



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

FREDERICO ANDERSON FONTES GUEDES

O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM FACE DOS PRINCÍPIOS E  
GARANTIAS INDIVIDUAIS CONSAGRADOS PELA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL DE 1988

SOUSA - PB  
2009

FREDERICO ANDERSON FONTES GUEDES

O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM FACE DOS PRINCÍPIOS E  
GARANTIAS INDIVIDUAIS CONSAGRADOS PELA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL DE 1988

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<sup>a</sup>. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB  
2009

FREDERICO ANDERSON FONTES GUEDES

O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM FACE DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS  
INDIVIDUAIS CONSAGRADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

BANCA EXAMINADORA:

---

Professora JÔNICA MARQUES COURA ARAGÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE

---

Professor JARDEL DE FREITAS SOARES  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE

---

Professor GUERRISON ARAÚJO PEREIRA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE

DATA DA APROVAÇÃO: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

A Deus, aos meus Pais, e minha irmã Anne  
à minha filha Lavínia e minha amada Ariane.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à minha Professora Orientadora Jônica pela atenção e diligência que tomou durante todo o presente trabalho monográfico, o que, indubitavelmente, enalteceu-o com o seu conhecimento e grande perspicácia e, principalmente por ter me aceitado como orientando.

Agradeço também à minha maravilhosa esposa Ariane por todo o tempo de paciência que teve de suportar e pelo apoio moral que muito me serviu na execução dos trabalhos, bem como, durante todo o tempo de academia.

À minha filha, pelos momentos únicos de felicidade proporcionada, agradeço pelo seu sorriso maravilhoso que faz tudo parecer mais fácil e bonito.

Da mesma forma, agradeço aos meus nobres colegas e amigos Márcio José, Richelieu Raulino, Klinton Correia, Vanderleide Queiroz e Aucileide Araújo pelo companheirismo e principalmente pela troca de experiências e pelos infindáveis debates jurídicos travados com o único intuito de se auferir mais conhecimento.

Devo agradecer ainda à minha Mãe e minha Irmã por tudo o que representam para mim, e ao meu Pai que sempre amarei.

Por fim, agradeço a todos os meus colegas de Faculdade, aos meus Professores e a todos os meus colegas de trabalho, que, de alguma forma, ajudaram-me para a confecção desta monografia.

Se ando em meio à tribulação, tu me refazes a vida;  
estendes a mão contra a ira dos meus inimigos;  
a tua destra me salva.

Salmos, 138:7

## RESUMO

A realidade que hoje impera, onde as desigualdades sociais e regionais, corrupção, a ineficiência estatal na adoção de políticas públicas eficazes e a conseqüente sobrecarga do Direito Penal, utilizado como válvula de escape para todo e qualquer conflito social, são paradigmas marcantes que contribuem para a expansão da idéia do criminoso como sendo um "inimigo" de toda sociedade. Diante de tal cenário, é pertinente a investigação científica sobre a teoria do direito penal do inimigo, implementanda no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro, como método de controle das manifestações criminosas, ainda que dissociado do campo de visão da dogmática constitucional. Para tanto, busca-se analisar, através de uma abordagem histórica da concepção de tal teoria, os fenômenos sócio-políticos que influenciam a adoção do pensamento *jakobiniano* pela legislação penal e processual penal pátria, investigando, ainda, a constitucionalidade desta postura. Por meio do método de pesquisa exegético-jurídico auxiliado pelo método histórico, empreendeu-se, mediante a aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica, a análise sobre a concepção da teoria do direito penal do inimigo dentro da ordem constitucional e infraconstitucional brasileira ressaltando-se os contrapontos entre o seu acolhimento e os princípios, direitos e garantias individuais consagrados na Carta Magna. Além disso, o presente estudo possibilitou entendimento em relação à temática e suas vertentes garantindo ainda, através da análise de diplomas legais brasileiros, a contextualização da realidade socio-política vivida no Brasil hodierno. Diante disto, afere-se que a Constituição Federal de 1988, mediante a consagração de axiomas garantistas clássicos, não permite o acolhimento pelo legislador infraconstitucional do direito penal do inimigo como política criminal, já que haveria flagrante inconstitucionalidade em face da violação do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico da Constituição Federal. Percebe-se, enfim, que essa nova tendência de punitivismo a qualquer preço vai de encontro à noção de justiça e valores inerentes à pessoa humana, constituindo-se apenas uma forma extremada de controle da criminalidade.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo. Legislação infraconstitucional. Direitos e garantias fundamentais.

## RESUMEN

La realidad que prevalece hoy, donde las desigualdades sociales y regionales, la corrupción, la ineficiencia, en la adopción de políticas públicas eficaces y la consiguiente sobrecarga de la Ley penal, utilizada como válvula de escape para cualquier conflicto social, son notables los paradigmas que contribuyan a expansión de la idea de la acción penal como un "enemigo" de toda la sociedad. Frente a este escenario es pertinente para la investigación científica sobre la teoría del derecho penal del enemigo, implementada en el derecho penal y procesal penal de Brasil, como un método de control de hechos delictivos, aunque separados el ámbito de la constitución dogmática. Por lo tanto, se trata de examinar, a través de un enfoque histórico a la elaboración de esa teoría, los fenómenos socio-políticos que influyen en la adopción de la legislación penal y pensamiento jakobiniano país de procedimiento penal, investigar más, la constitucionalidad de esta postura. A través del método de investigación exegético asistida por el método histórico-jurídico, se llevó a cabo mediante la aplicación de las técnicas de búsqueda bibliográfica, análisis sobre la concepción de la teoría del derecho penal del enemigo en el orden constitucional y la infraconstitucional brasileño es haciendo hincapié en la contrapuntos entre el anfitrión y los principios, derechos y garantías individuales consagrados en la Carta Magna. Además, este estudio permitió comprender el tema y sus aspectos, garantizando al mismo tiempo, mediante el análisis de la legislación brasileña, la contextualización de la realidad socio-política con experiencia en el Brasil moderno. Frente a esto, afer que la Constitución de 1988 mediante el establecimiento de garantías axiomas clásicos, el anfitrión no permite que el legislador infraconstitucional enemigo de derecho penal y política criminal, ya que sería inconstitucional en la cara de una violación flagrante del principio de dignidad de la persona humana, núcleo axiológico de la Constitución Federal. Encontramos, por último, que esta nueva tendencia del precio de cualquier castigo va en contra de la noción de justicia y los valores inherentes a la persona humana, y es sólo una forma extrema de control de la delincuencia.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo. Legislación infraconstitucional.  
Derechos y garantías

## SUMÁRIO

RESUMO .....	06
<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2 GÊNESE E EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>13</b>
2.1 Breve histórico .....	13
2.2 Elementos fomentadores do Direito Penal do Inimigo na atualidade .....	15
2.3 Fundamentos filosóficos da Teoria do Direito Penal do Inimigo .....	22
<b>3 INFLUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....</b>	<b>27</b>
3.1 Elementos .....	27
3.1.1 Antecipação sancionatória e tipificação de atos preparatórios .....	27
3.1.2 Desproporção entre fato e pena .....	30
3.1.3 Relativização e supressão de garantias processuais .....	31
3.2 Influências no ordenamento jurídico penal e processual penal pátrio.....	33
3.2.1 Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90) .....	34
3.2.2 Lei Antidrogas (Lei n.º 11.343/06) .....	40
3.2.3 Lei Contra o Crime Organizado (Lei n.º 9.034/95).....	44
<b>4 CRÍTICA À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>49</b>
4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	49
4.1.1 Breve histórico e conceituação .....	49
4.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana no contexto do processo penal brasileiro .....	51
4.2 Princípios processuais penais constitucionais .....	53
4.2.1 Princípio do devido processo legal .....	53
4.2.1 Princípio da presunção de inocência .....	55
4.2.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa .....	56
4.2.4 Princípio do juiz e promotor naturais .....	59
4.2.5 Princípio da vedação de provas ilícitas.....	60
4.3 O garantismo penal como contraponto ao direito penal do inimigo.....	63
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

O contexto sócio-político atual revela novas formas de relacionamento humano decorrentes do presente estágio de desenvolvimento tecnológico e econômico resultante do fenômeno da globalização, bem como de eventos marcantes de que são exemplos: a queda do muro de Berlim, em 1989; o ápice do capitalismo e apogeu econômico norte-americano no final do século XX; os ataques terroristas ao *World Trade Center* em Nova Iorque, no dia 11 de setembro de 2001, em Madri, no dia 11 de abril de 2004 e em Londres, nos dias 11 de março de 2004 e 07 de junho de 2005. Surge deste cenário novas modalidades criminosas como a macrocriminalidade, que tem como formas de expressão mais marcantes as organizações criminosas, o tráfico de drogas e os crimes de colarinho branco.

Diante da realidade brasileira hodierna, nesse ambiente de transformações marcado pelo aumento dos índices de violência e graves mazelas sociais, persegue-se, incessantemente, a postura de combate a essas intrincadas e complexas formas delituosas, como resultado dos graves problemas sociais que afligem o país e o temor da população em face das constantes derrotas no plano político, palco de medidas governamentais imediatistas e superficiais que vem gerando terreno fértil para adoção da teoria do direito penal do inimigo, teoria que tem como sua principal voz o seu mentor, Günther Jakobs.

A edição de leis que corroboram tendências extremamente punitivistas e contrárias à proteção da dignidade humana dão respaldo ao direito penal do inimigo, pois restringem, ou mesmo suprimem, a personalidade da pessoa, contaminando, não só o Direito Penal ou Processual Penal, mas todo o ordenamento jurídico do país.

Essa tendência de punitivismo a qualquer preço, materializada pela adoção de políticas públicas policiais e leis que vão de encontro às garantias individuais encartadas na Constituição Federal de 1988, cada vez mais se alastra pelo ordenamento jurídico brasileiro com fito de aniquilação do "inimigo" comum da sociedade, o criminoso.

O pensamento *jakobiniano*, pode ser considerado a mais forte e viva vertente de um direito penal máximo regulador de todas as relações sociais que caracteriza-

se, especialmente, por reservar aos agentes criminosos que reincidem na prática delituosa, ou aos autores de crimes extremamente lesivos, uma legislação própria, com elementos de tipificação de atos preparatórios, desproporção sancionatória e relativização ou supressão de garantias processuais, além da despersonalização da pessoa humana.

Ao contrário de tal doutrina, a Constituição Federal de 1988 consagra, ao longo de seus dispositivos, em especial o artigo 5º, ideais garantistas como fundamento de um Estado Democrático de Direito, elevando a natureza humana como finalidade principal e condição de existência do próprio Estado, devendo o mesmo respeitar as limitações impostas pelos princípios, garantias e direitos fundamentais nela inscritos, sendo que sua violação é flagrante inconstitucional.

Da análise da presente temática, que encampa em sua órbita, além de conhecimentos de natureza jurídica relativos ao Direito Penal, Processual Penal e Constitucional, uma gama de preceitos sociais, políticos e filosóficos, inerentes à realidade vivida atualmente no Brasil, tem-se como problemática o seguinte questionamento: Implementar a teoria do direito penal do inimigo como método de controle das manifestações criminosas, dissociando a legislação infraconstitucional do campo de visão da dogmática constitucional, mostra-se como sendo o perfil do ordenamento jurídico brasileiro? A hipótese básica de pesquisa afigura-se no sentido de que há uma tendência de materialização da teoria do direito penal do inimigo pelo legislador ordinário em face do caráter de urgência que norteia o perfil político criminal brasileiro.

A investigação deste tema é de extrema relevância, assentando-se não só no plano teórico, mas através da escolha de políticas de controle das ações criminosas que correspondam, satisfatoriamente, à atual fase de transformação pela qual passa o mundo contemporâneo, sem que haja qualquer forma de desrespeito ou violação de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo constituinte originário de 1988 através de ideais garantistas clássicos de defesa dos direitos humanos, já que, conforme poder-se-á observar no decorrer desse trabalho, a teoria do direito penal do inimigo está nitidamente refletida na legislação infraconstitucional brasileira, misturando, desarrasoadamente, normas de natureza excepcional às garantistas.

Apresenta-se pois, como objetivo geral dessa pesquisa investigar a maneira pela qual o pensamento *jakobiniano* se reflete na legislação penal e processual penal brasileira, pretendendo-se, através do análise da teoria em comento, desde a

sua origem, passando pela fundamentação filosófica, até a definição dos elementos que norteiam sua aplicação, ressaltar, como contraponto, a relevância do garantismo, como fundamento de um Estado Democrático de Direito, em face da discrepância apresentada quando da adoção de um Direito Penal de exceção sem que haja justificativa para tal.

Para tanto, será aplicado o método de pesquisa exegético-jurídico auxiliado pelo método histórico, mediante aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica, envolvendo renomados autores da literatura jurídica nacional e mundial. Ainda assim, se recorrerá à análise interdisciplinar, já que a temática abordada reflete uma gama de conhecimentos históricos, políticos, culturais e sociais que, numa perspectiva geral, contribuem de forma decisiva para a criação e implementação da teoria do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro.

Em face de ser impossível descrever a relação ambígua entre a os princípios bases de um Estado Democrático de Direito e o direito penal do inimigo, cerceador de direitos e garantias fundamentais consagrados pela Carta Maior, mediante simples análise dos seus elementos conceituais, desvinculados do panorama histórico no qual nasceu e se desenvolveu a teoria, no primeiro capítulo deste trabalho serão apontados fatos marcantes que de algum modo contribuíram para a tomada de força dos ideais traçados por Günther Jakobs, até a sua efetiva aplicação no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro, ainda que de forma dissociada da própria Constituição Federal de 1988. Nesse escopo, ainda com o objetivo de respaldar a conceituação e origem da teoria do direito penal do inimigo, serão descritos os fundamentos filosóficos nos quais Günther Jakobs se pautou para a formulação de seu pensamento, de forma a conflitar tais premissas com a realidade vivida no Brasil.

Por seu turno, diante da problemática inerente ao grau de reconhecimento da teoria do direito penal do inimigo pelo legislador infraconstitucional, serão ainda abordados no segundo capítulo os reflexos dessa doutrina punitivista analisando-se alguns diplomas legais que, por apresentarem elementos do pensamento *jakobiniano*, serão abordados em seus aspectos mais relevantes no que toca às violações de direitos e garantias individuais quando do acolhimento de tal teoria. A abordagem da Lei de Crimes Hediondos, da Lei Antitóxicos, e da Lei Contra as

Organizações Criminosas, justifica-se ainda pela grande repercussão que esses diplomas legislativos causaram no plano nacional diante da opinião pública.

Analisar-se-á ainda, por ocasião do terceiro capítulo, através da conceituação dos princípios e regras de Direito Processual Penal e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, a dissociação existente entre a teoria do direito penal do inimigo e o processo penal pautado por ideais garantistas, de forma a se preservar a finalidade máxima do Estado Democrático de Direito, o próprio ser humano.

É certo que as tendências emanadas do pensamento *jakobiniano* representam um fenômeno sócio-político que vem ganhando corpo diante da ordem jurídica brasileira, especialmente no âmbito do processo penal, utilizando-se o legislador de subterfúgios para aplacar uma “caçada ao inimigo” através do *jus puniendi* do Estado, constituindo-se, tal postura combatente, completamente desmotivada. O ato de “legislar apenas por legislar”, há muito, comum no cenário político brasileiro, serve hoje para a relativização de garantias, endurecimento de penas e fomento da intolerância, sendo justificados como método de segurança nacional. O certo é que, a Constituição Federal de 1988, como real protetora dos direitos e garantias fundamentais, delinea os rumos que o legislador infraconstitucional deve seguir como forma de garantir a valorização do ser humano como único fim do Estado, extirpando qualquer atentado ao princípio da dignidade humana.

## 2 GÊNESE E EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 2.1 Breve histórico

A teoria do direito penal do inimigo foi exposta pela primeira vez em 1985 por seu idealizador Günther Jakobs, em um seminário de Direito Penal em Frankfurt, Alemanha, de forma meramente crítica ao apontar como negativo o modo como a legislação alemã incriminava a tentativa inidônea, ou seja, o estado que antecede à conduta criminosa, doutrinariamente conhecida no Brasil como “crime impossível”.

Com essa argumentação, Günther Jakobs passava a estabelecer umas das principais características do direito penal do inimigo, qual seja, a criminalização da lesão no estado prévio ao bem jurídico, de forma a defender que o *animus* do agente criminoso, isto é, seu comportamento e vontade antecedente ao evento delituoso, são passíveis de ensejar a persecução penal, em face, afirmava ele, dessa esfera íntima do indivíduo representar perigo à sociedade (GRECO, 2005).

Na Conferência do Milênio, no ano de 1999, em Berlim, Alemanha, Günther Jakobs armou-se de fundamentações filosóficas, inspiradas em filósofos como Kant, Hobbes e Rousseau, para construir o conceito fundamental e definitivo de Direito Penal do Inimigo. Para isso, argumentou que o Direito Penal deixara a muito de trilhar apenas o caminho reacionista contra o fato criminoso para perseguir, como em um estado de “guerra”, um inimigo comum de toda a sociedade, o criminoso (JAKOBS, 2003).

O contexto de luta contra graves delitos perpetrados contra bens jurídicos individuais, em especial os delitos de terrorismo, favoreceu sobremaneira a recepção e difusão do pensamento *jakobiniano*, que formula distinções marcantes entre o Direito Penal dos Cidadãos, caracterizado pela manutenção da vigência da norma, e o Direito Penal do Inimigo, marcado pelo combate aos perigos provocados por indivíduos que se propõem a romper o pacto social. Nesse contexto, sobrelevou-se a midiática expressão proferida por Günther Jakobs (2009) “guerra contra o terror.”

Afirmava Günther Jakobs que seria um risco enorme a sociedade não abraçar a idéia de um direito penal excepcional agindo de forma conjunta ao direito penal ordinário, sob pena de cidadãos serem considerados verdadeiros “inimigos”, já que o modelo de Direito Penal destinado aos cidadãos, modelo este de inspiração

iluminista, poderia ser contaminado pelo modelo destinado aos criminosos (GRECO, 2005).

Sacrificar as garantias fundamentais em função da batalha travada contra a criminalidade, de acordo com essa teoria, é fundamental para se alcançar a paz social tão almejada nos dias atuais. Nesse sentido, afirma Günther Jakobs (2003, p. 33) que “*El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.*”

Como consequência da dogmática defendida por Günther Jakobs na Conferência do Milênio, diversas manifestações doutrinárias sobre o modelo de recrudescimento penal surgiram, tanto a criticar quanto a defender o tema, popularizando-se então o debate que versa sobre as alternativas à disposição dos sistemas penais atuais, que se mostram um tanto carentes de respostas às novas modalidades de criminalidade.

Mas afinal, como conceituar essa teoria que, na mesma velocidade das mudanças radicais pelas quais passa a sociedade moderna, vem ganhando respaldo diante de terreno fértil criado pela idéia de punitivismo a todo custo. Neste esteio, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 376), de forma concisa e objetiva, afirma que a teoria idealizada por Günther Jakobs

[...] trata-se de um modelo de direito penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os *inimigos* (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, dentro outros). Estes não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra não respeitam os direitos individuais alheios

Diante desses argumentos relativamente recentes, pode-se pensar que o direito penal do inimigo surgiu há algumas décadas, entretanto, tal pensamento tem respaldo em períodos históricos anteriores ao vivido contemporaneamente, sendo que, conforme afirma Nereu José Giacomolli (2008, p. 342), parafraseando Luiz Luisi,

[...] esta concepção não é nova. No direito Romano, o sujeito que cometia *perdeullio* (traição à pátria) era considerado inimigo da pátria e perdia sua condição de pessoa. No Direito Penal medieval, precisamente nas ordenações européias, como as Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, várias pessoas eram condenadas como inimigos da pátria, tais como hereges, os apóstatas, os feiticeiros, os pederastas e os autores de crimes de lesa-

majestade. Também, o totalitarismo nazista e bolchevique utilizaram o direito penal para eliminar seus “inimigos” judeus e não arianos (nazismo de Hitler), burgueses e contra-revolucionários (bolchevismo de Lênin e Stálin) (Luisi, 2007, p. 112). Observamos, embora com menor intensidade, ideologia do “Direito Penal do Inimigo” em toda legislação penal emergencial, inclusive no Brasil, como a Lei dos Crimes Hediondos e na denominada legislação penal de emergência ou tópica.

Saliente-se que, por trás da elaboração de todo este pensamento, caracterizado pelo constante estado de “guerra declarada” aos criminosos e pela responsabilização da pessoa pelo que ela é e não pelo que fez, é de fundamental importância a constante modificação pela qual vem passando a sociedade moderna, principalmente no que tange às intrincadas formas de relacionamento social aliadas ao grande avanço tecnológico de forma a influenciar diretamente os primeiros passos do modelo *jacobiniano*. Sobre o termo “guerra” e “luta”, tão empregados em sua obra, Günther Jakobs (2009) afirma que “Caso ‘guerra’ e ‘luta’ sejam meras palavras, elas não deveriam ser levadas incondicionalmente ao pé da letra, mas caso sejam conceitos, então ‘guerra’ e ‘luta’ implicam um inimigo contra o qual algo deve ser feito.”

Além disso, é de grande valia mencionar a desorganização e a inadequação na forma que se legisla atualmente, o que vem provocando o inchaço e, conseqüentemente a hipertrofia da legislação penal, favorecendo a penetração no direito penal brasileiro de limitações às garantias e prerrogativas inerentes ao Direito Penal Clássico, retrato da infiltração do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.2 Elementos fomentadores do Direito Penal do Inimigo na atualidade**

A realidade que hoje impera, em que reinam as desigualdades sociais e regionais, corrupção, a ineficiência estatal na adoção de políticas públicas eficazes e a conseqüente sobrecarga do Direito Penal, utilizado como válvula de escape para todo e qualquer conflito social bem como para descontentamento geral da sociedade, são paradigmas marcantes que contribuem para a expansão da punibilidade sem precedentes.

Antes de expor em que bases filosóficas se fundamenta a teoria do direito penal do inimigo, é importante passar à análise dessa nova realidade trazida pela

modernidade, em seus aspectos mais relevantes, e em que consiste sua contribuição para a adoção pelos ordenamentos jurídicos, de traços marcantes da teoria em análise.

A globalização pode ser conceituada como fenômeno social que ocorre em escala global caracterizado por um processo de integração de caráter econômico, social, cultural e político entre diferentes nações decorrente de gradativa evolução tecnológica ocorrida, principalmente, nos meios de transporte e de telecomunicações. O surgimento do fenômeno da globalização tem como fundamento a diminuição das distâncias, entrave de grandes proporções para o mundo capitalista, de forma a facilitar a busca por novos mercados consumidores, principalmente pelos países mais desenvolvidos. Ainda que, com a expansão deste fenômeno do mundo moderno, decorrente da avidez do homem em levar para mais perto de si os seus pares, as facilidades de comunicação, comércio, difusão da tecnologia, lazer e qualidade de vida tenham ficado em evidência, ao menos para a parcela mais rica da população mundial, problemas graves e de difícil solução vieram a tona, trazendo consigo a revolta dos excluídos da nova realidade mundial.

Nesse contexto, Eugênio Raúl Zaffaroni (1997, p. 18-19) ascende o aspecto ideológico e real do fenômeno globalização nos seguintes termos:

*Por tal puede entenderse: a) una ideología y b) una realidad del poder. a. La ideología es el sistema de ideas que quiere explicarnos algo de la realidad; En este caso se trata de la ideología del mercado mundial: una irrestricta eliminación de barreras y proteccionismos generaría un mercado mundial que se equilibraría por si mismo y produciría un efecto de crecimiento planetario. (...) b. La globalización como realidad tiene como caracteres propios, cuanto menos los siguientes: a) el dominio a través de medidas e imposiciones económicas (pago de deudas externas siderales); b) la reducción de la violencia bélica entre las potencias líderes y el fomento de conflictos entre algunas de las subalternas; c) el desapoderamiento de los estados nacionales; d) la concentración del poder planetario en corporaciones transnacionales (pocos cientos); e) la producción de desocupación estructural; f) población marginalizada que se desplaza desde la periferia al centro y entre las propias periferias; g) producción de serios riesgos de catástrofe ecológica (porque la exportación sucia a las zonas subalternas sólo retrasa los efectos de ésta), de estallidos sociales violentos (porque margina del sistema productivo a amplios sectores, sin perspectivas de incorporación como la acumulación originaria) o de crisis financieras (por*

*efecto de una acumulación que em buena parte se asienta en especulación y encarecimiento de cosas y servicios con exclusivo resultado de prohibiciones con las que se interviene en los mercados.*

O advento desta nova ordem mundial, dotada, de um lado, de intensa troca de informações, inovações tecnológicas e fluxo comercial livre de barreiras, ao menos em tese, em sua outra face apresenta graves problemas sociais como dominação econômica e política, da qual decorre o revide por parte de grupos popularmente conhecidos como terroristas; aumento do abismo entre ricos e pobres, no que toca a distribuição de riquezas; e a conseqüente elevação dos índices de desemprego, tendo como principal conseqüência na sua relação com o Direito penal, o aumento da criminalidade, surgimento de novas formas de violência, bem como de novas práticas criminosas como a macrocriminalidade, que tem como forma de expressão o crime organizado, tráfico de drogas e crimes de colarinho branco.

Nesse sentido, Luís Flávio Gomes e Raúl Cervini (1995, p. 56) afirmam que:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.

Diante deste quadro de ambigüidades gerado pelo fenômeno globalização, a teoria do direito penal do inimigo vem ganhando corpo, principalmente depois dos atentados ao centro de negócios norte-americano *World Trade Center*, em 11 de setembro de 2001, na Cidade de Madri, Espanha, no dia 11 de março de 2004, e no dia 07 de junho de 2005 em Londres, Inglaterra, de forma a contribuir decisivamente para a propagação da idéia de “guerra” e “inimigo”, este não mais visto como ameaça ao Estado, mas à sociedade civil. Torna-se correto afirmar que o fenômeno da globalização trouxe à tona a era da delinqüência organizada que coloca em cheque a soberania dos Estados. Partindo de tal premissa Günther Jakobs (2009)

afirma que é possível travar a “guerra contra o terror” com os instrumentos de um Direito penal de Estado de direito, indicando que

[...] já em 1986 foi promulgada uma “lei de combate (!) ao terrorismo”; em 2003, a partir da conversão de uma resolução geral do Conselho da União Européia surgiu uma outra lei, visando ao “combate ao terrorismo”; também a discreta e assim chamada “34 lei de mudança do direito penal”, promulgada pouco antes, pertencente à série de leis de luta voltadas contra o terrorismo.

No Brasil, os atentados terroristas praticados por facções criminosas do Rio de Janeiro e São Paulo evidenciam, de forma clara, a gravidade com que agem, bem como os motivos irrelevantes pelos quais esses grupos terroristas provocam a “barbárie”, já que, neste caso em particular, tais atos foram praticados com vistas à negociação da manutenção de privilégios em benefício de seus líderes.

Damásio de Jesus (2006) aponta, no artigo “Direito Penal do Inimigo: breves considerações”, como causa para a contaminação do Direito penal por essas tendências punitivistas, os acontecimentos históricos ocorridos a partir de 1989, com a queda do muro de Berlim, pois o contexto histórico compreendido

[...] entre a queda do comunismo e os recentes atentados terroristas no plano internacional e os ataques de facções criminosas em nosso País constitui uma ante-sala que prepara o delineamento das tendências as quais podem tornar-se hegemônicas no período que está por vir.

Inobstante aos atos terroristas contra a ordem constitucional e o Estado de Direito, levados a cabo por organizações criminosas, a sociedade brasileira convive com a constante e infundável escalada da corrupção, presente nos mais diversos setores da vida pública e Instituições que devem ter suas atividades pautadas pela eficiência e probidade. Sem mencionar ainda outra faceta da macrocriminalidade, qual seja, os crimes de colarinho branco, consistentes em espécie de organização criminosa que provoca dano inestimável ao patrimônio público, atingindo diretamente interesses difusos e coletivos.

Aliado a isso, soma-se as atrapalhadas decisões tomadas em sede de intervenção estatal através de políticas públicas desprovidas de qualquer teor sociológico ou mesmo da mínima responsabilidade que se exige ao se falar de segurança pública. E mais ainda, é evidente que, no âmbito interno os administradores não conseguem sequer desenvolver uma pauta mínima de políticas públicas essenciais como saúde, emprego, meio ambiente, educação, assistência

social, justiça etc. Não bastasse isso, como no Brasil não se consegue dissociar política de economia, a responsabilização dos criminosos de “colarinho branco” fica cada vez mais difícil em face da proteção dispensada a esses agentes criminosos.

De todo esse quadro emana, além do descrédito no Poder Público e na adoção de alternativas legais menos lesivas aos ideais garantistas tão defendidos pelo povo brasileiro há algumas décadas, o poder paralelo de facções criminosas que, com organização, tecnologia, leis e normas editadas e respeitadas por seus membros, desmantelam por completo o ordenamento jurídico do país. O descrédito nas Instituições Públicas e na possibilidade de mudanças em curto prazo é compreensível para um povo que é consciente do potencial deste país, mas está cansado de ser colocado sempre em segundo ou terceiro plano, preterido por um Estado Democrático de Direito que só existe nas páginas da Carta Magna, como se todo poder que emana do povo fosse apenas uma norma programática, ainda em vias de ser regulamentada.

Ressalte-se ainda que, como forma de economizar receita proveniente do bolso do cidadão através da pesada carga tributária, com as finalidades mais lícitas ou ilícitas possíveis, o Estado, ao alegar que a efetiva implantação das políticas públicas tem alto custo, impossível de ser aplicado nestes dias de crise financeira, transfere tal responsabilidade ao campo do Direito Penal, meio muito mais barato e rápido para dar às pessoas a falsa impressão de segurança, acalmando os ânimos dos cidadãos temerosos ao mesmo tempo em que instala no país um contexto de “caça ao criminoso”. O fato é que, nos dias de hoje, a temática da insegurança e da criminalidade organizada é extremamente utilizada a fim de justificar todo e qualquer meio de combate à violência.

Sem embargo de tais constatações, apesar da corrupção, do desemprego, da educação deficitária, da saúde “homicida”, da elevada carga tributária, sem mencionar outros graves problemas, trinta e um por cento dos entrevistados (contra dezesseis em 2006) consideram a violência o maior problema brasileiro, segundo pesquisa divulgada pela datafolha em março de 2007<sup>1</sup>. Número suficiente para afirmar a existência de um clima de insegurança, o qual vem a favorecer a tomada de medidas extremadas, e até mesmo ilegítimas, como, por exemplo, o

---

<sup>1</sup> Notícia divulgada no site do datafolha, em 26 de março de 2007. Disponível em [http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver\\_po.php?session=400](http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=400), Acesso em: 15/05/2009

atentado contra a liberdade de locomoção do acusado da prática de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ao vedar a concessão de liberdade provisória, ou mesmo a antecipação exagerada da tutela penal. O medo faz com que a população lute, desesperadamente, para assegurar a integridade física, a propriedade e uma vida tranqüila dos seus, mesmo que pague caro com o preço da intolerância, jogando no lixo direitos e garantias conquistados com muito esforço ao longo da história.

O Brasil encontra-se inserido em um contexto no qual a violência reina absoluta, mergulhado numa sensação de medo e insegurança, que faz surgir na sociedade, como forma de reduzir tal estado, o desejo de endurecimento do sistema penal. A perspectiva da população torna-se assim, segundo Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer (2008, p. 128),

[...] uma importante variável político-criminal que nos tempos de medo exacerbado da delinqüência, ou seja, em tempos em que as pessoas estão propensas a ver-se como futuras vítimas de roubos, assaltos ou seqüestros, exercem pressão sobre o legislador penal.

Não bastasse o sentimento de medo e insegurança originados dos graves problemas sociais e institucionais, a mídia oportunista e a opinião pública, ávidas por preencher sua programação ou páginas com conteúdo que atraia a atenção da população, mistura em meio a programas de culinária, desenhos infantis e novelas, noticiários que entregam nas casas das pessoas violência explícita, generalizando, na maioria das vezes, de forma irresponsável, situações locais que, para um país de proporções continentais, não passam de acontecimentos isolados.

O que falar do caso Isabella Nardoni, menina supostamente assassinada pelo pai e pela madrasta na Cidade de São Paulo. Explorado sob todos os ângulos, tal caso povoou a mente de milhões de brasileiros, sobretudo pela superexposição da mídia que, durante meses, transmitiu, “em primeira mão”, informações sobre o caso, até mesmo com edições especiais nas quais, ao vivo, mostrou provas, pistas, fotos, documentos, a prisão dos indiciados e até mesmo a reconstituição daquele evento, como se um filme fosse colocado em cartaz, não na sala de cinema, mais em frente ao sofá de milhões. Nesse caso em particular e em tantos outros já noticiados, o medo da população decorrente de tanta informação jogada na sua cara de forma brutal e sem qualquer resquício de ética, transmudou-se em ódio aos indiciados, seus familiares e até mesmo seus advogados, não dispendo, os primeiros, do direito de serem considerados inocentes até que se provasse o contrário. Foram assim

condenados antecipadamente pelo pior dos tribunais, nada menos do que um público formado por milhões de espectadores nutridos de ódio oriundo dos noticiários que, por sua vez lucraram milhões com anúncios de venda de automóveis, refrigerantes e de creme dental.

Cabe ainda ressaltar que não é de interesse espontâneo da população a ascensão do sensacionalismo como no caso supramencionado, demandando produção constante de matérias sobre o assunto, mas sim a própria mídia que trabalha para levar comoção ao público como subterfúgio para o lucro. Afirmando tal premissa em artigo científico, Flávio Herculano (2008) explicita que

A mídia precisa, permanentemente, de um tema palpitante para noticiar. Pode ser um escândalo político, um desastre, um grande evento ou... um crime. Depois do desastre aéreo da Tam e da seqüência de escândalos políticos do mensalão, do caso Renan e dos cartões corporativos, tentou-se emplacar o escândalo do dossiê, com a ministra Dilma Rousseff como personagem principal e o PT como coadjuvante. Mas o tema era de pouco apelo popular e a tragédia envolvendo Isabella veio 'no momento certo', para ocupar o espaço principal dos noticiários. A menina superou a ministra; o crime familiar superou os erros do corporativismo político no Governo Federal.

Nestes episódios de grande exposição, a mídia explora cada tema até a exaustão. Depois disso, os descarta. Afinal, quem, hoje, se importa com personagens como Marcos Valério, Delúbio Soares ou mesmo com João Hélio, aquele menino que foi arrastado por diversas ruas no Rio de Janeiro, preso ao cinto de segurança de um veículo, em uma morte que causou comoção semelhante a de Isabella.

O fato, ainda, de que a população, favorecida pela comoção midiática, cada vez mais se identifica com as vítimas em suas características próprias como religião (judeus), etnia (negros), opção sexual (homossexuais), condição física (deficientes físicos) ou mental (inimputáveis) ou mesmo gênero (mulheres), acaba por determinar reações extremadas desses grupos em relação àquela vítima específica como forma de solidarizarem-se com a mesma, dificultando o julgamento objetivo dos acusados. Reações como passeatas, exigências de endurecimento das penas ou da adoção de programas com *slogans* "tolerância zero", refletem o resultado de tais identificações, caracterizando-se por movimentos muito mais emocionais do que racionais.

Nesse contexto, exurge diante do ordenamento jurídico atual resquícios de retribuição exacerbada, chegando ao ponto da comparação com os tempos nos quais era adotada a vingança privada como forma de responsabilização do agente criminoso. Essas reações, até certo ponto compreensíveis, como afirmam Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer (2008, p. 147),

[...] fazem surgir o perigo de que se adotem decisões político-criminais meramente simbólicas, desconectadas do objetivo que oficialmente perseguem, servindo apenas para satisfazer os sentimentos irracionais de dor, cólera e impotência das pessoas afetadas pelo delito. Pleiteiam, assim, a edição de novos tipos penais, apesar dos já existentes serem suficientes para sancionar adequadamente os fatos; esforçam-se para que haja um aumento das penas ao máximo, apesar de todos saberem que isso geralmente não comporta um efeito intimidatório para os futuros assassinos (sobretudo nos casos de terrorismo); promulgam-se leis de urgência que mitigam de um modo geral os direitos dos condenados e processados, apesar de que, em princípio, ditas soluções somente deveriam ser aplicadas a um reduzido número de suspeitos; introduzem-se leis especiais para os terroristas e medidas durante a execução da pena de duvidosa constitucionalidade etc.

Todo esse contexto de medo, ódio e comoção gerados pela opinião pública irresponsável, pelo aumento dos índices de criminalidade, pela descrença nas Instituições Públicas e seus agentes etc, deságua num quadro de pressão popular sobre o ordenamento jurídico, principalmente a legislação penal, em busca de respostas que o Direito penal não pode dar, gerando quadro de hipertrofia legislativa. O costume brasileiro de “legislar por legislar” favorece sobremaneira o surgimento do dito Direito penal excepcional tendo em vista a falsa idéia de solução de toda essa extensa e intrincada problemática somente com a edição de novos e mais graves tipos penais a tutelar todas as situações possíveis, utilizando-se do Direito Penal para a resolução de conflitos sociais.

Assim, em nome da segurança, relativizam-se garantias, endurecem-se penas, fomenta-se a intolerância, portanto, algumas normas jurídico-penais passaram a refletir aquilo que Günther Jakobs denominou de direito penal do inimigo, o que, aliás, divorcia-se completamente dos parâmetros do modelo liberal clássico.

### **2.3 Fundamentos filosóficos da Teoria do Direito Penal do Inimigo**

Günther Jakobs assenta sua teoria em ideais filosóficos contratualistas como os de Johann Gottlieb Fichte, Jean-Jacques Rousseau, e, sobretudo, os de Thomas Hobbes de Malmesbury e Immanuel Kant. Em conformação com essas idéias, norteadas pela idéia de que a sociedade é constituída por um pacto formado entre seus membros, Günther Jakobs (2003, p. 26) leciona que a segurança é direito dos

cidadãos e, partindo desta premissa, afirma que “*el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica.*” Ao expor tal pensamento, no qual se legitima a supressão da qualidade de “pessoa” daquele que por princípio desvia-se do ordenamento jurídico, se estabelece, desta forma, não uma contradição à norma, como ocorre com o cidadão quando este desvia-se da legalidade, mas uma guerra na qual o criminoso, “inimigo” da sociedade, portanto, excluído do Contrato Social, deve ser neutralizado.

Através de Jean-Jacques Rousseau e sua teoria do contrato social, Günther Jakobs conclui que tal pacto entre os indivíduos viabiliza a vida em sociedade, pois o homem em seu estado natural tem como único objetivo sua própria sobrevivência, devendo esta ser alcançada por seus próprios meios, isto é, sua liberdade teria o limite de sua força física. Mas a força não gera o direito, nem sua obediência o dever, afinal este não se daria por um ato de vontade, e sim por necessidade, assim convenhamos, portanto, que a força não faz o direito, e que se é obrigado a obedecer apenas as potências legítimas. O contrato social, segundo Jean-Jacques Rousseau (1985, p. 36-37), seria, portanto, a união de forças, a adoção total da liberdade individual e natural de cada um para a formação de uma unidade, de uma vontade geral, onde todos tivessem direitos e deveres sobre todos, ou

[...] em lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantas são as vozes da assembléia, a qual recebe desse mesmo ato sua unidade, sem *eu* comum, sua vida e sua vontade. Esta pessoa pública assim formada pela união de todas as outras era designada outrora pelo nome de *cidade*, sendo designada atualmente pelo nome de *república* ou *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando é passivo; *soberano*, quando é ativo e *potência*, quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados, tomam coletivamente o nome de *povo* e se denominam em particular *cidadãos* enquanto participantes da autoridade soberana e *súditos* enquanto submetidos às leis do Estado. Entretanto, esses termos amiúde confundidos e são tomados um pelo outro; basta saber distingui-los ao serem empregados com toda sua precisão.

A conservação do pacto depende da obediência de cada um à vontade geral, portanto, o pactuante tem direito à sua qualidade de cidadão desde que se mantenha fiel à ordem social, considerando-se o criminoso um traidor, um inimigo, uma ameaça a manutenção do Estado, por isso, Jean-Jacques Rousseau (1985, p. 55) reforça que

[...] todo malfeitor que agride o direito social se torna por seus atos rebelde e traidor da pátria; deixa de ser membro dela ao violar suas leis, colocando-se em guerra contra ela. Ora, a conservação do Estado é incompatível com a sua e, então, é preciso que um dos dois pereça e quando se faz morrer o culpado, é menos como cidadão do que como inimigo. Os processos, o julgamento são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social e que, por conseguinte, não é mais membro do Estado.

De forma similar direciona-se o pensamento de Johann Gottlieb Fichte, sendo possível, através de suas idéias, vislumbrar a possibilidade de perda dos direitos de cidadão. Aquele indivíduo que abandona o contrato social, em seus caracteres mais relevantes, passa a um estado de ausência de direitos, perdendo não só sua condição de cidadão, mas também a de pessoa. Esta exclusão pode ser atenuada mediante a construção de um contrato de penitência, caracterizado, basicamente, pelo cumprimento da sanção penal. Tal contrato de penitência só não pode ser concedido em casos de assassinato intencional e premeditado, caso em que se manterá a perda total de direitos inerentes aos cidadãos (JAKOBS, 2003).

Entende ainda Günther Jakobs (2003, p. 27-28), consoante Johann Gottlieb Fichte, que a exclusão do criminoso do contrato social não se trata de pena em sentido estrito, mas sim uma forma de levar segurança a quem se propõe a corresponder às expectativas do contrato social, *“pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder.”*

Apesar de concordar com Jean-Jacques Rousseau e Johann Gottlieb Fichte no tocante à possibilidade da perda do status de cidadão, Günther Jakobs (2003) não é radical quanto às hipóteses desta supressão, entendendo que a relação entre o criminoso e a sociedade deve ser mantida, até porque, mantendo-o dentro do Direito, é possível que volte a ajustar-se à sociedade e, permanecendo com sua personalidade, mantém-se o dever de proceder à reparação dos danos causados.

Como doutrinador pactuante do método contratualista, Thomas Hobbes (1979, p. 49), em sua obra prima *Leviatã*, legitima seu contrato de submissão na impossibilidade de sobrevivência do homem fora da sociedade, argumentando que a pessoa derivada deste contrato é o Estado, entendido como instituição, a quem é dado o monopólio da violência, e a ele todos os pactuantes devem obediência, não devendo perturbá-lo em seu processo de auto-organização, afirmando que

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza (...) Porque as leis de natureza (como a justiça, a eqüidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém.

Em razão do exposto, mantém o delinquente ordinário a condição de cidadão, diversamente ocorre com quem pratica alta traição, neste delito determina-se a exclusão da qualidade de cidadão. Günther Jakobs (2003, p. 29), ao mencionar Thomas Hobbes de Malmesbury, aponta como causa da exclusão a vontade do súdito em retornar ao seu estado de natureza, *“Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza ... Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos.”*

Se em Hobbes o contrato social legitima o poder do Estado sobre seus súditos, Immanuel Kant entende que este poder é limitado pelo contrato. Mas, com relação à posição de cidadão, acredita ser esta adquirida na “passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal” (JAKOBS, 2003, p. 29). Assim, *“toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana”*, pois não havendo esta adesão teríamos um indivíduo ainda em estado de natureza e, por isso, um inimigo, não oferecendo nenhuma garantia de “comportamento pessoal adequado”, tratando-se de uma ameaça constante.

Günther Jakobs (2003, p. 30-31), parafraseando Immanuel Kant, indica que a hipótese em que se deve hostilizar um ser humano, obrigando-o a adentrar no estado comunitário, caracteriza-se pela presença dessa pessoa no estado de natureza, ainda que a mesma não esteja provocando lesões a interesses jurídicos através de atos, bastando apenas manter-se nesse estado ilegal, ou seja, aquele fora do pacto social. Nesse sentido, afirma o autor:

“Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado em el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí

por la ausencia de legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad.”

De toda forma, constata-se que Günther Jakobs fundamenta a exclusão da personalidade do indivíduo no contrato social, independentemente de quem assume a titularidade da soberania estatal, e a seleção do “inimigo” é feita com base nos comportamentos que expõem a risco o Estado (delitos de alta traição) ou a ordem jurídica (indivíduos que, de forma continuada e consistente, afrontam as normas sociais regentes).

### 3 INFLUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

#### 3.1 Elementos

Torna-se possível identificar as características básicas do direito penal do inimigo através da função da pena segundo essa teoria, tida como forma de neutralizar perigos, não assumindo nenhum significado a mais. Ainda, identificam-se como elementos próprios da teoria a antecipação da punibilidade, de forma a alcançar os atos preparatórios; a desproporcionalidade no sistema de aplicação das penas; e a relativização ou supressão de garantias processuais.

Sobre as características marcantes do direito penal do inimigo, Luís Greco (2005, p. 218) afirma que

Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinqüência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade.

Já Nucci (2007, p. 376), na análise do direito penal do inimigo em face de suas características principais reforça que os “inimigos”

(...) estariam situados *fora do sistema*, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade. São pessoas perigosas, em guerra constante contra o Estado, razão pela qual a eles caberia a aplicação de medidas de segurança e seus atos já seriam passíveis de punição quando atingissem o estágio da preparação. Admite-se, ainda, que contra eles sejam aplicadas sanções penais desproporcionais à gravidade do fato praticado (cf. Günther Jakobs, *Derecho penal del inimigo*).

#### 3.1.1 Antecipação sancionatória e tipificação de atos preparatórios

Em face de ser o objetivo principal da pena no direito penal do inimigo, a eliminação dos perigos deve ser prévia, caracterizando-se por ser efetivada antes mesmo da execução do crime, antes mesmo da concretização da lesão ao bem

jurídico tutelado. De acordo com o direito penal do inimigo, ainda que a lesão ao bem jurídico tutelado não tenha sido iniciada, a atuação punitiva do Estado já está em marcha, de forma a garantir a integridade do direito dos cidadãos, podendo se concluir que não é pressuposto para punição estatal a agressão ao bem jurídico tutelado. Basta que se identifique no indivíduo traços de um comportamento delituoso, ou seja, o *animus* do agente passa a ser penalizado, mesmo que a conduta criminosa não tenha se materializado, saindo do âmbito da esfera íntima do indivíduo.

Seguindo essa dogmática, Günther Jakobs (2003), conclui que deve ser punida, não apenas tentativa ou consumação do crime, mas sim a intenção, imaginação, pensamento ou *animus* do indivíduo, sob pena de expor a sociedade ao perigo proveniente do “inimigo”, não adotando medidas que previnam, de forma adequada, a prática do crime. O direito penal do inimigo reflete, de forma clara e concisa, um direito penal do autor, contrário ao direito penal do fato, argumentando Cancio Meliá (2007, p. 80) que

Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado na <<atitude interna>> do autor.

Cabe ainda a análise, a fim de identificar o momento no qual uma conduta delituosa passa a ser punível, das etapas que constituem o “iter criminis”, entendido como percurso para a realização do crime, que vai da cogitação à consumação. Duas são as fases, descritas por Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 312-313), para que o evento delituoso seja formado, a saber: fase interna e fase externa, que, por sua vez, se subdividem, segundo o renomado autor em: cogitação; deliberação; resolução; manifestação; preparação; execução; e consumação. Nestes termos, discrimina o autor tais fases:

(...) **a) fase interna**, que ocorre na mente do agente, percorrendo, como regra, as seguintes etapas: **a.1) cogitação**: é o momento de ideação do delito, ou seja, quando o agente tem a idéia de praticar o crime; **a.2) deliberação**: trata-se do momento em que o agente pondera os prós e contras da atividade criminosa idealizada; **a.3) resolução**: cuida do instante em que o agente decide, efetivamente, praticar o delito. (...) **b) fase externa**, que ocorre no momento em que o agente exterioriza, através de atos, seu objetivo criminoso, subdividindo-se em: **b.1) manifestação**: é o momento em que o agente proclama a quem queira e possa ouvir a sua resolução. (...) **b.2) preparação**: é a fase de exteriorização da idéia do

crime, através de atos, que começam a materializar a perseguição ao alvo idealizado, configurando uma verdadeira ponte entre a fase interna e a execução. (...) **b.3) execução:** é a fase de realização da conduta designado pelo núcleo da figura típica, constituída, em regra, de atos idôneos e unívocos para chegar ao resultado, mas também daqueles que representam atos imediatamente anteriores a estes, desde que se tenha certeza do plano concreto do autor. (...) **b.4) consumação:** é o momento de conclusão do delito, reunindo todos os elementos do tipo penal. (Grifo nosso)

Ocorre que, para se demarcar a linha divisória que separa os atos preparatórios do início da execução, adotam-se critérios que, de acordo com a forma que são utilizados, definem o reconhecimento, ou não, do direito penal do inimigo no tocante ao aspecto de antecipação da punibilidade. Tais critérios para a verificação da passagem da preparação para a execução do crime são, de acordo com o autor supramencionado: o critério objetivo que toma como parâmetro para a aferição do fato típico a conduta humana equiparada à descrição do tipo penal, ou seja, “o início da execução é invariavelmente constituído de atos que principiêm a concretização do tipo penal”; e o critério subjetivo que dá como iniciada a execução do crime no momento em que o agente pensa executá-lo, de forma a invadir a esfera íntima do indivíduo, não importando se houve a realização total ou parcial do delito, ou seja, “o importante é a vontade criminosa, que está presente, de maneira nítida, tanto na preparação, quanto na execução do crime.” (NUCCI, 2007, p. 314)

Diante deste prisma, é imprescindível mencionar e conceituar um dos elementos que levou Günther Jakobs a idealizar a teoria do direito penal do inimigo, a tentativa inidônea, popularmente conhecida como crime impossível. O crime impossível, que vem a ser conceituado como “a tentativa não punível, porque o agente se vale de meios absolutamente ineficazes ou volta-se contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime (art. 17, do Código Penal Brasileiro)”, tem como fundamento de sua não punição, segundo Marcelo Semer, a adoção, pelo Código Penal, da “teoria objetiva *temperada* ou *moderada*”, que assenta-se na idéia de que não há sequer tentativa, pois o meio empregado ou o objeto ao qual é dirigida a ação é ineficaz ou impróprio. (NUCCI, 2007, p. 334-335)

Com relação à punibilidade deste tipo de tentativa, existem teorias que são favoráveis a punição do agente, ainda que os meios empregados ou o objeto do crime sejam ineficazes ou impróprios. São elas a sintomática e a subjetiva; a primeira, por causa da periculosidade do agente, e a segunda, por conta de sua

vontade delitiva. Entretanto, as teorias objetivas são contrárias à punição do agente argumentando que sua conduta, nesses casos de tentativa inidônea, não apresenta perigo objetivo para a coletividade. São elas a teoria objetiva temperada, já mencionada no parágrafo anterior; e a teoria objetiva pura apontando que tanto a impossibilidade e a impropriedade, absolutas ou relativas, não devem, de forma alguma, ser punidas (CAPEZ, 2005)

Em se falando de direito penal do inimigo, o critério subjetivo é o adotado, de forma que, como já exposto, para configuração do fato típico, basta que o *animus* do indivíduo seja direcionado para prática delituosa, incluindo-se na fase executória a simples cogitação do crime. Considerando a importância dada a esse aspecto subjetivo, antecedente à conduta do agente, conclui-se a adoção, pela teoria do direito penal do inimigo, do que pode ser denominado “direito penal do autor”.

Já no que tange a análise da punibilidade da tentativa inidônea, a teoria adotada por Günther Jakobs, ao expor esse direito penal de exceção, é sintomática e no dizer de César Roberto Bitencourt (2000, p. 369):

“Não há dúvida de que essa teoria atende melhor aos interesses da defesa social, mas é absolutamente inadequada à garantia dos direitos fundamentais do cidadão, além de ser incompatível com o moderno direito penal da culpabilidade, de um Estado Social Democrático de Direito.

### **3.1.2 Desproporção entre fato e pena**

A proporcionalidade da pena é determinada pela função que ela deva assumir, e será informada no momento de sua cominação e aplicação. Verifica-se que, se a pena é tida como uma forma de retribuição, então ela deve ser proporcional à culpa do autor; se o intuito é de prevenir o crime através da intimidação ou da tranquilização geral que sua cominação e aplicação provoca, deve-se levar em consideração a importância do bem jurídico a ser protegido; mas, se a concepção for de que a pena deve prevenir a prática de novos delitos através do isolamento ou do condicionamento do delinqüente, concluímos que ela, no momento de sua aplicação, não deve obedecer a nenhum critério de proporcionalidade dado pela culpabilidade ou pela gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado, ficando apenas condicionada a necessidade e a adequação do

tratamento do apenado. Ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade para a cominação e imposição da pena, Prado (2006, p. 141) informa que

Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poena debet commensurari delicto*), saliente-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta.

Não só o fim da pena oferece parâmetros para sua aplicação, mas também, a efetiva lesão ao bem jurídico, isto é, quanto menos fosse atingido, menor deveria ser a punibilidade. Evidencia-se isso através do instituto da tentativa no Código Penal brasileiro, que reduz a pena na proporção inversa em que esta se aproxima da consumação, e a isenção de punibilidade para a tentativa inidônea em razão da absoluta impossibilidade do meio e impropriedade do objeto.

O objetivo da pena no direito penal do inimigo é a simples retirada do infrator do convívio social, não estando sua punibilidade ligada a nenhum critério objetivo, levando-se em consideração apenas sua periculosidade. Quanto à efetiva lesão ao bem jurídico protegido, também não há limitação objetiva, pois não se pune o fato passado, busca-se evitar a ocorrência de novos delitos, servindo como medida para a pena apenas o potencial lesivo do próprio infrator e não a sua conduta. Verifica-se, portanto, que não há proporcionalidade entre a pena e o fato delituoso. Diante da desproporcionalidade na aplicação da pena, característica marcante do direito penal do inimigo, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 376) sintetiza essa ideologia do pensamento *jakobiniano* afirmando que “o mais importante é manter segregados, pelo tempo que for necessário, aqueles cujo propósito é desestabilizar o Estado e ferir, de maneira inseqüente, as pessoas inocentes.”

### **3.1.3 Relativização e supressão das garantias processuais**

A função do Direito penal não apenas se restringe a proteger os bens jurídicos mais caros à sociedade através da incriminação de comportamentos tendentes a lesioná-los, mas assume, também, a função de garantia, assegurando ao cidadão que o Estado não irá exercer seu poder punitivo arbitrariamente, pois terá que seguir regras previamente estabelecidas, estas condicionadas ao respeito

dos princípios fundamentais e ao princípio da dignidade, entendida como “núcleo axiológico da constituição.” Nesta dogmática, leciona Marcelo Novelino (2008, p. 248-249), parafraseando J. C. Vieira de Andrade, que

A exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana, razão pela qual esses direitos “são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.”

Pautando-se por um Direito penal garantista, para que se imponha pena a alguém, deve ser garantido, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2007, p. 7), o devido processo penal, instrumento de limitação do Estado, onde se busca “realizar uma Justiça Penal submetida a exigências de igualdade efetiva entre os litigantes”, a certeza de um juiz imparcial e assegurado que a “verdade judicial seja resultado da atividade probatória lícitamente desenvolvida.” Deve ser ainda conferida, constitucionalmente, a garantia da presunção de inocência até a sentença condenatória transitada em julgado, daí de ser a liberdade regra e a prisão cautelar a exceção; a igualdade material entre as partes, construída mediante instrução que prime pelo contraditório e ampla defesa; e pelo princípio constitucional do juiz natural.

Ainda assim, com todas essas garantias processuais construídas com muito esforço pelo legislador e com anos de suor, lágrimas e sangue derramados por milhares de brasileiros, é sabido que o direito penal do inimigo não tem sua ação dirigida aos fatos passados, mas sim para perigos futuros, assumindo assim apenas a função de protetora de bens jurídicos, sendo a do Direito penal de garantidor dos direitos fundamentais incompatível com a legislação de combate ao inimigo, afinal, de acordo com esse conceito, “inimigo” é uma ameaça e não uma pessoa titular de direitos e deveres e garantias irrenunciáveis. Nesse contexto, Cancio Meliá (2007, p. 70/71) afirma que

A essência desse conceito de direito penal do inimigo está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

Desta feita, leva-se a concluir que a teoria idealizada por Günther Jakobs traz à primeiro plano a segurança pública ao mesmo tempo em que relega à segundo nível garantias e liberdades individuais, tratando como entes despersonalizados os delinqüentes que ameaçam a ordem jurídica do Estado. A relativização, ou ainda a supressão, de algumas garantias está diretamente relacionada à desconsideração da personalidade, pois o Direito processual penal identifica o acusado como sujeito processual, cabendo-lhe direitos inerentes ao procedimento.

### **3.2 Influências no ordenamento jurídico penal e processual penal pátrio**

Segundo os elementos delineados no item anterior (vide item 3.1, capítulo 2), segundo os quais se assentam a teoria do direito penal do inimigo, é conveniente a abordagem desta temática à luz do Direito penal pátrio em face dos reflexos marcantes que o pensamento *jakobiniano* teve em mecanismos e parâmetros penais e processuais penais dos diplomas legais brasileiros. Observa-se no ordenamento jurídico pátrio que as tendências de um direito penal de terceira velocidade vem sendo, cada vez mais, efetivadas como fruto de uma política puramente repressiva de combate ao “inimigo”. Através da banalização da pena e da restrição ou supressão de garantias individuais encrava-se no Direito penal brasileiro uma legislação de exceção que, embora preste o papel de seguir novos rumos ditados pela sociedade moderna priorizando o enfrentamento ao crime organizado ao mesmo tempo em que leva à população uma simples e fraca sensação de calma, descarta princípios liberais clássicos.

É certo que o direito penal do inimigo, mesmo violando axiomas consagrados pela Constituição Federal de 1988 como forma de alcançar o modelo “perfeito” de segurança pública, não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que os diplomas legais que incorporam seus elementos não tem reduzido a criminalidade.

Desta feita, efetivar-se-á análise de alguns diplomas legislativos pátrios que, em face de terem sofrido, ao longo de sua vigência, constantes críticas e modificações, bem como por tipificarem delitos que se encaixam, com perfeição, segundo o conceito de direito penal do inimigo, aos praticados pelos “inimigos”, caracterizam-se como típicos de uma legislação de emergência.

### 3.2.1 Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90)

Diante da apressada visão do legislador constituinte originário, lastreada pela idéia de especialização de determinados tipos de ilícitos penais, nasceu a previsão constitucional (art. 5º, inciso XLIII) que define serem inafiançáveis e insuscetíveis de anistia e graça a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, e os ditos crimes hediondos, devendo estes ser posteriormente definidos em lei.

Ao elaborar tal norma constitucional, o legislador constituinte agiu de forma apressada, impulsionado por movimentos sociais, pela mídia, e políticas públicas que se efetivavam em outros países (ideologia “*law and order*”) e, de acordo com Gustavo Henrique de Brito A. Cunha, (2008, p. 298-299)

“A expressão crimes hediondos fora bastante discutida no Congresso Constituinte, tendo a mesma passado a fazer parte da redação original do art. 5º da Constituição Federal graças a barganhas entre parlamentares acerca de outras questões polêmicas.”

Diante de realidades distintas da vivida no Brasil, buscou-se, através de meios não tão corretos, acabar com a criminalidade que assolava o país no fim da década de 80. No entanto, ainda quando não estava em vigor, o projeto de lei complementar que versava sobre o rol de crimes hediondos recebeu duras críticas, em especial, pelo período de mudanças políticas pela qual passava o país naquele momento.

Especialmente em virtude da pressão exercida pela mídia sobre a opinião pública e conseqüentemente sobre os meios políticos, justifica-se todo o movimento em torno da inclusão do inciso XLIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e a posterior edição da Lei de Crimes Hediondos, já que, com o fim da censura, os meios de comunicação divulgavam, para todo país, notícias vinculadas à violência, causando sensação de insegurança na população. Pode ser apontada como causa imediata da edição da Lei de Crimes Hediondos o seqüestro do empresário Roberto Medina, no ano de 1990, no Rio de Janeiro/RJ, afirmando Gustavo Henrique de Brito A. Cunha (2008, p. 299) que foi “‘a gota d’agua’ para a edição da lei dos crimes hediondos.”

O legislador ordinário adotou o critério legal para definir o que se trata de crime hediondo, estabelecendo taxativamente quais os crimes constam deste rol (ANDEUCCI, 2009). Assim, o caráter hediondo depende exclusivamente da existência de previsão legal reconhecendo essa natureza para determinada espécie delituosa, constando do artigo 1º da Lei n.º 8.072/90 o seguinte rol de crimes considerados hediondos:

**I - homicídio** (art. 121), **quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio**, ainda que cometido por um só agente, e **homicídio qualificado** (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); **II - latrocínio** (art. 157, § 3º, in fine); **III - extorsão qualificada pela morte** (art. 158, § 2º); **IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada** (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); **V - estupro** (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); **VI - atentado violento ao pudor** (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); **VII - epidemia com resultado morte** (art. 267, § 1º); e **VIII - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais** (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). (Grifo nosso)

Nesse contexto, podem ser observadas algumas alterações significantes feitas no decorrer da vigência da Lei n.º 8.072/95. Com efeito, a Lei n.º 8.930, de 6 de setembro de 1994 acrescentou ao rol original algumas figuras do homicídio, bem como o crime de genocídio, e a Lei n.º 9.695/98 fez o mesmo com o delito de falsificação de medicamentos. Todas essas mudanças são justificadas, como já dito, pela idéia de insegurança que povoava a mente das pessoas, fruto da persistência da mídia em noticiar fatos criminosos que chocavam a nação.

Inicialmente, quando da edição desse diploma, o legislador ordinário, além de dispor que os crimes previstos no rol de hediondos tivessem suas penas aumentadas, sendo revogadas dos textos originais correspondentes a parte que dispunha sobre os preceitos secundários, previu ainda que: a pena deveria ser cumprida integralmente no regime prisional fechado; a impossibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança; serem eles insuscetíveis de anistia, graça ou indulto; a possibilidade de concessão do benefício de livramento condicional, desde que após o cumprimento de dois terços da pena imposta e que o condenado não seja reincidente específico; condicionamento da apelação em liberdade do réu à decisão fundamentada do juiz; e que a duração da prisão temporária seria de 30 dias prorrogáveis, em caso de extrema e comprovada

necessidade, por igual período, não constando desse rol inicial o crime de homicídio, somente introduzido através da edição da Lei n.º 8.930/94.

Entretanto, outras mudanças ocorridas recentemente apontam que o legislador brasileiro está em vias de acordar de um período um tanto obscuro, pois sinalizam para a revalorização do pensamento liberal clássico delineado no primeiro capítulo deste trabalho. Nestes termos, com a edição da Lei 11.464/2007, modificou-se a impossibilidade de concessão da liberdade provisória ao acusado pela prática de delitos desta espécie, bem como, em face de decisão do STF no HC 82.959, o sistema de progressão de regime prisional em relação a todos os delitos regulados pela Lei de Crimes Hediondos.

No que se refere à liberdade provisória em sede dos crimes constantes do rol de hediondos, segundo Ricardo Antônio Andreucci (2009) observa-se do artigo 2º, inciso II, da referida lei, a vedação da obtenção de tal benefício, gerando, desde a sua edição, constantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais em torno do tema, uns a defender sua possibilidade diante da prática de crimes hediondos em face de princípios constitucionais como a presunção de inocência e a individualização da pena; outros a contrariarem os dogmas constitucionais. No entanto, conforme Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 640), por se tratar de “concessão de liberdade sob condições a quem foi preso em flagrante (excepcionalmente para o preso por condenação ou pronúncia), para que possa aguardar a finalização do processo criminal sem necessidade de ficar recolhido ao cárcere”, a liberdade provisória trata-se de instrumento garantidor do direito de ir e vir de qualquer pessoa, constituindo a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória uma exceção ao princípio da presunção de inocência.

Neste esteio, a Constituição Federal de 1988, indica, através do rol de direitos e garantias fundamentais, encartados no artigo 5º, incisos LVII e LXVI, ser exceção a efetivação da privação da liberdade de uma pessoa, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, já que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.” Assim, já que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória é medida cautelar que visa a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal, não pode o legislador criar possibilidade de cerceamento da liberdade individual, apenas com

base na gravidade do delito, já que, conforme Eugênio Pacelli de Oliveira (2007, p. 461)

A vedação da concessão de liberdade provisória, feita abstratamente, ou seja, por força de lei, sem qualquer consideração aos elementos concretos levados aos autos, implica a transferência da tutela dos direitos e garantias individuais (ou, das liberdades públicas) exclusivamente para o órgão da acusação e, por vezes, até a própria autoridade policial.

Não bastasse, implica permitir que o exame de *periculosidade* do agente ou risco da fuga exista unicamente a partir da abstração do legislador, dependente apenas da ratificação por parte dos órgãos estatais (e até do particular em algumas hipóteses) encarregados da investigação e da acusação em juízo.

É importante mencionar que, em face de ser a liberdade provisória instituto cabível apenas em casos de prisão em flagrante, em razão de nas modalidades de prisão preventiva e temporária ser a revogação de tais medidas de constrição o meio adequado para o réu readquirir sua liberdade, nota-se a “ilogicidade” da proibição da liberdade provisória aos autores de crimes hediondos, visto que, caso um indivíduo seja preso em flagrante, acusado pela prática de crime considerado hediondo, por exemplo, não poderá receber o benefício da liberdade provisória, mesmo que seja primário, de bons antecedentes, e não ofereça maiores riscos à sociedade, mas, se fugir do local do crime, apresentando-se depois à polícia, sem a lavratura do flagrante, poderá ficar em liberdade durante todo o processo, pelo mesmo crime, pois o juiz não está obrigado a decretar a prisão preventiva.

Em sendo assim, percebe-se que a Lei n.º 11.464 de 28 de março de 2007, ao modificar o texto do inciso II, do artigo 2º, da Lei n.º 8.072/90, deixou mais livre o magistrado, devendo este, depois de tal modificação, proferir decisão fundamentada para manter o acusado preso ou solto, estando presente a uniformidade de tratamento aos envolvidos em processo judicial, não sendo possível, como menciona Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 638), “vedar a liberdade provisória, única e tão-somente porque o agente foi preso em flagrante, pela prática de determinados delitos.”

Prima-se desta forma pela presença do caráter de individualização da pena, não sendo permitida a violação de tal garantia consagrada pelo texto constitucional em face de ser ela inerente à dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico da Constituição Federal de 1988.

Já no que toca à revogação da impossibilidade de progressão de regime prisional nos crimes elencados na Lei n.º 8.072/90, é pertinente o pronunciamento do ministro relator Marco Aurélio<sup>1</sup>, na decisão do H.C. 82.959, submetido à apreciação do STF, nestes termos:

A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentivando-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção social. [...]

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade [...]

Como visto, ante a apertada decisão, por seis votos a cinco, proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se a inconstitucionalidade do dispositivo inserido no § 1º, do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, que, no caso particular em comento, condenou o réu a 12 anos e 3 meses de reclusão pelo crime de atentado violento ao pudor (ANDREUCCI, 2009, p. 404). Tal decisão se pautou pela idéia de que deve ser preservada a individualização da pena como princípio constitucional que é, e ainda ser garantida a dignidade da pessoa humana, de forma a, segundo Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 374) obedecer “a estrita legalidade, típico de um Estado Democrático de Direito, voltado a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado.”

Diante desse prisma, a sistemática da aferição do benefício da progressão de regimes prisionais por réus que praticaram crimes definidos como hediondos e equiparados, passou da expressa proibição, assentada em uma legislação nascida do medo e insegurança da população, para a validade, desde que sob duras condições a serem fielmente cumpridas pelo réu. Assim, a Lei 11.464/2007 modificou a Lei de Crimes Hediondos para estabelecer que, em tais crimes, o regime

---

<sup>1</sup> STF, Habeas-Corpus 82.959-7 SÃO PAULO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 01 set. 2006, Disponível em [www.stf.jus.br/portal/inTeiroteor/obterInteiroTeor.asp?classe=HC&numero=82959](http://www.stf.jus.br/portal/inTeiroteor/obterInteiroTeor.asp?classe=HC&numero=82959)

inicial de cumprimento da sanção penal deverá ser sempre o fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90), omitindo assim, ao contrário do dispositivo revogado, qualquer vedação à obtenção, pelo réu, do benefício em análise. No mesmo sentido, de forma expressa, passou a autorizar a concessão do benefício aos condenados por crimes hediondos após o cumprimento de dois quintos da pena, se primários, e três quintos, se reincidentes (art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90).

Observa-se, com a revogação do óbice legal à progressão de regime de cumprimento da pena e da vedação de concessão da liberdade provisória sem fiança, que a teoria de Günther Jakobs se fazia presente na Lei de Crimes Hediondos, já que presentes caracteres marcantes daquela dogmática. Nesse prisma, a proibição dos condenados por crimes hediondos de participarem do sistema progressivo de cumprimento das penas era a exceção, já que não lhes era dado o direito e a chance de ressocialização, extirpando da própria pena seu caráter ressocializador.

Faz-se obviamente claro que, a Lei 8.072/90, foi editada como forma de atribuir um tratamento mais duro aos crimes com caracteres de hediondos, segundo, é claro, uma lista de delitos oportunamente escolhidos dentre os que mais ofendem uma pessoa. Ora, como definir aspectos subjetivos inerentes à pessoa da vítima como forma de punir de forma severa um delinqüente? Como dizer se o que dói mais em uma pessoa é a morte de um ente querido ou a perda de bens patrimoniais? Certamente essas questões devem ser analisadas com muito cuidado antes de serem “jogadas”, de forma precipitada, através de um emaranhado de artigos, um tanto embaraçados por sinal, em diploma legislativo que prima pela restrição ou supressão de garantias individuais.

A identificação, na Lei dos Crimes Hediondos, de características do direito penal do inimigo se faz possível diante da desproporcionalidade das penas e da supressão de garantias processuais. É certo que o agravamento das sanções atribuídas aos delitos enumerados na lei, evidencia a falta de proporção, afinal os tipos penais já eram parte do Código Penal, com seus respectivos preceitos secundários analisados e devidamente escolhidos quando da edição do diploma penal, sendo-lhes atribuído, de forma abstrata, a justa retribuição aos crimes em análise. Então, como se justifica um aumento no *quantum* das penalidades? Ora, a partir da análise dos fins estipulados à pena, conclui-se que: ou a nova previsão

tinha em vista impor intimidação, ou objetivava garantir, por mais tempo a neutralização de criminosos perigosos.

### **3.2.2 Lei Antidrogas (Lei n.º 11.343/06)**

Impulsionado por movimentos sociais, pela mídia, e políticas públicas que se efetivam em outros países (ideologia “*law and order*”), como o movimento “tolerância zero, o legislador ordinário editou a Lei n.º 11.343/2006, mesmo já havendo outros diplomas legais a regular tais delitos que afetam diretamente a saúde pública e, subsidiariamente, a vida e a saúde do cidadão, quais sejam, a Lei n.º 6.368/76 e a Lei n.º 10.409/02, como forma de desafogar as pressões políticas que, de certa forma, poderiam afetar seus interesses eleitorais.

Consta do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal 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, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”, de forma que o mesmo tratamento dado aos crimes tidos como hediondos será atribuído ao tráfico ilícito de entorpecentes. Em virtude disso, quando a Lei 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, prescrevendo medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo ainda normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, bem como definindo crimes e cominando penas, não conflitar com a Lei de Crimes Hediondos, esta deverá ser aplicada subsidiariamente.

No que toca às características típicas do direito penal do inimigo, presentes na legislação de combate às drogas, verifica-se a presença de todos os caracteres enumerados no item 2.1 deste capítulo. Faz-se evidente a presença de institutos em que se observa a antecipação da tutela penal, incriminando o delinqüente antes mesmo de lesionar o bem juridicamente protegido, ao mesmo tempo em que comina penas e multas extremamente elevadas. Exemplo disso é o tipo previsto no artigo 34, *caput*, da Lei 11.343/2006, que descreve a conduta de

Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:  
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Mesmo não havendo, na conduta do agente que pratica qualquer dos verbos supramencionados, a efetiva lesão ao objeto jurídico tutelado pelo diploma legal em referência, qual seja, a saúde pública e, secundariamente, a vida e a saúde de cada cidadão, o referido diploma legislativo comina penas altíssimas que vão de 3 à 10 anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa, a atos meramente preparatórios para o efetivo crime de tráfico de drogas, existindo, desta feita, a antecipação da punibilidade do delinqüente que, por exemplo, adquirir um empacotador automático de volumes com a finalidade de embalar a droga para posterior revenda. Ora, o agente, neste caso em particular, está apenas efetivando atos meramente preparatórios a fim de que possa objetivar seu intento criminoso que é, em verdade, a prática do tráfico. Ou seja, ele está apenas na fase de exteriorização da idéia do crime e, através de atos que começam a materializar a perseguição ao alvo idealizado, tentará praticá-lo (tráfico) efetivamente. Inobstante a isso, o legislador ordinário infligiu, ao condenado pela prática do crime tipificado no artigo em comento, pena desproporcional diante da realidade dos fatos, pois, atos meramente preparatórios, além de não deverem ser punidos como se crime já existisse, não deviam ter pena cominada em abstrato no mesmo patamar do crime de tráfico de drogas. Ou seja, além de cominar pena de reclusão em patamar praticamente igual aos crimes tipificados nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34, da Lei em análise (reclusão de 5 à 15 anos e reclusão de 3 à 10 anos), o legislador ordinário ainda cominou, aos atos meramente preparatórios (art. 34, da Lei n.º 11.343/2006), pena de multa superior à cominada pela efetiva consumação do crime principal (art. 33, *caput* e § 1º, da Lei n.º 11.343/2006)

Como forma de justificar tal antecipação punitiva, afirma-se que a necessidade do combate a essa mazela incomensurável que é o tráfico de drogas, já é o bastante para se promover uma verdadeira exceção à regra de consumação dos ilícitos penais. Nesse sentido João José Leal (2007) informa que

Por isso, o crime de petrechos deve ser considerado como tipo penal subsidiário do crime mais grave, que é o tráfico ilícito de drogas. Na jurisprudência, já se decidiu que o crime em estudo 'é de natureza subsidiária e, salvo hipótese excepcional, deve considerar-se absolvido pelo crime de tráfico de drogas.' Por isso, Isaac Sabbá Guimarães escreve que este tipo penal 'incrimina condutas que, em regra, são meros atos preparatórios do delito previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas.' Trata-se, portanto, de tipo penal com função de controle penal essencialmente 'acaltelatório.'

Na doutrina, há restrição a essa forma de incriminação por antecipação. No entanto, se partirmos da premissa político-jurídica de que é legítima a intervenção da lei penal para o controle das condutas relacionadas ao tráfico, cremos justificada, também, a incriminação da conduta descrita no art. 34, da Lei de Antidrogas.

Apresentando também características de antecipação da punibilidade, os delitos previstos no artigo 35, e § único, da Lei 11.343/2006, são também de natureza formal. Assim constitui-se crime a mera associação para fins de praticar o tráfico, seu custeio ou financiamento. Entende-se por crime formal, de acordo com César Roberto Bitencourt (2006, p. 262), aqueles que "o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente". Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 171) denomina tais delitos como crimes de atividade já que "se contentam com a ação humana esgotando a descrição típica, havendo ou não resultado naturalístico."

Ainda analisando a presença de características do direito penal do inimigo na legislação antidrogas, é notória a desproporção entre o evento ocorrido e a penalidade aplicada em diversos tipos penais elencados em tal diploma legal, como o já explanado art. 34, crime meramente "acaltelatório", evidenciando-se assim o desrespeito ao princípio da proporcionalidade através de outra característica marcante do pensamento *jakobiniano*, qual seja, a desproporcionalidade na aplicação das penas.

Em consonância a esse caráter de desproporcionalidade na aplicação das sanções penais, percebe-se que a nova Lei Antitóxicos veio a elevar, nos artigos 33, *caput* e § 1º; 34 e 35, de forma um tanto excessiva, o montante a ser dispendido pelo condenado através do pagamento de multas, a crimes que, na lei anterior (Lei 6.368/76) as maiores multas previstas iam de 50 à 360 dias multa.

Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 425-426) afirma ser a multa "uma sanção penal consistente no pagamento de uma determinada quantia em pecúnia, previamente fixada em lei, destinada ao Fundo Penitenciário", mencionando ainda que tal penalidade de caráter pecuniário "firma-se no número de dias-multa (mínimo

de 10 e máximo de 360), valendo-se das circunstâncias do art. 59 do Código Penal”, sendo que o valor de cada dia-multa tem “piso de 1/30 do salário mínimo e teto de 5 vezes esse salário” em consonância com a situação econômica do réu, podendo o julgador “aumentar a multa até o triplo, se considerar que, em face da situação econômica do réu, seja o seu valor ineficaz, embora aplicado no máximo (art. 60, § 1º, CP).”

Ao contrário do que consta do Código Penal, no Título V, Capítulo I, Sessão III, que dispõe sobre a pena de multa, a nova Lei Antidrogas estabeleceu penas pecuniárias demasiadamente elevadas, ocorrendo, principalmente com relação aos crimes de tráfico de drogas, petrechos para o tráfico e associação para o tráfico, acréscimos de aproximadamente mil por cento se comparados com os mesmos crimes quando regidos pela revogada Lei n.º 6.368/76, já que tais crimes, atualmente, cominam penas de multa que vão de 500 à 2.000 dias-multa. Não obstante a isso, faz-se importante mencionar a particularidade do crime de financiamento ao tráfico de drogas, tipificado no art. 36, da Lei n.º 11.343/2006, que fixa como pena pecuniária a multa que vai de 1.500 à 4.000 dias-multa, evidenciando-se assim a desproporcionalidade na aplicação desta espécie de sanção.

Ora, realizando uma simples operação matemática, através da análise do teto definido pelo Código Penal para a aplicação de penas pecuniárias em abstrato, obtém-se o valor máximo de 5.400 salários mínimos<sup>1</sup>, valor esse demasiadamente inferior ao obtido quando do cálculo da multa aplicada na Lei 11.343/2006, que pode chegar à 200.000 salários mínimos<sup>2</sup>, já que, de acordo com o art. 49, § único,

As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

Justifica-se tal desproporção em razão dos vultuosos valores adquiridos pelo

---

<sup>1</sup> De acordo com o art. 49, § 1º, do Código Penal, o valor máximo atribuído ao dia-multa é de 5 salários mínimos; multiplica-se tal montante por 360, quantidade máxima de dias-multa definida no art. 49, *caput*, do Código Penal; em seguida, triplica-se tal valor em face do disposto no art. 60, § 1º, do Código Penal. Obtém-se assim o valor máximo de 5.400 salários mínimos.

<sup>2</sup> De acordo com o art. 49, § 1º, do Código Penal, o valor máximo atribuído ao dia-multa é de 5 salários mínimos; multiplica-se tal montante por 4.000, quantidade máxima de dias-multa definida na Lei 11.343/2006, aplicada ao crime de financiamento ao tráfico de drogas (art. 36, do referido diploma

legal); em seguida, aumenta-se até o décuplo em face do disposto no art. 46, § único, da Lei 11.343/2006. Obtém-se assim o valor máximo de 200.000 salários mínimos.

traficante, bem como por razões de política criminal, anote-se, um tanto quanto direcionada à teoria idealizada por Günther Jakobs com seus ideais de guerra e perseguição ao “inimigo”. João José Leal (2007), corroborando tal posicionamento dirigido a ideais antiliberais, afirma que o legislador ordinário

(...) fez uma opção por um controle penal comprometido com a pena reclusiva como sanção prioritária. Mas, ao mesmo tempo, acreditou na idéia de que, em termos de Política Criminal, é conveniente atingir seriamente o patrimônio do traficante ou dos agentes relacionados ao tráfico.

Presentes duas das características marcantes do direito penal do inimigo, se faz necessária e justa uma menção à terceira “marca” do pensamento *jakobiniano* na Legislação Antidrogas que, por afetar garantias inerentes ao processo penal e seu trâmite, tornam-se efetivamente prejudiciais aos dogmas de uma nação que se diz Estado Democrático de Direito. Para efeito de investigação, está prevista na Lei, objeto deste item, institutos que, diante do Código de Processo Penal, são exceção. São eles: a prisão temporária do indiciado pelo prazo de até 30 dias, prorrogáveis a igual período, aplicado à Lei Antitóxicos em face da equiparação do crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos; o prazo de 30 dias para a conclusão do inquérito, quando o indiciado estiver preso, e de 90 dias quando estiver solto, podendo tais prazos serem prorrogados; e a impossibilidade de concessão da liberdade provisória aos acusados da prática dos crimes tipificados nesta lei. No que se refere a esses institutos como limitações às garantias processuais, remeter-se-á o leitor ao que já foi analisado no item 3.2.1 deste capítulo.

### **3.2.3 Lei Contra o Crime Organizado (Lei n.º 9.034/95)**

Mesmo com o seguinte título: “Da Definição de Ação Praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova”, a Lei n.º 9.034/95, não tipifica crimes nem muito menos os define, dispondo apenas sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Mas como poderia ser conceituada a expressão “organização criminosa”? Essa definição, apesar de parecer simples, ocasionou confusão doutrinária e jurisprudencial acerca de seus efetivos contornos. Isso por

que, quando de sua edição, a Lei 9.034/95 constava em seu art. 1º a seguinte redação: “Esta Lei define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de quadrilha ou bando”, equiparando assim a expressão “crime organizado” à quadrilha ou bando. Ou seja, diante de tal comparação, fazia-se pensar, conforme Ricardo Antônio Andreucci (2009, p. 571), que “o conceito de crime organizado deveria conter os elementos dos crimes de quadrilha ou bando.”

Ocorre que, com a edição da Lei 10.217/2001, o artigo 1º, da Lei Contra o Crime Organizado, passou a ter a seguinte redação: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.” Com isso, apesar da tentativa de dar significado à expressão em análise, os doutrinadores ficaram ainda mais confusos, visto que acrescentou-se à tal dispositivo a expressão “associações criminosas”, chegando-se ao ponto de alguns doutrinadores, como Luís Flávio Gomes (2002), defenderem a tese de que não haveria um conceito para a expressão “crime organizado”, afirmando o doutrinador supracitado que

Cuida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que (diferentemente do que ocorria antes) o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a lei (9.034/95) passou a ser letra morta. Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade).

Tendo em vista tal lacuna conceitual inerente à expressão “crime organizado”, recorre-se novamente às palavras de Luís Flávio Gomes (2002) que, à luz da criminologia, elenca algumas das características próprias das entidades tidas por criminosas.

A ciência criminológica, de qualquer modo, já conta com incontáveis estudos sobre as organizações criminosas. Dentre tantas outras, são apontadas como suas características marcantes: hierarquia estrutural, planejamento empresarial, claro objetivo de lucros, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional de atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou com o poder político, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades, alto poder de intimidação, alta capacitação para a fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações etc.

Diante do objeto de análise deste capítulo, e ultrapassados os entraves conceituais, vislumbra-se que o art. 7º, da Lei 9.034/95 dispõe que “Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”, tratando-se assim de meio garantidor dos sigilos constitucionalmente garantidos de “acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.” (art. 2º, inciso III, da Lei 9.034/95).

Ocorre que, ao possibilitar que o juiz realize, pessoalmente, diligências ligadas ao fato criminoso, aparece a temerária figura do juiz inquisitor. A fim de se delimitar a extensão do dano que esta figura pode provocar às garantias processuais, faz-se necessário breve comentário a respeito das espécies de sistemas processuais. Há, como regra três sistemas regentes no processo penal: inquisitivo; acusatório; e misto. Enquanto o primeiro é caracterizado pela concentração dos poderes de acusar e julgar nas mãos de uma única pessoa ou instituição, e no sistema acusatório esses misteres são divididos entre órgão ou pessoas diferentes, o sistema misto caracteriza-se, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 116), “pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório.”

A rigor, a doutrina brasileira indica que a definição do sistema processual dá-se apenas no exame do processo, não abrangendo a fase inquisitorial. Nesse prisma, Eugênio Pacelli de Oliveira (2007, p. 10) afirma que “somente quando a investigação for realizada diretamente perante o juízo (Juizado de Instrução) será possível vislumbrar a contaminação do sistema, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação for reservada a função de julgamento.”

Assim, é perigoso atribuir ao magistrado a função inquisitiva, substituindo a atuação própria do Ministério Público de oferecer a acusação e ter o ônus processual de demonstrar a veracidade das acusações. Deve, a iniciativa probatória do juiz, restringir-se a aspectos ou pontos duvidosos sobre a prova trazida pelas partes ao processo, sob pena de se instaurar no Brasil, a figura de uma Justiça inquisitiva. Leva-se em consideração não apenas o princípio da verdade real como ápice a ser alcançado, mas princípios como a dignidade da pessoa humana e vedação de provas ilícitas que devem ser observados ante a figura do juiz inquisitor,

afinal, ao atribuir-se ao órgão julgador poderes inerentes ao órgão acusador, correr-se-ia perigo de prejudicar a imparcialidade do julgamento, já que a parte acusadora é quem decidiria quem é realmente culpado ou inocente diante de um fato típico.

A lei em análise veda expressamente a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa, ao contrário dos diplomas legislativos anteriormente estudados que, observando a nova ascensão dos ideais garantistas, revogaram expressamente tal vedação. Ressalta-se, entretanto, que a jurisprudência pátria quebra com os paradigmas traçados pelo legislador ordinário, já que ascende a princípio de primeira grandeza a dignidade da pessoa humana, privilegiando a presunção de inocência e a necessidade real da prisão cautelar. (NUCCI, 2008)

Nota-se, de pronto, que, em razão da edição da Lei n.º 11.464/2007, que deixou de vedar a concessão da liberdade provisória aos acusados da prática de crimes hediondos e, em virtude de ser o crime organizado menos aviltante, repugnante e ignóbil do que os crimes ditos hediondos, os quais tem grande repercussão na sociedade, passou a existir entendimento de que também para os acusados da prática de crimes organizados a concessão é cabível.

Assim, corroborando o pensamento de que a concessão da liberdade provisória somente deve ser vedada diante da análise dos elementos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 639) menciona que

Em homenagem aos princípios da presunção de inocência e da legalidade estrita da prisão cautelar, não se pode mais aceitar que o legislador promova a vulgarização da proibição da liberdade provisória. O dispositivo constitucional do art. 5.º, LXVI, menciona que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Ora, a Situação é nítida: a prisão cautelar é exceção; a liberdade, regra. Dessa forma, é completamente incoerente - e inconstitucional - vedar, sem qualquer justificativa plausível e sem estabelecimento de requisitos a serem preenchidos na situação concreta, a liberdade de quem está aguardando o deslinde do seu processo criminal. Valemo-nos do mesmo argumento já utilizado em nossa tese Individualização da pena: se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), é natural que exista a referida individualização. Os critérios para a concessão (ou negação) são legislativos, mas não se pode fazer desaparecer o direito. Por isso, foi proclamada inconstitucional, pelo STF, a antiga - hoje revogada - proibição legislativa à progressão de regime para os condenados por delitos hediondos e equiparados.

Neste esteio, em face das proteções individuais emanadas da Constituição Federal de 1988, pautada por axiomas garantistas que demonstram o esforço do constituinte originário em levantar as bases de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, incoerente é essa atuação do legislador ordinário que, de forma irresponsável, com a posse imediata do poder legiferante que emana do povo brasileiro, se volta contra as garantias do próprio povo de exercer os mais básicos direitos fundamentais, pondo em cheque todo ordenamento jurídico pátrio.

## **4 CRÍTICA À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

### **4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Consagrada no plano constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana constitui-se em valor constitucional supremo, do qual decorrem todos os direitos, garantias e deveres fundamentais. Em vários dispositivos espalhados por todo o texto constitucional a idéia de dignidade e plena consideração do ser humano como fim do Estado é reforçada, demonstrando que o legislador constituinte originário de 1988 pretendeu assegurar o respeito à condição de dignidade do ser humano, impondo-se, no aspecto negativo, como limite intangível da interferência estatal e, no aspecto positivo, como dever de tutela do Estado na promoção e respeito à dignidade humana.

Entretanto, sendo a dignidade essência do ser humano, um valor ou atributo de sua natureza, ela não varia com de acordo com o tempo ou o espaço, diferentemente da noção que o próprio homem tem do conceito de dignidade, tendo esta variado em função dos conflitos sociais no decorrer da história. Assim como as idéias e conceitos se fincam ao chão como fortes raízes e, com o passar dos anos, padecem como folhas ao soprar dos ventos, a noção de dignidade também evolui, sendo um conquista história árdua de nossa época. A propósito, escreve Eduardo Ramalho Rabenhorst (2001, p. 13) que “A idéia de que os homens compartilham de uma única natureza e que, por isso mesmo, possuem um idêntico valor não é, definitivamente, um universal cultural, mas uma conquista tardia do mundo ocidental.”

#### **4.1.1 Breve histórico e conceituação**

É na Grécia, com Sófocles, em sua tragédia Antígona, que a noção de dignidade surge como esboço à valorização do ser humano através da idéia de diferenciação entre o homem e os outros animais, sendo ele uma exceção na natureza, já que é dotado de várias habilidades incomuns aos outros seres,

principalmente a razão. Entretanto, apesar de valorar o ser humano como ser superior, dotado de valor intrínseco, naqueles tempos, o valor particular atribuído aos homens não era o mesmo, variava em função da classe social que ocupavam, possuindo um grau distinto de dignidade, sendo que os escravos não gozavam tal atributo. (RABENHORST, 2001)

Na época do declínio grego, surge o pensamento estoicista, sendo posteriormente levado à Roma, onde floresceu, principalmente em face do imperialismo romano que, com suas infinitas conquistas, estendeu sua cidadania aos povos vencidos, procurando reforçar a unidade do gênero humano (RABENHORST, 2001). O conceito de Estoicismo, segundo o autor, baseava-se na idéia de que o universo é governado por uma entidade divina. A alma está misturada com essa entidade divina, como parte de um todo. Esta entidade, dotada de toda a razão e tudo dela provém, sendo ela que o homem utiliza para tornar-se pleno e livre das paixões, consideradas supérfluas.

Baseado nessa premissa, para os estóicos, segundo Eduardo Ramalho Rabenhorst (2001, p. 23), todos os homens são livres e iguais, pois eles detêm a razão, sendo por isso, membros de uma mesma comunidade. Com reforço do mesmo autor, nota-se que “os estóicos repudiavam veementemente a escravidão enquanto instituição social”, sendo a única diferenciação plausível entre os homens a sua natureza moral, ou seja, “os sábios ou virtuosos (*sophoi*), e homens insensatos que vivem sob o jugo das paixões (*phauloi*).” Evidencia-se assim que a idéia de dignidade humana que hoje nos norteia é fruto do pensamento estóico.

A idéia de pessoa como sujeito de direitos, ente dotado de dignidade intrínseca, e com finalidade em si mesmo, reforçada pelo pensamento de unidade do gênero humano, é expandida pelo Cristianismo que, assentado na idéia de que o homem é a imagem e semelhança do Deus criador de todas as coisas, valorizou a figura humana como nunca antes, considerando que todas as criaturas de Deus são iguais, constituindo-se tal pensamento a base da universalidade cristã.

Passada a idade média e consigo o retrocesso da evolução sociocultural, é na época do iluminismo, com Immanuel Kant, que o conceito de dignidade da pessoa evolui sensivelmente, considerando o pensador que a dignidade da pessoa humana se funda no próprio ser humano, com suas características únicas, autonomia e valor absoluto, diferentemente da concepção cristã que assenta as bases da dignidade

humana na natureza divina do homem, por ser ele considerado imagem e semelhança de Deus. (RABENHORST, 2001)

Depois do massacre de judeus e de centenas de minorias étnicas pela política nazi-facista, e dos horrores praticados durante a Segunda Guerra Mundial, a ideologia de Immanuel Kant, renasce com mais vitalidade do que nunca, pois se verificou na prática, durante esse período de exceção, os resultados do uso do ser humano como meio para a obtenção de interesses políticos, econômicos e étnicos. Sendo que, no pós-guerra, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser positivado na maioria das Constituições dos países, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos ao definir, em seu artigo 1º, que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Partindo desta análise histórica e com base na doutrina de Nereu José Giacomolli (2008), se pode concluir que a dignidade da pessoa humana é o respeito, pelo Estado e pelas próprias pessoas, à condição de ser humano como ser único em todos os seus aspectos (biológico, cognitivo e social), sendo tal dignidade irrenunciável, tanto em seu aspecto negativo, por ser inviolável, quanto em seu aspecto positivo, devendo haver a promoção de meios para o respeito à dignidade. Justifica-se tal premissa em razão de ser o homem um fim em si mesmo, não podendo ser tratado como meio para a consecução de quaisquer objetivos.

#### **4.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana no contexto do processo penal brasileiro**

Por ser consagrado pela Constituição Federal como valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana se irradia para todos os campos do conhecimento jurídico, inclusive o processo penal brasileiro. Tal fenômeno de reflexão da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, segundo Marcelo Novelino (2008), é resultado da mútua relação com os direitos e garantias fundamentais, já que, ao mesmo tempo em que é fundamento de tais direitos e garantias, o princípio da dignidade da pessoa humana é também confirmado e protegido por estes. Ressalte-se os direitos e garantias

fundamentais tem sua presença confirmada não só na Constituição Federal, mas sim em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Observe-se que ao deter o *jus puniendi*, em busca da tutela da ordem pública e da paz social, o Estado deve pautar-se pelas premissas da dignidade da pessoa humana, já que ela é considerada o fim do estado e não um meio para o alcance de qualquer objetivo. Em virtude disso, por mais reprovável que seja a ação criminosa praticada pelo delinqüente, o Estado deve utilizar-se dos meios legais e justos, de forma a não lesionar nenhuma garantia estampada na carta constitucional e no Código de Processo Penal, sob pena de se adotar a despersonalização do ser humano e, considerando a pessoa como um meio, atacar frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante deste contexto, o respeito à dignidade deve ser conservado desde a fase inquisitorial, passando pela instrução criminal, até a execução da penalidade aplicada, de forma a assegurar ao acusado a manutenção de sua dignidade. Corroborando tal premissa, a Constituição Federal de 1988, consagra por todo rol do artigo 5º, importantes exigências que o Estado, munido do *jus puniendi*, deve respeitar, como a integridade física e moral dos presos (inciso XLIX); que ninguém seja submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III); observância do devido processo legal (inciso LIV), aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, com os meios e recursos a eles inerentes como o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), o julgamento por autoridade competente (inciso LIII), a não admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito (inciso LVI), a proibição de juízos ou tribunais de exceção (inciso XXXVII) e a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII); a individualização das penas (inciso XLVI), a proibição de determinadas sanções, tais como a pena de morte, a perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis (inciso XLVII); dentre outras inúmeras garantias dispostas em toda a Constituição.

Tais mandamentos fornecem uma noção da importância que a Constituição Federal atribui ao princípio da dignidade da pessoa humana, com fito de vedar qualquer ataque do Estado a direitos e garantias fundamentais, de modo a assegurar que a atividade punitiva, embasada pelo interesse de proteção da segurança pública, à todo custo, sirva de pretexto para a despersonalização do indivíduo.

## 4.2 Princípios processuais penais constitucionais

Antes de passar a análise dos princípios que regem o processo penal brasileiro, é imprescindível a menção da importância da dogmática constitucional frente às normas processuais, visto que não se dissocia o âmbito de aplicação da lei processual de uma visão constitucional, sendo, na verdade, o processo penal um conjunto de garantias fundamentais utilizadas pelos cidadãos frente ao Estado, como limitação ao exercício de seu poder. Em razão de lidar com direitos indisponíveis das pessoas, tutelando a dignidade da pessoa humana, o processo penal funda-se na garantia de que os direitos fundamentais relacionados ao processo serão respeitados, mantendo-se bem viva a idéia de que o Brasil é sim um Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 168-169), se pode perceber a influência que os dispositivos constitucionais exercem sobre o processo penal brasileiro de modo que

Ninguém desconhece a importância do Direito Constitucional para os estudos do processo penal. Na realidade, praticamente a totalidade da doutrina brasileira e mesmo a jurisprudência reconhecem que o Código de Processo Penal, atualmente em vigor, foi fundamentalmente afetado pelas disposições da Constituição da República de 1988. Mesmo quando determinadas matéria são tratadas ainda com hesitação em relação à extensão da aplicabilidade de algumas normas constitucionais, percebe-se que há uma grande convergência para uma questão central: o processo penal brasileiro estrutura-se a partir do devido processo constitucional.

Observe que, ainda que os princípios analisados nos tópicos seguintes sejam componentes do alicerce que estrutura o processo penal brasileiro, seu estudo será pautado à luz do processo constitucional, dirigido à proteção de direitos e à efetivação de garantias fundamentais.

### 4.2.1 Princípio do devido processo legal

O postulado máximo do princípio do devido processo legal assenta-se na observância dos demais princípios processuais, visto que, para se percorrer todos os trâmites legais inerentes ao processo penal, deve haver fiel cumprimento dos demais dogmas processuais. Neste esteio, desde a Revolução francesa os ideais

delineados por esse princípio já eram propagados ante a noção de justiça no contexto da privação da liberdade de uma pessoa, visto que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão asseverou já em 1789 que "Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência."

O art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, refletindo os ideais do *due process of law*, determina que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", objetivando assim garantir a observância dos direitos fundamentais da pessoa através do respeito aos demais princípios processuais, de forma a excluir qualquer indício de violência, coação ou constrangimento ilegais, e, por sua vez, proporcionar retidão e eficiência na apuração e punição ou absolvição do acusado pela prática de ilícitos penais.

O *due process of law*, conforme Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 96), pode ainda ser observado sob dois ângulos: o material e o processual. Afirma o supramencionado autor que, no campo material, o princípio rege-se pelo Direito penal, inferindo-se que ninguém deverá responder a processo criminal se não houver prévia descrição de um tipo penal, aplicando-se ainda princípios penais "que constituem autênticas garantias contra acusações infundadas do Estado". Já no que toca à natureza processual do devido processo legal, é garantido ao acusado da prática de crime a produção de provas, apresentação de alegações através da garantia do contraditório e da ampla defesa de forma a demonstrar sua inocência.

Importante se faz mencionar as vertentes emanadas da experiência constitucional americana do devido processo legal, quais sejam, a acepção formal, consistente no *procedural due process*, e a acepção material do *substantive due process*. A idéia constante do *procedural due process*, que tem como destinatário principal o magistrado, tem em vista garantir ao acusado que o tramite legal do processo judicial seja respeitado, somente podendo haver a privação de direitos através de instrução que garanta celeridade, o contraditório e o direito de defesa, o duplo grau de jurisdição etc. A respeito do devido processo legal em sentido formal, Marcelo Novelino (2008, p. 332), parafraseando J. J. Gomes Canotilho, reflete as idéias acima delineadas afirmando que

Em sua acepção processual, o princípio garante a qualquer pessoa o direito de exigir que a privação de sua liberdade ou de seus bens só ocorra em conformidade com o processo especificado na lei.<sup>2</sup> em outras palavras: a privação de direitos só será legítima se houver a observância do processo estabelecido pela lei como sendo o devido.

Em se tratando da acepção material, direcionada primeiramente ao legislador que tem seu campo de atuação limitado por critérios de justiça e razoabilidade, além da obediência ao aspecto formal inerente ao devido processo legal, é exigida a preservação da proporcionalidade e justiça em sede de decisões judiciais que possam afetar direitos e garantias dos acusados.

Nota-se que, diante da análise do artigo 5º, inciso LIV, que garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e inciso LV, ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, a Constituição de 1988 consagrou o devido processo nos seus dois aspectos, material e formal, garantindo ampla defesa das garantias processuais do acusado frente ao estado e aos particulares.

#### **4.2.2 Princípio da presunção de inocência**

Não há como prescindir da estrutura do processo penal, pautado na proteção das garantias constitucionais, o princípio da presunção de inocência (estado de inocência) segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado enquanto não passar em julgado sentença penal condenatória, encontrando-se a previsão constitucional disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Sobre a imprescindibilidade do princípio da presunção de inocência em face do modelo processual garantista, Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 174) afirma que “o princípio da inocência é, efetivamente, *estrutural*, na medida em que se localiza na raiz de qualquer modelo processual com pretensões garantistas.”

Atuando de forma conjunta ao princípio da prevalência do interesse do réu, de forma a garantir a prevalência do estado de inocência em situações nas quais ascenda alguma questão duvidosa acerca do caso concreto, o princípio em análise reduz à categoria de medida cautelar qualquer restrição à liberdade do acusado

antes do trânsito em julgado, devendo a decisão judicial que submete a pessoa a tal privação da liberdade de locomoção ser minuciosamente ponderada através de decisão judicial motivada. Corroborando tal posicionamento, Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 176) afirma que

[...] a prisão do inocente será sempre possível desde que fundada em razões acautelatórias dos interesses da efetividade da jurisdição penal, e desde que devidamente fundamentada. A ponderação antes referida se faria presente apenas ao exame da referida fundamentação judicial. É dizer, a colisão entre princípios apenas se faria presente após admitida a exigência de fundamentação judicial e em bases eminentemente cautelares.

Diante do mesmo contexto, o princípio da presunção de inocência também garante ao indivíduo a excepcionalidade de medidas constritivas de direitos fundamentais indispensáveis como a proteção da intimidade e da vida privada ou mesmo a inviolabilidade do domicílio. É o caso da quebra de sigilos bancários, fiscais ou telefônicos ou da violação do domicílio, nos quais o Estado só poderá vedar tais garantias amparado em decisão judicial devidamente fundamentada, já que deve ser velado o estado de inocência da pessoa. Sobre a possibilidade de invasão domiciliar Alexandre de Moraes (2004, p. 84) afirma que

“durante o dia, sujeita-se a denominada *cláusula de reserva jurisdicional*, consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com total exclusão de qualquer outro órgão estatal, para a prática de determinados atos.”

Nesta ótica, o amparo por decisão judicial devidamente fundamentada é requisito inafastável de qualquer cerceamento das garantias e direitos individuais, caso, é claro, haja previsão constitucional exprimindo tal exceção.

#### **4.2.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa**

Por estarem inseridos no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, inciso LV), que garante sua aplicabilidade aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral; e por um decorrer da aplicação do outro (NOVELINO, 2008), os princípios do contraditório e da ampla defesa serão analisados em um só item deste capítulo.

Trata-se o contraditório da faceta mais democrática do processo, tendo em vista que as partes que compõem a lide têm direito à contradita, ou seja, de contestar e negar tudo o que for trazido, como alegações, informações ou provas, pela parte contrária aos autos do processo judicial, constituindo-se em princípio essencialmente ligado à relação processual. Tal princípio assenta-se em um tripé composto dos elementos conhecimento, que deve ser garantido à parte através da citação; participação, onde as partes podem, ou não, exercer seu direito à contradita; e influência, caracterizada pela real utilidade e relevância que o contraditório proporciona ao deslinde da demanda judicial. Sobre os elementos componentes do contraditório, Vicente Greco Filho (1996, p. 90) define que

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

No entanto, em algumas ocasiões, o princípio do contraditório, no âmbito do processo penal, pode não ser garantido de pronto, tendo sua atuação diferida, refletindo a teoria do direito penal do inimigo no que tange à relativização de garantias individuais. É o caso da quebra do sigilo telefônico ou bancário, realizados no decorrer da instrução criminal. Justifica-se tal medida em face do insucesso que tal comunicação poderia gerar às investigações, elevando tal posicionamento à condição de caráter de exceção.

O princípio da ampla defesa, que se trata de consequência do princípio do contraditório, tem amparo constitucional no artigo 5º, incisos LV, consistindo na garantia atribuída ao indivíduo do exercício pleno da defesa como forma de efetivação da justiça, valendo-se dos meios legais e morais mais variados para atingir seu intento de se ver livre das acusações que lhe são proferidas. Justifica-se tal plenitude de defesa, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 82), em face da natureza hipossuficiente do acusado que, diante de todo poder do Estado, entidade mais forte que age por órgãos preparados especificamente para acusação e vale-se de dados e fontes as quais tem acesso facilitado, merece tratamento diferenciado e justo, “razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.”

Ora, visto que no processo penal o que está em jogo é a liberdade, o patrimônio, a defesa da honra etc, do acusado, este princípio é cada vez mais valorizado pela Constituição Federal, gerando inúmeros direitos ao réu como a defesa realizada por si mesmo em sede de instrução criminal, além da defesa técnica, exercida por um defensor ou advogado. Em sede de defesa técnica, é importante ressaltar que a incomunicabilidade dos indiciados ou acusados, constante do artigo 21, do Código de Processo Penal, é letra morta em virtude de não impedir o contato direto do advogado com seu cliente, de forma a assegurar ao causídico a garantia profissional imprescindível à efetivação da ampla defesa do acusado, ao mesmo tempo em que possibilita a formação do convencimento do magistrado acerca do caso concreto, podendo até mesmo proceder, o juiz, à nomeação de um defensor dativo para o réu, ainda que este não deseje, tendo em vista não ser razoável admitir que alguém possa ser acusado de um ilícito sem defender-se.

Da imprescindibilidade do direito à ampla defesa, justifica-se a nomeação de defensor dativo à revelia do réu em face de entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (Sumula n.º 523), dispondo que “no processo penal a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

No que tange ao inquérito policial, por ser ele uma peça investigativa e inquisitorial, consistindo em um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, realizado apenas para a coleta de indícios que ligam o indiciado ao fato típico e não uma acusação formal proferida pelo órgão do Ministério Público, o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência apontam no sentido de não haver contraditório e ampla defesa no seu âmbito de atuação. Sobre tal premissa, conforme argumenta Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 167),

O inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indicando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações, entre outras atividades que, como regra, possui durante a instrução judicial. Não fosse assim e teríamos duas instruções idênticas: uma, realizada sob a presidência do delegado; outra, sob a presidência do juiz. Tal não se dá e é, realmente, desnecessário. O inquérito destina-se, fundamentalmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção acerca da materialidade e autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla garantia de defesa eficiente. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo.

Ressalta-se ainda que, por ser decorrência natural da ampla defesa, o princípio *nemo tenetur se detegere* deve ser levado em conta para garantir ao acusado a possibilidade de permanecer calado quando do interrogatório policial ou mesmo da instrução criminal, sem qualquer prejuízo à sua situação processual, constituindo-se esse silêncio resultado da grande proporção tomada pelo princípio da ampla defesa. Como se pode perceber é garantido, através da ampla defesa, o direito do acusado ou indiciado a não produção de provas contra si mesmo.

Com sua irretocável visão da amplitude tomada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 169) afirma que “nosso processo somente se realiza validamente se observado o contraditório e ampla defesa” com os meios e recursos a eles inerentes, tendo em vista que, para a consagração do modelo garantista de preservação dos direitos e garantias fundamentais, tais premissas devem ser respeitadas, de modo que “não se pode pensar em *igualdade processual* sem a afirmação de ambos.”

#### **4.2.4 Princípio do juiz e promotor naturais**

Consta da disposição inserida no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, que “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, evitando assim a constituição de júzios ou tribunais de exceção, que consiste na definição do órgão julgador após a prática do ilícito penal, tomando-se por base critérios subjetivos que colocam em cheque um julgamento isento de vícios e posicionamentos tendenciosos. O órgão julgador deve ser formado previamente ao evento praticado, através de dispositivos abstratos impessoais e objetivos, visando o equilíbrio exigido para a realização de um julgamento sóbrio e desprovido de especificidade.

No mesmo sentido se assenta a idéia de um promotor natural, garantindo-se através dessa dogmática a independência e funcionalidade do órgão de acusação através de dispositivos constitucionais encartados nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, de forma a proporcionar uma efetiva persecução penal que prime pelo bom senso e correção. Sobre a instituição de tribunais de exceção, Alexandre de Moraes (2004, p. 109), citando Boddo Dennewitz, assevera que sua

criação “implica em uma ferida mortal ao Estado de Direito, visto que sua proibição revela o *status* conferido ao Poder Judiciário na democracia.”

Consagrando a importância do princípio do juiz e promotor natural perante o ordenamento jurídico brasileiro em face de representar importante garantia de imparcialidade na atuação estatal, Marcelo Novelino (2008, p. 338), parafraseando pronunciamento do Ministro Celso de Melo no *Hábeas-Corpus* n.º 69.601, afirma que “O princípio traduz uma significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas, atuando como fator limitativo dos poderes persecutórios do Estado.”

Sendo assim, deve ser garantido aos acusados pela prática de infrações penais um sistema claro e prévio de indicação do julgador, de forma a valorizar a independência e confiabilidade da persecução penal, respaldando ainda mais as decisões proferidas pelos magistrados.

#### **4.2.5 Princípio da vedação de provas ilícitas**

A Constituição Federal, através do disposto no artigo 5º, inciso LVI, estatui que “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, podendo se chegar à conclusão de que o processo penal deve pautar-se pela busca da verdade real através de provas que, além de iluminarem os fatos proporcionando efetivo conhecimentos dos mesmos, sejam legais e legítimas, não sendo admitidas nenhuma prova produzida através de meios ilícitos.

Da análise da norma constitucional supramencionada, decorrem divergências doutrinárias a respeito do conceito de ilicitude no que diz respeito à abrangência do aspecto formal do vício que a prova carrega consigo. Argumenta Alexandre de Moraes (2004) que a ilicitude das provas se revela quando as elas são colhidas à revelia das normas de direito material, como, por exemplo, por meio de uma tortura psíquica, em que o modo que se angaria a prova é proibido por lei. Já, de acordo com o mesmo autor, a prova é ilegítima quando obtida em desrespeito ao direito processual, sendo o gênero dessas espécies já mencionadas a prova ilegal. No entanto, tal conceituação é ao mesmo tempo incorreta e irrelevante, já que, se fosse adotada, levar-se-ia a entender que o dispositivo constitucional encartado no artigo 5º, inciso LVI, abarca somente o aspecto material da ilicitude, permitindo que

violações de caráter processual fossem efetivadas para a produção de provas. Desta feita, conclui-se que o conceito de prova ilícita é integrado pela ilegalidade da prova colhida em detrimento do direito material, e pela ilegitimidade da prova, referente à violação do direito formal para sua obtenção. Nesse sentido, afirma Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 88) que

O *gênero* é a ilicitude – assim, em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando *o que é contrário ao ordenamento jurídico*, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral. (...)

Se houver inversão dos conceitos, aceitando-se que ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência à norma de natureza material e liberando, por força da natural exclusão, as provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo capítulo dos direitos e garantias individuais.

Ultrapassado o terreno da conceituação, é de se levar em conta que a prova obtida por meios ilícitos, sejam eles de caráter material ou formal, deve ser extirpada do processo, em razão da garantia atribuída ao réu de ser julgado perante um devido processo legal, tratando-se de nulidade absoluta, sendo ela destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. Confirmando tal entendimento é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, explicitado por Alexandre de Moraes (2004, p. 126), tende a indicar ser

[...] indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito. Ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em um Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

No entanto, visto que nenhuma garantia ou direito é absoluto, o acolhimento da prova obtida por meios ilícitos envereda-se por duas teorias que, de forma oposta, levam em consideração a prova dita derivada da ilícita, uma considerando

que as provas derivadas de provas obtidas com infringência do direito são também ilícitas, outra a ponderar as situações a que se pretenda utilizar tal prova derivada. A primeira, como afirma Guilherme de Souza Nucci (2008 p. 89), adotada como regra pelo ordenamento jurídico brasileiro, é a teoria da prova ilícita por derivação, também denominada de teoria dos frutos da árvore envenenada que prima pela retidão e legalidade na forma que se obtém a prova, lecionando que a prova obtida por meios ilícitos contamina as provas produzidas a partir dela. Já a teoria da proporcionalidade, também especificada por Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 89), tem a finalidade de “equilibrar os direitos individuais e os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos.”

Ressalte-se que, apesar do ordenamento jurídico brasileiro adotar como premissa a doutrina do *fruits of the poisonous tree*, a jurisprudência tem adotado, com ressalvas, a teoria da proporcionalidade, tendo objetivo de atenuar a rigidez da exclusão completa das provas ilícitas, em face da possibilidade da ocorrência de injustiças diante de casos delicados, nos quais os interesses em jogo na demanda judicial sejam mais relevantes do que, por exemplo, o direito à intimidade e à vida privada nos casos de violações por escutas telefônicas realizadas sem amparo legal.

Contudo, se faz imprescindível a utilização de meios eficazes para alcançar o equilíbrio necessário entre a exclusão completa de provas ilícitas do processo penal e a sua manutenção em condições que, de acordo com cada caso em particular, assegurem a proteção dos direitos fundamentais mais relevantes naquela oportunidade, sob pena de se adotar um direito penal de exceção em detrimento de ideais garantistas. Utilizando-se de meios como a ponderação, em ocasiões em que se está diante da tutela penal de direitos fundamentais, o magistrado poderá analisar o momento oportuno de acolher a prova derivada da prova ilícita, de forma a preservar a consagração de direitos e garantias fundamentais. Sobre tal premissa, Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 190-191) adverte que deve se observar

[...] por primeiro, que a *necessidade* da ponderação somente ocorrerá quando estivermos diante da *tutela penal dos direitos fundamentais*, pois somente aí é que estarão ou poderão estar em direções opostas duas disposições constitucionais (inciso LIX – tutela penal – e LVI – inadmissibilidade das provas ilícitas). Mas essa última (a inadmissibilidade) *deve* ser a regra porque *antes* de se chegar ao exame da existência concreta da tensão ou conflito, cumpre atentar para o núcleo que aqui denominamos *normativo* do modelo garantista do processo penal: o

processo deve ser dirigido de maneira a que se possa controlar a atividade estatal persecutória, já porque ela, em si mesma, tangencia direitos fundamentais (intimidade, privacidade, imagem, dignidade humana, inocência, etc), já porque desse exercício poderá resultar a mesma ilicitude que se quer ver respondida pelo Direito. Eis então o que se pode definir como uma regra geral: a atividade abusiva por parte do Estado pode ser controlada, com o que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas reclamará sempre a sua aplicação em tais situações.

Diante deste campo de relativização da garantia à vedação de provas obtidas por meios ilícitos há terreno fértil para a evolução dos ideais pautados pelo direito penal do inimigo, pois violência e coação podem muito bem ser utilizadas para o fim de obtenção de provas contra o “inimigo” no contexto da punibilidade a todo custo. Cabe então ao Estado munir-se de meios mais flexíveis de investigação de forma a não priorizar violação de direitos e garantias fundamentais em nome de uma verdade que não se pode afirmar tão real, quanto se espera que seja.

#### **4.3 O garantismo penal como contraponto ao direito penal do inimigo**

Os direitos e garantias fundamentais, alicerces de um estado democrático de Direito, constituem-se em método utilizado pelo legislador constituinte originário para assegurar o bem comum, sendo opostas, em um plano vertical, contra o Estado, que porventura venha adotar políticas próprias de Estado de Polícia, afastando-se dos ideais de um Estado de Direito, e contra os próprios particulares no plano horizontal. Propositamente, através da diferenciação entre direitos e garantias, a Constituição organiza minucioso plano de defesa dos indivíduos frente à atuação estatal, positivando direitos fundamentais e estabelecendo garantias à efetivação judicial dos mesmos. A respeito disso, segundo Luís Flávio Gomes (2007),

Garantias são os instrumentos criados pelo ordenamento jurídico para eliminar (ou reduzir) a distância entre o normativismo (o direito contemplado na norma) e sua eficácia (a realização prática do direito normatizado - sua eficácia - só pode ser alcançada por meio das garantias).

Ocorre que, apesar da gama de meios protetivos consagrados pela Carta Magna, o legislador infraconstitucional, constantemente, retira da essência do ordenamento jurídico brasileiro o manto protetor que são as garantias fundamentais, deixando descobertos os direitos a serem exercidos pelos indivíduos no plano

concreto através da camuflagem de verdadeiro procedimento de guerra. Trata-se de óbvia incoerência entre a essência do ordenamento jurídico, de natureza democrática, que emana justiça e consagra ideais que elevam a humanidade como fim, e a punitivista e opaca legislação infraconstitucional que em nada reflete a extensa órbita de valores elencados pela Constituição como fundamentais à convivência em sociedade.

Essa patente desvalorização dos axiomas constitucionais, reveladora do desrespeito às tradicionais garantias individuais refletidas no próprio Direito penal ou Processo penal, ante a divergência entre normatividade em âmbito constitucional e legal, expõe ao risco de tornar, em um futuro nem tão distante, tais disposições constitucionais que materializam princípios, meras referências a um modelo de justiça inalcançável no plano prático, e só existente no papel. Diante desse iminente perigo de descrédito em princípios constitucionais que garantem a sobrevivência do ser humano em grupo, provocado pela adoção de uma legislação de emergência, surgiu a orientação do garantismo, consistente na valorização dos direitos e garantias fundamentais de maneira a minimizar a relevância da violência no plano social e elevar a liberdade das pessoas perante o poder estatal, sendo tal orientação, segundo Luigi Ferrajoli (2006, p. 786), “um sistema de vínculos impostos à função Punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”. Diante deste prisma, Luigi Ferrajoli (2006, p. 785), defende que

A orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de ‘garantismo’, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultando e alimentando, quase sempre em nome da Defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático.

Partindo do pressuposto de que existe um caráter de permeabilidade no Direito que, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 24), decorre das mudanças históricas que influenciam diretamente na adoção de paradigmas ao longo dos tempos, já que “é fundado e radicalmente estruturado para a realização do homem”, o perigo de adotar-se uma legislação que supervalorize ideais absolutamente punitivistas, como o direito penal do inimigo, é absolutamente possível, já que muitos acreditam nesse direito penal máximo. Em face desse caráter de permeabilidade, Luigi Ferrajoli (2006, p. 786), classifica os ordenamentos jurídicos de acordo com o “grau de garantismo” que adotam, de forma a estabelecer

distinções entre o que é previsto na ordem constitucional e o que realmente é realizado no plano prático. Diante desse prisma, “uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de *garantias* – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.”

Analisando tal classificação que atribui graus de garantismo aos ordenamentos jurídicos nacionais, surge a seguinte pergunta: que grau de garantismo poder-se-ia atribuir ao ordenamento jurídico brasileiro? Bem, diante do que já foi exposto no decorrer deste trabalho, através da análise das normas infraconstitucionais que norteiam a tutela penal e a sua relação com os dogmas constitucionais, pode-se dizer que o Brasil adota sim os ideais garantistas clássicos como o respeito à dignidade humana, o devido processo legal, a presunção de inocência, entretanto, como o legislador ordinário adota insistentemente, é certo que por dispositivos esparsos, ideais que valorizam a tomada de medidas imediatistas e imoderadas que só tendem ao aspecto punitivista do processo e da execução penal, pode-se afirmar que a ordem jurídica nacional posiciona-se na escala de graus de garantismo em patamar médio, já que há a discrepância entre o disposto na Carta Magna e o regulado em leis ordinárias, prejudicando assim a aplicação plena de direitos e garantias fundamentais.

Contrapõem-se aos ideais de elevação do garantismo e minimização da intervenção penal, o chamado direito penal máximo traduzido por doutrinas que primam pela elevação do alcance da tutela penal e do poder punitivo estatal, como o direito penal do inimigo. Entretanto, é de se observar que o garantismo difere, absolutamente, do que se entende por abolicionismo penal, consistente na defesa do estado natural do homem e desvalorização excessiva do Estado como detentor do *jus puniendi*, adotando o garantismo a idéia de que o Estado tem o direito e o dever de regular, de forma ponderada e definida, essa liberdade, porém, limitando seu âmbito de atuação de forma a não extrapolar os fundamentos do estado humanitário.

Caracterizando-se por ser o ponto de equilíbrio entre o abolicionismo penal e o direito penal máximo, o garantismo assenta suas bases em dez axiomas – verdades em si mesmas – abordando aspectos materiais, processuais e inerentes à aplicação das penas, sendo eles incorporados como princípios do moderno Estado

de Direito. Luigi Ferrajoli (2006, p. 74-75) indica que o modelo garantista privilegia os seguintes axiomas:

a) não há pena sem crime (*nulla poena sine crimene*); b) não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*); c) não há lei penal sem necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*); d) não há necessidade de lei penal sem lesão (*nulla necessitas sine injuria*); e) não há lesão sem conduta (*nulla injuria sine actione*); f) não há conduta sem dolo e sem culpa (*nulla actio sine culpa*); g) não há culpa sem o devido processo legal (*nulla culpa sine iudicio*); h) não há processo sem acusação (*nullum iudicio sine accusatione*); i) não há acusação sem prova que a fundamente (*nulla accusatio sine probatione*); j) não há prova sem ampla defesa (*nulla probatio sine defensione*).

Observe-se que, efetivamente, tais axiomas são consagrados pela Constituição Federal de 1988 como princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio, exemplos disso são o princípio da retributividade, da legalidade, da lesividade, da culpabilidade, do ônus da prova e do contraditório. Nada mais são os axiomas do garantismo penal, parâmetros humanitários e democráticos que devem ser respeitados perante o *jus puniendi* do Estado.

Ora, o respeito à ordem estabelecida pelo estado Democrático de Direito deve ser respaldado através da observância e respeito aos princípios constitucionais, de forma que adotar a teoria do direito penal do inimigo, usada como subterfúgio de um direito penal excepcional que visa promover a segurança à qualquer custo, seria generalizar situações realmente excepcionais previstas constitucionalmente como hipóteses de aplicação de medidas emergenciais como o estado de sítio e o estado de defesa, institutos de legalidade extraordinária destinados a vigerem, oportunamente, quando essa ordem constitucional estiver efetivamente ameaçada.

Assim, partindo da premissa de que não pode existir qualquer outra fonte de legitimidade acima da Constituição, conclui-se que o acolhimento de dispositivos penais e processuais penais com traços de excepcionalidade, que desrespeitam frontalmente axiomas garantistas consagrados pela Carta Magna, caracterizando-se pela presença dos principais elementos adotados pela teoria do direito penal do inimigo, quais sejam, antecipação de punibilidade; supressão ou relativização de garantias; elevação extremada das sanções; e despersonalização do "inimigo", é, definitivamente, inconstitucional, diante da afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao defender a despersonalização de determinados agentes criminosos de forma a torná-los destituídos de qualquer direito ou garantia, o pensamento *jakobiniano* concebe um modelo de exclusão de pessoas humanas que, na maioria das vezes vítimas da pobreza e um sem número de mazelas sociais que dominam o mundo contemporâneo, já são colocadas á margem da sociedade antes mesmo de praticarem qualquer ato contrário ao Direito. Esboçando-se a hipótese de tal pensamento dominar o ordenamento jurídico de uma nação, viver-se-ia em uma sociedade extremamente estratificada que estaria em constante conflito, já que o Estado, incessantemente, ampliara os meios de combate aos "inimigos", ao mesmo tempo em que estes, subjugados perante ao punitivismo exacerbado, estudariam métodos de criação de um estado paralelo que os aceitassem, passando a combater o Estado opressor.

Cabe aqui ressaltar a função precípua do Direito Penal frente ao Estado Democrático de Direito, caracterizada pela tutela dos bens jurídicos mais importantes à sobrevivência das pessoas, sendo inclusive, a própria pessoa humana objeto máximo dessa tutela, que prima por valorizar princípios que ressaltem sentimentos de unidade, fraternidade, paz, prosperidade e, principalmente, humanidade, observando-a sempre como o fim maior de todo o ordenamento jurídico. Consta-se através de tal premissa que na teoria idealizada por Günther Jakobs, se faz presente conteúdo racista e discriminatório, que prima por ideais um tanto repugnantes diante do estado humanitário de direito, devendo, diante de tal desrespeito à ordem constitucional e ao Estado Democrático de Direito, ser aplicado o verdadeiro Direito Penal, de princípios garantistas, a todas as pessoas independente de qualquer característica individual que preservem. Nesse sentido, Luís Greco (2005, p. 246) conclui que

Com isso chegamos ao resultado de que o conceito de direito penal do inimigo não pode pretender um lugar na ciência do direito penal. Ele não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário.

A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional. Neste estudo, tentou-se, através de precisão analítica e de diferenciações conceituais, lidar racionalmente com um conceito sobremaneira irracional, porque carregado de emoções. Não se pode estranhar, portanto, que as distinções um tanto óbvias que aqui se realizam estejam sendo propostas tão tardiamente na discussão: o conceito de direito penal do inimigo não convida de modo algum à racionalidade. Mas lá onde se trata de punir – isto é, de impor coativamente sofrimento ou juízos

de reproche pelo estado – mostra-se necessária mais do que nunca uma atitude de objetividade, de sobriedade, de racionalidade. Uma tal atitude não é de modo algum favorecida pelo direito penal do inimigo, em quaisquer de seus três significados. Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo.

Sobre a teoria do direito penal do inimigo, chega-se à conclusão de que se trata de mera capitulação de medidas policiais que visam a expansão do poder punitivo do Estado em detrimento de direitos e garantias fundamentais, não tendo nenhuma relação com o Direito Penal, já que dissociado do principal objetivo desta ciência que é a proteção de bens jurídicos máximos, sendo o principal, dentre todos os outros, a pessoa humana. Desse forma, o Estado, que adote os ensinamentos da teoria em foco, é, em verdade, o verdadeiro “inimigo” da ordem e plenitude da Justiça, pois violador da dignidade da pessoa humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tomar como base a análise do direito penal do inimigo sob a perspectiva da dogmática constitucional como seu contraponto, procurou-se manter de lado as emoções exacerbadas que o tema desperta, principalmente porque, no Brasil, assim como em outros países subdesenvolvidos, o contexto sócio-político contribuiu para que o pensamento *jakobiniano* fosse acolhido como solução de problemas de cunho eminentemente social, considerando-se a presença no ordenamento jurídico penal e processual penal como algo juridicamente permitido.

Notou-se que a teoria do direito penal do inimigo foi, inicialmente, idealizada por Günther Jakobs como crítica à contaminação da legislação em todo mundo por instrumentos diversos do modelo liberal clássico, transmudando-se, posteriormente, em efetiva aplicação nos ordenamentos jurídicos em todo mundo, em especial, depois da ascensão do terrorismo.

Embasado em pensamentos filosóficos que justificam a relação travada entre Estado e pessoa como se um contrato fosse – pensamento contratualista –, o direito penal do inimigo mostrou-se em pleno vigor diante do *jus puniendi* estatal, apresentando seus elementos primordiais inseridos em diplomas legais pátrios de forma a limitar princípios, direitos e garantias consagrados pelo constituinte originário como primordiais à manutenção da ordem e do convívio social.

Observou-se mudanças na dogmática penal e processual penal, bem como no perfil político criminal brasileiro, em face de influências sócio-políticas como o fenômeno da globalização, a escalada da violência ou a atuação da mídia como determinante da opinião pública. Investigou-se ainda, as conseqüências da adoção desse direito de exceção consistentes na flexibilização de garantias penais e processuais penais, a excessiva antecipação da punibilidade do agente criminoso e a elevação considerável das sanções penais.

Evidenciando alguns desses aspectos, foi abordada: a proibição da progressão de regimes prisionais para condenados pela prática de crimes hediondos, hoje já não mais aplicável à Lei n.º 8.072/90 em face da edição da Lei n.º 11.464/2007; o gradativo aumento das penas privativas de liberdade e, especialmente, das penas de multa cominadas pela prática de associação ao tráfico de drogas, petrechos e financiamento ao tráfico, chegando tal aumento da pena

pecuniária a cerca de mil por cento se comparados com os mesmos crimes quando regidos pela revogada Lei n.º 6.368/76; a antecipação da punibilidade de agentes quando da prática do crime de petrechos ao tráfico de drogas (art. 34, da Lei n.º 11.343/2006) já que os verbos inerentes ao tipo penal são mera preparação para a efetiva prática do tráfico de drogas; e a vedação de concessão da liberdade provisória à acusados ou indiciados pela participação em organizações criminosas.

Como contraponto à teoria do direito penal do inimigo, sob o viés processual, foram abordados princípios processuais penais encartados na Constituição Federal de 1988 como forma de evidenciar a consagração pelo diploma maior de direitos e garantias inerentes à pessoa humana portadora, em sua essência, de dignidade. Foi ainda salientado que, os direitos e garantias fundamentais constituem-se em alicerces do Estado Democrático de Direito, sendo a maneira utilizada pelo legislador constituinte originário para assegurar o bem comum, opostas, em um plano vertical, contra o Estado, que porventura venha adotar políticas próprias de Estado policialesco.

A consagração pela Constituição Federal de 1988 de axiomas dos ideais garantistas clássicos também foi abordada, como forma de valorização da liberdade em detrimento da relevância da violência como forma de adoção de políticas extremamente punitivistas.

Retomando a problemática que se levantou quando dos primeiros delineamentos sobre a presente investigação, consistente na implementação da teoria do direito penal do inimigo como método de controle das manifestações criminosas dissociado do campo de visão da dogmática constitucional, sendo este o perfil do ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro, observa-se que há confirmação, em parte, da hipótese apresentada que se afigura no sentido de que há uma tendência de materialização da teoria do direito penal do inimigo pelo legislador ordinário em face do caráter de urgência que norteia o perfil político criminal brasileiro.

Corroborando com tal postura está a indefinição do perfil político criminal brasileiro que adota ideais eminentemente garantistas, de forma a limitar a atuação do *jus puniendi*, ao mesmo tempo em que retira da essência do ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro o manto protetor dos direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição Federal de 1988.

É patente a incoerência entre a elevação dos axiomas garantistas clássicos, em determinados momentos, e a adoção de medidas punitivistas extremadas, em outros, que limitam ou até suprimem direitos inerentes à pessoa humana, princípio e fim do Estado. Essa constante modificação do prisma a ser adotado pelo legislador ordinário reflete a imaturidade do Poder Legislativo brasileiro que, ora contraria completamente os dogmas constitucionais, adotando postura de combate incessante às pessoas que reincidem no crime ou que praticam determinadas infrações penais, ora submete-se às disposições constitucionais que ressaltam princípios como o da dignidade da pessoa humana de forma a garantir o respeito aos direitos individuais.

Tal contrariedade se deve ao fato de que estão imbuídas no pensamento do legislador, além do respeito aos axiomas constitucionais, finalidades eleitoreiras que determinam a edição de dispositivos limitadores de direitos individuais, tendo por premissa a exposição do “grande trabalho realizado em prol da sociedade”, afastando-se do convívio social o maior número de “inimigos” para transmitir aos “potenciais eleitores”, a qualquer preço, sensação de segurança tão desejada por todos. Além disso, é muito mais barato e rápido, do ponto de vista do legislador infraconstitucional, transferir a responsabilidade de gestão dos serviços e tutela social ao Direito Penal e Processual Penal, de maneira a aliviar a pressão sobre seus próprios ombros.

Partindo da análise do ordenamento jurídico nacional e toda hierarquia das normas, observa-se que diplomas penais ou processuais penais de exceção, editados sem justificativa para tal, são inconstitucionais desde a sua origem, já que desrespeitam a Constituição Federal de 1988, estando fora do verdadeiro Direito Penal e Processual Penal, respaldados em axiomas garantistas.

Evidencia-se desta feita que, conforme abordado no decorrer deste trabalho, a trilha seguida pelo legislador infraconstitucional, ao adotar como premissa elementos da teoria do direito penal do inimigo em detrimento de direitos e garantias individuais, reflete, de forma fidedigna, o retrato do descaso com o compromisso de tutela dos interesses sociais e proteção da dignidade da pessoa humana. Contra senso é buscar, através da despersonalização da pessoa, garantir a segurança e a paz social de pessoas. Ora, as pessoas são únicas, porém, todas detêm em sua mais íntima natureza o valor inerente aos seres humanos, que não poderá ser desconsiderado em nenhuma hipótese, ainda que diante de derrotas no plano sócio-político. Nesse diapasão, em verdade, a forma mais adequada de reação contra o

“inimigo”, de maneira a guardar obediência aos axiomas consagrados pelo constituinte originário de 1988, é demonstrar que, mesmo diante de barbáries praticadas, mesmo diante dos mais repugnantes e degradantes atos criminosos, nunca se esquecerá de valorizar a dignidade humana, mesmo diante de um “inimigo”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000 (volume 1).

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 15 mai. 2009.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**: Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em 15 mai. 2009.

BRASIL, **Código de Processo Penal Brasileiro**: Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em 15 mai. 2009.

BRASIL, **Lei de Crimes Hediondos**: Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>>. Acesso em 15 mai. 2009.

BRASIL, **Lei Antitóxicos**: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>. Acesso em 15 mai. 2009.

BRASIL, **Lei Contra Organizações Criminosas**: Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9034.htm>>. Acesso em 15 mai. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CUNHA, Gustavo Henrique de Brito A. **"Influência dos meios de comunicação de massa e alopoise no recente direito penal brasileiro"** in ADEODATO, João Maurício; MAIA, Alexandre da. (coords.). Dogmática jurídica e direito subdesenvolvido – uma pesquisa pioneira sobre peculiaridades do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**; prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **"Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo"** in WUNDERLICH, Alexandre. Política criminal contemporânea: Criminologia, direito penal e direito processual penal: Homenagem ao departamento de direito penal e processual penal pelos 60 anos da faculdade de direito da PUCRS (coords.) Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt [et al.], Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado – Enfoques criminológico (Lei 9.034/95) e político criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **"Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)"**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2919>>. Acesso em: 25 mai. 2009.

GOMES, Luís Flávio. **"Limites do 'ius puniendi' e bases principiológicas do garantismo penal"**. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20070410101353547](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070410101353547)>. Acesso em 31 mai. 2009.

GRECO, Luís. **"Sobre o chamado Direito penal do inimigo"**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 7 - Dezembro de 2005. Disponível em <[www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf](http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf)>. Acesso em 14 mai. 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro, 2.º Volume**. 11.ª Edição atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 1996.

HERCULANO, Flávio. **"A morte de Isabella Nardoni: um grande espetáculo"**. Palmas, 22 abril 2008. Disponível em: <<http://www.overmundo.com.br/banco/artigo-a-morte-de-isabella-nardoni-um-grande-espetaculo>>. Acesso em 14 mai. 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã. Ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2 ed., São Paulo: Abril, 1979.

JAKOBS, Günther ; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del enemigo**. 1. ed. Madrid : Civitas Ediciones, 2003.

JAKOBS, Günther; Meliá, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Organização e tradução, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Gunther. **"Terroristas como pessoas no Direito?"**. Tradução de Luciano Gatti. Revista Novos Estudos, 83. ed. [S.l.], março 2009, p. 27-36. Disponível em <[http://novosestudios.uol.com.br/acervo\\_artigo.asp?idMateria=1322](http://novosestudios.uol.com.br/acervo_artigo.asp?idMateria=1322)> . Acesso em 14 mai. 2009.

JESUS, Damásio E. de. **"Direito penal do inimigo. Breves considerações"**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 janeiro 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>> . Acesso em 14 mai. 2009.

LEAL, João José. **"Crime de petrechos para o tráfico ilícito e o controle penal das drogas: análise crítica do art. 34 da Lei nº 11.343/2006: Estudo das questões técnico-jurídicas e de Política Criminal, relativas ao art. 34 da nova Lei Antidrogas"**. 12 out 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3767/Crime-de-petrechos-para-o-trafico-ilicito-e-o-controle-penal-das-drogas-analise-critica-do-art-34-da-Lei-no-11343-2006>>. Acesso em 14 mai. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, art. 1.º a 120**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade da pessoa humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social : princípios do direito político**. Tradução e notas de Edson Bini: Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“Globalización y Sistema Penal en America Latina: De La Seguridad Nacional a la Urbana”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 20, Out/Dez. 1997.