. Revelam, dentre outros, a limitação do *jus puniendi* do Estado.

A delimitação do direito/dever do Estado de punir o autor de delito é realizada, precipuamente, pela Constituição Federal, que, principalmente no seu artigo 5º, dispõe dos direitos e garantias individuais onde, de forma expressa, exerce a restrição comentada. Todavia, atribui a competência ordinária ao Poder Legislativo federal para realizar a definição legal dos crimes, das penas, bem como das regras processuais penais.

Com base nisso, o Poder Legislativo tratou de editar, nos últimos tempos, leis penais que alargaram sensivelmente o *jus puniendi* do Estado, uma vez que foram postas em vigor leis com cunho explicitamente mais repressivo, tendo em vista a necessidade de impor medidas mais rígidas destinadas aos criminosos que continuaram a pôr em risco a segurança da sociedade. Esta contribuiu consideravelmente para a edição de medidas mais rigorosas, um vez que exigiu do legislativo a punição proporcional aos delitos cometidos pelos indivíduos de alta periculosidade.

O poder legiferante brasileiro, conforme fora mostrado neste texto monográfico, efetivamente inseriu no ordenamento jurídico pátrio leis criminais especiais com sinais punitivos mais rigorosos. De fato, notaram-se alguns dispositivos legais, nos referidos diplomas, com medidas processuais e punitivas mais severas.

A atitude do legislador, qual seja, introduzir leis infraconstitucionais mais agressivas, e menos garantistas, trouxe consigo a divergência da doutrina, pois enquanto alguns juristas afirmam que tais leis vão de encontro aos embasamentos do Estado Democrático de Direito ao manifestarem adesão à teoria do Direito Penal do Inimigo; outros, ao contrário, declaram não haver no ordenamento jurídico brasileiro, mesmos nos diplomas mais severos, a adoção desta teoria; justificam ainda o perfil mais recrudescido de alguns diplomas pela necessidade de rigor visando assegurar a paz social.

Quanto à teoria do Direito Penal do Inimigo, mostrou-se, no presente trabalho, a idealização da mesma proposta por Günther Jakobs, assim como o seu conceito e suas principais peculiaridades. Viu-se que, segundo a tese de Jakobs, há dois tipos de criminosos: os que ainda continuam com a prerrogativa de pessoas e os que perdem tal *status* em virtude da alta periculosidade apresentada ou do cometimento reiterado de condutas delituosas de gravidade acentuada. A estes Jakobs defende a possibilidade de flexibilização ou mesmo supressão dos direitos e garantias fundamentais, caso necessário, bem como a viabilização da antecipação punitiva ao estado de preparação, pois se pune o agente pelo perigo que o mesmo representa, e não pelo crime efetivamente cometido.

O ponto central desta obra monográfica foi analisar se houve, de fato, a adoção ou, no mínimo, a influência da teoria do direito penal do inimigo na legislação penal brasileira quando do trato diferenciado dado a alguns tipos de criminosos autores de delitos considerados mais violentos, assim como àqueles que representam alta periculosidade ao Estado ou a sociedade.

Foram examinados, assim, alguns dispositivos legais que fazem parte de leis criminais especiais, a exemplo do art. 52 da LEP (instituidor do Regime Disciplinar Diferenciado) e do § 2º, inciso II, do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos (que trata da progressão de regime somente depois de cumprida 2/5 ou 3/5 da pena), bem como outros dispositivos legais selecionados. Além disso, levou-se em consideração o posicionamento da doutrina, acompanhada da posição das altas Cortes do país.

Do estudo realizado depreende-se que o legislador brasileiro não adotou formalmente, nem ao menos implicitamente, a teoria do direito penal do inimigo para a elaboração esporádica de leis criminais especiais, uma vez que persiste no ordenamento jurídico nacional os princípios inerentes a um Estado Democrático de Direito, embora seja inegável afirmar que, de fato, algumas medidas tomadas,

principalmente a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, denotam o alargamento do *jus puniendi* estatal, bem como o caráter restritivo em relação aos direitos dos presidiários. Observou-se, todavia, que tais disposições não consistem em afronta aos princípios democráticos.

A guisa de conclusão, restou demonstrado que não houve uma adoção efetiva da teoria do Direito Penal do Inimigo na legislação criminal do Brasil; observou-se, todavia, a influência ideológica da referida teoria, posto que na amostra legal selecionada para estudo no presente trabalho monográfico, constataram-se elementos de política criminal vinculados à ideologia do Direito Penal do Inimigo, ainda que de modo velado ou implícito, possivelmente a fim de que não se verifique a afronta contra a Constituição Federal de 1988, cujo perfil democrático e cidadão não admitiria tal política criminal na legislação ordinária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/1992 a 66/2010, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 33 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

_____. **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>. Acesso em: 12 set. 2011.

_____. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994**. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, que 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/L8930.htm>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. **Lei nº, 9.034, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 23 set. 2011.

_____. **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#art52>. Acesso em: 21 set. 2011.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. In mundojuridico.adv.br. Disponível em:

<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=59>. Acesso em: 25 set. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1 : parte geral (arts. 1º ao 120º). 14º edição. São Paulo. Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. volume 4 : legislação penal especial. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 20. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1998.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luís Flavio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado** : enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2 ed. rev., atual. e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luís Flavio. **Direitos penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. In lfg.com.br. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>. Acesso em: 10 set. 2011.

_____. **Muñoz Conde e o Direito Penal do inimigo**. In Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7399>>. Acesso em: 15 set. 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo** ; Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho ; prefácio José Ignacio Lacasta-Zabalza.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. -(Série ciência do direito penal contemporânea ; v. 10).

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas; org. e trad. André Luís Callegari. Nereu José Giacomolli. 4 ed. rev. atual. e ampl., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo**. Breves considerações. *In Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 17 set. 2011.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**: aspectos político-jurídicos da lei nº 8.072/90 - São Paulo : Atlas, 1996.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 4 t.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84. – 8 ed. – Revista e atualizada – São Paulo : Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26 ed. São Paulo : Atlas, 2010.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral - comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, São Paulo : Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Parte geral/Parte especial, 4ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5 ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo : Método, 2010.

SANNINI NETO, Francisco. **Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito: compatibilidade**. *In lfg.com.br*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20090216152237237_direito-penal-do-inimigo-e-estado-democratico-de-direito-compatibilidade-francisco-sannini-neto.html>. Acesso em: 17 set. 2011.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal: o problema da responsabilidade pelo livre-arbítrio.** Porto Alegre : Núria Fabris Ed., 2009.

SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. **Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado.** In lfg.com.br. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20090616104850251_analise-da-inconstitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-fernanda-cintra-lauriano-silva.html>. Acesso em: 22 set. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC - **HABEAS CORPUS 40300**. Processo: 0176564-03-2004.3.00.0000 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 07/06/2005. Data da Publicação/Fonte DJ22/08/2005 p. 312 RT vol. 843 p. 549. Relator: ARNALDO ESTEVES LIMA. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+40300&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 26 set. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC - **HABEAS CORPUS 138058**. Processo: 0106796-14-2009.3.00.0000. UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 22/03/2011. Data da Publicação/Fonte DJe 23/05/2011. Relator: HAROLDO RODRIGUES. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+organizado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em: 24 set. 2011

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC - **HABEAS CORPUS 44049**. Processo: 077809-07-2005.3.00.0000. UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 12/06/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 19/12/2007 p. 1232. Relator: HAMILTON CARVALHIDO. Brasília. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=regime+disciplinar+diferenciado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13>>. Acesso em: 26 set. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **SÚMULA VINCULANTE Nº 26.** Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 16/12/2009. Fonte de Publicação: DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1 DOU de 23/12/2009, p.1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=26.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 06 out. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição, junho de 2007.