

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**MIRELE QUEIROGA DE OLIVEIRA**

**A MANIFESTAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA  
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA POR MEIO DA LEI N° 13.260/2016**

**SOUSA - PB  
2016**

**MIRELE QUEIROGA DE OLIVEIRA**

**A MANIFESTAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA  
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA POR MEIO DA LEI N° 13.260/2016**

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva.

**SOUSA – PB  
2016**

**MIRELE QUEIROGA DE OLIVEIRA**

**A MANIFESTAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA  
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA POR MEIO DA LEI Nº 13.260/2016**

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

Orientador: Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO:16/05/2016.

---

Orientador: Prof. Pós-Dr. Iranilton Trajano da Silva.

---

Francivaldo Gomes Moura

---

Manoel Pereira de Alencar

Aos meus avós, que no ato de me acolher e amar, mudaram o rumo da minha vida.

## AGRADECIMENTOS

À Deus, por criar oportunidades para que eu pudesse alcançar meus objetivos; pela força, coragem e determinação que Ele me fez conquistar em cada momento de superação.

Ao meu avô Domingos (In Memoriam), pessoa determinante em minha vida, por mostrar-me que sonhos são feitos de buscas, e que estas só podem ser atingidas e transformadas em realidade através de muitas batalhas.

A minha avó Francisca, pessoa a qual devo tudo, por me moldar enquanto pessoa e guiar todos os meus passos. Sem você, eu nada seria.

A minha irmã, meu exemplo de vida, por ter devolvido minhas esperanças e forças todas as vezes em que as perdi; por preencher minha vida com amor e carinho incondicional; por segurar minha mão, quando me levantar sozinha estava além das minhas capacidades.

A minha sobrinha, a luz mais exuberante do meu caminho, por, mesmo sem saber, abrir portas em minha alma toda vez que eu julguei não haver mais caminhos possíveis.

A minha mãe, por todo o apoio e fé que sempre depositou em mim e cujos acertos me motivaram a seguir em frente; e ao meu padrasto, por assumir a responsabilidade paterna com todo amor e dedicação.

A Pablo, minha cláusula pétreia, por ter se tornado meu símbolo de amor, amizade e companheirismo; pela paciência, carinho e fé inabalável em todas as minhas empreitadas, jamais me permitindo desistir; e pelos incontáveis momentos compartilhados ao longo desses anos.

A minha Família, por estar sempre ao meu lado oferecendo apoio incondicional. Sou grata a todos que lutaram comigo para a realização desta conquista. Agradecimentos especiais a minha tia Fátima, por todos os conselhos e por sempre ser aquela que defendeu meus sonhos e me encorajou a seguir em frente.

Ao meu orientador, Pós-Dr. Trajano, por ser um instrutor, um amigo e um guia; por dosar sabiamente carinho e rigidez e por compartilhar comigo o segredo de seu sucesso na docência: o amor pelo que se faz.

Aos Amigos, por toda a paciência e carinho necessário nesta jornada. Agradeço em especial a Elaine, cujos anos apenas fortaleceram nossos laços e a Luanna, por tantos sonhos e segredos compartilhados.

Aos Mestres, por todo o aprendizado adquirido e participação no meu processo de construção acadêmico e profissional. Agradeço, em especial, a Maria de Lourdes Mesquita, que me inspirou a atuar com competência e dedicação.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a análise da teoria do Direito Penal do Inimigo, conforme o preconizado por Günther Jakobs, e a manifestação da tese em relevo no ordenamento jurídico penal brasileiro mediante a Lei nº 13.260/2016, que dispõe sobre o crime de terrorismo. A partir da constatada modernização do direito penal, advindo do processo de globalização, adentrou-se na concepção do inimigo formatada por Jakobs. Diante disto, serão traçadas as construções teóricas, filosóficas e políticas, analisando, como ponto de partida, o estudo de teorias que deram embasamento ao proposto por Jakobs. Por este aparato, se faz necessário determinar as premissas elementares da tese, sendo feita uma análise comparativa destas com as legislações infraconstitucionais brasileiras, enfaticamente, a Lei de Terrorismo, apresentando-se como uma manifestação expressa na seara penal pátria. Na temática de estudo, se utilizará como forma de pesquisa, a de cunho bibliográfico, mediante fontes de pesquisa e embasamento doutrinas, jurisprudências, exames de trabalhos teóricos, leis, entre outros; e o método será o dedutivo, como forma de abordagem, uma vez que se busca obter resultados tomando por base uma análise das hipóteses elencadas.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Inimigo. Manifestações.

## **ABSTRACT**

This paper addresses the analysis of Criminal Law of the Enemy's theory, as recommended by Mr. Günther Jakobs, and the thesis manifestation embossed on the Brazilian penal legal order through Law no. 13.260/2016, which implies on the crime of terrorism. From the modernization of criminal law, arising from the globalization process, the conception of the enemy formatted by Jakobs is entered. In this regard, shall be plotted the theoretical, philosophical and political constructions, analyzing, as a starting point, the study of theories that underlie what was proposed by Jakobs. By this provision, it is necessary to determine the basic assumptions of the thesis, and a comparative analysis with Brazilian infraconstitutional legislation, emphatically, the Terrorism Act, presenting itself as a manifestation expressed in the national criminal seara. In the theme of study, It will be used as a way of research, bibliographic researches, through search sources and doctrines, jurisprudence, exams of theoretical works, laws, among others; and the method will be the deductive, as a way of approach, once it is intended to search for results based on the analysis of the listed assumptions.

**Keywords:** Criminal Law. Enemy. Manifestation.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

**CF/88** – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

**CP** – Código Penal

**LEP** – Lei de Execuções Penais

**RDD** – Regime Disciplinar Diferenciado

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>12</b>
2.1 EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO .....	13
2.2 TEORIAS DELIMITADORAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	18
<b>2.2.1 Influência jurídico-penal da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.2 O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs .....</b>	<b>20</b>
<b>2.2.3 Teoria da prevenção geral positiva.....</b>	<b>23</b>
<b>3 DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME GÜNTHER JAKOBS.....</b>	<b>26</b>
3.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO ...	26
3.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO X DIREITO PENAL DO CIDADÃO .....	27
3.3 SUPORTE FILOSÓFICO .....	29
3.4. ELEMENTOS CARACTERIZADORES .....	31
3.5 DISCUSSÕES JUSFILÓSOFICAS PERTINENTES À TEORIA.....	34
<b>3.5.1 Direito penal do autor x direito penal do fato .....</b>	<b>35</b>
<b>3.5.2 Direito penal do inimigo: a terceira velocidade no direito penal .....</b>	<b>36</b>
<b>3.5.3 O inimigo nos discursos jurídicos penais .....</b>	<b>37</b>
<b>4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO POR MEIO DA LEI Nº 13.260/2016 .....</b>	<b>40</b>
4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DA LEI Nº 13.260/2016 .....	41
4.2 ANÁLISE ACERCA DOS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 13.260/2016 .....	43
4.3 PONTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 13.260/2016 .....	45
<b>4.3.1 Regime disciplinar diferenciado e direito penal do inimigo.....</b>	<b>48</b>
4.4 MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI Nº 13.260/2016 ..	51
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>58</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito surge com o desígnio de regular as relações sociais, e, em consequência disto, deve seguir o contexto social vigente, com a finalidade de coibir as condutas que ora são consideradas danosas, conturbando o convívio social e a administração estatal. Nestes ditames, o Direito Penal surge como principal instrumento de estabilização social, devendo constantemente incorporar-se ao contexto atual, tutelando os bens jurídicos válidos e necessários.

Por tal viés, um Direito Penal Clássico não parece mais se coadunar com o momento contemporâneo pelo qual estamos inseridos, onde as condutas criminosas não apenas se expandiram de forma demasiada, como também evoluíram e inovaram nos meios e instrumentalização do crime, bem como em repercussão. Daí surgiram inúmeras teorias que tem como fulcro combater a nova criminalidade, advinda do processo de globalização, dentre elas, a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo jusfilósofo alemão, Günther Jakobs.

A pesquisa em questão tem a finalidade de analisar a estrutura constituinte da teoria, tanto nos moldes jurídicos, quanto filosóficos e políticos; as características inerentes à teoria; sua repercussão, e, essencialmente sua manifestação no ordenamento jurídico penal brasileiro; e, em caso positivo, se esta repercussão é válida e constitucional.

Com o fulcro de alcançar os objetivos propostos, teremos como forma de pesquisa a de cunho bibliográfico e acadêmico e como método de abordagem, aplicaremos o dedutivo, posto que, a temática de estudo será atingir conclusões das análises acerca das hipóteses propostas. Sem mencionar que coletar-se-á os dados de forma bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Adentrando no cerne da questão, inicialmente será traçada uma linha histórica atual, onde se analisará a inserção do Direito no meio social, frisando-se na seara penal, demonstrando sua essencialidade para o controle social. Abordar-se-á genericamente a expressão do direito penal no contexto da globalização, isto é, como esse fenômeno abriu margem às inovações teóricas voltadas a coibição das condutas criminosas, posto que um Direito Penal Clássico se mostrou insuficiente para o combate a macrocriminalidade, desembocando, assim, no Direito Penal do

Inimigo, delimitando a base em que se estruturou a teoria de forma propriamente dita.

Em sequência, adentrar-se-á na essência da teoria, onde se explicará por meio de uma breve abordagem histórica, o contexto originário da tese em relevo. A teoria do Direito Penal do Inimigo foi explanada minuciosamente, apontando a dicotomia tão polêmica que bifurca o direito penal em do cidadão e do inimigo, demonstrando o suporte filosófico que respaldou esta divisão, bem como será elencado os elementos inerentes que caracterizam a teoria, e as discussões jusfilosóficas a respeito do tema.

Por fim, conforme pretendido, visualizar-se-á formas de manifestação da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico penal brasileiro, elencando, de forma sucinta, as legislações com resquícios desta teoria, e explicitando a manifestação direta e fidedigna do Direito Penal do Inimigo na Lei nº 13.260/2016, a Lei de Terrorismo. Primar-se-á por uma análise da lei, englobando notas introdutórias acerca do tema, bem como uma análise dos dispositivos constituintes, tendo, por último, correlacionado estes com o Direito Penal do Inimigo, pretensão basilar desta abordagem.

## 2 UMA CONSTRUÇÃO JUSFILOSÓFICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O indivíduo não nasceu para viver isoladamente. Para que haja uma adequada vivência em coletividade, fez-se necessário um sistema de regras e normas jurídicas que regulem as condutas humanas, sob pena de um Estado pautado em desordem e insegurança jurídica.

Desta forma, o Direito é um conjunto de normas que visa regular as relações sociais. Costuma-se dizer que onde há a sociedade, também estará o direito; este último, coexistindo com a sociedade em que se insere, torna-se essencial à vida em coletividade, definindo direitos e obrigações entre os envolvidos; resolvendo conflitos de interesses e dando azo a uma sociedade organizada.

Neste contexto, adentrar-se-á na seara jurídica como catalisador social, posto que, muito embora haja outras formas de controle social, tais como o costume, cabe apenas ao Direito a possibilidade de aplicar sanções aos infratores, em face do poder-dever conferido ao Estado.

Eis a razão punitiva estatal, que tutela bens jurídicos, mediante o direito penal, essencial mantedor da ordem, pois, com arrimo em Moraes (2006, p. 2), o “direito é, antes de tudo, o raio-x da ética social”.

Garcia (1976, p. 54), nos lembra que “o homem cede uma parcela mínima de sua liberdade para tornar possível a vida em sociedade”, para que, diante do sacrifício deste quinhão ao Estado, proclamado como depositário dessas liberdades e da incumbência de administrá-las, possa se utilizar do seu restante em segurança. Tal pensamento nos remete a Moraes (2006, p. 2), que enxerga o direito penal:

Como medida extrema de manutenção da ordem e de pacificação social, e é, por excelência, o reflexo moral de um povo. É, justamente por sua inexorável ligação à configuração social, o mais dinâmico dos ramos do Direito, aquele que eterniza a dialética entre segurança da sociedade e liberdade do cidadão.

Dessa ideia, o direito penal surge para tutelar bens jurídicos, com o fito de manter a ordem, evidenciando a necessidade punitiva estatal.

É notório que o dever-poder de impor sanções deve ponderar uma intervenção mínima, contudo, com a atual crise que vivenciamos, é crescente a intervenção do Direito Penal para garantir os bens creditados em nossa Carta Maior.

O direito penal deve ser dinâmico; cumpre-lhe seguir o contexto social para regulá-lo adequadamente. Desta forma, o direito penal clássico não está mais apto, por si só, a suprir as demandas infracionais advindas do mundo contemporâneo que passa por uma crise moral e social, já que, na lição de Moraes (2006, p. 4-5), nos encontramos em uma:

Sociedade rotulada de 'pós-moderna', 'pós-industrial' e 'globalizada' que tem na comunicação instantânea, no avanço tecnológico e na crise do homem, permeados por um modelo de Estado que prima pela maximização de riquezas e eficiência econômica, seus novos paradigmas.

Assim, faz-se necessária uma breve abordagem acerca da sociedade pós-moderna e do processo de globalização, sendo estes precursores da expansão da criminalidade, do aumento da sensação de insegurança e descrédito da população, bem como de uma sociedade atual marcada pelo risco e índices cada vez maiores de demandas penais, o que incitou a construção de novas teorias que buscam justamente resguardar os bens jurídicos da sociedade frente à nova realidade global, dentre elas, a teoria do Direito Penal do Inimigo, teorizada por Günther Jakobs.

## 2.1 EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Essa digressão histórica é pertinente para se compreender como o Direito Penal do Inimigo surgiu frente à análise do contexto atual da sociedade, e se é legítimo, à luz do direito, cogitar um tratamento diferenciado entre cidadão e "inimigo", onde este último, muito embora tenha um tratamento que ordeiramente não se coaduna com o direito penal tradicional, poderá ser legitimado juridicamente.

De tal forma, será mais lógico o processo de compreensão da construção teórica do Direito Penal do Inimigo, pois, segundo Moraes (2006, p. 13):

Criticar as bandeiras que diferenciam e delimitam o conceito de 'Direito Penal do Inimigo', ignorando os novos paradigmas que permeiam a sociedade moderna, é criticar superficialmente, sem o necessário respaldo científico.

Compreendo-se que o direito deve existir para garantir a sobrevivência da justiça, a segurança de todos e o bem coletivo, Bevilacqua (2001, p. 58) advertiu que o "crime também luta para viver. Resiste, modifica-se, transforma-se, adapta-se às

novas condições, se adelgaça ou se contrai, segundo as necessidades, porém persiste ainda que combatido”.

No contexto desta vicissitude, a criminalidade expandiu e modificou-se de tal modo que diversos questionamentos surgiram em razão disto, tal como o fez Moraes (2006, p. 11), que ciente da necessidade de se alterar substancialmente a configuração jurídica do ordenamento penal, indaga: “como os dogmáticos vão fazer para conter a incessante onda de criminalidade e concomitantemente respeitar as regras clássicas do Direito Penal tradicional? ”.

O próprio autor (2006, p. 17), busca dar ênfase a este questionamento evidenciando que para se oferecer resposta à altura, faz-se imprescindível:

Uma efetiva análise do contexto da sociedade ‘pós-industrial’, delineando-se as novas demandas penais e a forma como vem se alterando a moderna dogmática penal. A busca de respostas a esses questionamentos pode demonstrar a necessidade de uma política criminal mais racional e eficaz, sob pena de deslegitimação de garantias penais e processuais penais e da institucionalização de um Direito Penal eminentemente preventivo, que legitimará, em qualquer circunstância, um ‘Direito Penal do Inimigo’ (grifo do autor).

A globalização é um processo de modernização advindo de um aprofundamento da integração social, política, cultural e econômica em âmbito internacional, impulsionado pelo contexto pós-industrial, tecnológico e comunicativo. De tal forma, o processo de globalização trouxe mudanças profundas no seio social, e é certo dizer: muda-se a sociedade, muda-se o Direito.

O efeito primordial deste processo foi na seara econômica, atingindo inequivocadamente a órbita jurídica penal. Diante destas circunstâncias, com base analítica em contexto à norma política de cunho mundial, Moraes (2006, p. 21) pontua quais os óbices derivados desta política econômica para a seara jurídica, a saber:

Diante da ausência de uma efetiva jurisdição internacional e de uma Carta política mundial, apresenta as seguintes transformações: expansão das empresas multinacionais; crescente importância dos acordos comerciais; tendência da regulação jurídica a ser mais maleável, pragmática e pluralista; tudo, enfim, para atender aos anseios da eficiência econômica e da maximização de riquezas.

Assim, a globalização econômica vem manchando o ordenamento jurídico ao descriminalizar condutas que sejam óbices à eficiência econômica ou tutelando irracionalmente interesses voltados à captação de riquezas. Kujawski (2003, p. 19),

frisa que “a modernidade se vende à eficácia, acelerando a corrida para o futuro, e desfazendo os laços com as leis, as instituições, os direitos e toda aquela mística tradicionalista na qual se fundava o viver antigo”.

Todo este aparato globalizado culminou numa macrocriminalidade e expansão da criminalidade, desembocando na criminalidade organizada e de massas. Gomes e Bianchini (2002, p. 25-33), delimitam os caracteres inerentes a este processo de globalização:

A deliberada política de criminalização; as frequentes e parciais alterações pelo legislador da Parte Especial do Código Penal através de leis penais especiais, com intensificação dos movimentos de descodificação; a proteção funcional de bens jurídicos, com preferência para os bens difusos, forjados muitas vezes de forma vaga e imprecisa; a ampla utilização dos delitos de perigo abstrato, com uma relativização do conceito de bem jurídico-pena; o menosprezo ao princípio da lesividade ou ofensividade; **o uso do Direito Penal como instrumento de “política de segurança”, em contradição com sua natureza subsidiária e fragmentária;** a transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas (autoria e participação, consumação e tentativa, dolo e imprudência etc.) fundadas na imputação objetiva e subjetiva do delito, inclusive porque a imputação individual acaba constituindo obstáculo para a eficácia da nova política criminal de prevenção; a responsabilidade penal da pessoa jurídica; o endurecimento da fase executiva da pena, inclusive por meio de inconstitucionais medidas provisórias; a privatização e terceirização da justiça (grifo nosso).

Os riscos advindos desta modernidade, conjuntamente com as inovações desembocadas com o atual contexto social gerou na população uma reação de insegurança desmedida.

Ainda neste aspecto, Moraes (2006, p. 27) expõe que deste processo “decorre a insegurança e o medo que tem impulsionado frequentes discursos postulantes de uma tutela da segurança pública, em detrimento de interesses puramente individuais”.

Disto surge uma sensação de insegurança decorrente o modelo de “sociedade de risco”, onde Sánchez (2002, p. 30), dita que “a sociedade pós-industrial, além da chancela de ‘sociedade de risco’, possuiu ainda outras nuances que contribuem para a sua caracterização como sociedade de insegurança”, entre estas, destaca Moraes (2006, p. 30), “a tentativa de atender as clamorosas reivindicações por mais segurança pública traduz-se em leis repressivas, muitas vezes, irracionais e de difícil cumprimento”.

Sendo assim, é certo que o conceito de Direito Penal Clássico foi rompido pelo processo de globalização e sua conseqüente macrocriminalidade.

Obviamente que o desejo de segurança é totalmente legítimo, e com razão de ser. No entanto, a sociedade exige do Estado sua pretensão e este, se omitindo, por não conseguir desenvolver uma parcela mínima de políticas públicas voltadas à soluções, por terem alto custo de implantação, faz recair sobre o Direito Penal, todo o encargo de oferecer respostas à sociedade.

Pensar o Direito Penal como o único instrumento eficaz de repressão e de solução da criminalização demonstra um resultado preocupante, uma vez que, corroborando com a concepção elencada por Sánchez (2002, p. 61), o Direito Penal, direcionado à uma intervenção mínima, está se delineando aos poucos como mantedor absoluto da ordem social; e segundo ele, a consequência disto é senão:

Como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio* e, principalmente porque tal expansão é uma boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.

Com a demasiada inovação da criminalização e a incapacidade Estatal de contenção mediante políticas públicas essenciais, tanto no quesito de repressão, quanto no que tange a reinserção do condenado na sociedade – com o fito de evitar a reincidência, recai sobre o Direito Penal a necessidade de gerir tais problemas, além de suas capacidades, posto que a intervenção jurídico-penal, tem por premissa basilar, a de ser a *ultima ratio*. Nesse sentido, explica Moraes (2006, p. 57):

Costumeiramente em nosso país, o aumento de pena é visto como solução de problemas que, a rigor, não são da alçada do Direito. A política não pode ter a pretensão de invadir o sistema jurídico, da forma que o faz a nossa irracional Política Criminal. Em vez de construir presídios, de investir em educação e de criar programas sociais, a Política invade o mundo do Direito, ora protagonizando decisões judiciais alheias ao código lícito/ilícito, ora fomentando legislações que afastam as penas privativas de liberdade, gerando a sensação de insegurança que, em um círculo vicioso, faz com que a sociedade reclame da ineficiência do Direito Penal e da Justiça Criminal.

De tal forma, ainda com arrimo em Moraes (2006, p. 57), o direito penal que “não se presta, por si só, a diminuir a criminalidade e não consegue reeducar os condenados, acaba gerando frustrações que, como já brevemente assinalado, ativam a produção de legislações esdrúxulas”, bem como “formatam Magistrados ‘políticos’, ‘economistas’, ‘sociólogos’ e ‘benevolentes com a situação do encarcerado’”.

Tal encargo culminou por influenciar uma transformação na legislação penal pátria com uma dinâmica de proliferação de leis penais que tentam acompanhar o

contexto social moderno, objetivando englobar todas as esferas com teor repressivo, gerando uma hipertrofia legislativa, mediante uma tendência de criminalizar quaisquer condutas, geralmente, com leis irracionais e com penas desproporcionais. De acordo com este panorama, Moraes (2006, p. 42), arremata ao dizer que:

Diante desse dilema da sociedade moderna, complexa e globalizada, a irracionalidade e a hipertrofia legislativa evidenciam-se em fatos, como a criação de infrações meramente administrativas, utilização indiscriminada de conceitos amplos e vagos, abuso das leis penais em branco, antecipação exagerada da tutela penal, perda da certeza da configuração típica e adoção de tipos de mera desobediência. Tal irracionalidade viola, em teste, postulados político-criminais típicos do Direito Penal Iluminista (intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade) e os princípios fundamentais de um Direito Penal cidadão, típico do Estado Constitucional de Direito (legalidade, certeza, ofensividade, etc.).

É certo que o ordenamento jurídico, como um todo, só garante eficácia de suas normas jurídicas vigentes se delas provier um mínimo de aplicação e eficácia na sociedade, e todas as perspectivas anteriormente mencionadas impulsionam o caminho para um total descrédito nas funções administrativas estatais, bem como geram consequências ainda mais alarmantes, como discorre Moraes (2006, p. 46), “criam inevitáveis ‘Estados Paralelos’, que, com leis, regras e normas de conduta próprias, enfraquecem e deslegitimam em pouco tempo o ordenamento jurídico”, e ainda “gera um fértil contexto para a proliferação da justiça pelas próprias mãos (linchamentos, grupos de extermínio, etc.)”, embasando as “evidências de que o ‘Estado Democrático de Direito’ aparenta ser meramente norma programática que depende ainda de profunda ‘regulamentação’”.

Diante de todo este panorama pós-moderno e globalizado, em consonância com a crise social que estamos inseridos; o descrédito no Poder Público fundamentado pela ausência de uma atuação estatal eficiente; a impunidade, em um lado, e a seleta criminalidade pautada na vulnerabilidade do outro; a hipertrofia legislativa e a presença da macrocriminalidade, todos esses fatores nos dimensionam a questionar se ainda se pode falar em intervenção mínima e em subsidiariedade da seara penal.

Em todo este discurso, é preciso fazer um balanceamento dos bens jurídicos, e quiçá, aceitar a necessidade de uma discussão doutrinária acerca de uma possível legitimação da mitigação da estrita legalidade e de outros liames relacionados ao modelo penal clássico, na busca por um modelo processual penal

mais eficaz frente aos novos paradigmas da sociedade, ainda que menos garantista e com flexibilizações de regras processuais, já que, de acordo com Silva (2004, p. 102), “as novas tendências revelam a total impenetrabilidade os conceitos clássicos aos novos tempos”.

O grande desafio doutrinário atual é analisar se todo o aparato discutido é suficiente para legitimar e amparar um pretense Direito Penal do Inimigo.

## 2.2 TEORIAS DELIMITADORAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A partir da constatada complexidade moderna, que deu azo às inovações teóricas com o fito de suprir à expansão das demandas penais, adentraremos nos pontos norteadores que influenciaram o pensamento de Günther Jakobs e que vieram, por conseguinte, a criar as bases jurídicas, penais e sociais à sua Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Faz-se mister este estudo prévio, posto que do estudo pormenorizado da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, Jakobs tirou fundamentos para a delimitação do “Direito Penal do Cidadão”.

Ainda da análise dos sistemas autopoieticos direcionado ao Direito, conforme teorizado por Luhmann, averigua-se a forte influência deste para a delimitação do funcionalismo penal, que por sua vez, desembocou na estrutura de uma prevenção geral positiva das penas.

### 2.2.1 Influência jurídico-penal da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Pela teoria sistêmica empregada por Luhmann, o Direito é visto como um sistema social que visa manter a estabilidade de expectativas, sendo estas as normas jurídicas, que devem permanecer estáveis independentes de possíveis infrações. Disto, Luhmann (1983, p.121), entende o Direito como “um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”.

Neste quadro, a generalização congruente é, em outros termos, uma aceitação por parte da sociedade. A sociedade não precisa necessariamente aceitar as normas, posto que o ordenamento subsiste independentemente; contudo, devem

entender, ainda que minimamente, a licitude ou ilicitude de suas condutas, e assim virem a respeitar os preceitos normativos.

De tal forma, Moraes (2006, p. 68-69), explicando o proposto por Luhmann, aduz que “o sistema do Direito seria constituído, na concepção *luhmanniana*, com a função de reduzir a complexidade apresentada pela sociedade, através da generalização de expectativas normativas com vistas a manter o sistema estável”.

Desse modo, a redução da complexidade presente na sociedade dependeria do próprio sistema, e no que pertine ao Direito, sua função se direciona a resolver estes conflitos, reduzindo a complexidade e estabilizando as relações sociais.

Isto se prevê em um sistema autopoietico, isto é, um sistema organizado a ponto de ser autossuficiente, e em consequência disto, o próprio sistema produz, recicla e estabiliza seus componentes.

Luhmann aplica esta conjuntura ao Direito quando analisa que o ordenamento jurídico, em contexto com a sociedade, tem por função a de ser autopoietico, e com isso permitir a possibilidade de (re)criar e (re)organizar suas bases a procura de estabilização social, reduzindo as complexidades, por meio das normas jurídicas.

Esta referência autopoietica ao Direito garante que o ordenamento jurídico seja analisado, conforme teorizado por Luhmann, como um sistema aberto, isto é, existindo uma adequação entre direito e sociedade ao permitir que o direito mude, em razão do contexto social e se modifique concomitantemente, alterando, como dispõe Campilongo (2002, p. 175) o “código binário do tipo direito/não-direito”.

Tal correlação possibilita a implantação de um ordenamento jurídico dinâmico e eficaz no que tange à organização e estabilização das complexidades advindas da sociedade contemporânea.

Portanto, a norma é vista como condicional. Em princípio, se a norma posta no ordenamento for ou não satisfatória em seu resultado, não se retira a sua validade. Entretanto, com o passar do tempo, em caso de a norma não ter eficácia no plano prático ou não ser vista como válida socialmente, dentre outras hipóteses, ela não pode mais ser considerada norma, posto que não tem validade social.

Entende Moraes (2006, p. 73), quando afirma que:

Sistema jurídico será sua estrutura, ou o que Luhmann denomina ‘código operativo’ – lícito/ilícito ou direito/não-direito. A identificação do código, como se verá, permitirá saber se uma informação transmitida por outro

sistema, como o Político, é capaz de ser efetivamente processada pelo sistema jurídico e se essa percepção diminuirá as frustrações. Exemplificando: seria plausível alçar ao sistema do Direito Penal o fim de 'ressocialização das penas'? O Direito, com sua limitação estrutural (código lícito/ilícito), por si só, seria capaz de garantir a ressocialização de um criminoso ou isto seria tarefa de outro sistema como o Político (através da adoção de políticas públicas, penitenciárias etc.)? ”.

Nesta conjuntura, a teoria dos sistemas proposta por Luhmann, leciona Conde (2005, p. 15), “conduz para a substituição do conceito de bem jurídico pelo de ‘funcionalidade do sistema social’”.

Pode-se dizer, que frente à globalização e às inovações da pós-modernidade, esta teoria teve certo valor no intento de avaliar como o sistema jurídico poderia continuar com sua eficiente operacionalidade e funcionalidade.

Toda esta sistematização influenciou o pensamento de Jakobs para a formulação de seu contraponto entre “Direito Penal do Cidadão” e “Direito Penal do Inimigo”, e principalmente aos ditames do funcionalismo penal radical, adotado por Jakobs.

### **2.2.2 O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs**

A Ciência Penal tem erigido suas premissas sob a influência das inúmeras etapas de desenvolvimento do Direito Penal e suas respectivas escolas. Dentre estas, temos o positivismo jurídico, o neokantismo, o garantismo penal e o funcionalismo.

O positivismo jurídico tem por base a exclusão dos “juízos de valor e limitando seu objeto ao direito positivo”, conforme explicitado por Masson (2013, p. 81). Assim, o positivismo se caracteriza por uma visão meramente objetiva, afastando do conceito de conduta qualquer viés filosófico, sociológico ou psicológico, rejeitando todo o viés valorativo, de modo a considerar apenas as leis.

A pretensão almejada era resolver as demandas jurídicas seguindo estritamente os ditames legais, tornando-se exageradamente formal. O crime, assim, deve ser visto de forma essencialmente neutra, livre de qualquer valoração, puramente descritivo e objetivo; por tal motivo, sob esta vertente, chamou-se esta teoria do delito como causalista.

Masson (2013, p. 82), ainda aduz que o neokantismo “permitiu graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida”, com isso a “conduta passou

a ter um significado social”, mencionando ainda o fato de que se “permitiu a introdução de elementos normativos e subjetivos nos tipos penais”. Logo, o neokantismo apresentou-se sob um viés positivista, acrescentado a possibilidade de valoração no ordenamento jurídico.

O garantismo penal, por sua vez, visa combater a criminalidade, porém, mantendo o sistema penal sempre atento a todos os direitos e garantias humanas. Em conformidade com Masson (2013, p. 83), “o garantismo se define pela validade e uso dos princípios jurídicos e respeito às regras inerentes a atividade jurisdicional, bem como ao respeito aos sujeitos envolvidos”.

Günther Jakobs apresenta-se como adepto da escola do funcionalismo penal, basicamente dividido em duas vertentes: o funcionalismo moderado, adotado por Claus Roxin, e o funcionalismo radical, adotado por Jakobs.

O próprio Roxin (2002, p. 62-63), destaca que o funcionalismo pode ser entendido como:

O método segundo o qual as **construções jurídicas devem ser conscientemente guiadas por determinados valores e finalidade**. Toda jurisprudência dos valores tem, portanto, uma questão fundamental a resolver: de onde se retiram os valores sobre os quais se edificará o sistema? (grifo nosso).

Em se tratando do pós-finalismo, ou a chamada tese funcionalista, rompe-se o paradigma penal e a importância crucial da tese é buscar a função do direito penal. O funcionalismo moderado, defendido por Claus Roxin, tem como premissa a de que o direito penal serve para reger a vida em sociedade.

Assim, o direito penal teria como finalidade precípua a de proteger os bens jurídicos mais relevantes, tendo como referencial a Constituição para o processo de seleção dos bens que irão compor a esfera de tutela. E de acordo com isto, apontam Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 235), pela corrente funcionalista, “a intervenção do direito penal somente se legitima quando estiver a cumprir a função de proteção de um bem jurídico”.

É nesse sentido que Greco (2002, p. 65) leciona que:

Claus Roxin utiliza-se da política criminal do Estado Social e Democrático de Direito para restringir a esfera de atuação do direito penal, atribuindo-se a função de tutela subsidiária de bens jurídicos, impondo, inclusive, limites de atuação para o intérprete e o legislador, superando a tradicional concepção segundo a qual somente o legislador trabalha com política criminal.

O funcionalismo radical ou sistêmico proposto por Jakobs, com notável influência do pensamento de Luhmann, conforme mencionado, se molda na ideia de que o Direito Penal tem como função a de estabilizar a sociedade, lhe cabendo proteger a vigência das normas, como frisa Moraes (2006, p. 108), “que danoso socialmente não é o fato que ofende o bem jurídico, senão o que contraria a validade da norma”.

Ainda fazendo menção a Moraes (2006, p. 110), observa-se que:

Na concepção de Jakobs – funcionalista extrema ou radical – a ação aparece como parte da teoria da imputação (conduta do agente/infração à norma/culpabilidade) que, por sua vez, deriva da função da pena. Primeiro deve-se estabelecer quem deve ser punido por contrariar a estabilidade normativa: o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e de forma culpável. **Para os funcionalistas, a imposição da pena terá, assim, o caráter de reestabilizar a norma, uma vez que sua função é justamente garantir essas expectativas.** A pena terá a função de garantir a norma e, conseqüentemente, assegurar por via indireta, essa expectativa (grifo nosso).

Nos termos do próprio Jakobs (2003, p. 1), temos que o funcionalismo “se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”.

No caso, a função da pena é (re)afirmar a vigência da norma, estabilizando todo o sistema social, e o direito, com arrimo em Callegari (*et al.*, 2005, p. 53), “não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação das pessoas”, cabendo ao direito penal, na visão de Jakobs, a função de proteção de suas próprias normas.

Entende Queiroz (2001, p. 121), que a consequência disto é que “ao adotar semelhante perspectiva, Jakobs acaba, em verdade, por substituir o conceito de culpabilidade pelo de prevenção geral”.

Isto porque, a sanção penal, correspondendo a uma reafirmação da norma jurídica, assume o caráter de prevenção geral positiva perante a sociedade, com a finalidade de que o conhecimento das normas e suas consequências jurídicas tenham força coercitiva apta a produzir um comportamento social esperado, e com isso, manter a estabilidade das relações sociais.

### 2.2.3 Teoria da prevenção geral positiva da pena

A pena é uma sanção, imposta pelo Estado, em razão de um desvirtuamento de conduta, ou seja, uma infração penal, com a finalidade de punir o indivíduo e retribuir o mal causado, bem como prevenir possíveis outras transgressões.

No contexto jurídico e acadêmico, apontam-se três teorias sobre a natureza e finalidade da pena: a absoluta, a relativa e a mista, frisa-se, que pelo aporte teórico desejado, nos ateremos com mais afinco a teoria relativa.

A teoria absoluta da pena tem como finalidade única a de punir o indivíduo que infringiu uma norma penal, retribuindo assim, o mal causado pelo infrator, daí esta teoria também ser reconhecida como retributiva.

A teoria relativa, por sua vez, tem a pretensão de utilizar a pena como instrumento de prevenção de outros delitos, assim, tem como objeto primeiro o de obstruir o cometimento de crimes e a reincidência dos mesmos.

Nota-se que em tal teoria se presume que o infrator irá voltar a delinquir caso não seja punido a rigor e imediatamente. Dito isto, a pena é vista como um instrumento de manutenção das relações sociais harmônicas. Ferrajoli (2002, p. 213), elenca os tipos de penas relativas ao caráter preventivo:

a) doutrina da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; b) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o ré; **c) doutrina da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída;** d) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui (grifo nosso).

No que tange à teoria da prevenção especial, esta busca regular apenas determinado indivíduos da sociedade, quais sejam, aqueles que cometeram atos ilícitos, com o fito de que não voltem a delinquir.

Sobre isto, diferenciando os tipos de prevenção especial, Hassemer (1993, p. 29) destaca que “a prevenção especial positiva seria representada pela advertência ou ressocialização, enquanto a prevenção especial negativa estaria a ocorrer com a inocuidade, temporária ou indeterminada”; o que gera um desconforto para alguns doutrinadores, ao afirmarem que tal teoria tem como consequência a aplicação de penas de duração muitas vezes indefinidas, uma vez

que, enquanto o infrator não esteja apto a retornar ao convívio social, sua pena se estenderá.

Em contrapartida a isso, outra parcela da doutrina analisou a pena não sob um viés retributivo ou neutralizador do criminoso, mas sim, visualizaram a pena como um instrumento de proteção da sociedade, meramente preventivo, daí, temos a teoria da prevenção geral da pena.

Baseando-se na corrente da prevenção geral positiva, a pena teria como função primeira a de causar certo temor na sociedade, onde nos lembra Santoro Filho (2000, p. 50), que “através do medo, evita-se que crimes sejam cometidos, pois cria-se a certeza da punição como consequência lógica da ação desvalorada” e desta forma “suprimindo-se, assim, a força dos impulsos criminógenos como fatores dominantes da conduta”.

O propósito disto, conforme Noronha (1986, p. 29) é que a pena “deve incutir temor no criminoso, para que não torne a delinquir. A sua medida regular-se-á pela qualidade e intensidade do impulso delituoso”.

Günther Jakobs aliou-se a esta teoria, mais precisamente a uma prevenção geral positiva, sob o enfoque da utilização do direito como instrumento de estabilização social, neste pensamento, corrobora Moraes (2006, p. 131):

Segundo o próprio Jakobs, a pena – como confirmação da configuração da sociedade – tem pontos de estreito contato com uma teoria recente, segundo a qual a pena tem a missão preventiva de manter a norma como esquema de orientação, no sentido de que quem confia em uma norma deve ser confirmado como pessoa. Trata-se da ‘prevenção geral positiva’, não intimidatória, apenas confirmatória, ou seja, trata-se de uma confirmação frente a todos.

A pena tem, nesse sentido, a proposta de confirmar a vigência das normas que tenham sido violadas e com isso reforçar a confiança que eventualmente tenha esmorecido.

Queiroz (2001, p. 51) corroborando e explicitando o fato, acentua que a “pena é uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável cuja função é, portanto, afirmar positivamente sua validade, que é a estabilização da norma lesionada, como réplica que tem lugar frente ao questionamento da norma”, a consequência, em conformidade com Dip e Moraes Júnior (2002, p. 51), é que a “pena não assegura bens jurídicos, e muito menos ainda os repara, senão que

assegura a vigência da norma. A proteção de bens jurídicos em todo caso se obterá como resultado imediato”.

Neste diapasão, alerta Ferrajoli (2002, p. 44), sobre o que pensa Jakobs:

Inspirando-se nas ideias sistêmicas de Niklas Luhmann, justificar a pena enquanto fator de coesão do sistema político-social em razão de sua capacidade de **reestabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento** e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições (grifo nosso).

De tal forma, o delito passa a ser visto como uma ameaça à estabilidade social, se correlacionando com uma quebra de “fidelidade ao Direito”, repercutindo em um esmorecimento na relação de confiança no sistema de organização estatal.

De todo o exposto, Jakobs vem a propor uma prevenção geral, para que a pena repercuta na sociedade como um todo, e positiva, garantindo a vigência da norma, principal mantedora da estabilização social, assegurando a funcionalidade de todo o sistema jurídico, conforme dita o funcionalismo, sendo este previamente influenciado pela teoria dos sistemas de Luhmann.

Sob o prisma desta construção jusfilosófica, Jakobs propõe um sistema penal bifurcado e harmônico, onde a sanção penal tem a premissa de reestabelecer a confiança no ordenamento jurídico, que tinha sido enfraquecido em razão das transgressões penais, restaurando a fidelidade dos cidadãos. Para estes, Jakobs prevê um Direito Penal do Cidadão. Por sua vez, para aqueles que não estão dispostos a retomar esta fidelidade e, assim, demonstram a incapacidade de respeitar o sistema normativo, dar-se-á lugar a um direito diverso, qual seja, o Direito Penal do Inimigo.

### 3 DIREITO PENAL DO INIMIGO CONFORME GÜNTHER JAKOBS

Partindo-se da premissa de que Jakobs é percussor da teoria funcionalista sistêmica, ou seja, defendendo a proteção do sistema, acredita-se no crime como tripartite, contudo, a conduta ilícita para o referido doutrinador vem a ser um comportamento que viola o sistema.

De tal forma que, quando o indivíduo não apresentar efetivamente respeito às normas dispostas pelo ordenamento jurídico, este, através das premissas sobre as quais se fundam o funcionalismo sistêmico supracitado e a prevenção geral positiva das penas, deu-se ensejo a noção da Teoria do Direito Penal do Inimigo, preceituado por Günter Jakobs, apresentando um sistema próprio para o tratamento do indivíduo não considerado participante do Estado.

#### 3.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Já tendo sido traçada as linhas gerais da construção teórica do Direito Penal do Inimigo, faz-se mister observar o contexto histórico em que se originou a tese em questão.

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada primordialmente na década de 1980, em contexto ao conflito que se desencadeou na Alemanha, o conhecido “Muro de Berlim”. Esse marco na história alemã foi causador de diversos conflitos e hostilidades, dando luz à teoria mencionada.

A queda do muro de Berlim, em 1989, que até então dividia a Alemanha em duas partes: uma ocidental capitalista e moderna e uma oriental comunista, culminou na unificação da Alemanha. Jakobs, à época, era do lado ocidental e com a queda do muro, esta parte da Alemanha foi a que mais apresentou certa hostilidade e medo no que pertine ao convívio com o lado oriental. Assim, o Direito Penal do Inimigo surge como um Direito Penal do medo do que é novo, desconhecido, diferente; portanto, a teoria teve seus primeiros esboços erigidos nesse contexto.

Todavia, em conjunto com a unificação na Alemanha surgiu a busca por pacificidade e democracia, fazendo com que a teoria não ganhasse impulso, em razão das noções autoritárias preconizadas por Jakobs.

Na década de 1990, Jakobs retorna a esboçar sua teoria, mas a mesma só adquire repercussão após os eventos terroristas de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. Esse momento foi marcante para uma apresentação enfática da teoria, e assim, Jakobs finalmente publica sua teoria em 2003, em sua obra “Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas”.

### 3.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO X DIREITO PENAL DO CIDADÃO

A tese apresentada e desenvolvida pelo jusfilósofo alemão, Günther Jakobs, é causa geradora de grande repercussão doutrinária e jurisprudencial.

Para Jakobs, o Direito Penal deve ser subdividido em duas vertentes, quais sejam, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, surtindo em Jakobs (2007, p. 21), a ideia de que há “duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal”.

Como se pode constatar, Jakobs idealizou essa diferenciação entre pessoa e inimigo pautado em seu funcionalismo sistêmico, e isto implica dizer que a pena é voltada para quem desautoriza a norma jurídica e, leciona Jakobs (2007, p. 23), que a coação “não se dirige contra pessoa em Direito, mas contra indivíduo perigoso”. Esta pessoa em Direito é o cidadão, isto é, aquele que se porta com fidelidade ao Direito; e o Direito, por sua vez, é a estrutura que estabiliza as relações sociais e mantém o convívio em coletividade.

O delito, como proposto pelo funcionalismo sistêmico – base ideológica do Direito Penal do Inimigo – é visto como a violação da norma jurídica, e por óbvio, esses delitos só acontecem em uma sociedade organizada; o Estado caminha para equilibrar o dano e repor ordem, bem como (re)afirmar a vigência da norma, por meio da pena. De tal forma, afirma Jakobs (2007, p. 33):

Pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la.

O Estado é o principal mantedor da estabilidade social e deve ver os criminosos de duas formas, afirma Jakobs (2007, p. 42), “pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem

ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante a coação”, e a forma de se visualizar essa diferenciação é pensar que “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa”, (isto porque vulneraria o direito à segurança das demais pessoas). Isso não implica dizer que todo delinquente é um adversário, senão aqueles indivíduos que não reconhecem e tampouco se submetem às normas jurídicas impostas pelo Estado.

Isto posto, de acordo com Jakobs (2007, p. 30), “o direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra inimigos: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”.

O Direito Penal do cidadão está voltado a salvaguardar e tutelar os direitos do cidadão, cabendo-lhe ser punido, como leciona Jakobs (2007, p. 17), “criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime”. Esta vertente é mais ampla e enquadra a grande maioria das pessoas e criminosos e é, efetivamente, um direito penal garantista, ou seja, reconhece os direitos e garantias do ser humano.

Em contrapartida, o Direito Penal do Inimigo estaria voltado a coibir as condutas criminosas gravíssimas e que atentem contra o Estado; sendo, portanto, voltado a uma parcela restrita de criminosos. É autoritário, e com isto se pretender dizer que é um direito que elimina e suprime alguns direitos e garantias do ser humano. Sobre a temática, Pilati (2009, p. 24), esclarece que:

Jakobs propõe o tratamento diferenciado para alguns delinquentes, em especial os criminosos graves, como os terroristas, aos quais se deve aplicar não penas, mas medidas de contenção. Ou seja, ao cidadão que comete um delito, seriam asseguradas as devidas liberdades e garantias penais; o inimigo, ao contrário, não goza do *status* de pessoa e, por isso, não se deveria adotar contra ele o devido processo legal, mas um procedimento de guerra.

Logo, para Jakobs (2007, p. 33), o inimigo é a antítese do cidadão, sendo este último “pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico” e o Direito Penal do Inimigo, com arrimo em Moraes (2006, p. 162), “é um Direito Penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos”.

Todavia, todo indivíduo nasce com o status de cidadão. Torna-se inimigo com sua ruptura com o Estado. Mas, cumpre ressaltar que o inimigo não é aquele que comete crime grave, tampouco o reincidente, ou ainda o criminoso habitual.

Para se tornar inimigo deve haver a consciência do criminoso de se colocar à margem do Estado, sem reconhecê-lo. Com isso, para Jakobs, o inimigo por excelência é o terrorista. De forma mais expansiva, Moraes (2006, p. 167), exemplifica quem são os inimigos da sociedade:

Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como 'inimigos', aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fiéis à norma. Assim, por não aceitarem ingressar no estado de cidadania, não podem participar dos benefícios do conceito de 'pessoa'. Uma vez que não se amoldam em sujeitos processuais não fazem jus a um procedimento legal, mas sim a um procedimento de guerra.

Assim, inimigos se enquadram no patamar dentre os indivíduos que não reconhecem, nem respeitam o Estado; que se sobrepõem ao Estado na sua atuação. Assim, pela teoria, nem todo criminoso é inimigo; tal personificação é uma exceção, uma minoria restrita adentra nessa classificação. Uma organização criminosa, em especial as facções, é um forte exemplo do 'inimigo', conforme dita a teoria, por ser estrutura ilícita de poder, com comando e regras próprias estranhas que desafiam o poder do Estado.

### 3.3 SUPORTE FILOSÓFICO

As bases filosóficas para a construção teórica desenvolvida por Jakobs remontam aos filósofos contratualistas, tais como Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes. Nesse sentido, Gomes (2010) sintetiza o aporte teórico utilizado com relação ao inimigo, correlacionando os filósofos anteriormente citados da seguinte forma:

a) o inimigo, ao infringir o contrato cidadão, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo deve morrer como tal (Rousseau); b) quem abandona o contrato cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o 'estado comunitário-legal', deve ser tratado como inimigo.

No que tange a Rousseau e Fichte, tem-se que a relação entre o cidadão e o Estado é um contrato social, que se quebrado, retira do indivíduo seu status de cidadão. Sendo assim, o antes cidadão seria considerado um inimigo e qualquer crime causado por este seria considerado como atentatório contra o Estado.

Isto porque, explica Jakobs (2007, p. 25), no pensamento de Rousseau “qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro de Estado, posto que se encontra em guerra contra este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor”, a consequência disso é que “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão”.

De modo similar, Jakobs (2007, p. 26), argumenta no sentido de que para Fichte “quem abandona o contrato cidadão (...) perde todos os seus direitos como cidadão e ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”.

Neste diapasão, Pilati (2009, p. 29), diz que Rousseau e Fichte, porém, “entendem que qualquer indivíduo que infringe a lei deixa de fazer parte do Estado, enquanto para Hobbes e Kant apenas os autores de crimes graves devem ser excluídos”.

Assim, em Hobbes e Kant, de maneira mais abrandada, o inimigo é visto como aquele que reincide em condutas criminosas ou que pratica atos diretamente atentatórios contra o Estado, postura na qual Jakobs (2007, p. 26-27) se ampara com mais afinco, posto que, não se aborda a separação radical imediata entre cidadão e Estado, e explica:

Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter o status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder a reparação e também os deveres tem pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

O pensamento hobbesiano é o que mais se coaduna no sentido de teorizar que, em princípio, deve-se manter o criminoso em sua função de cidadão. Hobbes (1953, p. 233 *apud* JAKOBS, 2007, p. 27), teoriza que:

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

No que pertine a Kant, Andrade (2006, p. 53) deixa claro que “a liberdade em Kant, é a liberdade de agir segundo leis”.

Dito isto, Jakobs (2007, p. 28), preconiza que o contratualista em questão fez uso “do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal”, e ainda que “na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã”.

A consequência disto, reforça Jakobs (2007, p. 28-29), é que:

Quem não participa na vida em um ‘estado comunitário-legal’, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não que se ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado, como anota expressamente Kant, como um inimigo.

Este breve apontamento sobre os contratualistas que influenciaram o aporte teórico da teoria do Direito Penal do Inimigo pode ser resumida, como quer Moraes (2006, p. 162), quando explica que:

O indivíduo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele, deixando de ser ‘pessoa’. Logo, deve morrer como tal (Rousseau); perde todos os seus direitos (Fichte); deve ser castigado como inimigo (Hobbes e Kant).

Neste diapasão, faz-se necessário afirmar que o pensamento de Jakobs (2007, p. 29), se coaduna com o de “Hobbes e Kant que conhecem um direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio”.

Com todos esses pressupostos, Jakobs passa a distinguir e bifurcar o Direito Penal para destinar, a cada qual, seus respectivos tipos de indivíduos, deixando objetivo o entendimento de que àqueles que se desviem de modo irreversível da ordem jurídica, sem intenção de agir como ‘pessoa’, e ser visto como ‘cidadão’, deverá ser tratado como ‘inimigo’.

### 3.4 ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Como visto, o Direito Penal do Inimigo é voltado ao combate de inimigos. De tal forma, a esses inimigos seriam aplicados um sistema diferente de punição, caracterizado pela antecipação da punibilidade; pela aplicação de penas mais altas; pela supressão e/ou relativização de algumas garantias processuais e pela ampliação dos poderes de polícia.

Em relação ao primeiro elemento caracterizador, qual seja, a antecipação das penas, também intitulado antecipação da tutela penal, resguarda-se pela utilização de um direito penal preventivo. De acordo com isto, os atos preparatórios serão punidos, inclusive em relação às penas, como se o crime tivesse se consumado. Explanando sobre o tema, Pilati (2009, p. 31), dispõe que:

O adiantamento da punibilidade caracteriza-se pela punição de atos preparatórios e proliferação das figuras delitivas abstratas e de perigo. Muitas vezes, sequer existe a exteriorização de um fato: o agente é incriminado previamente, tendo em vista a falta de segurança cognitiva que representa.

De tal forma, esta antecipação se apresenta mediante a punição dos atos preparatórios, bem como pela expansão dos crimes definidos como de mera conduta.

Na punição dos atos preparatórios é marcante a presença de um direito prospectivo, isto é, as medidas contra o agente não se fundam no crime já cometido, senão, na premissa de se coibir as condutas futuras, posto que, sua periculosidade representa um risco certo à sociedade, e os atos praticados por ele são indubitavelmente perigosos, devendo ser extirpados antes da possibilidade de que eles venham a se consumir.

Com fins elucidativos, tracemos a hipótese do planejamento de um ato terrorista: não se pode esperar que o agente cometa efetivamente o crime, para somente depois incriminá-lo; é preciso que a seara penal haja de pronto para evitar tal ato, que se cometido, gerará um desastre desmedido.

Outra nuance demonstrada pela antecipação são os crimes de mera conduta, onde se visa uma ordem preventiva, em face da forte presunção de dano, perigo e lesão, sendo irrelevante se o crime aconteça ou que se produza algum resultado. Assim, os crimes de mera conduta podem ser definidos como aqueles em que o mero comportamento do agente, independente da ação ou resultado naturalístico, caracteriza o delito, exaurindo o tipo penal.

Neste contexto, ao considerar determinado sujeito como inimigo presume-se que este não oferece nenhuma segurança cognitiva para com o Estado e sociedade. Por tal motivo, o Estado deve prever a lesão ao bem jurídico resguardado, e de já protegê-lo, punindo antecipadamente o agente. É, portanto, um direito penal

prospectivo (pune-se as condutas criminosas futuras), sendo reverso ao enfoque tradicional retrospectivo (punição apenas dos fatos cometidos).

Criminalizam-se assim, a título ilustrativo, os crimes de mera participação em organização criminosa; apetrechos de falsificação de moeda; posse de armas de fogo, dentre outros.

Quanto à aplicação de penas mais altas, baseia-se aqui no chamado direito penal do autor; direito penal este que se funda na criação de um estereótipo para determinados agentes. Nesse entendimento, determinados agentes serão punidos por serem rotulados como inimigos, e com arrimo em Martín (2007, p. 88), não sendo relevante se eles tenham efetivamente cometido o crime em questão:

Uma segunda característica que permitiria inserir determinada normativa no Direito Penal do inimigo seria a desproporcionalidade das penas, que se manifestaria em duplo sentido. Por um lado, a criminalização de condutas no âmbito prévio (...). Por outro lado, a circunstância específica de o autor pertencer a uma organização é levada em consideração para estabelecer agravações, às vezes consideráveis e, por isso mesmo, em princípio, desproporcionais, das penas correspondentes aos fatos delituosos concretamente realizados.

O caráter desproporcional das penas visa uma intensificação da proteção dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico penal. Para Jakobs (2007, p. 22), a pena é uma coação, e possui dois significados: em primeiro lugar, a pena deve dar “resposta ao fato” delituoso e ilícito; em segundo, a pena se dirige a (re)afirmação do ordenamento, restabelecendo a vigência da norma, posto que a conduta ilícita nada mais é do que uma “desautorização da norma, um ataque a sua vigência”.

As penas mais altas visam tanto a inocuidade do inimigo, privando-o por mais tempo do convívio da sociedade para compensar a ausência de segurança cognitiva que ele representa, bem como busca proteger a sociedade no que pertine a esse agente extremamente perigoso.

No que tange a supressão e/ou relativização de algumas garantias processuais, esse elemento caracterizador, segundo a teoria, se baseia no sentido de que, em sendo inimigo, não lhe cabem às prerrogativas que são devidas somente aos cidadãos. Além disso, em determinados casos, existem óbices que corroboram para a dificuldade de produção probatória. Moraes (2006, p. 176) elucida que “a intervenção nas telecomunicações, as investigações secretas e a intervenção de

agentes infiltrados” são respostas necessárias aos perigos advindos da criminalidade mais danosa.

A título exemplificativo, para o Direito Penal do Inimigo, o principal meio de prova é a confissão – o que não ocorre no direito penal do cidadão, posto que neste, as provas são de valor equivalentes.

Em se tratando de um procedimento de guerra, posto que a relativização das garantias se relaciona a um enfrentamento de inimigos, Martín (2007, p. 89-90), esclarece as formas em que comumente se verificam:

Um sinal especificamente significativo na identificação do Direito Penal do inimigo, e ao mesmo profundamente sensível, é a considerável restrição de garantias e direitos processuais dos imputados. Assim, questiona-se até mesmo a presunção de inocência, por ser contrária à exigência de veracidade no procedimento; são reduzidas consideravelmente as exigências de licitude e admissibilidade da prova, são introduzidas medidas amplas de intervenção nas comunicações, de investigação secreta ou clandestina, de incomunicabilidade (...) são ampliados os prazos de detenção policial para o cumprimento de ‘fins investigatórios’.

A ampliação dos poderes da polícia é dada em razão de garantir a maior celeridade na aplicabilidade da lei. Justifica, segundo a teoria, que um policial use de instrumentos, como uma interceptação telefônica sem mandado, e somente após comunique ao juiz, para que este determine a legalidade ou ilegalidade do ato praticado.

### 3.5 DISCUSSÕES JUSFILÓSOFICAS PERTINENTES À TEORIA

A teoria do Direito Penal do Inimigo surgiu em análise crítica das propostas dogmáticas penais tradicionalistas e clássicas, bem como de políticas criminais vivenciadas no contexto de Jakobs. Essa nuance foi explorada, contextualizando os institutos preconizados.

Diante da análise, surgiu o objetivo de sobrepujar a periculosidade do agente em detrimento de sua culpabilidade, sob um enfoque metodológico de punição baseado num direito prospectivo, punindo o agente antes mesmo da consumação do crime, em razão da necessidade de prevenção frente aos crimes que acarretam um índice alto de perigo para a sociedade, que findam por repercutir tanto em seu aspecto político, cultural, psicológico, estrutural e principalmente social, haja vista, que a sociedade de modo coletivo também passa a ser vítima.

### 3.5.1 Direito penal do autor x direito penal do fato

Diante da análise das nuances de um pretense Direito Penal do Inimigo, temos que a teoria em apreço se coaduna com o modelo de um direito penal do autor; este se contrapõe com o direito penal do fato. Em contexto com o apresentado por Moraes (2006, p. 186), “quando o fato é tomado de forma exclusiva e pura, dá-se o que a doutrina chama de Direito Penal do fato; no extremo oposto, tomando-se exclusivamente o autor, revela-se o Direito Penal do autor”, significando, portanto, que esta dicotomia, na construção de um sistema punitivo, se toma por base em relação ao fato ou ao autor.

Em outros termos, o direito penal do fato tem a premissa de punir o agente com base nos atos cometidos por ele, mediante seu grau de culpabilidade, sendo assim, retrospectivo. O direito penal do autor, por sua vez, pune com base na personalidade do agente, ou seja, em sua periculosidade; Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 118-119) denotam que neste último, pune-se o agente por ele ser quem é, e não por aquilo que cometeu, e assim:

O ato teria valor de sintoma de personalidade: o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o “ser homicida”, o estupro como o “ser delinquente sexual”, etc.

Todo este debate faz recair na dogmática penal a indagação acerca de qual seria a base para a aplicação da punição, isto é, se seria a culpabilidade ou a periculosidade. Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 119), assumindo uma postura mais inflexível, entendem que “todo direito penal de periculosidade é um direito penal de autor, enquanto que o direito penal de culpabilidade pode ser de autor”.

Certo é que um direito penal cometido e voltado à punição com base na culpabilidade do agente se direciona a sancionar em razão da gravidade da conduta por este cometida.

A periculosidade, por indicar um estado de perigo, seria, define Bruno (1977, p. 20), “a capacidade de uma pessoa de tornar-se, com probabilidade, autora do delito”. Brunoni (2007) sintetiza o pensamento exposto elucidando que:

Com o Direito Penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem

por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta (...). Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal.

Como se observa, o direito penal do autor se coaduna com a moderna concepção apresenta por Jakobs, uma vez que o conceito de “inimigo” tem íntima relação com a punição do agente perigoso, que reúne condições de desajustamento social de tamanha natureza que a presunção do cometimento de crimes por parte dele é considerável.

A função pretendida por Jakobs ao pensar na punição do “inimigo”, estereotipando-o através de sua periculosidade, no entender de Welzel (2004, p. 39), é de manter a “natureza ético-social”, protegendo os bens jurídicos tutelados pela seara penal utilizando-se deste aparato preventivo.

### **3.5.2 Direito penal do inimigo: a terceira velocidade no direito penal**

Tomando por base a construção teórica de Jakobs e das alterações dos padrões clássicos penal, Jesus-Maria Silva Sánchez desenvolveu uma classificação que culminou em variados debates doutrinários, qual seja, a teoria das Velocidades do Direito Penal, onde se analisa o Direito Penal sob três enfoques distintos.

O primeiro enfoque, isto é, a primeira velocidade é aquela que apresenta todos os elementos de um Direito Penal tradicional, tendo a prisão como pena marcante, mantendo também todas as garantias penais e processuais ao agente.

Na segunda velocidade, visualiza-se algumas flexibilizações nas garantias devidas ao sujeito, com o escopo de agilizar a aplicação da lei, tornando o processo mais célere e simplificado, e a pena de privação de liberdade não é mais a única a ser levada em conta; é possível a substituição destas por outras, tais como as penas restritivas de direito e as penas de multa.

Por fim, a terceira velocidade diz respeito à aplicação de penas de prisão cumuladas com supressões de garantias e de critérios processuais.

Moraes (2006, p. 200), sintetizando a abordagem das Velocidades do Direito Penal apresentada por Sánchez, elenca a classificação mencionada:

A primeira, pautada no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios

políticos-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direitos; já a terceira velocidade, representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de Direito Penal do Inimigo.

Assim, ao inimigo, deve ser aplicada a chamada terceira velocidade do direito penal, que nos termos de Sánchez (2002, p. 190), é “o direito penal da pena de prisão que concorre com uma ampla relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.

Sánchez (2002, p. 193), explicita que o inimigo, ao deixar de lado seu liame com o Estado, não apresenta segurança à sociedade, e uma aplicação da terceira velocidade processual é o instrumento hábil para neutralizá-lo, em seus termos:

A característica do inimigo é o abandono do direito e ausência da mínima segurança cognitiva de sua conduta, e o meio para combatê-lo seria o asseguramento cognitivo desprovidos da natureza das penas. No entanto, ocorreria uma “transição” de cidadão para inimigo mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional, e a integração em organizações delitivas estruturadas.

Cumprido ressaltar que em consonância do entendimento do jurista em comento, a terceira velocidade do direito penal deve ser utilizada apenas em situações excepcionais e necessárias.

Dentre as manifestações desta terceira velocidade do Direito Penal no Brasil, podemos citar a Lei dos Crimes Hediondos, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, a Lei do Abate a Aeronaves Suspeitas, dentre outros.

### **3.5.3 O inimigo nos discursos jurídicos penais**

Diversas são as críticas direcionadas à teoria do Direito Penal do Inimigo, dentre estas, a alegação de haver uma incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito; que o fator de inobservância dos direitos previstos constitucionalmente ofende diretamente a Constituição Federal; que a referida teoria é um retrocesso a princípios basilares do Direito Penal, dentre outros argumentos de cunho negatório à aplicação do proposto por Jakobs.

Dentre as críticas de oposição à Jakobs, temos a da concepção de que a aceitação desta teoria implica em ver a pena como uma medida de contenção, na medida em que ela serve para reduzir a periculosidade do agente. De tal maneira, a teoria em si é puramente política, e não penal.

Tal pensamento foi exposto por Zaffaroni, quando aduz que o conceito de inimigo não é aceitável em um Estado de Direito, mas apenas em um Estado Absoluto. Para o próprio (2013, p. 11):

O tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (inimigos da sociedade) é próprio do Estado absoluto, que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de Direito.

Meliá (2007, p. 73), de encontro a Jakobs, argumenta que a essência do Direito Penal do Inimigo está em criar um instrumento onde o Estado não se relaciona efetivamente com os cidadãos, mas tem como enfoque, o de ameaçar os inimigos, além disso, deixa claro que:

Em primeiro lugar, **não deve haver Direito Penal do Inimigo porque é politicamente errôneo** (ou inconstitucional). Em segundo lugar, pode argumentar-se dentre o do paradigma de segurança ou efetividade no qual a questão é situada habitualmente pelos agentes políticos que promovem este tipo de normas penais: **o Direito Penal do Inimigo não contribui à prevenção policial-fática de delitos** (grifo nosso).

O Direito Penal não deve reconhecer inimigos, mas apenas cidadãos. Todos são iguais perante a lei. Procurar o crime em razão do réu, e não no delito é contra a legalidade; pune-se o que se é, não o que se faz.

Segundo essa visão mais garantista, Ferrajoli entende que esta teoria é uma contradição, se tornando um “não-Direito penal, isto é, um Direito penal meramente formal, que difere estruturalmente da imputação que é praticada normalmente sob esta denominação”, explica-nos Meliá (2007, p. 66).

Doutrinadores que militam contra a teoria preconizada por Jakobs, a exemplo de Lima (2012, p. 140), entendem que a modernização e a busca pela celeridade e eficácia no âmbito jurídico não têm o condão de justificar tal teoria, posto que, “é preciso buscar nossas próprias respostas sem quebrar o pacto nacional que reconhece o ser humano e sua dignidade como fim do Estado”.

Por óbvio é que nem todos os juristas demonizam o Direito Penal do Inimigo conforme o preconizado por Günther Jakobs. Em verdade, a terminologia usada por

Jakobs, com clara intenção provocativa, é o que parece ter tornado os debates a níveis tão acalorados. Há que se considerar, como o fez Moraes (2006, p. 228), que se Jakobs tivesse escolhido outra terminologia, que não a de “inimigo”, sua teoria seria melhor recebida, pois:

Grande parte da doutrina se baseia exclusivamente na terminologia para fazer alusão ao desrespeito de princípios constitucionais e para acentuar a censura a proposta de supressão de garantias para aplicação deste modelo de política criminal.

Outra crítica que vai ao encontro de Jakobs, é o argumento de que se permitem, no ordenamento jurídico pátrio, flexibilizações das garantias processuais e penais, conforme averiguamos nos dispositivos da Lei nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sem que houvesse questionamentos em razão disso.

Sobre tais argumentos, indaga Moraes (2006, p. 201), a aceitação da “flexibilização das garantias penais e processuais, ainda que sem a imposição de pena privativa de liberdade, não teria aberto as portas à legitimação de um Direito Penal de emergência?”.

O argumento anteriormente citado nos remete ao fato de que em nosso próprio sistema normativo penal, adentrou-se a possibilidade de se aplicar penas, mesmo que seja a de restritivas de direitos, sem um prévio e adequado contraditório e ampla defesa, em nome de maior celeridade e eficiência para os crimes considerados como de menores potenciais lesivos.

Apesar de todos os embasamentos teóricos, contrários ou a consenso à teoria do Direito Penal do Inimigo, é inegável que o ordenamento penal e processual penal brasileiro vem punindo, com maior severidade, os indivíduos que descumprem seus preceitos normativos, o que demonstra a inserção, mediante influência, da teoria mencionada em nosso ordenamento, pois de fato, cabe ao Direito Penal adotar mecanismos eficazes a coibir essas condutas, tutelando os direitos dos cidadãos e resguardando a ordem social.

#### **4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO POR MEIO DA LEI Nº 13.260/2016**

Sendo certo que a atual qualificação e quantificação da criminalidade no Brasil vem se expandindo, um Direito Penal Tradicional, conforme analisado anteriormente, já não se mostra suficiente para coibir a demanda de tais condutas criminosas, cabendo aos operadores do direito uma busca de “modernização” do direito penal e processual penal, com o fito de acompanhar o contexto atual.

Com a crescente impunidade, a expansão de crimes graves e a pressão constante introduzida pelos meios midiáticos, aos poucos, a teoria do Direito Penal do Inimigo foi adentrando em nosso ordenamento jurídico, implícita e explicitamente.

Em grande parte, a manifestação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico penal pátrio se apresentou de forma fragmentária, com algumas características implícitas em determinadas leis.

Dentre as manifestações mais pertinentes podemos citar a Lei nº 9.614/98, conhecida como a Lei do Abate de Aeronaves; a Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos; a Lei nº 12.850/2013, que regulamenta os crimes cometidos por organizações criminosas; o Regime Disciplinar Diferenciado; e a Lei nº 13.260/2016, que disciplina o crime de terrorismo.

Ainda acerca da aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, podemos elucidar, sucintamente, que a manifestação na Lei nº 9.614/98, a controvertida Lei de Abate de Aeronaves, se dá em razão da possibilidade de destruir aeronaves consideradas hostis, que se encontrem em espaço aéreo brasileiro, sob suspeita de utilização para tráfico de drogas e afins, se correlacionando diretamente com o pensamento de punir com base em uma prevenção geral positiva, conforme preconizado por Jakobs.

A Lei nº 8.072/1990, pertinente aos Crimes Hediondos, trata com maior rigor os crimes desta espécie, uma vez que, leva-se em conta a gravidade destes delitos e o alto índice de prejuízo ao bem coletivo; a manifestação da teoria de Jakobs se dá, dentre outros fatores, por uma aplicação de penas mais altas e um incremento no rigor de punição.

Nesse mesmo sentido, temos a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe de meios de investigação criminal de maneira mais agressiva,

englobando institutos como a colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes, dentre outros.

Cumpre novamente frisar que, nas legislações até então citadas, a manifestação do teorizado por Jakobs se deu de forma parcial. Apenas alguns institutos, dispositivos e características se apresentam como correlacionados à teoria em questão.

Todavia, com a nova lei editada em nosso ordenamento, qual seja, a Lei nº 13.260 de 2016, ao tratar do crime de terrorismo, bem como a forma de punição e coibição de tal conduta, adentrou no ordenamento pátrio uma legislação que explícita e diretamente se coaduna com o estereótipo criado por Jakobs, que visualiza o terrorista como o inimigo por excelência. A Lei de Terrorismo engloba, inclusive, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, que possui fortes indícios de um Direito Penal do Inimigo.

Assim, considerando-se a expansão teórica e empírica do Direito Penal do Inimigo, teorizado por Günther Jakobs, apresenta-se a necessidade de se analisar até que ponto essa teoria influenciou e continua a influenciar a legislação penal e processual penal brasileira, em essência através da Lei nº 13.260 de 2016, que regulamenta o crime de terrorismo no Brasil e seus institutos pertinentes.

#### 4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DA LEI Nº 13.260/2016

A discussão sobre o crime de terrorismo é tema recorrente em todo o âmbito internacional, contudo, seu primeiro debate, de forma propriamente dita, se deu na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 1972.

Diante da repercussão de âmbito internacional, o Brasil assumiu o compromisso de colaborar com o combate ao terrorismo, e conforme explícito no Decreto nº 3.018/1999, aderiu à “Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, quando tiverem eles Transcendência Internacional”, comprometendo-se a executar os ditames nela prescritos.

A Convenção supracitada, em anexo no Decreto nº 3.018/1999, por meio de seu artigo 1º, dispõe que:

Os Estados Contratantes obrigam-se a cooperar entre si, tomando todas as medidas que considerem eficazes de acordo com suas respectivas legislações e, especialmente, as que são estabelecidas nesta Convenção, para **prevenir e punir os atos de terrorismo** e, em especial, o sequestro, o homicídio e outros atentados contra a vida e a integridade das pessoas a quem o Estado tem o dever de proporcionar proteção especial conforme o direito internacional, bem como a extorsão conexa com tais delitos (grifo nosso).

Muito embora o Brasil tenha assumido o compromisso de combate ao crime de terrorismo, até então não se tinha regulamentado tal conduta criminosa, tipificando-a como um ilícito penal de forma propriamente dita, ainda que, por força do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal vigente, que dispõe acerca dos crimes hediondos e equiparados, tem-se um verdadeiro mandado constitucional de criminalização, onde o dispositivo em comento alerta que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia [...], o terrorismo”.

Cumprido ressaltar que os mandados constitucionais de criminalização são instrumentos por meio do qual o legislador constituinte impôs determinados bens jurídicos que devem ser resguardados pela seara penal, não facultando sua atuação, mas sim obrigando o legislador ordinário a criminalizar tais condutas. Logo, por força do mandado de criminalização previsto no inciso XLIII, do artigo 5º, da CF/88, o terrorismo é conduta ilícita penal que tinha por premissa ser regulada pelo legislador ordinário.

É notório que mesmo com o acordo assumido pelo Brasil, e regulado pelo Decreto nº 3.018/1999, de punir e regulamentar a prática de terrorismo, sendo este um mandado constitucional de criminalização em vigor desde 1988, isto é, por aproximadamente 28 anos, não houve real intenção do legislador de cumprir tal posicionamento jurídico.

O que mudou na intenção do legislador ordinário parece não ter sido o impulso jurídico, mas sim o político e social, levando-se em conta o cenário mundial envolvido por recentes atentados terroristas em diversos países, tais como o ocorrido na Cidade de Paris, em meados de novembro de 2015, que culminou em diversas mortes, bem como em razão da iminente realização dos Jogos Olímpicos de 2016, que serão realizados no nosso país.

Analisado o contexto social e histórico que evidenciou pela culminação da Lei de Terrorismo, importa agora analisar os dispositivos da respectiva lei, para uma posterior correlação com o Direito Penal do Inimigo.

## 4.2 ANÁLISE ACERCA DOS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 13.260/2016

Após acaloradas discussões doutrinárias, a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, é sancionada, tipificando o crime de terrorismo, tratando das disposições investigatórias e processuais, bem como regulando o disposto no artigo 5º, inciso LXIII, CF/88.

A lei em questão é composta por 20 artigos, tendo como uma das finalidades a de definir o crime em comento. Nesses termos, de acordo com o artigo 2º da referida lei, o terrorismo é assim conceituado:

Consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previsto neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando **cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado**, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública e a incolumidade pública (grifo nosso).

Analisando o dispositivo supracitado e desmembrando o conceito de terrorismo trazido pela lei, temos que, para que haja o cometimento da conduta ilícita, é desnecessária uma pluralidade de agentes, uma vez que, o terrorismo pode ser cometido por um ou mais agentes.

O crime de terrorismo é classificado como comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que motivado por questões de xenofobia, preconceito de diversas espécies e discriminação, com a finalidade de promover terror social ou generalizado, bem como promovendo exposição de perigo. Basta assim, a verificação da perturbação da psique da vítima, sem perquirições, no sentido de ter-lhe causado o terror, para que haja o cometimento do crime, porém, faz necessária a efetiva exposição ao perigo dos bens tutelados.

Logo, o elemento subjetivo do tipo é o dolo direto ou indireto; este último, quando, diante do cometimento da conduta descrita como de terrorismo, se assume o risco de exposição ao perigo.

No § 1º, ainda do artigo 2º da Lei de Terrorismo, elenca-se quais são os atos de terrorismo, vindo inclusive, a determinar quais os meios e instrumentos a serem utilizados para o enquadramento no tipo penal. Dentre os principais, temos o uso e a ameaça de uso de explosivos, venenos, gases nucleares ou outros meios capazes de promover destruição em massa, bem como o porte, transporte e até mesmo guarda destes instrumentos.

A sabotagem do funcionamento, mediante mecanismos cibernéticos, violência ou grave ameaça à pessoa, de meios de comunicação, de transportes ou dos locais elencados pela lei, também constitui ato de terrorismo, assim como atentar contra a vida ou integridade física de pessoas.

A pena definida em lei para os atos de terrorismo mencionados constitui uma pena de reclusão, com variação de doze a trinta anos, sem prejuízo das penalidades relativas à ameaça ou violência, se cometidas conjuntamente.

Cumprido ressaltar que o legislador excluiu como conduta ilícita definida como terrorismo as manifestações individuais e coletivas que tenham propósito sociais e reivindicatórios, ainda, que com excesso punível, com respaldo no artigo 2º, § 2º, da referida lei, a saber:

À conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados com propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, **com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais**, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei (grifo nosso).

Também comete conduta ilícita definida como terrorismo, conforme o artigo 3º, a promoção, constituição, prestação de auxílio ou a mera integração em organização criminosa, pessoalmente ou de forma interposta, com pena de reclusão de 5 a 8 anos e multa, sem mencionar que o financiamento de práticas terroristas ou organizações terroristas, de acordo com os núcleos do tipo definidos no artigo 6º, faz recair sob o agente criminoso uma pena ainda maior, qual seja, de 15 a 30 anos.

A Lei nº 13.260/2016 visualizou o perigo advindo dos atos de terrorismo e puniu, previamente, os atos preparatórios, mediante dispositivo contido no artigo 5º, com penas equivalentes ao correspondente delito consumado, com diminuição de um quarto até metade da pena determinada.

Há também presença de majorante dos crimes, segundo o artigo 7º, onde aumentam-se as penas calculadas em um terço ou pela metade, se destes crimes resultar lesão corporal grave ou morte, respectivamente; salvo, “quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nesta Lei”.

É possível desistência voluntária e arrependimento eficaz, nos ditames do artigo 10; tentativa de ato de terrorismo; prisão temporária, admissível em qualquer um dos crimes praticados, em acordo com o artigo 18; constrição e administração dos bens que sejam produtos ou proveitos do crime, mediante disposto nos artigos

12 a 14; bem como técnicas especiais de investigação, por força do artigo 16, previstas na Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013.

A competência, bastante controvertida, definida em Lei para processamento e julgamento dos crimes de terrorismo é da Justiça Federal, em razão do disposto no artigo 11 da Lei nº 13.260/2016, elucidando que os crimes em questão, para todos os efeitos legais, “são praticados contra o interesse da União, cabendo a Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento”.

Mediante esta breve análise dos dispositivos advindos da Lei nº 13.260/2016, Lei de Terrorismo, observamos que, embora tímida e imprecisa em alguns pontos, houve um avanço relevante com a definição e criminalização dos atos de terrorismo, organização criminosa, financiamento e participação direta ou indireta das mesmas, sem mencionar que a legislação atendeu ao compromisso internacional assumido e ratificado pelo Brasil há um longo espaço de tempo, além de possibilitar o aperfeiçoamento da legislação penal pátria, no sentido de enfrentar o terrorismo, que vivido por constantes inovações, assombra e atinge diversas nações, dizimando milhares de vítimas inocentes.

Adentrando no cerne da questão, ao analisar os dispositivos da Lei supracitada, observou-se uma adequação desta legislação com as características preconizadas pela teoria do Direito Penal do Inimigo.

Muito embora os doutrinadores aleguem que, apesar de haver resquícios do pensamento desenvolvido por Jakobs em nossa legislação, esta manifestação, por se apresentar de forma fragmentária, parcial e incompleta em legislações esparsas, não servia para constatar uma real presença e expressão do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento.

Com o advento da Lei nº 13.260/2016, como veremos a *posteriori*, houve uma adequação fiel ao modelo proposto por Günther Jakobs.

#### 4.3 PONTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 13.260/2016

Conforme analisado, a Lei nº 13.260/2016 define os crimes de terrorismo e dispõe que se aplicam a estes, as disposições da Lei nº 8.072/1990, que trata dos Crimes Hediondos.

Neste diapasão, temos que os atos de terrorismo são crimes equiparados à hediondos, por força de lei infraconstitucional, bem como do já mencionado mandado constitucional de criminalização elencado no artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Política de 88.

Esclarecido este ponto, temos que a primeira controvérsia da Lei de Terrorismo é a equiparação do terrorismo como crime hediondo.

Parcela da doutrina já afirma que apenas os atos de terrorismos elencados no artigo 2º da Lei podem ser considerados como crimes equiparados a hediondos, em razão de seu caráter diretamente vinculado a prática de terrorismo, excluindo da equiparação, os demais crimes advindos da Lei, a saber, a participação em organização terrorista; realização de atos preparatórios e o financiamento de crimes de terrorismo.

Outra parcela da doutrina, pela qual nos filiamos, determina que todos os crimes elencados pela Lei de Terrorismo se equiparam como crimes hediondos, na medida em que a legislação engloba o terrorismo como um todo, de forma única, com repartições feitas meramente com um viés de individualização de pena, porém, todos os atos, inclusive os preparatórios, se entendem como de terrorismo.

Além disto, tal posicionamento parece se coadunar com a previsão do artigo 17, da Lei de Terrorismo, que aduz aplicar-se “as disposições da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei”. Logo, a conotação pluralista da letra da lei evidencia que todos os crimes cometidos sob a égide da Lei de Terrorismo equiparam-se à hediondos.

Outra controvérsia saliente é a que pertine acerca da possibilidade da desistência e do arrependimento eficaz, nos ditames do artigo 15 do Código Penal, *ipsis litteris*, “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

No caso, a Lei de Terrorismo, por meio do seu artigo 10, permite o cabimento da desistência e do arrependimento eficaz, as pontes de ouro do direito penal, mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, isto é, ainda nos atos preparatórios.

A grande celeuma, como entende parte da doutrina, é a difícil visualização da possibilidade de aplicação destas nos atos preparatórios, posto que, premissa basilar da ponte de ouro é a desistência ou impedimento da execução do delito.

Em outro ponto de vista, o que existe é uma ponte de ouro antecipada, uma vez que, os atos preparatórios, por sua caracterização como crime de perigo abstrato, é delito autônomo, cabendo perfeitamente uma antecipação da ponte de ouro.

Ponto marcante na Lei, cujo debate é quase unânime, versa sobre a competência para o processamento e julgamento dos crimes de terrorismo, que, conforme o artigo 11 será de competência da Justiça Federal, em razão de o legislador prever que os crimes em questão são “praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento”.

A controvérsia acerca deste dispositivo se relaciona com o fato de que a lei não pode presumir a exclusividade do interesse contra União no que pertine a estes crimes. Nem todo ato terrorista atentará diretamente contra a União, não se podendo expandir unicamente a esta a competência para processamento de tais crimes. Logo, este dispositivo é visto doutrinariamente como inconstitucional.

Questionamentos jurídicos à parte, a presunção exclusiva da União nos crimes de terrorismo se coaduna, outra vez, com os ditames do Direito Penal do Inimigo, na medida em que, o “inimigo” é aquele que não reconhece a posição do Estado como ente soberano, querendo sobrepor-se a estrutura estatal, como citado e exemplificado no item anterior.

Assim, a lógica para este dispositivo é política, com fulcro no preconizado por Jakobs, qual seja, um direito penal voltado para combater os inimigos do Estado, que são, em essência, os terroristas.

Ainda em relação ao debate em comento, é pertinente apresentar o cabimento do Regime Disciplinar Diferenciado aos crimes de terrorismo.

A possibilidade da aplicação do RDD ocorre mediante a relação direta entre organização criminosa e a lei antiterrorista. Antes de adentrar no cerne da questão, cumpre asseverar que o RDD é sanção disciplinar, prevista no artigo 52 da Lei de Execução Penal, cujo § 2º elenca que:

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

Logo, o cabimento do RDD é previsto para indivíduos que participem de organização criminosa; e sabendo-se que aos crimes de terrorismo são cabíveis os

dispositivos da Lei nº 12.850/2013, Lei de Organização Criminosa, temos que é cabível aos crimes definidos como terrorismo a aplicação do RDD, bem como se pode afirmar que a organização terrorista é uma espécie de organização criminosa.

Fazendo um breve arranjo sobre as controvérsias, ver-se que o RDD, ao visualizar uma sanção mais rígida a certos indivíduos que estão incorporados, direta ou indiretamente, em organização criminosa, exemplo pátrio de “inimigos”, resvala uma forte expressão do Direito Penal do Inimigo neste instituto. Por tal motivo, faz-se pertinente uma elucidação sintética no que concerne ao instituto.

#### 4.3.1 Regime disciplinar diferenciado e direito penal do inimigo

O artigo 52 da Lei de Execução Penal foi inserido mediante redação determinada pela Lei nº 10.792, de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, uma espécie de sanção disciplinar mais rígida, válida tanto para presos condenados como provisórios.

A sanção é imposta aos presos submetidos ao regime fechado, e, conforme sintetizado por Nucci (2010a, p. 1005), é caracterizado pelos seguintes elementos:

- a) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; d) direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias.

Por tais motivos, o RDD, como visto por alguns, não é uma quarta modalidade de cumprimento de pena, tampouco uma espécie de prisão provisória; trata-se meramente de uma sanção disciplinar, tendo, com arrimo em Nucci (2010a, p. 1005), três hipóteses possíveis para a inclusão neste regime, a saber:

- a) quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e a disciplina interna do presídio onde se encontra; b) quando o preso provisório ou condenado representar **alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade**; c) quando o preso provisório ou condenado **estiver envolvido com organização criminosa**, quadrilha ou bando, bastando fundada suspeita (grifo nosso).

A decretação do RDD somente poderá ser feita pelo juiz da execução penal, após requerimento fundamentado do diretor da penitenciária ou autoridade

competente, com prévia oitiva do Ministério Público e do defensor do preso que será incluso no regime. O juiz tem o prazo de 15 dias para emanar a decisão judicial, podendo, contudo, isolar preventivamente o preso por 10 dias, enquanto aguarda a referida decisão.

O regime tem uma manifestação incontestada da teoria do Direito Penal do Inimigo, principalmente no que pertence ao § 2º, do artigo 52 da LEP. A severidade do regime tem como premissa a de prevenir e combater os delitos constantes e provenientes do crime organizado, posto que, mesmo estando presos, os líderes de facções incitam, comandam e praticam condutas ilícitas graves, tratando com escárnio o sistema penitenciário brasileiro.

Analisando a criminalidade organizada dentro dos presídios como uma das formas de representação do que se tem por “inimigo”, e a sistemática do aumento desta criminalidade dentro dos presídios, foi erigido o instituto do RDD, que visa combater o perigo social iminente do cenário pátrio.

Por ser uma manifestação daquilo que foi teorizado por Jakobs, diversos foram os argumentos alegando uma possível inconstitucionalidade do RDD. Todavia, é preciso asseverar que o combate ao crime organizado não pode ser visualizado e enfrentado nos mesmos moldes que o crime cometido pelo delinquente comum, ou, no dizer de Jakobs, pelo “cidadão”.

A marginalidade, principalmente dentro do cárcere, tomou rumos desproporcionais, aonde o preso, ao invés de ir ao presídio buscar, não apenas a retribuição pelo seu mal injusto, como, principalmente, sua ressocialização, lhe cabendo trabalhar, desenvolver atividades educacionais e modificantes, acaba por deparar-se com um ambiente apto a gerar sua profissionalização no crime. Por isso, Nucci (2010b, p. 498) compreende que o regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal necessário e assim, relata que:

Está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana, não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com devida vênia, uma imensa contradição.

É notório que se todos os dispositivos legais do Código Penal e da Lei de Execução Penal, que se deve salientar é extremamente elaborada, fossem rigorosamente obedecidos, o sistema penitenciário brasileiro teria seguido um rumo coerente e ordenado.

Certamente que esta não é nossa realidade vigente, onde, além de todas as adversidades presentes, não nos cabendo fazer referências, temos o incremento do crime organizado dentro dos presídios; por isso, o RDD tornou-se medida cabível para o combate às organizações criminosas e líderes de facções.

O Superior Tribunal de Justiça se coaduna com a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado, pronunciando-se da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. **CONSTITUCIONALIDADE.** APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA. 1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o **legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.** 2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, **busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional -** liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. 3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes 4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal (STJ - HC: 40300 RJ 2004/0176564-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 07/06/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DTPB: 20050822. DJ 22/08/2005 p) (grifo nosso).

Neste sentido, prezando pela própria constitucionalidade do regime, em corroboração com o STJ, não parece haver violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, da humanização das penas, nem a presença de um tratamento degradante, com submissão à tortura, como afirmam enfaticamente.

Apesar de o RDD incrementar o cerceamento de locomoção e isolamento do preso, este não está, segundo os ditames da lei, apto a ser submetido a agressões físicas ou psicológicas. O regime evidencia uma maior rigidez na sanção disciplinadora, mas, levando-se em conta a proporção da gravidade da falta cometida.

Dito isto, vimos que o RDD tem um resquício bastante contundente do Direito Penal do Inimigo, e suas disposições, ainda que duramente criticadas, são tidas como válidas e constitucionais.

#### 4.4 MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI Nº 13.260/2016

A Lei nº 13.260/2016, que regula o crime de terrorismo é uma manifestação direta do que se entende por um Direito Penal do Inimigo, isto é, um direito penal emergencial, bélico e de terceira velocidade.

Tal afirmativa é constatada mediante a estreita relação entre os ditames elencados pela teoria, quais sejam: antecipação da tutela punitiva; aplicação de penas desproporcionais; supressão e/ou relativização de garantias processuais; ampliação dos poderes de polícia; estereótipo fundado na periculosidade do agente em detrimento da sua culpabilidade; existência de um direito penal do autor; bem como um direito prospectivo. Todos esses elementos se coadunam com os dispositivos presentes na Lei de Terrorismo.

Quando o legislador, ao definir o crime de terrorismo, conforme já mencionado no artigo 2º da referida Lei, destacou que a finalidade do ato é o de “provocar terror social ou generalizado, expondo à perigo [...]”, não esclarecendo com lucidez o que efetivamente provocaria tal temor, além de gerar um crime de perigo, não deixando claro se este perigo seria abstrato ou concreto, culminou em um tipo penal aberto, presença constante na teoria.

Ponto marcante na tipificação dos crimes de terrorismo são as exacerbações das penas a serem cominadas. A punição dos atos de terrorismo elencados no artigo 2º, e seus respectivos incisos, cominam pena de reclusão com variação de 12 a 30 anos, isto é, uma pena equivalente ao delito de homicídio qualificado, mesmo que naqueles as condutas tipificadas consistam, em grande maioria, em “ameaçar usar”, “guardar” ou mesmo “portar” instrumentos capazes de causar danos com destruição em massa.

Neste mesmo sentido, pode-se citar o artigo 6º da Lei em questão, que pune o financiamento e auxílio, direto ou indireto, de atos terroristas; a pena em questão, é de reclusão, que varia de 15 a 30 anos. Menciona-se também a presença da

majorante disposta no artigo 7º, que aumenta a pena entre um terço ou até metade, a depender do resultado lesão corporal grave ou morte, respectivamente.

De tal forma, percebe-se a equivalência da Lei nº 13.260/2016 com a teoria do Direito Penal do Inimigo, que prega a cominação de penas altas para punição dos crimes cometidos pelos “inimigos”.

Outro parâmetro com o estruturado por Jakobs é o preconizado no artigo 3º da Lei de Terrorismo, que pune a integração ou participação em organização terrorista. Assim, é notável a presença de crimes de mera conduta e de perigo abstrato, uma vez que, configura-se o crime com a mera conduta do agente, sem necessidade que haja resultado, nem exigência de lesão ao bem jurídico de forma concreta para a penalização.

Característica elementar da teoria preconizada por Jakobs é a antecipação da tutela penal, sancionando, em consequência, os atos preparatórios. A antecipação da tutela tem em vista, de acordo com o pensamento funcionalista sistêmico, a proteção do sistema. A pena, portanto, assume um viés de prevenção geral positiva, e deve cumprir o papel não apenas de retribuir o mal injusto, como também de estabilizar as relações sociais.

Neste condão, o disposto no artigo 5º da Lei de Terrorismo, que pune os “atos preparatórios de terrorismo” de forma autônoma, se coaduna com o Direito Penal do Inimigo, penalizando o agente antes da execução e/ou consumação do delito, contanto que se demonstre o propósito inequívoco de consumir o fato.

Cumprido ressaltar que, muito embora se puna os atos preparatórios, não se pune a fase do *inter criminis* definida como cogitação, isto é, a fase interna do crime, onde o agente cogita, idealiza e planeja o delito, sem, contudo, haver nenhuma forma de exteriorização do delito pensado, sendo totalmente impunível na esfera penal pátria.

Assim, a título ilustrativo, é possível punir o agente que possua produtos químicos destinados a fabricação de instrumentos capaz de produzir dano em massa, sem necessidade da produção do instrumento de forma propriamente dita, tampouco da instalação e consumação do delito. O mero porte destes produtos químicos, com o animus inequívoco de cometer atos terroristas, já enseja a punição do agente, com enquadramento no artigo 5º da Lei de Terrorismo.

A antecipação da tutela penal foi criticada enfaticamente pelos doutrinadores, posto que, aduz corrente contrária, viola o princípio da ofensividade,

punindo-se com base em um direito penal do autor, isto é, analisando a periculosidade do agente.

No que pertine a ampliação dos poderes de polícia, característica do Direito Penal do Inimigo, temos a expressão no artigo 16 da Lei de Terrorismo, que direciona aos crimes desta lei à investigação, processo e julgamento destes de acordo com a Lei nº 12.850/2013, Lei de Organização Criminosa.

Neste sentido, aplica-se à Lei de Terrorismo institutos como a colaboração premiada, ação controlada, interceptação e quebra de sigilo diferenciado, bem como infiltração de agente, que de acordo com a Lei de Organização Criminosa, podem ser utilizados amplamente, em qualquer fase da persecução penal, com a finalidade de conseguir provas. De forma mais específica, a Lei citada, em seu artigo 3º, e respectivos incisos, evidencia os seguintes meios de obtenção de provas:

- I - Colaboração premiada;
- II - Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
- III - ação controlada;
- IV - Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
- V - Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- VI - Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
- VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

O próprio artigo 4º, inciso III, evidencia uma prevenção geral positiva, com base em um funcionalismo sistêmico, ao elencar que da colaboração premiada deve resultar, dentre outros, uma “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”.

É permitido às autoridades como Delegado de Polícia e Ministério Público, acesso aos dados do investigado elencado na Lei de Organização Criminosa, e agora também admitido para os crimes de terrorismo, independente de autorização judicial, o que nos parece uma relativização de direitos definidos pela Constituição, caracterizando uma supressão destes, como demarca a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Diante de todos os dispositivos mencionados, com sua respectiva correlação com a teoria desenvolvida por Jakobs, observa-se a adequação da Lei nº

13.260/2016, que regula os crimes de terrorismo, com as premissas do Direito Penal do Inimigo, estabelecendo uma legislação pátria nos moldes de uma terceira velocidade do direito penal, isto é, unindo as penas de prisão impostas com supressão de garantias processuais.

A legislação supramencionada apresenta-se como um direito prospectivo, na medida em que regula condutas que ainda não aconteceram efetivamente, punindo o agente “inimigo” de acordo com o que ele poderá fazer, baseando-se na periculosidade que este indivíduo representa, não importando sua culpabilidade, e no alto grau de perigo que suas condutas podem produzir, caso venha a se realizar.

É, portanto, uma legislação que se embasa em um direito prospectivo, preventivo, do autor e de terceira velocidade.

Por todos esses pontos, a Lei nº 13.260/2016 reflete genuinamente um Direito Penal do Inimigo, e por esses e outros motivos, mesmo com pouco tempo de vigência, já é causadora de debates acalorados e controvérsias doutrinárias no mundo jurídico penal, que certamente, ainda percorrerá um longo caminho de discussões com estudos e pesquisas relacionadas ao tema.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa, averiguou-se a construção da teoria do Direito Penal do Inimigo, conforme lecionada por Günther Jakobs, buscando desmembrar todo processo de construção teórica, filosófica e jurídica da tese. Conforme visto na construção da pesquisa, a teoria foi desenvolvida em um contexto de hostilidade social que permeava a Alemanha, por volta da década de 80, refletindo, portanto, no posicionamento do autor diante de sua construção teórica.

Baseando-se na teoria dos sistemas de Luhmann, que previa o Direito como forma de estabilização social, Jakobs pensou em um Direito Penal que tivesse como função principal a de proteger o sistema, visualizando a pena como medida (re)afirmadora da vigência da norma; garantia, para ele, de manutenção do convívio social pacífico.

Neste aparato, Jakobs desenvolveu seu funcionalismo sistêmico ou radical, acreditando numa prevenção geral positiva das normas como modelo ideal de aplicação de penas, e, ao trazer para a realidade penal o suporte filosófico oriundo dos contratualistas, tais como Rousseau, Fichte, Kant e Hobbes, surgiu a concepção do “inimigo” no direito penal, isto é, pessoa estranha para a estrutura estatal, incapaz de reinserção e dotado de alta periculosidade para a sociedade: eis o Direito Penal do Inimigo.

Mediante o processo de globalização, adveio uma macrocriminalidade inarrável, onde os ditames pregados por um Direito Penal Clássico-Iluminista não se coadunavam com a coibição de tais crimes. Surgiu espaço para uma modernização do Direito Penal, e com os eventos terroristas que assolaram os Estados Unidos em 2001, o foco destas inovações teóricas se voltou para a teoria desenvolvida por Günther Jakobs. Apesar de alvo de inúmeras críticas, o Direito Penal do Inimigo difundiu-se em diversos ordenamentos. O que se seguiu a isto, foi o debate sobre a constitucionalidade desta teoria nas legislações.

No que pertine ao ordenamento jurídico brasileiro, tanto na seara penal quando processual penal, afirmamos que há diversos resquícios da teoria do Direito Penal do Inimigo, ainda que em grande maioria de forma tímida ou fragmentária, tais como na Lei nº 9.614/98, conhecida como a Lei do Abate de Aeronaves; na Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos; na Lei nº 12.850/2013, que

regulamenta os crimes cometidos por organizações criminosas; no Regime Disciplinar Diferenciado e na Lei nº 13.260/2016, que disciplina o crime de terrorismo.

A última legislação, qual seja, a Lei de Terrorismo, é pertinentemente adequada ao proposto, demonstrando com clareza o “inimigo” e a forma de combate a este. Diante do comparativo feito ao longo da pesquisa, observou-se que as características da antecipação da tutela penal, relativização de direitos, ampliação dos poderes de polícia e alta cominação das penas, todas elencadas por Jakobs, estão presentes na Lei nº 13.260/2016, o que implica dizer que há uma manifestação direta.

Encerrado o embate, verificou-se que, com o advento da Lei nº 13.260/2016, houve uma adequação fidedigna ao modelo preconizado por Günther Jakobs em características, punições e estereótipos, findando por demonstrar uma efetiva expressão da teoria estudada, admitindo-se assim, a afirmação de que há uma manifestação do Direito Penal do Inimigo, conforme estruturado por Jakobs, em nosso ordenamento jurídico penal brasileiro, desmitificando os embates doutrinários de que a assunção disto desembocaria em uma violação à direitos e garantias fundamentais, inconstitucionalidade da lei manifestada e incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Se temos uma legislação que adentrou no nosso ordenamento jurídico, por lógica deduzimos que a mesma é constitucional e válida. Da mesma forma, ao dizermos que esta mesma lei é uma manifestação direta de uma teoria, assevera-se, portanto, que esta teoria, isto é, a teoria do Direito Penal do Inimigo, também é constitucional, válida e compatível.

Com isto não se quer defender que as concepções desenvolvidas por Jakobs devam ser amplamente utilizadas no nosso ordenamento. Ao avesso, acreditamos que, conforme elucidado pelo próprio Jakobs, o Direito Penal do Inimigo é um direito emergencial e de exceção, apenas devendo ser aplicado quando necessário.

Felizmente no Brasil, o terrorista, inimigo por essência para Jakobs, é figura rara; o que apenas demonstra enfaticamente que a Lei Terrorista é medida excepcional. No entanto, no que pertine a tentativa de uma aplicação mais enfática desta teoria nas nossas legislações infraconstitucionais, afirmamos que a utilização seria trágica em razão da temática brasileira.

Assim, pode-se afirmar que o uso mais amplo do Direito Penal do Inimigo, além dos resquícios que já temos e a aplicação fidedigna, mas, de caráter emergencial como da Lei Terrorista, eclodiria em arbitrariedades na seara penal, ampliaria a punição apenas na camada social mais vulnerável, e, provavelmente incitaria ainda mais uma impunidade na classe favorável.

De fato, em nossa realidade cultural e social não cabe um amplo uso desta teoria, que só intensificaria os problemas existentes na seara penal e penitenciária. Desse modo, a teoria do Direito Penal do Inimigo, ainda que válida e compatível, é de aplicação emergencial, apenas devendo se manifestar em legislações que aludam sobre bens jurídicos que mereçam tutela excepcional por parte do Estado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Regis de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política** – Vol. 02. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 47-101.

BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e direito**. Campinas: Red Livros, 2001.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Decreto nº 3.018, de 6 de abril de 1999**. Promulga a Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, quando tiverem eles Transcendência Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3018.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3018.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016**. Disciplina o crime de terrorismo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Lei de Organização Criminosa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 40300 RJ 2004/0176564-4**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 21, dez. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm)> Acesso em: 13 jun. 2015.

CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito penal e funcionalismo**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CONDE, Francisco Munõz. **Direito penal e controle social**. Trad.: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIP, Ricardo; MORAES JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de. **Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas**. Campinas: Millennium, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Vol. 1, Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1976.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização – Série as Ciências criminais no século XXI**, Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo, noções e críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito funcional** – Coleção Estudos de Direito Penal, Vol. 06. São Paulo: Manole, 2003.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Império e terror**. São Paulo: IBASA, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARTÍN, Luiz Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Trad.: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**, Vol. 1. 7. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o direito penal do inimigo**. São Paulo, 2006. 314 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade de São Paulo: São Paulo, 2006.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

PILATI, Rachel Cardoso. Análise crítica do direito penal do inimigo de Günther Jakobs. **Revista Jurídica – CCJ/FURB**, ISSN 1982-4858, Rio de Janeiro, v. 13, nº 25, p. 23 - 44, jan./jul. 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal das sociedades pós-industriais – Série as Ciências criminais no século XXI**, Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Trad.: Afonso Celso Resende. Campinas: Romana, 2004.

ZAFFARONI, Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2013.

ZAFFARONI, Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199