

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

SILAS LACERDA DE SOUSA

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS IMPLICAÇÕES EM UM ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

SOUSA
2015

SILAS LACERDA DE SOUSA

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS IMPLICAÇÕES EM UM ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho de conclusão de curso 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.

Orientadora: Prof. Dra. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA

2015

SILAS LACERDA DE SOUSA

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS IMPLICAÇÕES EM UM ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho de conclusão de curso 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.

Orientadora: Prof. Dra. Jônica Marques Coura Aragão.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 16/03/2015

Orientadora: Prof. Dra. Jônica Marques Coura Aragão – UFCG

Examinador: Prof. Esp. Giliard Cruz Targino

Examinadora: Prof. Esp. Vaninne Arnaud de Medeiros Moreira

Dedico este trabalho ao Senhor
e Salvador Jesus Cristo,
a Ele toda honra e glória!

AGRADECIMENTOS

Neste momento de alegria pela conclusão de mais uma etapa importante em minha vida, quero agradecer primeiramente a Deus, pois foi Ele que me deu forças para superar os momentos de dificuldade e enfrentar os desafios que surgiram durante esta jornada.

Quero agradecer também aos meus pais, Francisco e Neci, pelo esforço que sempre despenderam para me dar a melhor educação possível, essa vitória também é de vocês.

Aos meus queridos irmãos, Priscila e Arimatéia, o agradecimento pelo apoio e incentivo que deram durante este curso.

Também sou grato aos professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais pelas preciosas lições, em especial, a Prof. Dra. Jônica Marques Coura Aragão pela dedicação que teve em me orientar na feitura deste trabalho.

“Lembrai-vos dos encarcerados, como se presos com eles;
dos que sofrem maus tratos, como se, com efeito,
vós mesmos em pessoa fôsseis os maltratados.”

(Hebreus 13: 03)

RESUMO

As linhas embasadoras de um Estado Democrático de Direito se refletem no perfil dinâmico de cidadania do respectivo ordenamento jurídico; tal embasamento tem ainda mais valor quando se refere às questões de natureza penal. O presente trabalho trata da incompatibilidade da aplicação do direito penal do inimigo de Günther Jakobs em um Estado Democrático de Direito como o Estado brasileiro. Esta teoria propugna maior tratamento repressivo por parte do direito penal a determinados indivíduos que devem ser considerados como inimigos por não demonstrarem segurança cognitiva de que se comportarão conforme a lei. Por sua vez, o Estado Democrático de Direito prega um ideal de justiça igualitária embasada nessa perspectiva em um direito penal que atue apenas em casos em que este seja indispensável para proteger os bens juridicamente tutelados. Nesse ponto convém indagar: seria possível a aplicação de normas embasadas na teoria do direito penal do inimigo no âmbito de um Estado Democrático de Direito? Como hipótese, tem-se que sim, embora não haja compatibilidade jurídica no caráter jurídico-político das questões, tal procedimento se verifica a partir de aspectos operacionais do próprio sistema normativo brasileiro. Diante disso, este trabalho propõe-se, a título de objetivo geral, a analisar detalhadamente a teoria do direito penal do inimigo, à luz da legislação penal brasileira, a fim de demonstrar que a teoria do direito penal do inimigo já está sendo aplicada no ordenamento pátrio, ainda que de forma implícita. Com o intuito de alcançar esse objetivo emprega-se o método de abordagem hipotético-dedutivo; e o método de procedimento funcionalista; por fim aplicam-se como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documentação indireta. Com o estudo aprofundado do tema, conclui-se que a teoria do direito penal do inimigo, oficialmente considerada, apresenta-se incompatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro e seus princípios formadores, e que Jakobs propõe uma tática de contenção estática do direito penal do inimigo que sob o ponto de vista dinâmico, é inviável; podendo levar o Estado de Direito a se tornar um Estado Absoluto.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Estado Democrático de Direito. Legislação Penal Brasileira.

ABSTRACT

The foundation lines of a Democratic State himself reflect in the dynamic profile of citizenship of the respective juridical planning; this foundation has even more value when it comes to matters of criminal nature. This work deals with the incompatibility of the application of the enemy's criminal law of Günther Jakobs in a Democratic State as the Brazilian State. This theory advocates greater repressive treatment by the criminal law to certain individuals that should be considered as enemies by not demonstrate cognitive security that will behave according to the law. In turn, the democratic state preaches an ideal of egalitarian justice grounded in this perspective in a criminal law that acts only in cases where this is necessary to protect legally protected property. At this point it is appropriate to ask, it would be possible to apply informed standards in criminal theory of the enemy in the ambit of a Democratic State of law? As a hypothesis, it has himself that yes, although there is no legal compatibility in the legal-political character of the issues, this procedure himself checks from operational aspects of the Brazilian legal system itself. Thus, this work proposes, as a general goal, to review in detail the theory of criminal law of the enemy, in the light of the Brazilian criminal law in order to demonstrate that the theory of criminal law of the enemy is already being applied in the patriot legal order, even implicitly. In order to achieve this goal employs the method of hypothetical-deductive approach; and the method of functionalist procedure; finally apply as research techniques bibliographic and indirect documentation. With the in-depth study of the topic, it is concluded that the theory of criminal law of the enemy, officially considered, presents himself incompatible with the democratic rule of Brazilian law and their trainers principles, and that Jakobs proposes a static containment tactic of the criminal law the enemy that under the dynamic point of view, it is not feasible; may lead the rule of law to become an Absolute State.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Democratic State. Brazilian Penal Law

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ES	Espírito Santo
HC	Habeas Corpus
Nº	Número
P.	Página
PCC	Primeiro Comando da Capital
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado

SUMÁRIO

1	INTRONDUÇÃO	10
2	O DIREITO PENAL PROPOSTO POR GÜNTHER JAKOBS	13
2.1	CONTEXTO SOCIAL PÓS-MODERNO	14
2.2	FUNCIONALISMO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS E A TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA	17
2.3	DIREITO PENAL DO CIDADÃO X DIREITO PENAL DO INIMIGO	21
2.3.1	Pessoa x Inimigo	21
2.3.2	Antecipação da tutela penal	24
2.3.3	Relativização de garantias penais e processuais	25
3	ASPECTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
3.1	LEI DE CRIMES HEDIONDOS	29
3.2	REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	33
3.3	LEI DE DROGAS	36
3.4	LEI DO CRIME ORGANIZADO	39
4	A INCONSISTÊNCIA JURÍDICO-POLÍTICA EXISTENTE ENTRE OS EMBASAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	43
4.1	O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	44
4.2	PRINCÍPIOS AFRONTADOS PELO DIREITO PENAL DO INIMIGO	46
4.3	A INVIABILIDADE DA PROPOSTA DE GÜNTHER JAKOBS	51
4.4	A PROPOSTA DINÂMICA DE CONTENÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	54
5	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos ganhou destaque a teoria do direito penal do inimigo proposta pelo doutrinador alemão Günther Jakobs. Esta teoria é muito controversa, pois prega uma modalidade de direito penal diversa para determinada categoria de indivíduos que, devido ao seu comportamento, não demonstram segurança quanto a viverem em acordo com as normas e respeitar o contrato social que cria a figura do Estado.

Nesta modalidade de direito penal estes indivíduos são tratados como inimigos e não como pessoas de direito, no sentido de não merecerem a mesma proteção legal que os cidadãos comuns recebem por se conduzirem à margem do direito, além do mais, segundo esta concepção se o Estado protege os indivíduos que por conta própria não pretendem viver em harmonia com o contrato social estaria vulnerando o direito à segurança que aqueles que vivem de acordo com as normas têm direito.

A princípio Jakobs cunhou a expressão direito penal do inimigo com esse aspecto negativo que a própria nomenclatura tem de modo proposital, pois ele era um crítico desta vertente do direito penal. Porém, com o passar dos anos devido ao crescimento da criminalidade organizada e dos atentados terroristas que abalaram o mundo, ele passou a defender a adoção deste tipo de direito como forma de combater veementemente as novas categorias de delito deixando parte do direito penal nos moldes do direito penal clássico, o direito penal do cidadão.

Deste modo, seu sistema idealizado apresentaria duas vertentes de direito penal. Uma seria destinada aos cidadãos que por acaso cometessem algum delito, mas não demonstrassem estar afastados do direito, e outra seria direcionada aos inimigos, cominando-lhes penas mais severas, suprimindo garantias e direitos fundamentais e antecipando a tutela penal a fim de se obter uma maior proteção dos bens jurídicos afetados pela atuação destes.

Desta forma, o direito penal do inimigo representa, no sistema de velocidades do direito penal apresentado por Silva Sánchez, a terceira velocidade do direito penal, haja vista preconizar penas privativas de liberdade concomitantemente com a redução de direitos e garantias dos tidos como inimigos.

Por todas as suas características, o direito penal do inimigo seria contrário à orientação emanada pelos Estados Democráticos de Direito, como no caso do Brasil. Este viés do direito penal iria de encontro à tendência histórica de diminuição de penas e aumento das liberdades e garantias individuais.

No entanto, apesar do Brasil ser, constituído pela Constituição Federal de 1988, como Estado Democrático de Direito, é possível observar-se leis em seu bojo normativo com traços característicos da teoria de Jakobs.

O certo é que tais leis nascem num momento de profundas transformações históricas, próprias do pós-modernismo. Devido à mudança de costumes e o incremento tecnológico houve uma mudança de paradigma social e a própria criminalidade mudou suas maneiras de agir, passando a se organizar e se interligar internacionalmente.

O crime organizado, o tráfico internacional de drogas, e próprio terrorismo crescem e ganham destaque no cenário atual da sociedade. Então, o direito penal do inimigo desponta como uma “evolução” do direito penal necessária para combater a nova criminalidade.

Questiona-se, pois, como objetivo deste trabalho se o direito penal do inimigo é compatível com o Estado Democrático de Direito e seus fundamentos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, já que este propugna o direito penal como *ultima ratio*, ou seja, a sua utilização deve ser a menor possível, devendo apenas agir quando outras áreas do direito não conseguirem solucionar o caso concreto.

Além disto, busca-se analisar se é possível conter o direito penal do inimigo, como pretende Jakobs, pois sua teoria representaria uma ruptura ao Estado Democrático de Direito e, destarte, o Estado perde seu principal escudo contra as investidas do estado absoluto.

Outro ponto questionável da teoria de Jakobs seria se ela representa o retorno do direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato, já que nesta senda o direito penal busca penalizar o indivíduo pelo que ele é ou pelo crime que ele integra e não pelos fatos que realmente venha a cometer.

Tal concepção de direito penal do autor foi também utilizada na antiga Alemanha nacional-socialista durante o período do nazismo e, como se sabe, ela foi utilizada para se cometer um genocídio sem precedentes e representa um passado triste da humanidade a qual o direito não deve permitir nem a cogitação que retorne.

Portanto, para obter os resultados almejados por este trabalho se pretende descrever detalhadamente as principais características do direito penal do inimigo conforme a formulação de Günther Jakobs. Posteriormente, aspira-se analisar a legislação penal brasileira, a fim de se comprovar que sua teoria já está sendo adotada, implicitamente, em parte da legislação brasileira. E por fim, analisar a possível incongruência desta com o Estado Democrático de Direito e seus princípios informadores, bem como da viabilidade da proposta de Jakobs enquanto medida de contenção do crescimento do direito penal do inimigo.

O método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, onde se partirá da hipótese que há implícita utilização da Teoria do Direito Penal do Inimigo em alguns diplomas e institutos do direito penal, não obstante a sua inadequação aos princípios de um Estado Democrático de Direito. No que tange aos métodos de procedimento, lançar-se-á mão do método de procedimento funcionalista, por fim aplicam-se como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documentação indireta.

A técnica de pesquisa adotada no presente trabalho abrangerá a documentação indireta, com ênfase na pesquisa bibliográfica, onde serão utilizados a legislação, doutrina, e artigos científicos, tudo com o escopo de se obter uma base teórica sólida a feitura do trabalho.

Por último, destaque-se que com este aparato metodológico, pretende-se desenvolver uma pesquisa amadurecida na análise crítica do marco teórico proposto, investigando a dinâmica do ordenamento jurídico-penal pátrio à luz dos princípios formativos do Estado Democrático de Direito.

2 O DIREITO PENAL PROPOSTO POR GÜNTHER JAKOBS

A sociedade de hoje é marcada por mudanças em diversas áreas como, por exemplo, na economia ou nas relações entre os indivíduos que estão cada vez mais intensas e globais. Desse mesmo modo os crimes e seus agentes também passaram por transformações.

Como reflexo disso a resposta do direito penal a essas condutas também tem se transformado. Percebe-se uma tendência legislativa mundial de recrudescimento de penas e diminuição de garantias penais e processuais penais em nome da luta contra o crime. Tal fenômeno, denominado pelo penalista alemão Günther Jakobs de Direito Penal do Inimigo, vem encontrando espaço em vários países alicerçados nos princípios do Estado Democrático de Direito.

Inspirado na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, Jakobs propôs a coexistência de dois tipos de direito penal; um do cidadão e outro do inimigo. O primeiro destinado aos indivíduos comuns que por ventura viessem a delinquir, mas que ainda demonstrassem segurança quanto a viver de acordo com as normas e o contrato social. Para estes, seria aplicado o direito penal tradicional com todas as suas garantias.

Já o direito penal designado para os inimigos seria destinado aos indivíduos que vivessem, espontaneamente, aparte do direito. Sendo uma ameaça para o mesmo e não merecendo a sua proteção. Neste caso o direito penal estaria habilitado a neutralizar o perigo desses indivíduos em prol da proteção da coletividade.

A proposta de Jakobs pretende manter incólume parte do direito penal das novas tendências globais de expansão do mesmo sem se esquivar do enfrentamento da violência e seus novos contornos, próprios da sociedade pós-moderna. Para isso ele cria um sistema penal com duas vertentes diferentes, um para os cidadãos e outro para os inimigos, deixando este isolado e delimitado no Estado de direito.

Portanto, o direito penal do inimigo identificado na teoria de Jakobs surge no cenário mundial como o novo viés a ser adotado pelo direito penal moderno, como resposta aos novos riscos que vem surgindo para a sociedade durante a modernidade. Constitui um direito penal mais rígido, voltado para o enfrentamento da criminalidade moderna e seus novos contornos, sem, contudo sopesar as

garantias e prerrogativas inerentes àqueles identificados como os causadores dos novos riscos, os inimigos do Estado.

2.1 CONTEXTO SOCIAL PÓS-MODERNO

A pós-modernidade é marcada por mudanças advindas da globalização que ocorreu durante este período. Com a evolução dos meios de transporte e de comunicação, as distâncias foram reduzidas, as relações comerciais foram incrementadas e se tornaram mundiais, tornou-se possível estabelecer contato em tempo real com outras pessoas em qualquer lugar ou horário.

À medida que a sociedade foi se alterando, a criminalidade também mudou seus parâmetros. O crime passou a se organizar e tomar dimensões cada vez maiores, a ponto de criarem organizações paralelas aos Estados e controlarem algumas localidades no interior das grandes metrópoles, principalmente nas regiões periféricas mais carentes.

As novas tecnologias não trouxeram apenas benefícios, mas também novos riscos à população. A criminalidade cibernética, por exemplo, é uma realidade contemporânea que desafia o direito. Apenas uma ação cometida em um determinado local pode gerar seus efeitos lesivos em vários outros lugares, com a capacidade de prejudicar um número muito elevado de pessoas.

Ademais, as organizações criminosas, antes locais, ganharam dimensões internacionais, atuando em conjunto com organizações criminosas de outros países e necessitando de um combate integrado das nações afetadas. A respeito disso Silva Sánchez (2013, p. 36) comenta:

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados).

Os meios de comunicação cada vez mais rápidos e eficientes são utilizados pela mídia sensacionalista, transmitindo quase simultaneamente as ocorrências criminais, que muitas vezes são casos isolados e em regiões distantes dos receptores das informações, mas imprimem o sentimento de insegurança e de aumento da violência além dos limites reais. Nesse sentido Silva Sánchez (2013, p. 47-48) fala que:

Em todo caso, à vista do que vem acontecendo nos últimos anos, é incontestável a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. Estes, por um lado, d posição privilegiada que ostentam no seio da “sociedade da informação” e no seio de uma concepção do mundo como aldeia global, transmitem uma imagem da realidade na qual o que está distante e o que está próximo têm uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem. Isso dá lugar, algumas vezes, diretamente a percepções inexatas; e, em outras, pelos menos a uma sensação de impotência. Com mais razão, por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, morbidez) com a qual se examinam determinadas notícias atuam como multiplicador dos ilícitos e catástrofes, regando uma insegurança subjetiva que não corresponde com o nível de risco objetivo.

Assim sendo, a mídia exerce papel fundamental na construção de inimigos para o Estado e no anseio por um discurso punitivista para estes, sobre isso Boldt (2013, p. 92) comenta que:

Os meios de comunicação realimentam as visões mais retrógradas e discriminatórias do controle, exploram a face emocional do fenômeno delitivo e reforçam estereótipos e preconceitos, atizando o pânico social e demandando uma segurança discriminatória, fundada na percepção de que os grupos desviantes encontram-se privados da condição de pessoas.

O clamor social e midiático por mais justiça faz com que alguns legisladores lancem mão de criar leis penais mais severas ou mesmo tipificar novas condutas, com deficiências do ponto de vista técnico, com o objetivo de angariar votos com o discurso popular de combate à violência. Assim assevera Moraes (2008, p. 39):

A complexidade e contingência da atualidade e a forma inadequada com que se vem legislando, máxime diante das novas demandas da sociedade pós-industrial (interesses difusos, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro etc.), têm permitido que uma legislação com sinais de ‘Direito Penal do Inimigo’ se infiltre, de forma contumaz, no direito pátrio e estrangeiro, sem clara delimitação com o Direito Penal clássico, pautado por garantias e prerrogativas típicas de um ‘Direito Penal do Cidadão’.

Outro setor que sofreu fortes mudanças devido à globalização foi a economia, com aumento de empresas transnacionais e crescimento do comércio internacional. A legislação também sofre com a influência dessa modificação. Condutas que diminuem a eficiência do comércio global são descriminalizadas e são tipificadas outras que protejam seus interesses a fim de maximizar seus lucros (MORAES, 2008).

Mais um fator que contribui para o fenômeno de expansão do direito penal foi o debate sobre o terrorismo que marca o início do século vinte e um. Os ataques de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas nos Estados Unidos e outros que se seguiram nos anos posteriores em todo o mundo modificaram o modo de viver.

Passou-se a ter que conviver com o medo e a falta de segurança em níveis que não tinham sido alcançados. Com isso, a legislação produzida durante a guerra ao terror é marcada pela distinção de grupos de pessoas como inimigos da sociedade, pela redução de alguns direitos e garantias individuais destes, e por penas e medidas de segurança mais severas.

Aliado a isto, outras instâncias de proteção dos bens jurídicos, como a moral, o direito civil e o direito administrativo, passam por uma crise de descrédito e sobrecarregam o direito penal com demandas que ele não pode suportar. Como Silva Sánchez (2013, p. 79) conclui:

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão ad absurdum da *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.

Colabora também para este quadro de expansão punitivista no caso brasileiro, como afirma Campilongo *apud* Moraes (2008), a ineficiência do Estado em desenvolver uma pauta mínima de políticas públicas essenciais como saúde, educação, segurança, emprego, meio ambiente, finanças públicas, justiça. Ao passo que, antagonicamente, as organizações multilaterais e o sistema financeiro internacional cobram essas coisas, mas sugerem políticas econômicas e reformas que estimulam o fluxo de capital, indústria e serviços entre países, provocando desemprego, recessão e comprometendo a agenda social.

Toda esta conjuntura é favorável ao surgimento de legislações com traços próprios de Direito Penal do Inimigo. Com essa constatação da realidade foi que Jakobs desenvolveu seu modelo de direito penal, no qual o direito penal proposto a combater os chamados inimigos estaria delimitado.

2.2 FUNCIONALISMO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS E A TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

A escola funcionalista do Direito Penal, como o próprio nome já diz, pretende orientar a dogmática penal de acordo com as funções exercidas pelo Direito Penal na política criminal. Tem como característica a preocupação com a aplicação prática, em oposição à excessiva abstração do finalismo, escola penal que lhe antecede, principalmente em seu ontologismo. Constituindo-se uma escola teleológica, pois busca os papéis exercidos pelo direito penal e pelas suas penas para a sociedade.

Ela é dividida, especialmente, em duas correntes de pensamento: a primeira é baseada no funcionalismo estrutural de Talcott Parsons, identificado no Direito Penal como teleológico, valorativo e moderado, adotado por Claus Roxin; e a segunda no funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann, identificado no Direito Penal como estratégico, normativista e radical, adotado por Günther Jakobs.

O funcionalismo moderado de Roxin é voltado para a necessidade de que a Política Criminal possa penetrar na dogmática penal, é orientado para a realização de certos valores. Ao passo que o funcionalismo radical ou sistêmico de Jakobs, baseado no funcionalismo sociológico de Luhmann, volta-se para a reafirmação do próprio Direito.

Para Luhmann, a norma jurídica tem como função reduzir as complexidades das relações vitais da sociedade e o direito promove a generalização congruente de expectativas normativas, com o fito de manter a estabilidade do sistema social. A inobservância dos limites do sistema jurídico geraria uma busca pela solução simplista do aumento de penas ou pelos recursos ao Direito Penal como forma de solucionar problemas que, a rigor, fogem de sua alçada (MORAES, 2008,).

Jakobs retira do conceito de bem jurídico-penal qualquer dimensão axiológica. Para ele o mesmo equivale à necessidade de se proteger a firmeza das expectativas

normativas. Moraes (2008, p. 131) afirma que para Jakobs: “[...] a constituição da sociedade se dá por meio de normas (regras de configuração) e não por determinados estados e bens (ainda que estes possam ser deduzidos, reflexamente, através das normas)”.

Portanto, o funcionalismo penal de Günther Jakobs preconiza como função exclusiva do Direito Penal a proteção da vigência da norma. Dessa forma, a imposição de penas teria como função precípua reestabilizar a norma. Nesse sentido Jakobs *apud* Moraes (2008, p. 134) assevera: “[...] o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”. Foi com esse enfoque que Jakobs criou sua teoria da prevenção geral positiva com relação à função das penas a seu ver. Sobre este tema Bitencourt (2010, p. 115) diz:

Ao Direito Penal, segundo Jakobs, corresponde garantir a função orientadora das normas jurídicas, Partindo do conceito de Direito, expressado pelo sociólogo Luhmann, Jakobs entende que as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como uma orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a infração de uma norma — destaca Jakobs —, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora.

Quanto às teorias das penas existentes tem-se: absolutas, relativas ou utilitárias, e mistas. As teorias absolutas consideram a pena como um fim em si mesma, justificando-se como retribuição justa aos crimes cometidos. Já os partidários das teorias relativas consideram como finalidade da pena sua utilidade como meio de prevenir que outros delitos aconteçam. As teorias mistas ou ecléticas buscam conciliar de forma ordenada estes dois aspectos da pena, sendo esta polifuncional, possuindo tanto a função de retribuir o mal praticado quanto prevenir novos crimes.

Dentre as teorias mistas atuais merecem destaque a teoria dialética unificadora de Roxin e o Direito Penal mínimo e garantista, ou garantismo neoclássico, de Luigi Ferrajoli. Para Roxin, a finalidade básica do Direito Penal é a prevenção geral subsidiária de delitos, prevenção positivo-negativa, que objetiva demover as pessoas do cometimento de delitos e somente deve ser utilizado quando outras formas de prevenção e de controle sociais não conseguirem êxito,

cabendo ao Direito Penal o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade além da prevenção negativa (MORAES, 2008).

Dentre as teorias relativas ou utilitaristas temos quatro vertentes assim assinaladas por Ferrajoli (2002, p. 212-213):

aa) doutrinas da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar, ou pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) 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.

Como se depreende desta classificação tem-se a teoria da prevenção especial ou individual quando a norma penal recai apenas a uma parte da sociedade, aos indivíduos que, tendo cometido algum ilícito, seriam compelidos a não mais delinquir. Enquanto a teoria da prevenção geral entende que os efeitos da pena são alcançados por todos os integrantes da sociedade, ao passo que incutiria o medo da sanção em seus integrantes, não apenas com sua cominação legal, mas pelo exemplo de sua aplicação àqueles que viessem a transgredi-la. Sendo positiva quando tem como consequência o acontecimento de algo ou negativo quando gerasse como causa a não ocorrência de alguma atitude.

Jakobs propugna a teoria da prevenção geral positiva, pois para ele a norma penal preveniria novos crimes, produzindo entre todos os cidadãos, através de sua aplicação como exemplo, a certeza de que esta ainda estaria em vigor e evitaria que a população se insurgisse contra o Estado. Sobre isto, Moraes (2008, p. 173) explica:

[...] Jakobs propõe, em suma, uma prevenção geral, para que produza efeito em todos os cidadãos, e positiva, para que esse efeito não seja o medo diante da pena, mas sim, a tranquilidade quanto à vigência da norma, que se viu afetada pela infração e voltou a ser fortalecida pela pena.

O direito penal do inimigo surge, então, quando o defeito volitivo de transgressão da norma se intensifica, tornando-se costumeiro. Quando o indivíduo demonstra cognitivamente que não está disposto a se portar conforme o ordenamento jurídico, para Jakobs, deve deixar de ser tratado como pessoa e de ser resguardado pelo direito penal do cidadão, como Moraes (2008, p. 174) aduz:

Quando o defeito volitivo se acentuar de forma contumaz e reiterada, ou mais precisamente, quando o indivíduo, tido até então como 'pessoa', demonstrar cognitivamente que não está disposto a respeitar as normas, o funcionalismo sistêmico de Jakobs e sua prevenção geral integradora – retratados em seu 'Direito Penal do Cidadão' – darão lugar, como já vem ocorrendo, a um modelo diverso de Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'.

Destarte, com a teoria da prevenção geral positiva pretende-se consolidar os valores sociais, assegurando que a sociedade continue a operar como um todo orgânico. Nesse sentido, a pena tem a função de ratificar as normas que tenham sido desobedecidas, e, desta maneira, robustecer a confiança nelas mesmas, ou seja, a vigência da norma é confirmada pela pena. No entanto, Bitencourt (2010, p. 117) assim critica tal teoria:

[...] a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível, em um Estado social e democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação dos limites do *iuspuniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.

Em oposição a isto, o delito se torna uma ameaça à integridade e a estabilidade social, representando a falta de fidelidade ao Direito. A vigência da norma é o efeito imediato da atuação da pena, enquanto que a proteção aos bens jurídicos viria como resultado mediato, como consequência disto.

Portanto, tendo o funcionalismo sistêmico como base, Günther Jakobs idealiza seu modelo duplo de direito penal, tendo o direito penal do inimigo como modo efetivo de combater as novas modalidades criminais que surgiram com o aumento da complexidade social. No que condiz com as características deste sistema penal, Silva Sánchez (2013, p. 194) explana que:

As características do Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal. Isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais.

2.3 DIREITO PENAL DO CIDADÃO X DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.3.1 Pessoa x Inimigo

A construção teórica de Jakobs parte do pressuposto que os inimigos não são pessoas, pois não se comportam a serem tratados como tal, afastando-se deliberadamente do direito. Desta forma, o Estado também não deve tratá-los como pessoas, mas como inimigos, sob pena de fragilizar a segurança daqueles que de fato se comportam como pessoas, os cidadãos. Ele assevera:

Quando um esquema normativo, por mais justificado que esteja, não dirige a conduta das pessoas, carece de realidade social. [...] Idêntica à situação do Direito em si mesmo é a das instituições que cria e, especialmente, da pessoa: se já não existe a expectativa séria, que tem efeitos permanentes de direção de conduta, de um comportamento pessoal – determinado por direitos e deveres –, a pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente. Isso significa, para o caso da conduta cognitiva, o aparecimento do indivíduo perigoso, o inimigo. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 9-10)

Como se percebe, segundo Jakobs, ser humano e pessoa são figuras distintas. Enquanto o ser humano é o ente natural que todos os homens são, pessoa é uma instituição criada pelo direito, que só existe quando o ser humano é reconhecido assim pela sociedade, sobre isso ele afirma (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 30) que “[...] nenhum contexto normativo, e também o é o cidadão, a pessoa em Direito, é tal – vigora – por si mesmo. Ao contrário, também há de determinar, em linhas gerais, a sociedade. Só então é real”.

Assim sendo, Jakobs entende que o Direito Penal deve ver os indivíduos sob duas perspectivas, a do cidadão e a do inimigo. Quando o cidadão vier a agir em desacordo com a norma, o Direito Penal deve lhe impor uma pena como forma de reafirmar a validade da norma. No entanto, para aqueles identificados como ameaça para a sociedade e suas instituições, o Direito Penal deve operar no sentido de neutralizá-los ou impedi-los antes que venham a se manifestar antagonicamente ao sistema jurídico. Assim ele aduz:

[...] o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 36)

Jakobs constata que nos diversos ordenamentos jurídicos atuais têm-se traços de direito penal do inimigo jungidos ao direito tradicional. Deste modo, inserem-se no mesmo bojo todos os delinquentes, ficando estes sujeitos a serem regulados pelo direito penal do inimigo e terem alguns de seus direitos vulnerados. Ele argumenta:

[...] em princípio, nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico. Por isso, a introdução de um cúmulo – praticamente já inalcançável – de linhas e fragmentos de Direito Penal do inimigo no Direito Penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 41)

Logo, o referido autor preconiza que o direito penal do inimigo seja separado do direito penal do cidadão, tendo seus limites delimitados em lei. Assim, entende ele, estaria resguardado o direito penal tradicional, com todas as suas prerrogativas, sem que o Estado se omita na luta contra a criminalidade que surge nos dias atuais ameaçando os paradigmas sociais contemporâneos. Nesse mesmo sentido, Moraes (2008, p. 196):

A diferenciação ‘pessoa-inimigo’ parece a muitos críticos, como algo inconcebível em um Estado de Direito; algo que violaria profundamente os direitos humanos. Contudo, diante do quadro, ao que parece, irreversível, evitar a discussão sobre essa diferenciação, permitirá que se legitime o caos normativo, impondo-se normas penais e processuais de modo indistinto aos inimigos e aos cidadãos.

O conceito de inimigo tem origem no direito romano, no qual eram distinguidos *inimicus* e *hostis*. Enquanto o *inimicus* era o inimigo pessoal, o *hostis* era o verdadeiro inimigo político. Por sua vez, o *hostis* poderia ser *hostis* alienígena, os estrangeiros, e *hostis judicatus*, cidadãos romanos assim declarados pelo Senado por conspirações contra a República ou traição (Zaffaroni, 2011, p. 21-22).

Portanto, Jakobs entende que os inimigos são aqueles se afastaram do direito de forma duradoura e não demonstram segurança cognitiva quanto aos seus atos. Sobre este conceito de inimigo, Silva Sánchez (2013, p. 194) estatui:

[...] o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. [...] é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

Zaffaroni é crítico dessa distinção feita em um Estado de direito. Segundo ele, mesmo que se argumente que o *hostis* de hoje seja submetido à contenção apenas na medida da sua estrita necessidade, o que seria apenas uma limitação ao princípio do Estado de direito, estes limites são determinados por quem exerce o poder, tornando-se algo impreciso, tendo em vista a volatilidade do amanhã. Em suas palavras ele argumenta:

[...] a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considera-lo como tal. Com isso, o grau de periculosidade do inimigo – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder. (ZAFFARONI, 2011, p. 25).

De todo modo, o inimigo desqualificado da condição de pessoa perde alguns de seus direitos e é punido pelo que é ou pela organização que seja membro, mas não pelo que faz. Vê-se afastado o direito penal do fato e erigido o direito penal do autor, com o escopo de garantir a segurança daqueles que demonstram segurança cognitiva de agir conforme o direito, apesar de, como argumenta Zaffaroni, esta distinção estar ligada ao detentor do poder e ser bastante instável.

Desta maneira, Jakobs pretende com seu novo tipo de direito penal enfrentar os inimigos de forma mais contundente do que no direito penal do Estado de direito tradicional. Assim explica Nery (2014, p. 70):

Segundo a tese de Günther Jakobs, em relação a determinados tipos de sujeitos, denominados pelo autor como “inimigos”, que de forma permanente, se apartam dos valores fundamentais da sociedade e se integram em estruturas criminais, deve-se utilizar um Direito penal especial, distinto do Direito penal normal aplicável ao restante dos cidadãos. Para Jakobs, estes sujeitos não podem ser tratados como pessoas com todos seus direitos, e o legislador deve reagir frente a eles com métodos que podem ir mais longe do que permite o Estado de Direito.

2.3.2 Antecipação da tutela penal

Uma das características do tratamento diferenciado dado aos tratados como inimigos da sociedade é a antecipação da tutela penal. O direito penal passa a agir de forma preventiva, antecipando-se, a fim de neutralizar o inimigo antes que lesione algum bem jurídico relevante. No que diz respeito ao direito penal do inimigo Meliá relata que:

[...] constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 90)

Para isso vale-se da punição de atos preparatórios, da criação de tipos de mera conduta e de perigo abstrato. Os atos preparatórios, em regra, não são relevantes para o direito penal, porém, por razões de política criminal, a lei pode prever a penalização de alguns desses atos quando entende serem os bens jurídicos tutelados de grande importância, com o intuito de evitar que estes sejam lesionados ou expostos a perigo de lesão (GRECO, 2011).

Como alguns exemplos de atos preparatórios criminalizados no ordenamento jurídico brasileiro Bitencourt (2010, p. 466) cita o artigo 291 do Código Penal, petrechos para falsificação de moeda, e o artigo 238, simulação de autoridade para celebração de casamento, o qual seria ato preparatório para a simulação de casamento, artigo 239. Sobre estes crimes ele afirma: “O legislador levou em consideração o valor do bem por esses atos ameaçados, em relação à própria perigosidade da ação ou simplesmente à perigosidade do agente, que, por si só, já representa uma ameaça atual à segurança do Direito”.

Outra demonstração da expansão punitivista é a criação de crimes de mera conduta. Masson (2008, p. 197) explica estes tipos de crimes como “[...] aqueles em que o tipo penal se limita a descrever uma conduta, ou seja, não contém resultado naturalístico [...]”. Com esta espécie criminosa também se adianta a punibilidade, de forma preventiva, com o fito de evitar que o dano seja perpetrado.

O mesmo panorama se constata com relação aos novos tipos de perigo abstrato, principalmente ante aos riscos trazidos pelas inovações da modernidade. Nas palavras de Masson (2008, p. 200) os crimes de perigo “[...] são aqueles que se consumam com a mera exposição do bem jurídico penalmente tutelado a uma situação de perigo, ou seja, basta a probabilidade de dano”.

Os crimes de perigo abstrato, por sua vez, são os crimes de perigo que não se exige a comprovação da produção da situação de perigo, mas se consuma com a prática da conduta. Sobre estes crimes Bitencourt (2010, p. 610) explica que:

Crime de perigo é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. O elemento subjetivo desses crimes é o dolo de perigo, cuja vontade se limita à criação da situação de perigo. Haverá perigo concreto quando for comprovada, isto é, demonstrada a situação de risco corrido pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano, O perigo abstrato, por sua vez, é presumido *juris et de jure*.

Para Masson (2008, p. 200) “Esses crimes estão em sintonia com a Constituição Federal, mas devem ser instituídos pelo legislador com parcimônia, evitando-se a desnecessária inflação legislativa”. Já Bitencourt (2010) entende que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, pois estes crimes ofendem o princípio da ofensividade e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição Federal de 1988.

Observa-se que, com a concretização destes aspectos, o direito penal aumenta sua área de atuação. Passa a atuar cada vez mais cedo, antecipando os danos que possam ocorrer aos bens jurídicos tutelados, impondo penas desproporcionais a esta antecipação. O direito penal do inimigo age de igual modo com relação a estes, procura antecipar-lhes com o objetivo de torná-los inofensivos.

2.3.3 Relativização de garantias penais e processuais

Esta mudança de paradigma propugnada pelo direito penal do inimigo carece de reformas no direito processual penal para que seja instrumentalizada. Logo, a seara processual penal também se caracteriza pela supressão de algumas garantias

em razão da política de enfrentamento dos inimigos. Na visão de Moraes (2008, p. 204), essas mudanças se justificam, pois:

[...] para o enfrentamento de crimes típicos da modernidade (praticados via internet, por associações criminosas muitas vezes transnacionais, com forte arsenal bélico contrabandeado etc.), as dificuldades adicionais de persecução e provas são muitas.

Diante disto, algumas medidas são tomadas para dar eficiência as investigações e facilitar a incriminação dos inimigos. Como exemplos tem-se a intervenção nas telecomunicações, as investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados. No que concerne às mudanças processuais preconizadas, afirma-se:

Como no Direito Penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 38).

Ante o exposto, conclui-se que o direito penal do inimigo almeja penas privativas de liberdade como forma de impedir que os inimigos venham a concretizar o perigo que eles representam. Para tanto, propõe a redução de algumas de suas garantias penais e processuais penais, de sorte a executar seu objetivo. Bretas (2010, p. 307-308) caracteriza o direito penal do inimigo de Jakobs sob três aspectos:

Segundo Jakobs, o direito penal do inimigo possui três características: a uma, atua numa prospecção antecipada de um ato futuro e não como o direito penal convencional, no resgate de um fato passado; a duas, prevê sanções desproporcionalmente altas para os fatos criminalizados; a três, relativiza as garantias processuais.

Esta conjugação de penas privativas de liberdade com restrição de direitos configura, na visão de Silva Sánchez (2013), a terceira velocidade do direito penal. Para o referido autor, a primeira velocidade pregaria penas privativas de liberdade, mas asseguraria todas as prerrogativas jurídicas dos imputados. Já a segunda velocidade corresponderia ao sistema que determinasse penas restritivas de direito e pecuniárias, mas admitisse a flexibilização de algumas garantias, alcançando os crimes de menor potencial lesivo. Assim ele explica as velocidades do direito penal:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. [...] uma “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais.

Portanto, o direito penal do inimigo por considerar pessoas que não demonstram segurança quanto ao seu comportamento de acordo com o direito, estabelece os inimigos como entes perigosos para a sociedade, que não merecem a defesa do direito penal tradicional. E, desse modo, prega penas mais severas e diminuição de garantias processuais para determinado grupo de delinquentes. Considerando como meio de salvaguardar todo o restante do direito penal tradicional de uma miscigenação com o direito penal do inimigo.

3 ASPECTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem por fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, como acentua o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Seu direito penal também tem o mesmo fundamento por estar submisso à carta magna, no entanto, pode-se constatar que existem vários vestígios do direito penal preconizado por Jakobs, o direito penal do inimigo, no seu arcabouço legal.

Estes vestígios do direito penal do inimigo estão presentes nas novas leis, criadas em resposta as demandas da sociedade moderna. São tipificadas novas condutas e editadas sanções mais severas de cunho simbólico que afastam o direito penal brasileiro do modelo ideal garantista. Sobre isso Moraes (2008, p. 241) comenta:

Esta legislação criada tanto para alcançar novas demandas da sociedade moderna, quanto para atender demandas de combate ao crime organizado e transnacional, vem, inequivocamente, alterando tanto a concepção dos tipos penais, quanto os instrumentos processuais para a necessária persecução, bem como as clássicas garantias penais e processuais típicas do Direito Penal de primeira velocidade, para usar a expressão de Sánchez.

Percebem-se as características do direito penal do inimigo na nova legislação produzida, como a antecipação da tutela penal, a relativização de garantias penais e processuais, recrudescimento das penas cominadas e tratamento dispensado a determinadas categorias de criminosos, os quais são tidos como verdadeiros inimigos da sociedade.

Também contribui para o aparecimento no ordenamento pátrio de legislação com teor de direito penal do inimigo a criação excessiva de leis a fim solucionar os novos problemas sociais advindos no período pós-industrial. Sobre isto, Moraes (2008, p. 239-240) assevera que:

A hipertrofia legislativa, símbolo da sociedade pós-industrial, no Brasil é facilmente constatada por meio de um exercício meramente descritivo de leis criadas, seja para atender às novas demandas penais, seja para o combate da nova criminalidade organizada.

Como exemplos desta tendência legislativa no Brasil, Moraes (2008) cita a Lei nº 6.368/76 (Lei de Tóxicos) que foi substituída pela Lei nº 11.343/2006; a Lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos); a Lei nº 9.034/95, que dispunha sobre as formas de prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, tal lei foi substituída pela Lei nº 12.850/2013; a Lei 10.792/2003, que instituiu o regime disciplinar diferenciado, entre outras.

Analisando a legislação citada constatam-se algumas características do direito penal sugerido por Jakobs. Como se vê tal teoria se torna cada vez mais concreta no Brasil com a edição de leis desta categoria, que utilizam o direito penal apenas como meio opressor, sem considerar seu papel fundamental para o controle do anseio punitivo daqueles que por ora estão no poder. Contudo, apesar da opinião majoritária da doutrina entender que esta teoria não pode ser implementada no país por ser incompatível com o Estado Democrático de Direito propugnado na constituinte brasileira, esta legislação está em plena vigência e desvirtuando o direito penal brasileiro.

A título de comprovar-se esta condição do ordenamento jurídico pátrio, far-se-á a análise da lei de crimes hediondos, do regime disciplinar diferenciado, da lei de drogas e da lei do crime organizado, a fim de demonstrar que o direito penal do inimigo ganha terreno na legislação brasileira, principalmente motivado pela criação de leis simbólicas que visam transmitir à população a sensação de segurança, como também pela falta de políticas públicas eficientes que venham evitar que as pessoas adentrem a criminalidade.

3.1 LEI DE CRIMES HEDIONDOS

A elaboração da Lei nº 8.072/90, lei de crimes hediondos, foi determinada pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, XLIII, por uma série de fatores, achou por bem o legislador constituinte fazer constar na magna carta brasileira a obrigação da edição desta lei para dar reprimenda mais severa à determinada categoria de delitos, assim dispõe o referido dispositivo da constituição:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Na visão de Leal (2003), o legislador constituinte foi levado a tomar tal decisão sob a influência de dois tipos de fatores, os mediatos e os imediatos. Como fatores mediatos ele lista: o fato de alguns parlamentares da época entender que a Constituição Federal de 1988 deveria contemplar dispositivos que assegurassem a consolidação da ordem jurídica vigente que emergia do militarismo, coibindo atos que atentassem contra o Estado de Direito ou a prática de torturas por motivos político-ideológicos; como também uma reação ao crescimento do tráfico de entorpecentes ocorrido nas décadas de 70 e 80.

Além destes, também influenciaram os fatores imediatos que o mesmo autor descreve como: o conservadorismo e a alienação parlamentar, que explicaria a persistência dos mesmos em inserir tal dispositivo na constituinte indo de encontro à tendência histórica de humanização contínua do direito penal, endurecendo desnecessariamente o sistema punitivo vigente e contrariando princípios jurídico-penais indiscutíveis; também o avanço da violência urbana, principalmente nos grandes centros, gerando uma verdadeira síndrome do medo na população em geral; além da onda de extorsões, mediante sequestro, ocorrida durante o período de elaboração da constituição, mormente em São Paulo e no Rio de Janeiro, principais centros urbanos do país.

Deste modo, o constituinte determinou que os crimes de prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo recebessem reprimenda maior por parte do Estado, deixando espaço para que o legislador infraconstitucional estabelecesse outros crimes que entendesse também merecedores de resposta mais severa.

A lei não definiu o que seria um crime hediondo, porém, o significado semântico da palavra hediondo já diz muito a respeito desta categoria de crimes. Sobre este conceito semântico dos crimes hediondos, Leal (2003, p. 37) afirma que:

[...] hediondo é o crime que causa profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana.

Apesar da acepção da palavra, o critério utilizado para definir se o crime é hediondo é meramente legal, ou seja, reflete uma decisão de política criminal. Logo, a própria lei não define o conceito de crime hediondo, mas elenca um rol de infrações penais preexistentes que devem ser tratadas como hediondas. Esta atitude de definir um critério tão objetivo para se definir quais os crimes hediondos é positivo, por um lado, pois se livra tal distinção de eventuais subjetividades do julgador. No entanto, nivela-se a gravidade dos delitos que estão listados na lei e exclui-se da análise judicial as particularidades de cada caso. Sobre isto, Souza e Silva (2009, p. 131) esclarece que:

[...] os crimes considerados hediondos foram exaustivamente enumerados pela própria lei, e possíveis inclusões ou exclusões de tipos devem ser objeto de projeto de lei, não tendo o julgador competência para analisar individualmente a gravidade de cada crime e considerá-lo hediondo, ou não, em face, do emprego de violência e dos meios cruéis de execução, bem como, da repulsa que tal conduta causa à sociedade.

Assim sendo, além dos crimes hediondos constitucionais, a Lei nº 8.072/90 considera hediondos os seguintes crimes elencados no artigo 1º desta lei:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

Esta lei já passou por algumas transformações desde sua publicação, sendo as mais relevantes: a inclusão do homicídio simples, caput do art.121 do Decreto-Lei nº 2.848/40, Código Penal, praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que praticado por um único agente; e a do homicídio qualificado, artigo 121, § 2º, I, II, III, IV e V, do mesmo código. Esta distinção é muito criticada pela doutrina, pois pelas circunstâncias em que são cometidos os homicídios em atividade de grupo de extermínio o homicídio é qualificado e não simples como afirma a redação da lei de crimes hediondos.

A inclusão do crime de homicídio simples quando cometido em atividade típica de grupo de extermínio no rol dos crimes hediondos previstos na Lei nº 8.072/90 é uma evidência de como a mudança da sociedade fez surgir uma nova modalidade de crime e, conseqüentemente, uma nova lei ou tipificação legal para combatê-lo, como afirma Bitencourt (2011, p. 68):

As chacinas de Vigário Geral, do Carandiru e da Candelária, como ficaram conhecidas, escancaram a violência grupal, que estava encoberta pelos interesses superiores de alguns grupos sociais, mas que se sucedia nas grandes capitais brasileiras, com o extermínio de membros das classes desfavorecidas. Esses três grandes massacres desnudaram essa forma de extermínio, tão condenável quanto são os genocídios que de tempos em tempos ocorrem nos mais variados países, nas mais diversas classes econômicas. Para combater essa “neocriminalidade”, a Lei n. 8.930/94 tachou-a de crime hediondo, alterando a redação da Lei n. 8.072/90.

Outra mudança importante diz respeito ao regime de cumprimento de pena bem como a possibilidade de sua progressão. Em seu texto original, esta lei previa que as penas previstas para os crimes hediondos e os equiparados seriam cumpridas integralmente em regime fechado. Porém, a Lei nº 11.464/2007 alterou este dispositivo, estabelecendo para os crimes hediondos que o regime inicial de cumprimento de pena fosse fechado e houvesse progressão do mesmo após

cumprimento de dois quintos da pena para apenados primários e três quintos para reincidentes.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal julgou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que fala sobre o regime inicial, por entender que este ofendia a garantia constitucional da individualização das penas insculpido no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, (HC nº 111.840 / ES, Relator: Ministro Dias Toffoli, 2012). Desta forma, ficou sem efeito a disposição deste dispositivo.

Apesar das alterações, a lei de crimes hediondos ainda cumpre o papel de aumentar o rigor punitivo do Estado no ordenamento jurídico brasileiro em relação aos tipos nela colecionados. Por exemplo, além do período mínimo de cumprimento de pena para a progressão de regime ser maior do que a fração de um sexto comumente exigido para outros crimes, a mesma aumentou os limites da pena de alguns crimes, como também determinou a insuscetibilidade de anistia, graça, indulto e fiança aos crimes ali elencados.

Como se vê pela análise da referida lei, ela apresenta traços do direito penal do inimigo proposto por Jakobs (2012), tendo constituído os infratores dos crimes considerados hediondos inimigos da sociedade, estabelecendo penas mais elevadas e a supressão de alguns direitos destes que demonstram nítida intenção de combate ao crime com sanções simbólicas que visam coibir o crime através do medo incutido na mente das pessoas.

3.2 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Premido pelo crescimento do crime organizado que articulava rebeliões simultâneas nas penitenciárias e determinava a prática de delitos de dentro dos próprios presídios, o legislador se viu obrigado a dar uma resposta à sociedade que clamava por mais segurança. Esta resposta veio mais uma vez em forma de lei que agravasse o regime prisional, fala-se da Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003 que alterou a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), este é aplicado, na forma do art. 52 da Lei de Execuções Penais com redação dada pela referida lei que diz:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Comentando esta última hipótese de cabimento do RDD, Bitencourt (2010, p. 546) afirma que:

Esta é a hipótese mais absurda de toda previsão do odioso regime disciplinar diferenciado, pois além de adotar um direito penal de autor, ao invés do direito penal do fato, transforma o primado da certeza em meras presunções e suspeitas, proscritas do Direito Penal da culpabilidade, próprio de um Estado Democrático de Direito.

Nele, o apenado é recolhido em cela individual, apenas podendo sair por duas horas diárias para o banho de sol. Também só pode receber visitas, no máximo duas pessoas sem contar crianças, semanalmente e por duração de no máximo duas horas. Ele pode durar até trezentos e sessenta dias, mas pode ser repetido por falta grave da mesma espécie até o limite de um sexto da pena aplicada.

A lei que criou o Regime Disciplinar Diferenciado também determinou que os estabelecimentos penitenciários dispusessem de detectores de metais, ao qual se submeteriam todos que quisessem adentrar nos referidos estabelecimentos. E para aqueles destinados especialmente ao cumprimento de RDD, a mesma lei exigiu que dispusessem, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de

telecomunicação para aparelhos celulares e radiotransmissores, dentre outros meios.

Ao defender o advento do RDD ao sistema jurídico brasileiro, Masson (2008, p. 647) deixa claro o tratamento diferenciado dispensado aos entes considerados daninhos ao Estado, em suas palavras ele argumenta que:

O tratamento mais rigoroso está em sintonia com a maior periculosidade social de seu destinatário. Quem busca destruir o Estado, criando governos paralelos tendentes ao controle da sociedade, deve ser enfrentado de modo mais contundente. Não se pode tratar de igual maneira um preso comum e outro ligado a organizações criminosas. Além disso, o interesse público exige a proteção das pessoas de bem, mediante a efetiva segregação de indivíduos destemidos e incrédulos com a força dos poderes constituídos pelo Estado.

Analisando os caracteres do Regime Disciplinar Diferenciado, pode-se observar na legislação pátria atributos do direito penal do inimigo. O indivíduo punido pelo RDD é tratado como um inimigo, um ente perigoso, e não como pessoa, pune-se o sujeito não pelos fatos que cometeu, mas pelo que poderá cometer no futuro, destarte, adianta-se a punibilidade a fim de prevenir novos delitos. O apenado é punido pelo que é e não pelo que faz, configurando-se assim, um direito penal do autor, traço próprio do direito penal do inimigo.

Comentando as hipóteses de aplicação do RDD, Gomes (2006) afirma que “Nenhum ser humano pode sofrer tantas aflições por suspeitas”. Para ele o Estado Democrático de Direito deve buscar o equilíbrio entre promover a segurança dos cidadãos e manter a liberdade individual dos mesmos, sobre isto ele diz que:

O Estado constitucional, democrático e garantista de Direito é o que procura o equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais da liberdade do ser humano. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a consequente limitação excessiva da liberdade individual das pessoas implica, assim, em ofensa ao referido modelo de Estado.

Ratifica-se que a implantação do RDD desequilibra esta balança, fazendo-a pender para o lado da segurança pública, em detrimento das liberdades individuais e dos direitos e garantias fundamentais, aponto de afrontar a própria Constituição Federal de 1988 em suas cláusulas pétreas, como entende Delmanto (2004), tais qual a de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e a de que não haverá penas cruéis (art. 5º, XLVII).

Logo, ficam evidenciados vários aspectos do direito penal do inimigo proposto por Jakobs (2012) com a implantação do regime disciplinar diferenciado pela Lei nº 10.792/2003.

3.3 LEI DE DROGAS

A Lei nº 11.343/2006, a nova Lei de Drogas, é mais um exemplo no ordenamento brasileiro de legislação que apresenta contornos do direito penal do inimigo. Em seu texto ela traz dois tratamentos específicos diferenciados para aqueles considerados usuários e para os tidos como traficantes. Se por um lado ela abrandou as penas cominadas para os usuários, por outro agravou a situação daqueles vivem da exploração dos vícios destes.

Esta lei trouxe algumas inovações à lei anterior ao que se refere aos usuários de drogas. Dentre elas, ressalta-se que não existe mais a previsão da pena privativa de liberdade para o usuário, antes se previa a detenção de seis meses a dois anos e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa, agora se passou a prever as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa. Assim, o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 dispõe:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Todavia, para as condutas enquadradas como tráfico, houve um incremento das penas. Anteriormente, eram previstos de três a quinze anos de reclusão e pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa, atualmente é previsto cinco a quinze anos de reclusão e multa de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. Constata-se o recrudescimento de penas, no caso do tráfico de drogas, um

dos sinais do direito penal do inimigo. Desse modo, o artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 determina:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

A lei de drogas visa proteger como bem jurídico tutelado principal a saúde pública, considerando que a dispersão destas pode levar a degeneração de toda uma sociedade, nas palavras de Capez (2012, p. 771) “O tráfico coloca em situação de risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo”.

O art. 33, caput, da lei de drogas configura um tipo misto, pois apresenta dezoito formas diferentes de se cometer o tráfico ilícito de entorpecentes. São considerados núcleos do tipo deste dispositivo: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas.

Aqui se observa outro traço marcante do direito penal do inimigo que é a punição de atos preparatórios como forma de antecipação da tutela penal visando dar maior alcance a proteção da sociedade através da norma, já que muitas dessas atividades podem ser consideradas atos preparatórios para a execução de outras também inclusas neste rol de condutas.

Outro ponto característico da doutrina de Jakobs encontrados neste dispositivo da lei de drogas são os crimes de mera conduta, pois para a existência do delito não há a necessidade de ocorrência do dano ao bem jurídico tutelado, nestes casos o perigo é presumido, bastando que a conduta se subsuma a algum dos verbos previstos, Capez (2012, p. 772) conclui que:

Trata-se, portanto, de infrações de mera conduta, nas quais a configuração ou caracterização da figura típica decorre da mera realização do fato, independentemente de este ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses da sociedade.

Em harmonia com a lei de crimes hediondos, a lei de drogas suprimiu benefícios penais e processuais penais. Tais supressões estão expressas no art. 44 e seu parágrafo único, este artigo vedou os institutos da fiança, do sursis, da graça, do indulto, da anistia, da liberdade provisória e a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direito, além de exigir para a concessão do livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, ao invés de um terço como consta no Código Penal, sendo este vedado em caso de reincidência específica. Assim está redigido o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006:

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

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Ora, tais benefícios, segundo João José Leal e Rodrigo José Leal (2014, p. 266), “[...] foram instituídos após um tortuoso processo de discussão doutrinária, que culminou com inegáveis avanços quantitativos em termos de abrandamento do sistema de controle penal”. No entanto, com a supressão destes “[...] constata-se que o sistema de controle penal retrocede no tempo para intensificar seus pontos de assimetria e para estabelecer uma exceção punitiva de rigor excessivo e despropositado”.

Nisto também se constata uma amostra do direito penal do inimigo, a saber, a supressão de direitos e benefícios penais e processuais penais, havendo a preferência por penas privativas de liberdade. Essa é mais uma demonstração que esta lei, como outras que são identificadas como de luta contra o crime, foge dos padrões do modelo garantista e fomenta o rigorismo penal.

A transnacionalidade é característica própria dos crimes da modernidade. As grandes organizações criminosas não atuam mais somente em seus territórios, mas expandem seus negócios para além das fronteiras de seus países.

Atenta a esta situação e como reflexo dos crimes hodiernos, a lei de drogas estipulou a transnacionalidade como causa de aumento de pena para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, na forma do art. 40, inciso I, da referida lei:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Verifica-se que em relação à lei anterior houve uma ampliação do alcance do referido dispositivo, a respeito disso, Capez (2012, p. 814 e 815) explica que:

[...] de acordo com o dispositivo legal, mencionada majorante teve ampliado seu foco de incidência, não se limitando apenas às condutas de importar e exportar, isto é, ao chamado tráfico internacional. Assim, o traficante que vender drogas em território nacional, a uma organização criminosa internacional, para distribuição interna da droga, incidirá a causa de aumento, bastando apenas que se constate o caráter transnacional do delito, isto é, de que há uma rede integrada e conectada entre países.

Ainda com relação ao tráfico internacional de drogas, a Lei nº 9.614/98, lei do abate que modificou o Código de Aeronáutica Brasileiro, autorizou a destruição de aeronaves suspeitas de estar transportando drogas no espaço aéreo brasileiro, assim dispõe o parágrafo 2º do artigo 303 do Código de Aeronáutica Brasileiro, incluído pela lei do abate:

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

Apesar da regulamentação feita pelo Decreto nº 5.144/2004 estabelecer o procedimento prévio a ser executado antes de se tomar a última medida de destruição, fica claro que os traficantes de drogas definitivamente foram erigidos à condição de inimigos no ordenamento pátrio, não restando dúvidas da infiltração do direito penal do inimigo definido por Günther Jakobs.

3.4 LEI DO CRIME ORGANIZADO

Seguramente, uma das características mais marcantes da modernidade são o surgimento e o crescimento das organizações criminosas. Hodiernamente, os criminosos não mais atuam independentes e amadoristicamente, pelo contrário,

atuam em conjunto, de forma organizada, com distribuição de tarefas e aperfeiçoamento de práticas, em parceria com entidades criminosas internacionais. Desse modo, o crime organizado se tornou um dos maiores desafios para o Estado no que diz respeito ao controle da violência e segurança pública.

No Brasil têm-se duas grandes organizações criminosas nas duas principais metrópoles do país, o comando vermelho no Rio de Janeiro e o primeiro comando da capital (PCC) em São Paulo, as quais surgiram de dentro dos próprios presídios, lugar onde os presos deveriam ser ressocializados, no entanto, serviu de cenário para organização e incremento da marginalidade.

O surgimento das organizações criminosas no Brasil segundo Ferro (2009, p. 101) parafraseando Ivan Silva, tem duas fontes: o próprio desenvolvimento da atividade particular para a de quadrilhas profissionais em determinada espécie de crimes e a influência dada aos presos comuns por presos políticos misturados a estes. Em suas palavras ela diz:

Na compreensão de Ivan Silva, as nascentes do crime organizado no Brasil provêm basicamente de duas fontes, a evolução natural da atividade individual para a praticada por quadrilhas profissionais em determinada espécie de crimes e a “contribuição” dos conhecimentos de organização repassados pelos presos políticos aos presos comuns.

Para corroborar isso, tem-se a origem do comando vermelho que é oriundo da união de presos políticos a presos comuns no presídio da Ilha Grande no Rio de Janeiro durante o período do regime militar no país. Sobre isso Ferro (2009, p. 101) comenta que “O contato entre eles possibilitou aos primeiros darem lições de organização e enfrentamento do sistema estatal aos últimos, daí propiciando a criação da associação criminosa em questão, nos anos 70”.

Como resposta ao crescimento desta modalidade de crime surgiu em 1995 a Lei nº 9.034 que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Esta lei foi muito criticada, como afirma Ana Luiza Almeida Ferro, sobretudo pela sua inadequação e imprecisão terminológica, pela ausência de definição do conceito de organização criminosa, e pela possível inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos. (FERRO; GAZZOLA; PEREIRA, 2014).

Por fim, foi editada a Lei nº 12.850/2013 que revogou a lei anterior e trouxe em seu texto o conceito de organização criminosa para o ordenamento brasileiro. Assim diz o parágrafo primeiro do artigo primeiro da referida lei:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Além de conceituar organização criminosa e estipular sua pena, esta lei também regulamentou como se daria sua investigação criminal e os meios de obtenção de prova. Se destacando entre os meios de prova normatizados o instituto da colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de agentes.

Apesar dos avanços ocorridos com a nova lei do crime organizado, percebem-se traços característicos do direito penal do inimigo que Günther Jakobs preconiza. Primeiramente, analisando o tipo do art. 2º desta lei se pode verificar que se trata de um crime de perigo abstrato, cuja potencialidade lesiva é presumida em lei, como afirma Nucci (2014). E este é um dos fatores do direito penal do inimigo assinalados no capítulo anterior desta obra. Em seus termos, assim consta:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Além do mais, a lei do crime organizado relativiza alguns direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, como o direito a intimidade, por exemplo, que como se vê é mais um fator que distingue o direito penal do inimigo. Frisa-se que apenas relativiza, mas não suprime, já que a lei determina para esses casos a necessidade de autorização judiciária.

É possível verificar a relativização do direito a intimidade na lei do crime organizado nos dispositivos que autorizam: a captação ambiental, que necessita de autorização judicial quando uma das pessoas pede sigilo da conversa; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, que quando se trata de conversa sigilosa viola a intimidade; o afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal; e o pedido de informações de registros de identificação dos números dos

terminais de origem e de destino das ligações telefônicas, que do, mesmo modo, carece de autorização judicial. (NUCCI, 2014).

Portanto, conclui-se que a lei do crime organizado, assim como outras, é mais um caso de legislação que contém resquícios do direito penal do inimigo presente no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de a Constituição Federal de 1988 decretar como fundamento do Estado democrático de direito brasileiro e, a princípio, ser incompatível com tal perfil legislativo.

Com estas medidas, coloca-se o direito penal a frente de uma guerra que não é sua, pois o enfrentamento da criminalidade não é papel desta seara do direito. Ora, apesar destas leis que, como visto, são bastante enérgicas e intolerantes com determinadas espécies de crimes e criminosos, pode-se verificar que o nível de violência no país não baixou, pelo contrário continua a galgar patamares elevados.

Assim sendo, confere-se que surge esta legislação de caráter similar ao direito penal do inimigo de Jakobs, apesar de sua possível inadmissibilidade pelo Estado constitucional brasileiro, fazendo com que aqueles responsáveis por políticas públicas que realmente tragam algum benefício social no tocante a diminuição da marginalidade se escondam através destas leis que visam aplacar o clamor social por maior segurança.

4 A INCONSISTÊNCIA JURÍDICO-POLÍTICA EXISTENTE ENTRE OS EMBASAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como dito anteriormente, o modelo de direito penal proposto por Günther Jakobs surge como solução para que o Estado possa ser efetivo em sua luta contra a criminalidade que, nos últimos tempos, passou por transformações, sofisticando-se e ganhando novas dimensões. No entanto, seu modelo pretende aliar ao Estado Democrático de Direito um sistema penal que, em suas características, não se compatibiliza com este.

O que Jakobs constata com precisão é que o direito penal do inimigo, direcionado para aqueles que não demonstram à sociedade segurança cognitiva suficiente que se comportarão de acordo com o ordenamento jurídico e que, por isso, seria mais severo, já se verifica infiltrado nas legislações tradicionais de muitos países signatários do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, como posto no capítulo anterior, pode-se confirmar esse posicionamento de Jakobs em algumas leis de puro combate ao crime, que se afastam do modelo tradicional minimalista de direito penal, em detrimento de direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

A hipótese de Jakobs não leva em consideração que no interior dos Estados de Direito existe o Estado de Polícia encapsulado pelas leis e pela constituição, garantindo que este não venha à tona através daqueles que detêm o poder. Desta forma, legitimar que se distinga entre seres humanos quem deverá ser tratado como pessoa, com todos os seus direitos e garantias, e quem deverá ser tratado como inimigo da sociedade, devendo o seu perigo ser neutralizado pelo Estado, é entregar as armas necessárias para aqueles que detenham o poder, caso queiram, instalem o Estado de polícia, transformando o Estado democrático num Estado absoluto.

Mesmo que se alegue que em um Estado democrático quem detém o poder é o povo, representado por seus governantes e legisladores eleitos, não se pode olvidar que o domínio do poder é relativo, inconstante. Portanto, a população representada pode hoje deter o poder, mas não existe a certeza da permanência desta no domínio para o futuro.

Logo, a admissão do direito penal do inimigo no interior dos Estados Democráticos de Direito, não constitui apenas afronta aos postulados do direito penal, mas também a própria manutenção dos Estados Democráticos de Direito.

4.1 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como mencionado alhures, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no *caput* de seu art. 1º que o Brasil seria um Estado Democrático de Direito, trazendo, com isso, implicações para todo o sistema legal do país. O Estado Democrático de Direito vai além do Estado de Direito, não significando apenas a união deste com o conceito de Estado Democrático, como assevera José Afonso da Silva (2005, p. 112):

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.

O Estado de Direito surge do liberalismo, tendo em sua origem como principais atributos: a sujeição de todos à autoridade da lei; a divisão tripartida do poder em executivo, legislativo e judiciário, como forma de descentralizá-lo e combater as arbitrariedades de seus detentores; e a declaração formal de garantias individuais (SILVA, 2005).

Apesar da conquista do Estado de Direito ser um avanço contra os arbítrios do absolutismo monárquico, seu conteúdo carece de um teor social, visto que, em seus termos, representa a igualdade meramente formal entre os cidadãos, sobre isso Silva (2005, p. 118) arrazoza que:

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

A princípio, contentou-se com a determinação que a lei fosse genérica e impessoal, contudo, não se questionou a respeito do seu teor. Para Capez (2011), é plenamente possível que uma lei, embora impessoal, seja injusta quanto ao seu conteúdo, ou, em outras palavras, um Estado de Direito, com leis iguais para todos, pode não realizar justiça social, pois não existem discussões sobre os critérios de seleção das condutas delituosas feitas pelo legislador. Ele corrobora com este pensamento asseverando que:

[...] no Estado Formal de Direito, todos são iguais porque a lei é igual para todos e nada mais. No plano concreto e social não existe intervenção efetiva do Poder Público, pois este já fez a sua parte ao assegurar a todos as mesmas chances, do ponto de vista do aparato legal. (CAPEZ, 2011, 23).

Por isso, conclui Capez (2011) que o Estado Democrático de Direito se constata não apenas pela verificação formal da igualdade entre os homens perante a lei, mas pelo estabelecimento de metas de cunho social, pelo pluralismo político e liberdade de expressão das ideias, pelo resgate da cidadania e afirmação do povo como única fonte do poder, e pelo respeito ao primado da dignidade da pessoa humana. Assim ele completa:

Significa, portanto, não apenas aquele que impõe a submissão de todos ao império da mesma lei, mas onde as leis possuam conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade. (CAPEZ, 2011, p. 24).

O direito penal em um Estado Democrático de Direito, assim como as demais leis, é pautado por um juízo de pertinência com o contexto social em que é inserido. Dessa maneira, é imprescindível que a lei penal contemple condutas que realmente ocasionem lesão a um bem jurídico relevante para a sociedade. Nesse entendimento, Capez (2011, p. 24) leciona que:

A norma penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social.

Portanto, conclui-se que o Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser prescindido, como almejam os abolicionistas. Tão pouco pode ser elevado a patamares muito altos como propugnam os defensores do direito penal máximo, e aqui se posiciona o direito penal do inimigo. Pelo contrário, deve-se buscar um direito penal do equilíbrio, que seja utilizado de forma racional pelo Estado, que não busque a punição apenas como retribuição do mal perpetrado, por isso preconiza Greco (2014, p. 30):

Na concepção que podemos chamar de “equilibrada” situa-se o Direito Penal Mínimo. O seu discurso, mais coerente, *permissa venia*, com a realidade social, apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

Assim sendo, a criação de leis penais simbólicas e o recrudescimento de penas para aplacar os anseios populares, nos moldes do direito penal do inimigo, é contrária ao próprio sentido de ser do Estado Democrático de Direito e, em harmonia com este, o direito penal deve ser utilizado em última análise, naqueles casos em que sua atuação se torna indispensável.

4.2 PRINCÍPIOS AFRONTADOS PELO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Do Estado Democrático de Direito emergem princípios norteadores de diferentes esferas da vida dos cidadãos. No campo do direito penal, desponta o princípio da dignidade humana, insculpido na Constituição Federal de 1988 (CF, art. 1º, III). Este princípio regula e orienta todo o sistema penal, transformando-o em um direito penal democrático. Deste princípio surgem, como seus corolários, os demais afetos à esfera criminal, que guiam o legislador na fixação das condutas delituosas.

Assim, aquela conduta que de alguma forma contrariar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, pois atentará contra o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito, como assenta Capez (2011, p. 25):

[...] do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado.

Desse modo, o operador do direito realiza o controle técnico de verificação de constitucionalidade em dois momentos: na análise da criação de um tipo penal e na adequação deste ao fato concreto. Em situações específicas, o tipo até pode estar em acordo com a constituição, mas sua aplicação ao caso concreto ser contrária a ela, como explica Capez (2011).

Estes princípios orientam o direito penal de modo que este não defende todo e qualquer interesse, mas apenas aqueles bens jurídicos mais relevantes. Por isso, caminha-se para um direito penal mínimo ou do equilíbrio, tendo como diretriz os seguintes princípios: dignidade da pessoa humana; intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade e legalidade (GRECO, 2014).

Analisando estes princípios, pode-se observar que muitos deles são afrontados diretamente pela teoria do direito penal do inimigo e seus pressupostos. Conseqüentemente, o mesmo não é compatível, sob a perspectiva constitucional, com o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, com o ordenamento jurídico brasileiro, embora, como visto no capítulo anterior tal teoria começa a entrar na legislação nacional.

A respeito da violação dos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* Capez (2011, p. 26) é contundente quando diz que:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Dentre os princípios orientadores do direito penal, tem-se como pilar para todos os outros o princípio da dignidade da pessoa humana. Por este princípio o Estado deve voltar suas atuações para a figura do homem, devendo somente coibir os comportamentos intoleráveis, que atinjam os bens mais importantes e

necessários para o convívio em sociedade, sobre este princípio Bulos (2009, p. 415) comenta que:

[...] este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social.

O princípio da intervenção mínima leva o direito penal a tutelar apenas os bens mais importantes para a sociedade. Desse modo, ele deve ter caráter subsidiário, ou seja, apesar da importância de um bem, se for possível a sua proteção por outro ramo do direito este o fará. Tal princípio também leva a descriminalização de condutas que protegiam bens que perderam sua importância ao longo do tempo. A respeito deste princípio Bitencourt (2010, p. 43) leciona:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

O direito penal tipifica apenas condutas que tenham certa relevância social, por isso, pelo princípio da adequação social, aquelas condutas que são consideradas corretas pela sociedade não devem ser criminalizadas. Do mesmo modo, este princípio prega que se uma conduta, que era considerada socialmente inadequada, passa a ser aceita pela sociedade, o legislador deve promover sua descriminalização. Ele também orienta a interpretação das normas penais vigentes quanto a sua aplicação mesmo com o passar dos anos.

O princípio da lesividade exige que de fato o bem tutelado seja lesionado, não sendo puníveis pensamentos, cogitações ou atitudes que não atinjam os bens de terceiros. Comentando a aplicação deste princípio, Bitencourt (2011, p. 52) afirma:

Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.

Já o princípio da insignificância baliza a aplicação dos tipos penais ao caso concreto, de modo que fatos de pequeno ou mesmo de nenhum valor venham a movimentar o aparelho Estatal inutilmente, dessa maneira, este princípio vem afastar a tipicidade do fato praticado, sobre isso Greco (2014, p. 32) explica:

O princípio da insignificância, cuja aplicação conduz à atipicidade do fato praticado, deverá merecer análise em sede de tipicidade conglobante, especificamente na vertente correspondente à tipicidade material, que é o critério em virtude do qual o direito penal afere a importância do bem no caso concreto.

Outro princípio decorrente da dignidade humana e garantidor do Estado Democrático de Direito é o da individualização da pena que está expresso no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988. Este princípio estabelece que a pena seja particularizada para cada agente, conforme sua atitude e bens lesionados. Semelhante deste princípio está o da proporcionalidade que estabelece que as penas devam ser proporcionais ao mal praticado pelo agente.

Ainda tem-se o princípio da responsabilidade pessoal, da pessoalidade ou da intranscendência da pena, expresso no art. 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988. Segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do apenado. Ainda com relação às penas, tem-se também o princípio da limitação das penas, de igual modo previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLVII), o qual proíbe penas de morte, salvo em guerra declarada; perpétuas; de trabalhos forçados; de banimento ou cruéis.

Além destes, o princípio da culpabilidade apregoa que não se deve punir quando não se puder exigir conduta diversa da praticada. E por fim, tem-se o princípio da legalidade, que é entendido como coluna dos outros princípios. Sobre isso, Greco (2014, p. 34) explica que o intérprete da lei:

Deverá não somente evidenciar se o procedimento legislativo de criação típica foi devidamente observado, como também pesquisar se o conteúdo da lei penal não contraria os princípios expressos ou implícitos contidos em nossa Lei Maior, norteadores de todo o sistema.

Em análise destes princípios, balizadores do direito penal no Estado Democrático de Direito, verifica-se que estes são transgredidos pelo direito penal do inimigo, pois como se vê, eles preconizam um direito penal que seja menos repressor e atue o mínimo possível, o que vai de encontro ao rigorismo propalado pelo direito penal do inimigo.

Como exemplo destes princípios afrontados pelas teses do direito penal do inimigo tem-se o princípio da intervenção mínima que apregoa a utilização do direito penal apenas quando outras instâncias do direito não conseguirem solucionar os casos concretos, pois o direito penal do inimigo enxerga o direito penal como a primeira ferramenta necessária para combater os desvios da sociedade.

Já o princípio da lesividade é outro princípio confrontado pelo direito penal do inimigo, na medida em que, como se viu anteriormente, uma das características desta doutrina é a criação de crimes de perigo abstrato, que são aqueles que não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste em perigo real ou concreto, assim, pretende-se anular o perigo gerado pelos tidos como inimigos antes que lesionem os bens jurídicos protegidos.

Observando os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da limitação de penas, podem-se constatar suas incongruências com as disposições que suprimem direitos e benefícios penais para determinadas categorias de delinquentes, estipulando penas que não são reduzidas proporcionalmente ao adiantamento de punibilidade perpetrado por elas, ou estipulando regimes prisionais mais rígidos de forma genérica sem que haja uma análise subjetiva de cada caso.

No que diz respeito aos princípios da culpabilidade e da legalidade, nota-se a afronta a estes realizada pela penalização de alguns indivíduos, constituídos como inimigos, com base apenas em indícios ou suspeitas, como ocorre nos casos de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado ou no abate de aeronaves suspeitas de tráfico de drogas, por exemplo. Sobre o juízo de culpabilidade no direito penal do inimigo, Capez (2005, p. 302) disserta:

A reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade,

anteriores, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida.

Além do mais, percebe-se que esta atitude fere o princípio da presunção da inocência, que estabelece que ninguém será considerado culpado por crime antes que seja proferida condenação judicial irrecorrível sobre este, sendo este um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Explicando tal preceito constitucional Bulos (2009, p. 594) esclarece:

Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou *juris tantum*, da não-culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios.

Como todos estes princípios decorrem da dignidade da pessoa humana, não restam dúvidas de que este princípio também é afrontado pelos fundamentos do direito penal do inimigo, sobretudo na negação da condição de pessoa de direito para os considerados inimigos. Portanto, um Estado Democrático de Direito, por seus fundamentos jurídico-políticos, não pode recepcionar tal teoria em sua estrutura jurídica.

4.3 A INVIABILIDADE DA PROPOSTA DE GÜNTHER JAKOBS

Não só os embasamentos do direito penal do inimigo de Jakobs são conflitantes com os postulados do Estado Democrático de Direito, como também sua proposta de conter seu avanço em face do direito penal tradicional não demonstra viabilidade.

Günther Jakobs, em sua proposição, não preconiza apenas a adoção do direito penal do inimigo, mas aspira sua contenção dentro do Estado Democrático de Direito. Para ele, delimitando-se o direito penal do inimigo e separando-o do direito penal do cidadão, mantém-se resguardado o direito penal garantista tradicional. Seu argumento parte do fato de na prática já se constatar a utilização deste modelo de

direito imiscuído no direito penal clássico. Analisando os postulados de Jakobs, Zaffaroni (2011, p. 156) explana que:

Conforme este autor, o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os cidadãos e de outra para os inimigos, reservando o caráter de pessoa para os primeiros e considerando não-pessoas os segundos, confinando, porém, esta habilitação num comportamento estanque do direito penal, de modo que todo o resto continue funcionando de acordo com os princípios do direito penal liberal.

Nesse sistema penal binário, a pena continuaria a cumprir o que para Jakobs é a real função da pena, reafirmar a vigência da norma, mas apenas no direito penal do cidadão. Já no direito penal do inimigo, a pena atuaria tão somente para neutralizar o perigo expelido pelos inimigos. De fato, quando Jakobs propõe habilitar o poder punitivo como forma de mera contenção dos entes perigosos, ele supõe ser possível impedir que todo o direito penal seja contaminado e o poder punitivo seja utilizado sem restrições.

No entanto, ao almejar a coexistência do direito penal do inimigo e do direito penal do cidadão no interior do Estado de direito, Jakobs tenta conciliar o conceito de inimigo no Estado constitucional de direito, porém, tal compatibilização é antagônica aos próprios fundamentos desse Estado. Para Zaffaroni (2011), este posicionamento não leva em consideração que o conceito de inimigo, fora do cenário de uma guerra, corresponde ao Estado absoluto que, em sua essência, não reconhece limites, significando na verdade o abandono do princípio do Estado de direito. Segundo ele:

[...] o conceito de inimigo não admite limitações (nada, fora do próprio poder, pode impedir que se reduza o inimigo à *nuda vita*), nem tampouco o Estado a cujo direito se incorpora esse conceito (não há nada capaz de impedir que o Estado no qual se introduz o conceito de inimigo acabe em Estado absoluto). (ZAFFARONI, 2011, p. 160-161).

Como nas precisas lições de Zaffaroni (2011), não existem conceitos limitados de inimigo como pretende Jakobs, pois este é delimitado por quem está no exercício do poder. Dessa forma, depende do juízo pessoal de periculosidade deste, na medida em que o poder real o permitir, e, devido à incerteza do futuro, esse juízo se manterá em aberto. As teses de Jakobs, a seu ver, levam a quebra inevitável do Estado de direito, ele diz:

O Estado de direito concreto invocado pelo professor de Bonn – isto é, o que fica consignado nos fatos entregues ao juízo sobre a necessidade que o soberano tenha e ao espaço de poder real de que ele disponha – anula o Estado de direito abstrato, ou seja, cancela o próprio princípio do Estado de direito, ficando o limite do poder em mãos de um soberano que individualiza inimigos por decisão política e contra quem não se pode oferecer resistência. (ZAFFARONI, 2011, p. 164).

Em outros termos, o modelo de direito penal de Jakobs objetiva refrear o direito penal do inimigo, para isso, apesar do paradoxo, legitima o mesmo dentro do Estado de direito. Todavia, com todas as incompatibilidades existentes entre o direito penal do inimigo e o Estado Democrático de Direito que decorrem da própria natureza de cada um, esta legitimação acaba quebrando parcialmente o próprio Estado Democrático de Direito, deixando desguarnecido o Estado para que este venha a se tornar um absoluto, o que seria a ruptura total do Estado Democrático de Direito.

Este cenário explica-se, pois a identificação dos inimigos cabe ao detentor do poder. Ora, no Estado Democrático de Direito o poder emana do povo e é exercido por este através dos seus representantes eleitos através do sufrágio universal, mas tudo isto ocorre no modelo abstrato que difere da realidade. A realidade, que Zaffaroni (2011) chama de Estado de direito concreto apresenta falhas em relação ao modelo ideal. Por exemplo, os representantes eleitos pelo povo podem representar grupos diversos que, devido ao seu forte poder econômico, conseguem ser eleitos e podem não representar os interesses da população, mas seus próprios interesses. Sobre isto ele afirma que: “[...] o Estado de direito concreto realizado no mundo – não pode ser nunca igual ao ideal, porque conserva em seu interior, encerrado ou encapsulado, o Estado de polícia [...]” (ZAFFARONI, 2011, p. 169).

Deste modo, mesmo em um Estado Democrático de Direito, a determinação de membros da sociedade como inimigos, sendo negada a condição de pessoa para estes não se mostra aconselhável, haja vista o risco dos erros cometidos durante esta classificação. Tem-se ainda o elevado custo dessa operação, a saber, a liberdade individual de todos os cidadãos, já que todos estariam vulneráveis a tornarem-se inimigos do Estado e ter seus direitos e garantias cerceados. Sobre isto, Francisco Muñoz Conde (2012, p. 62) leciona com precisão:

Os direitos e garantias fundamentais próprios do Estado de Direito, sobretudo as de caráter penal material (princípios de legalidade, intervenção mínima e culpabilidade) e processual penal (direito à presunção de

inocência, à tutela judicial, a não fazer declarações contra si mesmo etc.), são pressupostos irrenunciáveis da própria essência do Estado de Direito, cujo ordenamento jurídico se converte em um ordenamento puramente tecnocrático ou funcional, sem nenhuma referência a um sistema de valores ou, o que é pior, referido a qualquer sistema, ainda que injusto, sempre que seus executores tenham o poder ou a força suficiente para lhe impor. O Direito assim entendido se converte em um mero Direito de Estado, no qual é submetido aos interesses que, em cada momento, o Estado ou as forças que controlam ou monopolizam seu poder determinam.

A proposta de Jakobs é uma proposta estática, como afirma Zaffaroni (2011), pois analisa a realidade como ela está atualmente e conjectura que esta permanecerá inalterada no futuro, como se estivesse perante um quadro ou fotografia da realidade. No entanto, ele releva que a realidade é dinâmica e, dessa forma, as relações que envolvem a posse do poder se modificam. Então, sob o ponto de vista estático:

[...] se concedermos um espaço limitado ao direito penal do inimigo, ou seja, se entregarmos um grupo de pessoas ao poder conforme o modelo do Estado de polícia, e de forma limitada, as pulsões deste modelo cessarão. Todavia, não é isso que acontece na realidade dinâmica do poder, no qual todo espaço que se concede ao Estado de polícia é usado por este para estender-se até chegar ao Estado absoluto. (ZAFFARONI, 2011, p. 166-167).

Portanto, o modelo sugerido por Jakobs, enquanto proposta estática de contenção do direito penal do inimigo, não se sustenta, pois não é possível manter-se estável o Estado Democrático de Direito se lhe é inserido um direito penal que tende ao Estado de polícia. Logo, a introdução do direito penal do inimigo representa o abandono do modelo ideal que orienta o Estado de direito concreto, o Estado Democrático de Direito.

4.4 A PROPOSTA DINÂMICA DE CONTENÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Para conter-se verdadeiramente o crescimento do punitivismo nos Estados de Direito, expresso em doutrinas como a do direito penal do inimigo, é preciso considerar todos os aspectos dinâmicos da vida e, em especial, das relações decorrentes da disputa pelo domínio do poder. E o direito penal é reflexo do Estado

em que é inserido, desempenhando papel fundamental para direcioná-lo ao modelo ideal.

Ao exercer seu papel fundamental nos Estados de Direito, o direito penal deve ter como finalidade reduzir e conter o poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. Para tanto, o direito penal serve-se do modelo abstrato do Estado de direito, ou além como caso brasileiro – Estado Democrático de Direito, e seus princípios basilares como norteadores das suas ações, como salienta Zaffaroni (2011, p. 172):

Nesse sentido, o direito penal é um apêndice indispensável do direito constitucional do Estado de direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de polícia. O Estado de direito ideal é o instrumento que orienta o direito penal em todo Estado de direito, marcando os defeitos que a realidade sempre apresenta e que se estabelecem na comparação do Estado de direito histórico com o ideal.

Os Estados de direito concretos, ou seja, os realizados no mundo real representam a contenção do Estado de polícia, pois no seu interior quem detém o Poder Executivo ou suas agências tenta livrar-se de todos os controles e limitações. E, por isso, nunca corresponderá ao modelo ideal em sua totalidade. No entanto, o modelo ideal é essencial, porquanto serve de comparativo para que sejam corrigidos eventuais desvios que o Estado de direito concreto venha a realizar, não podendo ser olvidado por este. Nesse sentido Zaffaroni (2011, p. 169-170) assenta que:

É por isso que o modelo ideal do Estado de direito, no qual todos estão submetidos da mesma forma perante a lei, embora seja indispensável como farol do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de direito históricos ou reais, mas que nunca se realiza plenamente no mundo. Sabe-se, outrossim, que a realização desse ideal será sempre impedida pelas pulsões que atuam para que todos estejamos simplesmente submetidos à vontade arbitrária de quem manda, que é a regra do Estado absoluto, ou seja, à sua máxima realização.

Então, por causa disso busca-se no Estado Democrático de Direito um direito penal do equilíbrio, como preconiza Greco (2014), que seja mínimo, que tutele apenas os bens jurídicos mais relevantes do ponto de vista social, pois como afirma Zaffaroni (2011, p. 170):

Quanto maior é a contenção do Estado de direito, mais próximo se estará do modelo ideal, e vice-versa, mas nunca se chegará ao modelo ideal porque para isso seria preciso afogar definitivamente o Estado de polícia e

isso implicaria uma redução radical – ou uma abolição – do próprio poder punitivo.

Nesse sentido, o Estado de direito ideal é quem orienta o direito penal para realizar este escopo. Portanto, o direito penal deve sempre seguir para o ideal do Estado de direito, pois quando se omite de sua função o Estado de polícia avança no interior deste. Portanto, sob este enfoque dinâmico da realidade, tem-se que o direito penal não apresenta velocidades, como considera Silva Sánchez (2013), mas “[...] sim uma caixa automática, ou seja, uma alavanca que indica apenas avanço e retrocesso” (ZAFFARONI, 2011, p. 172).

Assim, o direito penal em um Estado de direito é necessariamente garantista, pois este, por sua natureza, não comporta outro tipo de direito penal que não o de garantias. Ou seja, o direito penal garantista é inerente ao Estado de direito, pois as garantias penais e processuais resultam da contenção do Estado de polícia realizada ao longo dos anos. Por conseguinte, o direito penal do inimigo, por sublevá-las, não se harmoniza com esse perfil, sobre isso Zaffaroni (2011, p. 173) aduz:

Referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias, isto é, garantista.

Se por um lado o trabalho de Jakobs merece louvor por constatar a presença real do direito penal do inimigo nos ordenamentos, por outro sua construção teórica não se sustenta por querer dar traços de legitimidade a esta realidade que acaba por desarticular todo o aparato de proteção do Estado concreto que é o modelo ideal do Estado de direito. A respeito disso Zaffaroni (2011, p. 178) opina que:

Verificar que os Estados de direito não são ideais é positivo, porque é realista e, ademais, permite-nos diagnosticar seus defeitos e constatar qual é o grau de realização do Estado de direito ideal no momento histórico para saber como, a partir desse ser real e concreto, pode-se marchar na direção do dever ser.

Portanto, ao utilizar-se o modelo ideal do Estado de direito para sanar os possíveis defeitos que o Estado de direito real tenha, realiza-se uma contenção dinâmica do Estado de polícia que atua dentro deste, buscando aumentar os seus limites de atuação. Logo, só assim é possível realizar uma limitação eficaz e viável

do direito penal do inimigo constatado atualmente. Pois este representa verdadeiro retrocesso no campo das conquistas liberais, ao passo que se configura direito penal do autor que desrespeita os princípios formadores do Estado Democrático de Direito, como o da dignidade da pessoa humana e seus corolários, por isso Greco (2014, p. 28) afirma:

Dizer que a sociedade, na qual todos nós estamos inseridos, é composta por cidadãos e por inimigos, para os quais estes últimos devem receber tratamento diferenciado, como se houvesse um estado de guerra, é voltar ao passado, cuja história a humanidade quer, na verdade, esquecer.

Destarte, conclui-se que é preciso analisar todo o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial o penal, sob a luz do Estado Democrático de Direito, como paradigma norteador, para que se possa extirpar qualquer resquício de legislação de direito penal do inimigo que subsista no país, pois neste está inserido o germe que pode destruir todo o Estado Democrático, e por consequência, a sociedade pode perder seus alicerces e vir a sucumbir.

5 CONCLUSÃO

Tratou-se de um trabalho audacioso, mas preciso e pontual, no tocante ao seu objeto de investigação. O desafio de analisar alguns diplomas penais, investigando se em cada um deles observa-se a presença do direito penal do inimigo, não obstante tratar-se o Brasil de um Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, realizou-se um estudo sobre o direito penal com suas características principais e seus fundamentos. Para tanto, inicialmente contextualizou-se o direito penal do inimigo, explanando que este surge em sociedade complexa desenvolvida após o período do modernismo, uma sociedade que, devido aos avanços e mudanças ocorridos durante este período, apresenta também novos riscos que precisam ser gerenciados pelo direito. Neste cenário, a criminalidade também mudou seus paradigmas e passou agir de maneira diferente, ganhado destaque o crescimento do crime organizado, tráfico de drogas e o terrorismo que surgiram nesta época.

Em seguida, buscou-se explicar em que consistia o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs e sua teoria da prevenção geral positiva. Dessa forma, foi demonstrado que para Jakobs o direito penal tem como função precípua a proteção da vigência da própria norma e para ele a aplicação da pena deve cumprir o papel de prevenir novos crimes gerando na população o sentimento de que a norma está em vigor, sendo esta reafirmada através da pena como forma de desabonar sua infração.

Após isto, procurou-se analisar as principais características do direito penal proposto por Günther Jakobs. Assim sendo, procurou-se demonstrar a diferenciação que ele faz entre os cidadãos e os inimigos, na qual estes não devem ser tratados como pessoas por não demonstrarem segurança cognitiva de que suas condutas se conduziram conforme o direito vigente. Foi salientado que este conceito de inimigo não é inédito, tendo origem no direito romano na figura do *hostis*.

Além disto, destacou-se que o direito penal do inimigo tem como principais atributos o recrudescimento de penas para crimes já existentes com predominância do encarceramento como medidas de segurança para anular o perigo dos inimigos; a hipertrofia legislativa com a criação de novos crimes, muitos com efeito simbólico; a antecipação da tutela penal com a tipificação de atos preparatórios, a criação de

tipos de mera conduta e de crimes de perigo abstrato, como forma de neutralizar o inimigo antes que este venha causar dano a algum bem juridicamente tutelado; e a relativização e a supressão de direitos e garantias fundamentais.

Logo após, passou-se a uma análise da legislação brasileira com destaque para algumas leis que contém disposições típicas do direito penal do inimigo. A primeira lei analisada foi a lei de crimes hediondos que alterou o ordenamento brasileiro agravando a situação daqueles que cometem os crimes ali elencados, ressaltando-se o prazo superior para a progressão de regime prisional e a insuscetibilidade de anistia, graça, indulto ou fiança para os que cometem tais crimes.

Outra lei estudada foi a que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado como punição para aqueles apenados que cometessem crime doloso estando presos, colocando em risco a ordem e disciplina internas dos estabelecimentos penais.

Este regime disciplinar também é aplicável para aqueles que, conforme a redação da referida lei, representem risco a ordem e a segurança dos estabelecimentos penais ou da sociedade. Além de aplicar-se para aqueles em que recaiam fundadas suspeitas de participarem de organizações criminosas, quadrilhas ou bandos. Deste modo, tal lei faz nítida alusão ao perigo de alguns criminosos e penaliza outros pelo que são ou grupo que constituem, ficando evidenciado o direito penal do autor, diretriz típica do direito penal do inimigo.

Além disso, foi analisada a lei de drogas que erigiu aqueles enquadrados como traficantes como verdadeiros inimigos do Estado. Esta lei tipificou vários atos preparatórios para o crime de tráfico propriamente dito, constituindo também alguns crimes de mera conduta, recursos utilizados como forma de deixar os inimigos inofensivos antes que venham agir. Além do mais também elevou as penas para estes crimes estipulados na referida lei e conjugação com a lei do abate, que autoriza o abate de aeronaves suspeitas de tráfico de drogas, fazendo ressalva a vedação constitucional às penas de morte.

E para concluir, foi feita uma avaliação da lei do crime organizado que também estipulou crimes de perigo abstrato como também relativizou do direito a intimidade ao estipular os meios de investigação dessas organizações criminosas, ficando evidenciado, mais uma vez, os vestígios de direito penal do inimigo nesta legislação.

Por fim, demonstrou-se a incompatibilidade jurídico-política entre os embasamentos do direito penal do inimigo e os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Para isso, caracterizou-se como deveria ser o direito penal em um Estado Democrático de Direito, verificando-se que este deveria, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários, buscar atuar de forma equilibrada, a saber, como direito penal mínimo, vindo atuar apenas quando estritamente necessário.

Posteriormente, identificaram-se os princípios do Estado Democrático de Direito afrontados pela utilização do direito penal do inimigo como arma repressora da criminalidade, apontando as características principais de cada um. Só então, passou-se a expor os motivos da inviabilidade da proposta de contenção do direito penal do inimigo de Jakobs, dentre eles o fato de não existir conceito limitado de inimigo e que com as relações de luta pelo poder são dinâmicas, a adoção deste tipo de direito penal levaria a ruína o próprio Estado de direito que se converteria em Estado absoluto.

Deste modo, constatou-se que o direito penal do inimigo não é formalmente admissível em um Estado Democrático de Direito, todavia, pragmaticamente, este marco teórico está presente em diplomas penais em vigor, vez que pela sistemática constitucional o caráter de constitucionalidade das leis é presumido, conclui-se muitas vezes estas normas foram aplicadas em todo território brasileiro.

Tal conclusão evidenciou a necessidade de que se faça o contraponto constitucional da norma penal, quando da sua aplicação, devendo o Judiciário utilizar como baliza as diretrizes do Estado Democrático de Direito, buscando resguardar os direitos e garantias individuais dos cidadãos, não permitindo retrocessos quanto à política criminal implícita nas normas penais em vigor no Brasil.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática**: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da Criminologia Crítica**. Curitiba: Juruá, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. reform. e atual. de acordo com a EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Vade mecum saraiva**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

_____. **Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9614.htm>. Acesso em: 18 de fev. 2015.

_____. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2015.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2015.

_____. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC nº 111840/ES, rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27 de jun. 2012**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+111840.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+111840.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/baxfg6h>>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 4. v. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito penal: parte especial**. 3. v. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. 1. v. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMANTO, Roberto. **Regime Disciplinar Diferenciado ou Pena Cruel**. Disponível em:

<http://www.delmanto.com/Conteudo/artigos/2004/Roberto/regime_disciplinar_diferenciado.pdf>. Acesso em: 16 de fev. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____; GAZZOLA, Gustavo dos Reis; PEREIRA, Flávio Cardoso. **Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **RDD e regime de segurança máxima**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061002164116149&mode=print>. Acesso em: 16 de fev. de 2015.

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

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 7. ed. rev. e ampl. Niterói: Impetus, 2014.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEAL, João José. **Crimes Hediondos: a lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

_____; LEAL, Rodrigo José **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na lei 11.343/06**. Curitiba: Juruá, 2014.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático: parte geral**. Rio de Janeiro: Método, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de Moraes. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Karyna batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

NERY, Déa Carla Pereira. **Justiça Restaurativa**: direito penal do inimigo versus direito penal do cidadão. Curitiba: Juruá, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 2. v. 8. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA E SILVA, Marysia. **Crimes Hediondos & Progressão de Regime Prisional**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.