

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**  
**CURSO DE DIREITO**

**ELOENIA SOARES DA MOTA**



Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**

**A APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO**  
**DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**

**RUBIATABA – GO**

**2012**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**  
**CURSO DE DIREITO**

**ELOENIA SOARES DA MOTA**

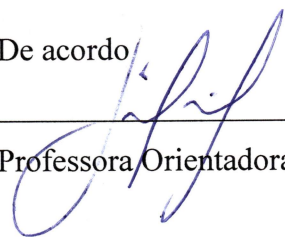


**A APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO**  
**DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Associação Educativa Evangelica  
**BIBLIOTECA**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de bacharelado do Curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - FACER - sob à orientação da Professora Ms. Jaqueline José de Oliveira.

De acordo



---

Professora Orientadora

5-38963

Tombo nº	19195
Classif.:	
Ex.:	1
Origem:	id
Data:	14-02-13

**RUBIATABA – GO**

**2012**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

**ELOENIA SOARES DA MOTA**

**A APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

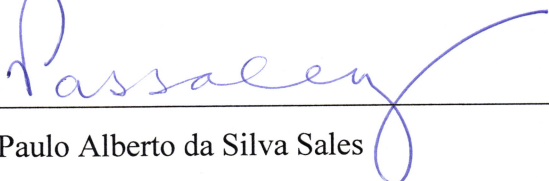
RESULTADO: 10.0

Orientadora: \_\_\_\_\_

  
Jaqueline José Silva de Oliveira

Mestre em Direito e Relações Internacionais e Desenvolvimento Econômico

1º Examinador: \_\_\_\_\_

  
Paulo Alberto da Silva Sales

Doutorando em Letras e Linguística – Estudos Literários - UFG

2º Examinador: \_\_\_\_\_

  
Daniel Martins Sotelo

Mestre em Teologia

Doutorando em Ciências da Religião

Pós Doutorando em Educação

**RUBIATABA, 2012.**

## DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho as minhas sobrinhas, Luana da Mota Costa e Amanda da Mota Costa, fontes de inspiração da minha vida, expressões do meu ágape eterno!*

*Aos meus pais, Lourival Fernandes da Mota e Leontina Soares Fernandes, por serem quem são, nunca medindo esforços para me ampararem, apoiando nas minhas decisões, sendo um esteio na conclusão desta etapa importante, concretizando este nosso sonho familiar, o curso superior, enriquecendo meus dias, com tudo que uma filha necessita, educação, amor, carinho, pois, sem os mesmos, não estaria aqui. Os amo muito!*

*As minhas irmãs Edilene Soares da Mota e Elizângela Soares da Mota, pelo carinho, amor, respeito e apoio, em todas as circunstancias.*

*Aos jovens sonhadores, os que lutam por oportunidades, crescimento, com sabedoria e dignidade, testemunhando o amor de Deus, sonhando a cada dia, com um futuro melhor!*

*“Deus nos faz perfeitos e não escolhe os capacitados, capacita os escolhidos.” (Albert Einstein)*

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço ao meu Deus Supremo pelo bem maior, a vida, pelas oportunidades, conquistas e saúde.*

*Meus sinceros agradecimentos a minha orientadora Ms. Jaqueline Jose de Oliveira pela constante atenção e incentivo em todo o transcorrer deste árduo trabalho de pesquisa e pelo exemplo de profissionalismo, garra, amizade e confiança construída nos momentos importantes de nossa convivência.*

*Ao meu tio Mons. Vanildo Fernandes da Mota pelo incentivo inicial da minha vida acadêmica. Obrigada pelas orientações e confiança!*

*A todos os membros do Setor Juventude Diocesano pelo companheirismo e lutas, advindas de nossa alegria em servir na missão.*

*As irmãs da Fraternidade Diocesana Mãe de Deus, pelos laços de amizade, respeito que obtivemos ao longo dos anos. Obrigada por me ensinarem a cada dia o valor da vocação fraterna!*

*A Associação de Presbíteros da Diocese de Rubiataba-Mozarlândia (APRUMO), os quais concederam bolsa parcial, durante todo o curso.*

*A Dra. Nalim Cunha pela amizade, compreensão, dedicação e apoio. Exemplo de competência e amor ao trabalho e a tudo que faz. Obrigada sempre doutora!*

*Aos amigos, estes que sabe quem são, pois, estão sempre comigo e se alegrem com a minha conquista. Guardá-los-ei eternamente em meu coração!*

*Ao “quarteto fantástico” estonteante de alegria, pois, compartilhamos nossas vidas, fazemos historia com nossas tristezas e desilusões, mas como sempre, damos a volta por cima, um ajudando o outro com dedicação, amor, carinho, respeito, companheirismo e principalmente proteção! Minha vida não seria a mesma sem vocês!*

*Aos amigos (a) e todos os colegas de faculdade que estiveram comigo estes árduos cinco anos. Agora é o fim de uma etapa, para o começo de uma gloriosa historia! Em especial Andréia Silva, Fernanda Oliveira, Larissa Araujo, Renata Madureira, Gessica Yandara.*

*A FACER/CESUR – Aos todos os funcionários, principalmente as bibliotecárias, pelo excelente trabalho, sempre auxiliando os alunos, com atenção e respeito. A todos os professores da Instituição FACER, em nome do Professor Eufrásio Leal e da professora Geruza Silva pela compreensão e orientações no decorrer da faculdade e do período de monografia.*

*Em fim, muito obrigado a todos que acreditaram na minha vitória, amigos e familiares que de uma maneira ou outra me acompanharam nesta longa caminhada acadêmica.*

*“...não que, por nós mesmo, sejamos capazes de pensar alguma coisa, como se partisse de nós; pelo contrário, a nossa suficiência vem de Deus...” (2 cor. 3:5).*

*“Deus cuida de mim; Deus cuide de você!”*

*A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.*

*(Celso Antonio Bandeira de Melo)*

## LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS.

Art. = Artigo

Arts. = Artigos

Apud= citado por

Cf.= conferir em

ed. Ed.= edição, editora

RDD = Regime Disciplinar Referenciado

n. = número

p. = página

ss.=seguintes

usque = até

§ = parágrafo



**RESUMO:** O presente trabalho analisa o Direito Penal do Inimigo considerando a aplicabilidade no Estado Democrático de Direito. Originário por Gunther Jakobs com o objetivo de combater o aumento da criminalidade, utilizando de dois tipos de criminosos para definir o Direito Penal. O criminoso cidadão que pratica um delito qualquer por algum fator, desrespeitando a norma, e o criminoso inimigo aquele que atenta diretamente contra o Estado, se separando das normas do Direito. Sendo ele julgado sem procedimento penal, sem garantias processuais e constitucionais, abandonado os princípios do Estado de Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana, passando a provocar uma contradição entre a doutrina penal e a política do Estado Constitucional de Direito.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Dignidade da pessoa humana. Aplicabilidade no Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT:** This study analyzes the Criminal Law of the Enemy or not considering the compatibility with the democratic rule of law. It originates by Gunther Jakobs in order to combat rising crime, using two types of criminals to set the criminal law. The criminal is the criminal citizen who commits an offense by any one factor and the criminal enemy whose looketh directly against the state, separating so unalterable law. So it is not considered a procedural subject, treated as a thing, and no citizen (person), no prosecution, no procedural safeguards and constitutional abandoned the rule of law, the principle of human dignity, going to cause a contradiction between the doctrine and the criminal policy of the State Constitutional Law.

**Keywords:** Criminal Law. Criminal Law of the Enemy. Human dignity. Applicability in a democratic state.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. NOÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	14
1.1 Contexto histórico do Direito Penal e a presença do inimigo.....	14
1.2 Surgimento do Direito Penal do Inimigo.....	21
1.3 Fundamentos Filosóficos do Direito Penal do Inimigo .....	24
1.4 Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo .....	27
2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	30
2.1 Estado .....	30
2.2 Estado de Direito .....	31
2.3 Estado Democrático de Direito.....	36
2.4 Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Direito Penal do Inimigo .....	38
2.5 Algumas considerações sobre os Direitos Humanos .....	42
3. O INIMIGO E O DIREITO PENAL.....	45
3.1 Quem é o inimigo? .....	45
3.2 O Direito Penal e as políticas criminais da atualidade .....	50
3.3 Direito Penal do Inimigo como Direito Penal do Autor .....	54
4. APLICAÇÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO DIREITO BRASILEIRO.....	56
4.1 Práticas do Direito Penal do Inimigo no Brasil .....	56
4.2 Lei n. 8.072/90 dos Crimes Hediondos .....	58
4.3 Lei n. 9.034/95 do Crime Organizado .....	62
4.4 Lei n. 9.614/98 do Abate ou Tiro da Destruição .....	63
4.5 Lei n. 10.792/03 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).....	66
4.6 A Constitucionalidade do Direito Penal do Inimigo.....	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	73
REFERÊNCIAS .....	77

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho fará uma reflexão das propostas estabelecidas por Günther Jakobs na teoria do Direito Penal do Inimigo, analisando a aplicabilidade com os ditames de um Estado Democrático de Direito, em razão da violação aos direitos processuais, direitos humanos e os princípios fundamentais da pessoa humana, garantidos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

A pesquisa será dividida em quatro capítulos. O capítulo inaugural trabalhará o contexto histórico da origem e desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo. Assim, tornando necessário apresentar algumas noções da história e a presença do inimigo, bem como os fundamentos utilizados por Jakobs, para formular sua teoria do Inimigo.

Nessa investigação, analisaremos a expectativa de tratamento diferenciado para determinados indivíduos considerados “Inimigos do Estado”, ou seja, apontar o posicionamento do autor Jakobs (2012), ao qual descreve o Direito Penal com duas vertentes, expressa que a primeira seria o Direito Penal do Cidadão aplicado ao criminoso comum, considerado pelo Estado como pessoa, que com sua conduta promoveu uma desobrigação da norma, ou seja, desrespeito, mas que, por não perder sua condição de cidadão, deve ser processado segundo os ditames constitucionais. A segunda, o Direito Penal do Inimigo, considerados pelo Estado “não pessoa” por serem tidos como perigosos para a sociedade, desta forma deveriam ser punidos com medidas de segurança, assim excluindo-se assim as penas, por apresentar periculosidade social.

O segundo capítulo confrontará o Direito Penal do Inimigo e as diretrizes de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Para tanto, torna-se imprescindível analisar as características de origem do Estado, o que é o Estado de Direito como conquista para a evolução de qualquer Estado, bem como os princípios e deveres que norteiam o Estado Democrático de Direito. Para concluir, analisaremos a os parâmetros constitucionais da Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Direito Penal do Inimigo, além de algumas considerações sobre os Direitos Humanos.

O terceiro capítulo tratará do Inimigo e o Direito Penal. Aborda inicialmente, o conceito de quem é considerado inimigo. Igualmente, torna-se necessário explicar os tipos de políticas criminais atuais, diante do aumento da violência e das novas realidades da sociedade contemporânea, dos direitos inerentes ao ser humano, aos quais suscitaram o fenômeno de expansão do Direito Penal como forma de conter o avanço da criminalidade.

Ao longo deste estudo, dar-se-á um especial enfoque a análise da problemática que se define diante do questionamento quanto à incidência da aplicabilidade da teoria do Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito.

Desta feita, no quarto capítulo apresentaremos as aplicações da teoria do Direito Penal do Inimigo no direito brasileiro, com as leis vigentes no país demonstrando características da teoria de Jakobs, no ordenamento, como a Lei n. 8.072/1990 dos crimes hediondos, a Lei n. 9.034/95 crimes organizados, a Lei n. 9.614/98 do abate de aeronaves suspeitas, a Lei n. 10.792/2003 que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado. Averiguando posicionamentos quanto à constitucionalidade da teoria em relação ao Estado Democrático de Direito.

Foram utilizados como metodologia no desenvolvimento do presente trabalho, conceitos doutrinários, artigos da Constituição Federal Brasileira de 1988 e artigos de Leis infraconstitucionais. Dessa forma, são analisados diversos posicionamentos acerca do tema.

Quanto ao método utilizado, segundo Lakatos e Marconi (2010, p. 65), consiste em um “conjunto de atividades sistemáticas e racionais que com maior segurança e economia permite alcançar o objetivo - conhecimentos válidos e verdadeiros, traçando o caminho a ser seguido e auxiliando as decisões do cientista”.

A pesquisa bibliográfica que norteará este estudo, conforme dispõe Lakatos e Marconi (2010, p.166), “abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo dessa forma, a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras.”

O tipo de monografia a ser utilizada na confecção deste trabalho será a de compilação. Segundo Nunes (2009, p.32), “o trabalho de compilação consiste na exposição do pensamento dos vários autores que escreveram sobre o tema escolhido”.

Para a abordagem do tema exposto será utilizado o raciocínio dedutivo, “partindo das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares”, segundo Lakatos e Marconi (2010, p. 88), casos particulares são referidos a princípios gerais quando aqueles são deduzíveis destes, que se encontram associados a algo, cuja finalidade é assinalar o particular que se encontra em causa.

As obras descritas na bibliografia e utilizadas como referência para ampliar o conhecimento sobre o tema proposto foram de suma importância para compreensão do tema, e em função disso, vale destacar alguns doutrinadores que foram citados, como por exemplo, os posicionamentos de Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, Eugenio Raul Zaffaroni, Alexandre Rocha Almeida de Moraes, Luis Flávio Gomes, Bruno de Moraes Ribeiro, que foram primordiais para o desenvolvimento deste trabalho.

## 1. NOÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Este primeiro capítulo analisará o contexto histórico do Direito Penal do Inimigo, ou seja, a teoria de Günther Jakobs<sup>1</sup> denominada Teoria do Direito Penal do Inimigo, em sua origem e seu desenvolvimento.

Para entender a teoria jakobisiana, é necessário considerar alguns acontecimentos mundiais que marcaram a história, neles contidos resquícios do Direito Penal do Inimigo. Discutiremos, também, as perspectivas e bases filosóficas de Jakobs, e a diferenciação de Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.

### 1.1 Contexto histórico do Direito Penal e a presença do inimigo

O Direito Penal segundo Capez (2008, p. 1) é um ordenamento jurídico com função de separar os comportamentos graves, que podem colocar em risco à coletividade e seus valores fundamentais, além de estabelecer regras necessárias à sua justa aplicação. Vindo ao alcance os bens jurídicos como a vida, saúde, liberdade e propriedade.

Observamos na história da humanidade que o Direito Penal implanta normas de punição ao delincente, buscando a proteção do grupo social, no combate a conflitos, aniquilando o crime, tendo em vista, conquistas advindas das mãos de muitos filósofos, legislações e acontecimentos. Sendo assim, mediante o contexto do Direito Penal analisar-se-á os indícios presentes do inimigo.

Como relata Devivier (1925, p.4)<sup>2</sup> criada no início do século XIII e vivenciada até o século XVIII, a Santa Inquisição, dominada e aplicada pela Igreja Romana da época, continha os tribunais que julgavam aqueles considerados como ameaça à sociedade colocando em risco

---

<sup>1</sup>Günther Jakobs, nasceu em Mönchengladbach, em 26 de julho de 1937 é autor de livros de Direito, filósofo e professor Emérito de direito penal e Filosofia do Direito. Conhecido pela comunidade científica pelo seu conceito de Direito Penal do Inimigo. Estudou Direito nas Universidades de Colônia, Kiel e Bonn, tendo graduado-se nesta última em 1967 onde defendeu a tese sobre direito penal e doutrina da competência. Em 1971, obteve título de advogado, em Bonn. Foi professor da Universidade de Bonn, onde tem grande prestígio, atualmente professor aposentado.

<sup>2</sup>DEVIVIER, Pe. Walter. SJ – A História da Inquisição, Curso de Apologética Cristã. Melhoramentos, São Paulo, 1925, p. 4. Disponível em: <http://www.missaoyeshua.com.br/documentos/inquisicao.pdf>. Acesso em 13 de maio às 09h:27min.

a fé dos fiéis e a ordem social. A Igreja através de seus representantes, juntamente com os príncipes, aplicavam uma série de atos severos contra os chamados hereges. A heresia era tida como um crime civil, e todo ato contra a religião oficial, como atentado contra a sociedade.

Naquela época, muitos eram torturados por motivos e fatos muitas vezes injustos e sem comprovação, não existiam os princípios garantidores fundamentais do processo penal, como: a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e o do devido processo legal.

Em tal fase histórica, continha desde sua origem certa organização dos Bispos com o Papa no Tribunal Inquisitório, a fim de obter informações para punir determinadas pessoas que fossem contra a ordem social. Essa forma de governo concentrava o poder nas mãos dos responsáveis pela Igreja e dos Príncipes, demonstrando a existência de um fator de ligação e comando muito forte entre a política e os líderes da Igreja, na busca de vigiar e punir tais suspeitos, como bem cita Devivier (1925, p. 5)<sup>3</sup>:

Reuniu-se em 1148 um sínodo em Verona, para o que intervieram o Papa Lúcio III e o imperador Frederico Barbaroxa; e nele se ordenou aos bispos que por si ou por outrem fizessem vistorias pelos lugares suspeitos; e as decisões de Verona foram confirmadas pelos concílios de Avinhão, de Montpellier, de Tolosa e, sobretudo, pelo concílio ecumênico de Latrão (1215). Havia em cada freguesia pessoas de confiança, encarregadas de vigiar e de denunciar ao tribunal do bispo os que eram suspeitos de heresia. E os hereges, que fossem convencidos e condenados de heresia por este tribunal, ficavam incursos em várias penas, que eram aplicadas pelos magistrados civis.

Continuando, Devivier (1925, p.7)<sup>4</sup> afirma que Igreja tinha o poder de julgamento e os condenados eram presos sem direitos e garantias, nem mesmo sabiam quem os denunciava. Essa forma de julgamento foi se intensificando e ganhando mais adeptos na Europa, como: Portugal, França, Itália e Espanha. Muitas pessoas foram perseguidas como suspeitas. Aos condenados aplicavam-se penas que podiam variar de multas, as contribuições para obras pias, as peregrinações, o servir na cruzada durante certo tempo, prisão temporária, a prisão perpetua, a flagelação e a pena de morte na fogueira, onde eram queimados vivos em praça pública.

---

<sup>3</sup>DEVIVIER, Pe. Walter. SJ – A História da Inquisição, Curso de Apologética Cristã. Melhoramentos, São Paulo, 1925, p. 5. Disponível em: <http://www.missaoyeshua.com.br/documentos/inquisicao.pdf>. Acesso em 13 de maio às 09h:27min

<sup>4</sup>Idem, p. 7.



A imposição de tortura era prática ritualista das quais passavam os suspeitos, para que confessassem determinado ato. No ritual do processo, o corpo do acusado era objeto de duelo do juiz em ganhar a causa com a confissão, e do acusado na resistência de confessar.

Assim, Foucault (2001, p. 59) descreve que

Entre o juiz que ordena a tortura e o suspeito que é torturado, há ainda como uma espécie de justa: o “paciente” — é o termo pelo qual é designado o supliciado — é submetido a uma série de provas, de severidade graduada e que ele ganha “agüentando”, ou perde confessando. Mas o juiz não impõe a tortura sem, por seu lado, correr riscos (e não é só o perigo de ver morrer osuspeito); ele põe alguma coisa em jogo no torneio, que são os elementos de prova que já reuniu; pois a regra diz que, se o condenado “agüenta” e não confessa, o magistrado é obrigado a abandonar as acusações. O supliciado ganhou. Daí o hábito, que se introduzira para os casos mais graves, de impor suplício do interrogatório “com reserva de provas”: nesse caso o juiz podia continuar, depois das torturas, a fazer valer as presunções reunidas; o suspeito não era inocentado por sua resistência; mas pelo menos devia ele à sua vitória não mais poder ser condenado à morte.

Conforme leciona Vicentino (1997, p. 262 *usque* 273), por volta do século XVIII, emergiu a Escola Clássica do Direito Penal, com o iluminismo dando uma nova direção ao universo penal. Na época a França era absolutista, e sua realidade social extremamente injusta. A população estava insatisfeita com a extrema violência, prisões arbitrárias e execuções. Em 14 de julho de 1789 foi derrubado o símbolo do absolutismo – a Bastilha. Deu-se a Revolução Francesa.

Segundo Vicentino (1997, p. 272) esse período baseia-se na responsabilidade penal do criminoso no seu livre arbítrio, assim o homem possuía liberdade e responsabilidade moral se cometer um crime, ficando a escolha de praticá-lo ou não, passando a ser escolha livre da pessoa independente de motivos. Para os clássicos o crime é estudado apenas em sua parte externa, sendo uma ação oposta ao bem jurídico. O mal oposto ao bem.

Nessas perspectivas de mudanças no sentido jurídico e social, novas possibilidades foram abertas a descobertas de filósofos do direito.

Escrita a obra de Cesar Beccaria (1764), “Dos Delitos e Das Penas”, com uma direção penal para aplicação dos delitos e as penas. Nele expressado um clamor social por leis claras e objetivas, com facilidade de interpretação.

Preleciona Beccaria (1999, p. 32, *usque* 63):

Para que uma pena seja justa, deve ter apenas o grau de rigor bastante para desviar os homens do crime. Ora, não há homem que possa vacilar entre o crime, mal grado a vantagem que este prometa, e o risco de perder para sempre a liberdade.

É, pois, da maior importância punir prontamente um crime cometido, sequiser que, no espírito grosseiro do vulgo, a pintura sedutora das vantagens de uma ação criminosa desperte imediatamente a idéia de um castigo inevitável. Uma pena por demais retardada torna menos estreita a união dessas duas idéias: crime e castigo.

O direito de punir não pertence a nenhum cidadão em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de todos. Um cidadão ofendido pode renunciar à sua porção desse direito, mas não tem nenhum poder sobre a dos outros.

Interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.

Quereis prevenir os crimes? Fazeis leis simples e claras; fazei-as amar; e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las.

Savino Filho (2001, p.7)<sup>5</sup> logo mais, surgiram novas ideias com a Escola Positivista no século XIX,(1836-1909) conhecida de Escola Antropológica, Naturalista ou Realista. O princípio fundamental desse período é a negação do livre-arbítrio, que não passava, segundo seus autores, de uma ilusão subjetiva. A Escola Positiva do Direito Penal é adepta do determinismo psicológico ou volicional. O homem, no positivismo, não é livre e soberano em sua decisão. Existem forças e vários motivos atuando sobre ele. Sua vontade é resultado de forças internas e externas.

Percebemos, então, novos estudos sobre o criminoso e a pena, preocupando com o homem delincente. Observava o homem, antes de observar o crime. Primeiro o doente, depois a doença.

<sup>5</sup>SAVINO FILHO, Cármine Antônio - Desembargador do Tjrj. Evolução do Direito Penal Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2001: Editora Espaço Jurídico, p.7. Disponível em [http://www.smithedantas.com.br/texto/ev\\_dir\\_penal.pdf](http://www.smithedantas.com.br/texto/ev_dir_penal.pdf). Acesso em 17/05/2012 às 18h21min.

Moraes (2011, p. 7) refere ao Positivismo proferindo que essa nova fase foi aderida por diversos países da Europa, devido o aumento da criminalidade e dos índices de reincidências, fato esse que levou a crença que a Escola Clássica não estava funcionando de forma eficiente na defesa da sociedade, pois tinha se o objetivo de se ter um sistema penal eficaz para fins de segurança política.

No intuito de demonstrar os objetivos do Positivismo Moraes (2011, p. 7) descreve parte do pensamento do pai do Positivismo Criminológico, Lombroso(1897):

Os positivistas defendiam a aplicação do método positivo ou experimental à ciência do Direito Penal, com o que pretendiam estudar e conhecer os criminosos e outros não. Só assim conseguiriam a seu ver, interferir no fenômeno do crescimento da criminalidade, já que a ciência demonstrava que determinismo individual ou social, ou uma combinação de ambos e não livre-arbítrio estaria na raiz do comportamento criminoso.

Contudo há uma diferença marcante entre a Escola Clássica e a Positivista, Moraes cita as conclusões de Ferri (Moraes, 2011, p. 114):

A diferença profunda e decisiva está no método: dedutivo e de lógica abstrata, para a Escola Clássica e indutivo e de observação dos fatos, para a Escola Positivista, “aquele tendo por objeto o crime como entidade jurídica; esta, ao contrario, o delinquente como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado”.

Todavia, a ideia de defesa, respeito e garantias dos direitos humanos sofreram grandes impactos decorrentes do nazismo alemão do século XIX, na Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945). Com uma política ditatorial liderada por Adolf Hitler<sup>6</sup> e suas tropas

---

<sup>6</sup>Adolf Hitler (1889 1945) A Origem de Hitler. Hitler nasceu na pequena cidade de Braunau-amInn, na Áustria. Ele foi o terceiro filho de Alois Hitler, um oficial aduaneiro austriaco. A mãe, KlaraPözl, teve dois abortos antes de Hitler nascer. Apesar do ódio aos não arianos, Hitler pode ter sido neto de um judeu. Isso porque seu pai, Alois, era filho de Maria Anna Schicklgruber. Ela trabalhou alguns anos na casa de uma família judia e a suspeita é de que o pai do garoto Alois seja um rapaz da casa. Mais tarde, Maria se casou com Johann Georg Hiedler. Na época, Alois tinha 5anos. Adolf Hitler é um dos maiores vilões do século XX. Ele idealizou e dirigiu o regime nazista na Alemanha, que foi uma adaptação do fascismo italiano. Durante o seu governo, Hitler comandou a matança de seis milhões de judeus não só na Alemanha como em países dominados durante a Segunda Guerra Mundial. A policia secreta do nazismo, a Gestapo, ficou incumbida de exterminar também outras minorias sociais: deficientes fisicos e mentais, ciganos e homossexuais. A ditadura de Adolf Hitler durou 13 anos e foi responsável pela morte de 30 milhões de pessoas. O nazismo pregava a superioridade da raça pura. Na concepção de Hitler, apenas os arianos, louros de olhos azuis, faziam parte desse seletto grupo de privilegiados. (Disponível em: <http://www.juraemprosaverso.com.br/Biografias/AdolfHitler.htm>. Acesso em 17 de maio de 2012, às 17h:20min).

nazistas, instalam o terror na Alemanha e nos países que ocupavam. As pessoas eram executadas até mesmo em câmaras de gás, sem motivo nenhum, onde independentemente da culpabilidade, ou bem jurídico afetado, seria o agente punido pelo que é, desconsiderando o fato do delito cometido, aplicando então o direito penal do autor.

Conforme Cremasco (2008, p.15)<sup>7</sup>, a ditadura de Hitler foi esmagadora as quais aniquilaram milhares de judeus, negros, homossexuais, e outros grupos, raças e etnias, nos campos de concentração, condenados a morte, por sua própria existência que contaminava a raça ariana, não se elencava suas práticas e nem seus atos, ou por que deixaram de fazer algo.

De acordo com Savino Filho (2001, p.8)<sup>8</sup> já no século XX, eclode a Escola Eclética Crítica, numa postura conciliadora de aproveitar ideias do classicismo e do positivismo somando as experiências vivenciadas e teorizadas pelos filósofos das escolas anteriores. Sobre a responsabilidade há responsabilidade moral. Mas não há o livre-arbítrio. A responsabilidade criminal tem por base a responsabilidade moral. Sobre o crime, diz que o injusto contra o Estado, deve se aplicar pena, pois é uma ação culposa, ilegal e punível, sendo assim uma anormalidade social.

Entretanto, Savino filho (2001, p.9)<sup>9</sup> relata, após o final da Segunda Guerra Mundial em 1945, advém movimentação com nova tendência penal de idéias no campo da justiça criminal em defesa humanista, chamada Escola da Nova Defesa Social. Na qual preocupa com a transformação dos sistemas penais da atualidade, em sistemas de educação e tratamento, quanto à relação com a personalidade individual dos delinquentes.

Portanto, nesta Escola os considerados criminosos são socialmente e não moralmente responsáveis pelo fato de viverem em sociedade, obrigando-se a respeitar o pacto social. Podendo assim, a própria sociedade reagir contra o crime, defendendo sua conservação através das penas, na luta contra o crime.

---

<sup>7</sup>CREMASCO, Kairine Pires. O direito Penal do Inimigo – Perspectivas doutrinárias e práticas na Justiça Brasileira. Presidente Prudente, 2008, p. 15. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1774/1688>. Acesso em 28 de março de 2012, às 19h 07min.

<sup>8</sup>SAVINO FILHO, Cármine Antônio - Desembargador do Tjrj. Evolução do Direito Penal Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2001: Editora Espaço Jurídico, p.8. Disponível em [http://www.smithedantas.com.br/texto/ev\\_dir\\_penal.pdf](http://www.smithedantas.com.br/texto/ev_dir_penal.pdf). Acesso em 17/05/2012 às 18h21min.

<sup>9</sup>Idem, p.9.

No desenvolvimento do Direito Penal, mais recentemente se viu surgir o Direito Penal do Inimigo, este também conhecido como o direito do terror e/ou direito penal da terceira velocidade. Como forma de combater os que infringissem as normas do Estado, ou colocassem em risco a ordem e a norma jurídica, como por exemplo, as práticas terroristas, para tais, seriam aplicadas normas penais, extraindo os direitos fundamentais, e os princípios fundamentais que caracterizam o processo penal.

Para Passetti (2002, p.1)<sup>10</sup> em meios a avanços tecnológicos da sociedade contemporânea, dia 11 de setembro de 2001 sofre os Estados Unidos da América, ataque terrorista, que chocou o mundo diante das informações e imagens de aviões explodindo no World Trade Center, em Nova York e em parte do prédio do Pentágono, em Washington, mudando assim, de maneira profunda a estrutura do poder global. Os americanos viveram uma tragédia da qual sempre pensaram estarem imunes.

Logo depois do ocorrido, o Presidente George W. Bush adota medidas excepcionais de urgência, reagindo de maneira desproporcional aos ataques. Derruba o regime Talibã, no Afeganistão, que dava guarida à Al-Qaeda e determina uma invasão ao Iraque.

Nesse contexto, os Estados Unidos desenvolvem o conceito de defesa preventiva, a principal potência bélica e econômica do mundo quer o direito de atacar quem quiser caso se sinta ameaçada.

Não podemos deixar de mencionar a morte do brasileiro Jean Charles de Menezes, de 27 anos, morto na estação de Stockwell, no metrô de Londres, em 22 de julho de 2005. Confundido com o terrorista etíope Hussain Osman, um dos autores dos ataques fracassados no dia anterior na capital britânica, o jovem levou sete tiros na cabeça, disparados pela polícia metropolitana, a Scotland Yard. Ressalta-se que este não teve a oportunidade de se defender, bem como se identificar, haja vista que, mataram para posteriormente saber de quem se tratava, observe que não teve direito a identificação pessoal, não teve direito e nem garantias, foi brutalmente assinado como inimigo.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup>PINTO, Carlos Ignácio; FIGUEIREDO, José Danilo; PASSETTI, Gabriel. 11 de setembro de 2001 um marco para a história do tempo presente. 2002 p.1. Disponível em: <http://www.klepsidra.net/klepsidra10/terrorismo.html>. Acesso em 20/05/2012 às 17h20min.

<sup>11</sup>G1, Mundo. Jean Carlos de Menezes, 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL169468-5602,00.html>. Acesso em 20/05/2012 às 06h50min.

Diante de todo processo histórico do direito penal, torna-se, portanto, de grande relevância, o estudo do surgimento do Direito Penal do Inimigo na pesquisa.

## 1.2 Surgimento do Direito Penal do Inimigo

Em uma palestra no Seminário de Direito Penal em Frankfurt, em 1985, Günther Jakobs aborda o conceito de Direito Penal do Inimigo. Não provocando muito entusiasmo nos participantes, tema também abordado na Revista de Ciência Penal - ZStW, n. 97, 1985, p. 753 e ss. Em 1999 em uma Conferência do Milênio em Berlim, o conceito de Direito Penal do Inimigo causou uma grande agitação, não apenas na Alemanha, mas nos países de língua portuguesa e espanhola.<sup>12</sup>

Gomes (2005, p.1)<sup>13</sup> conta que Gunther Jakobs, foi um discípulo de Welzel<sup>14</sup>, criador do funcionalismo sistêmico que até hoje é base fortificadora para o Direito Penal, na função de proteger a norma. Depois de 1999, abandonou a postura descritiva que tinha sobre o Direito Penal do Inimigo, empunhando a tese afirmativa em linha de pensamento legitimadora e justificada em seu livro.

Ainda sobre o assunto Arrosi (2009,p.1696)<sup>15</sup>, expõe que Jakobs desenvolveu essa concepção como forma de reprimir e neutralizar as ameaças de violência oriundas das novas realidades inerentes ao crescimento sócio-econômico dos países globalizados. Fazendo uma análise e tendo uma concepção crítica, desenvolveu então um modelo de Direito Penal Parcial, pois ele acreditava viver isso, já em grande proporção, no Direito Penal alemão.

Denota-se que, a referida tese inclinava para aplicação de normas mais rígidas, assim uma conseqüente eliminação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, incluindo as

<sup>12</sup>GOMES, Luís Flávio – Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal) Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005. ISSN 1807023X [http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf) . Acesso em 03/05/2012 às 17h 12min.

<sup>13</sup>Idem, p.1

<sup>14</sup>Hans Welzel é considerado o pai da Teoria Finalista da Ação, adotada pela reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1984. Nascido na Alemanha, estudou Direito em Jena e Heidelberg em 1923-1927, obtendo doutorado em 1928, apresentando tese sobre o filósofo Samuel Pufendorf. Em 1935, ingressou na Universidade de Colônia, depois publicou a obra *Natura lismusund Wertphilosophieim Strafrecht*. Um ano mais tarde foi nomeado professor em Gottingen. Durante o período da Alemanha Nazista, defendia as teses nazistas, porém, posteriormente justificou não ter sido defensor do nazismo, tendo apresentado tais posições por temer represálias em sua atividade profissional. Disponível em: <http://benitesjuridico.wordpress.com/2009/09/02/quem-foi-hans-welzel/> Acesso em 26/05/2012 às 16h16min.

<sup>15</sup>ARROSI, João Paulo, O limiar do inimigo: entre o direito penal e a dominação totalitária. São Paulo, 2009: Disponível: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2117.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2117.pdf). Acesso em 06/05/2012 às 23h 01min.

garantias processuais, colocando o Estado não contra um agente transgressor, mas, contra o inimigo, declarando guerra àquele que não oferecesse garantias cognitivas de manter-se fiel às normas, apontando inimigos que seriam sujeitos a tal legislação de exceção como os sujeitos ativos de crimes específicos, ações estas aplicadas no direito penal de autor.

Jakobs (2012, p.34) refere a um direito diferenciado para pessoas de alta periculosidade, tendo em vista que, o Direito Penal do Cidadão não se faz eficaz, assim, desta forma, os inimigos seriam os sujeitos criminosos, que cometem delitos de ampla malignidade, como crimes econômicos, crimes organizados, infrações penais perigosas, crimes sexuais, bem como terroristas. “Em suma, é inimigo do Estado todo aquele que abduz com caráter inalterável do Direito e, portanto, não apresentar garantias estáveis de que continuará fiel a norma”.

A ocorrência de atividades criminosas mais graves legitimou a adoção de mecanismos excepcionais, afastando os padrões tradicionais do sistema repressivo. Nesse sentido, Meliá (2012, p. 85, 86) preceitua “que a tendência atual do legislador é a de reagir com firmeza dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da luta contra a criminalidade, isto é, com o incremento das penas preventivas.” A estrutura da Teoria de Jakobs está voltada para o indivíduo que não se submete ao sistema normativo. Em decorrência desse desvio de conduta é classificado como perigoso, ou melhor, como inimigo da sociedade.

Nessa perspectiva, para Jakobs, (2012, p. 55 *usque* 60) os inimigos são os indivíduos voltados para o terrorismo, os crimes econômicos, os delitos sexuais, o narcotráfico e outros tipos de condutas delitivas mais complexas, portanto, acontecendo a transformação do cidadão em inimigo, quando nele se reúnem características de profissionalismo e habitualidade delitivo e integração em organização criminosa, e reincidência. Refere ao inimigo com a expressão “autor por tendência”, conceituando o terrorista, exclusivamente, como aquele que desobedeça a legitimidade do ordenamento jurídico.

As propostas apresentadas por Jakobs (2012, p. 68-69), com o Direito Penal do Inimigo dentro de alguns aspectos e características, convencionam a antecipação da punição do inimigo, onde se pune não pelo fato cometido, mas pela periculosidade dele, desproporcionando as penas e relativização e/ou suprimido certas garantias processuais, como os princípios da ampla defesa e do contraditório. Especifica que deve se criar leis severas

direcionadas aos terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, e outros, para que se realmente se tenha o controle social.

Larrazatti (2012)<sup>16</sup> apresenta as características do Direito Penal do Inimigo de forma sucinta e clara, especificando as tendências existentes na legislação brasileira.

1.<sup>a</sup>) Seu objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um Perigo; Entre nós, o regime disciplinar diferenciado, previsto nos arts. 52 e ss. da Lei de Execução Penal projeta-se nitidamente à eliminação de perigos

2.<sup>a</sup>) A punibilidade avança em boa parte para a incriminação de atos preparatórios; Inspirando-se num exemplo de Jakobs, pode-se notar essa tendência no Brasil, onde uma tentativa de homicídio simples, que pressupõe atos efetivamente executórios, pode vir a ser punida de modo mais brando do que a formação de quadrilha para prática de crimes hediondos ou assemelhados (art. 8.º da Lei n. 8.072, de 1990), na qual se tem a incriminação de atos tipicamente preparatórios.

3.<sup>a</sup>) A sanção penal, baseada numa reação a um fato passado, projeta-se também no sentido da segurança contra fatos futuros, o que importa aumento de penas e utilização de medidas de segurança.

Jakobs refere-se ao inimigo como alguém que não admite ingressar no Estado e assim não pode ter o tratamento destinado ao cidadão, não podendo beneficiar-se dos conceitos de pessoa. A distinção, portanto, entre o cidadão (o qual, quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do Direito Penal) e o inimigo (nessa acepção como inimigo do Estado, da sociedade) é fundamental para entender as idéias de Jakobs. [...]

O Direito Penal do Inimigo não toma por base a noção de culpabilidade do agente, como o faz o Direito Penal existente, que o pune ao qualificar reprovável o fato praticado, mas ao contrário, tem fulcro na periculosidade desse agente, levando em consideração aquilo que ele poderia vir a fazer, assim a punição do inimigo é antes mesmo do cometimento de tal delito, ou até mesmo a preparação, ou seja, a antecipação da punição.

Para Jakobs (2012) Somente a aplicação de penas não seriam o bastante para efetivar as mudanças no indivíduo, por isso a relativização das penas e extinção das garantias processuais, excluindo-o da sociedade por um maior período, suprimindo suas garantias processuais normalmente aplicadas ao cidadão comum.

Essas ideias de Jakobs partem de influências filosóficas de grande relevância. Nos serviremos delas neste próximo tópico.

<sup>16</sup>LARIZZATTI, Rodrigo, As organizações criminosas e o Direito Penal do Inimigo. 2009. Brasília DF, 31 julho de 2012, Disponível em: <http://direitopenaldoinimigo.blogspot.com.br/> Acesso em 02 de novembro de 2012, às 13h40min.



### 1.3 Fundamentos Filosóficos do Direito Penal do Inimigo

A partir dos estudos utilizados por Jakobs, Moraes (2011, p. 88, 123, 124) assegura que a sociologia jurídica surgiu por volta da metade do século XIX, inovando o interesse científico do Direito, estabelecendo uma relação entre Sociedade e Direito. Assim Jakobs influenciado pela sociologia de Niklas Luhmann<sup>17</sup>, adotou a teoria dos sistemas, na qual apresenta à diferenciação dos sistemas políticos, econômicos e jurídicos, levando em conta as ações dos indivíduos entre si, considerando as legalmente permitidas, e as legalmente proibidas, sendo possível a adoção de ações individuais, de forma ideal, isto é, levando em conta a relação dos indivíduos entre si, enaltecendo a teoria do Direito da normalidade, chamando de Direito Penal do Cidadão, tornando assim, um dos adeptos a nova escola do Direito Penal, a funcionalista.

Certificada à complexidade da Sociedade Moderna a teoria do inimigo criada por Jakobs teve como base filósofos que existiram ao longo da história. Embora estes tivessem um pensamento diferente da teoria do Direito Penal do Inimigo, algumas ideias foram bastante parecidas com o seu conceito em sua tese, assim, sintetiza Gomes (2005)<sup>18</sup>:

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

Rousseau (2008) com o “Contrato Social”, fundamentou o Estado constituído por contrato, aquele que não cumprisse, estaria cometendo um erro, um delito, assim o próprio Estado não proporcionaria benefícios a estes, quem não estava com Estado, era contra ele, ou

<sup>17</sup>Niklas Luhmann é natural de Luneburg, na Baixa Saxônia, nascido em 08 de dezembro de 1927. Formou-se na Universidade de Direito em Freiburg, onde ocupou cargo na Administração Pública, assim como Ministério da Cultura em Hannover. Em Haverd em 1960, após ter contato com Habermas, segue o curso de Parsons, sociólogo de fama mundial, e, em consequência deste encontro, decide dedicar-se às ciências sociais. Professor de Sociologia na Universidade de Bielefeld. Autor de inúmeras obras, como a Teoria dos Sistemas Autopoieticos, faleceu em 06 de novembro de 1998. (ALCOVER, Pilar Giménez. El Derecho em La Teoria de La Sociedad de NiklasLuhmann. Barcelona: Jose Maria Basch, 1993, p. 11-14).

<sup>18</sup>GOMES, Luís Flávio – Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal) Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005. ISSN 1807023X p. 1. Disponível em: [http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf) . acesso em 03/05/2012 às 17h 12min

seja estaria em guerra, deixando de ser um membro deste, sendo um inimigo, o filósofo coloca que o criminoso deve morrer como forma de compensar seu litígio.

De início é contraditório, pois demonstra que se dirige aos assassinos e não a qualquer um delinquente, admitindo que só tire a vida de quem for realmente perigoso e ainda, o Estado só pode ter como inimigo um outro Estado e nunca uma pessoa, relata Rousseau (2008,p. 50).

De resto, todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria, cessa de ser um dos seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser incompatível com a sua; Faz se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração que o criminoso rompeu o tratado social, e, por seguinte deixou de ser considerado membro do Estado.

Ademais, outro seguidor de influências de Rousseau, o filósofo Fichte, descrevia que o novo mundo seria o mundo da liberdade, o segredo para compreender a nossa razão. Coloca que a pessoa que não está disposta a obedecer as suas obrigações, deverá perder também todos os seus direitos e morrer, mas lembrando que nem todas as pessoas estariam nessa condição.

Quanto ao pensamento explica Zafarroni (2011 p. 123),

embora admita a condição de inimigo, de modo algum generaliza a todos os delinquentes; exclui apenas alguns deles do Direito Penal e só deixa nas mãos do direito administrativo. Quando trata dos assassinos, incorrigíveis e traidores, reserva-lhes nada menos do que a pena de morte como medida eliminatória administrativa. Só deixava fora do contrato as assassinos, os incorrigíveis e os traidores. Assim é falso que ele considerasse inimigos todos os infratores.[...]

Continua Zafarroni (2011, p. 125.), para Hobbes, por mais grave que seja o delito, seu autor não é considerado um inimigo e mantido em seu status de pessoa, porém quem resiste ao soberano é inimigo e não mas um súdito, porque representa uma negação absoluta a submissão estatal, sendo assim, um estranho ou estrangeiro ao confrontar com o contrato e sair do ato de resistência.

Nessa tese o homem só vive em sociedade, se tiver um líder, para que possa resguardar a segurança dos indivíduos. No entanto se algum dos membros dessa sociedade cometer ato que venha a ser contrario aos costumes e leis do Estado, e cometa delitos de grande proporção, deve sofrer as conseqüências como inimigo, no qual estaria negando ao seu status de "súdito" passando a ser um "inimigo". Porém, do contrario, deve ser mantido em seu status de pessoa ou de cidadão.

No entanto, Kant apresenta uma filosofia de que a sociedade iria evoluir até chegar a um estágio de paz universal, e no futuro próximo os países não existiriam, dando lugar ao estado comunitário, onde o mundo seria somente um país.

Quem ameaça a sociedade e não aceita a autoridade do Estado comunitário deve ser tratado como inimigo, para Kant a única forma de chegar a paz, (1989, p.10)<sup>19</sup>:

Supõe-se comumente que não se pode proceder de forma hostil contra ninguém exceto só quando ele me tenha já lesado de fato, e isto é também inteiramente correto se ambos se encontram num estado civil-legal. Com efeito, por este ter ingressado no mesmo estado proporciona àquele (mediante a autoridade que possui poder sobre ambos) a segurança requerida. – Mas o homem (ou o povo), no simples estado de natureza, priva-me dessa segurança e já me prejudica em virtude precisamente desse estado, por estar ao meu lado, se não efectivamente (*facto*), pelo menos devido à ausência de leis do seu estado (*statuiniusto*), pela qual eu estou constantemente ameaçado por ele; e não posso forçá-lo a entrar comigo num estado social legal ou a afastar-se da minha vizinhança.

Hobbes e Kant foi citado por Jakobs (2012, p. 26) passaram a ser citados como garantidores do conceito jurídico de inimigo ou hostis no Estado de Direito. Colocando uma disjuntura a ponto de polarizar as posições de Rousseau e Fichte, sendo todos os delinqüentes inimigos, e como posições moderadas as de Hobbes e Kant, para quem só alguns seriam os inimigos.

<sup>19</sup>KANT, Immanuel, A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico 1795, Tradução de Artur Morão, Coleção: Textos Clássicos de Filosofia, Direcção da Coleção: José Rosa & Artur Morão, Capa António Rodrigues Tomé, Paginação, 2008: José Rosa, Universidade da Beira Interior Covilhã, p.10. Disponível em [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf) acesso em 23/05/12 às 10h55min.

Essa polarização segundo Zafarroni (2011, p. 121) é totalmente original, as posições de Rousseau e Fichte não são radicais, não há nenhuma manifestação de considerar inimigos todos os delinquentes.

Assim, para Jakobs a teoria do Direito Penal do Inimigo, subdivide o Direito Penal em: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo a fim de apelar pelas teorias contratualistas do Iluminismo, onde o autor preleciona os que violam as normas do contrato social reiteradamente, renuncia o *status* de cidadão, devendo ser tratado como inimigo.

#### **1.4 Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo**

A proposta de Jakobs determina que, após a elaboração da tese do Direito Penal do Inimigo, deveria existir dois Direitos Penais: O direito penal dos cidadãos em si, e o direito penal dos criminosos mais perigosos, os considerados inimigos.

Apresenta Jakobs (2012, p. 25), um Direito voltado para o cidadão, com a característica que, pelo fato de violar a norma, o cidadão tem a chance de restabelecer a vigência dessa norma, através de penas, pois este não é considerado pelo Estado como um inimigo, mesmo porque, tal indivíduo cometeu um ato normal. Neste caso, o Estado não vê no indivíduo um inimigo que precisa ser destruído. Mesmo cometendo um ato ilícito, mantém seu status de pessoa e seu papel de cidadão dentro do Direito.

Contudo Jakobs (2012, p.34) assevera, existem indivíduos que, pelo comportamento e certos crimes cometidos como, autores de delitos sexuais, ou pela sua ocupação profissional, sobrevivendo da criminalidade econômica, e/ou tráfico de drogas, participarem de uma organização criminosa como o terrorismo, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, devem ser tratados como inimigos, voltando-se para este o Direito Penal do Inimigo.

Em sua tese Jakobs, leva a crer pela forma de tratamento desigual que, os agentes são penalizados pelas atitudes que ainda podem cometer num futuro próximo, ameaçando a sociedade. Portanto, visa-se a eliminação do inimigo em contraposição ao cidadão comum.

O teórico mencionado justifica a punição do agente transgressor como forma de mantê-lo fora do meio social, tendo, portanto, caráter dissidente, sem vistas à ressocialização ou reinserção social. Os direitos e garantias são não contingentes, buscado a punição do autor em si, deixando de levar em conta a prática do fato contrário à norma, considerando não pessoas os agentes transgressores, na medida em que é privado de direitos inatos à qualquer pessoa.

Para Jakobs (2012, p. 39), o " indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa". Assim o cidadão comum que comete um delito, tem garantias de todos os princípios fundamentais do processo legal, que resultará numa pena como forma de sanção pelo ato ilícito cometido. Já ao inimigo o tratamento é diversificado, com a derrogação das garantias fundamentais do ser humano, fundamentada pela não capacidade de adequar-se à sociedade, baseado na possibilidade de que sua condição como ser humano, equipara-se a sua qualidade como cidadão, o Estado age por meio da coação, sujeitando-o não a penas, como caberia ao cidadão, mas a medidas de segurança, para que se garanta a preservação da norma e do Estado.

Percebem-se diferenças entre o indivíduo cidadão e o inimigo, primeiro os autores que cometem crimes normais, que preserva uma atitude de fidelidade jurídica capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, e que não desafia o sistema social, são considerados como cidadão; Já o que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, com base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, autor de crimes de alta traição e periculosidade, perde a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social, e é considerado como inimigo.

Nesse sentido, Gomes (2005, p. 2)<sup>20</sup> aponta algumas características divergentes na aplicação do Direito Penal para o cidadão e o inimigo:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua

<sup>20</sup> GOMES, Luís Flávio – Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal) Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005:ISSN 1807023X p. 2. Disponível em:[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf) . acesso em 03/05/2012 às 17h 12min

periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

O peso da sanção que o Estado tende a tomar contra estes inimigos é muito mais grave do que aquelas pessoas que cometeram um crime diante o Código Penal.

O Direito Penal do Inimigo pode assim dizer que é uma nova ideia de Direito Penal do Terror, da Idade Média e do Direito Penal do Autor, da Segunda Guerra Mundial, distinguindo pessoas se são do bem e do mal.

Desta forma, observamos que está totalmente fora de uma sociedade cujo regimento dá-se o valor aos princípios do contraditório, ampla defesa, o devido processo legal, ou qualquer outro preceito garantista, ou seja, o preceito constitucional que reza o art. 5º, inciso LV<sup>21</sup>, da Constituição Federal Brasileira de 1988. Os indivíduos não podem ser objeto de ofensa, humilhação, ou submetida a tratamento desumano ou degradante, pois comungamos de uma democracia sedimentada no Estado Democrático de Direito. Este é o tema do próximo capítulo.

---

<sup>21</sup>LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivel\\_03/constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivel_03/constituicao)>, Acesso em 25 de fevereiro de 2012, às 09h10min).

## 2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo tem a finalidade de considerar a origem do Estado de direito e o Estado Democrático de Direito, como conquista para a sociedade, verificando até que ponto as propostas do Direito Penal do Inimigo observando sua constitucionalidade, se seria compatíveis ou não com o atual Estado Democrático de Direito, haja vista, ser caracterizado por ser um Estado promotor de justiça social, fulcrado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana adquiridas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Constituição Federativa do Brasil de 1988.

### 2.1 Estado

A princípio se apresenta o Estado. Segundo Azambuja (2001, p.1,2) o homem, desde sua origem, faz parte de diversas instituições e grupos que visam assegurar seu desenvolvimento em todos os âmbitos. Nesse sentido, em organização permanente e com objetivo comum, os grupos sociais formam a sociedade propriamente dita. Mas ainda pode-se dizer, em sentido geral, que a compreensão de sociedade varia, abrangendo os grupos sociais de uma cidade, de um país ou de um Estado, passando então, neste caso, a ser chamada de sociedade humana, a humanidade.

Nessa expectativa, Azambuja (2001, p.6) cita além desta, uma sociedade mais vasta com obrigatoriedade e laços de indivíduos que acentuam atributos e direitos de maneira organizada, com objetivo comum e permanente, formando uma política social, variando através do tempo e do espaço, o então, chamado Estado.

Bastos (1999, p.34-35) expõe a origem da terminologia de Estado. A palavra “estado” é derivada do latim *status*, que significa estado, posição e ordem. No sentido ontológico, Estado significa um organismo próprio com funções próprias, sendo assim, o modo de ser da sociedade politicamente organizada, uma das formas de manifestação do poder. Como também considerada uma organização política sob a qual vive o homem

moderno. Caracterizando-se por ser resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder supremo.

Por conseguinte, considerando o Estado jurídico, Dallari (2001, p.118) conceitua “ o Estado como ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Onde a soberania é referida como característica da própria ordem jurídica.

Azambuja (2001, p.2) define Estado, como sendo uma sociedade<sup>22</sup>, pois se constitui essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um objetivo comum. E se denomina por normas de Direito positivo, é hierarquizada na forma de governantes e governadores e tem uma finalidade própria, o bem público.

No entanto, Canotilho ( 1999, p.4)<sup>23</sup> relata, o Estado sem o Direito seria um Estado de não direito, que não condiz com a liberdade total dos cidadãos e o bem da população, onde o direito seria aquele que identifica com a razão do Estado, “o que os chefes, o partido, a falange, decretarem como politicamente correto”.

Portanto, um Estado para ser organizado com justiça, precisa de leis que determinem sua organização, e para que seja completo, tem que haver algo que normalize suas atividades e a vida de seus membros, o que chamam de direito.

## 2.2 Estado de Direito

Segundo Bastos (1999, p. 54), o Estado tem poder legitimado pelo direito, provindo da sociedade e baseado na lei moral, e na lei social. Denota-se que, o direito está relacionado com uma sociedade organizada que cria normas para sua estabilidade, portanto, “no Estado de Direito, o direito tem como objetivo de regular não só a vida, mas também a atividade estatal,

---

<sup>22</sup>1 agrupamento de seres que convivem em colaboração mutua 2 conjunto de pessoas que vivem em determinado período de tempo e lugar, seguindo normas comuns (s. medieval). HOUAISS 2012, p. 417. É um tipo especial de sistema social que, como todos os sistemas sociais, distingue-se por suas características culturais, estruturais e demográficas/ecológicos. JONHSON, Allan G. Dicionário de sociologia, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1997, p. 315.

<sup>23</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999. Disponível em <http://libertarianismo.org/livros/jjgoedd.pdf> Acesso em 22/06/2012as 13h15min.



juntamente como o funcionamento de seus órgãos. Incumbe-se ao direito também regular a relação entre o Estado e seus integrantes.”

Para Ferreira Filho (2000, p. 2, 21) o Estado de Direito significa que o poder político está preso e subordinado a um direito objetivo, e ademais esse poder há de comandar os homens por meio de leis que, para merecerem o nome, irão de ter as características de generalidade, aplicando a todos os casos iguais e impessoalidade, sem fazer acepção de pessoas.

Bastos (1999, p.55) acrescenta ainda: “Estado de Direito, nada mais é que o Estado limitado pelo direito, buscando evitar qualquer tipo de arbitrariedade. O Estado sempre deve buscar o máximo de juridicidade possível.” Deste modo, não poderia existir um Estado sem os desígnios essenciais de um verdadeiro Estado de direito, pois, faria juízo de Estado de não direito, como antes já mencionado.

Essa ideia também comunga Canotilho (1999, p. 4)<sup>24</sup>:

[...] Estado de não direito é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias. Lei arbitrária, cruel e desumana é, por exemplo, aquela que permite experiências científicas impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, de outras nacionalidades, de outras línguas e de outras religiões [...]

O Estado de direito, segundo Bastos (1999, p. 54), advém de um conceito liberal, cujas características foram à submissão à lei, à divisão dos poderes e às garantias dos direitos individuais, nascendo o Estado de direito em oposição ao Estado de Polícia.

O Estado de direito, mais do que jurídico, é um conceito político [...] Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários que, àquele momento, se opunham ao absolutismo, ao Estado de polícia. Surge como ideia de força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governos à vontade legal, porém não de qualquer lei.

<sup>24</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa. Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999. Disponível em <http://libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> Acesso em 22/06/2012as 13h15min.

Noutra importante análise Zaffaroni (2011, p.169) relata que “os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto.”

Ademais, Zaffaroni (2011, p. 173) continua:

O direito penal de garantias é inerente ao Estado de direito porque as garantias processuais penas e as garantias penas não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada [...] encerra o Estado de polícia, ou seja, são o próprio Estado de direito. O direito penal de um Estado de direito não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo [...]

Complementando os pensamentos acima, argumenta Canotilho (1999, p. 21)<sup>25</sup> que o Estado de direito tem que assumir a segurança da sociedade, dando liberdade a nação e não limitando-os com leis injustas, respeitando os princípios que formam a ordem jurídica :

Desde logo, o Estado de direito, para o ser verdadeiramente, tem de assumir-se como um Estado liberal de direito. Contra a ideia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de assumir como tarefa própria a felicidade dos súbditos, o Estado de direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua ação à defesa da ordem e segurança públicas. Por sua vez, os direitos fundamentais liberais a liberdade e a propriedade decorriam do respeito de uma esfera de liberdade individual e não de uma declaração de limites fixada pela vontade política da nação. [...]Um Estado que impede a liberdade de expressão e informação editando leis da rolha ou leis de censura adapta normas restritivas de direitos e liberdades com conteúdo injusto. Por isso não é um Estado de direito porque o direito que corre nas veias das regulações das autoridades é mau, é perverso. [...]Merece a qualificação de Estado de direito o Estado e só esse! que em todos os seus atos jurídicos, em todos os seus esquemas organizatórios, em todos os seus procedimentos, incorpore os princípios jurídicos que, de forma indisponível por qualquer poder, dão validade ou legitimidade a uma ordem jurídica. Em síntese: que o torne intrinsecamente um Estado de direito.[...]

O Estado de direito tem por base a ordem legitimadora do povo, haja vista, a expectativa de exercer seu poder democrático, pela legitimidade da Constituição Federal. Portanto, para avaliar um Estado de direito, somente à luz do princípio democrático, pois um Estado constitucional só é verdadeiramente constitucional, se for democrático.

<sup>25</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999. Disponível em <http://libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> Acesso em 22/06/2012as 13h15min.

Entretanto, o Direito Penal do Inimigo conduz a privar o sujeito, a ele submetido, das garantias básicas inerentes a um Estado de Direito, o que demonstra, de forma evidente, a índole autoritária das suas formulações.

Por consequência, Ribeiro (2011, p. 81,82) cita os ensinamentos de Jakobs:

O Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulamentações. 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.

Assim, o Estado que admitir um Direito Penal como Direito Penal do Inimigo, baseado em violações as garantias legais e processuais, estaria se afastando de um Estado de direito. Ferindo assim, os princípios constitucionais.

Segundo Zaffaroni (2011, p. 18) tratando um ser humano como algo perigoso, dele imediatamente é negado o caráter de pessoa e seus direitos:

[...] A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referencia a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que aceitação do hostil, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito.[...]

O Direito Penal do Inimigo é, na realidade, uma forma de direito que serve para combater determinadas classes, ou seja, comunga com a culpabilidade do autor. Segundo Capez, (2008, p.300) na culpabilidade do autor a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida.

Para Canotilho (1999, p.20)<sup>26</sup> em um Estado de Direito, deve haver pressupostos com o intuito de acentuar as dimensões das garantias individuais e protegendo os direitos adquiridos contra medidas coativas do poder público, garantindo, desta forma, segurança e a liberdade dos direitos e assegurando os deveres da sociedade por meio de uma ordem jurídica segura. Para que possam orientar a sua vida de forma segura, previsível e calculável.

Firmando tais considerações, Canotilho (1999, p. 21)<sup>27</sup> apresenta a fiscalização do poder como meio de chegar à justiça, através dos princípios da proibição do excesso, da proporcionalidade, da adequação, da razoabilidade, da transparência, da necessidade, respeitar os direitos inerentes da pessoa humana.

Recorrendo à ideia de razoabilidade, adequação, proporcionalidade e necessidade, os tribunais e agora também o Tribunal de Justiça das Comunidades podem fiscalizar o uso dos poderes e a justiça das medidas adaptadas por estes poderes, contribuindo para um Estado de direito mais amigo de justiça e dos direitos fundamentais. [...]

A partir dessa reflexão, pode-se dizer que o Estado deve estruturar no princípio da proporcionalidade<sup>28</sup>, o qual possibilita apurar as restrições de direitos, de liberdades e de garantias constitucionais, deste modo, o princípio da proporcionalidade ratifica que uma lei restritiva<sup>29</sup>, mesmo sendo adequada e necessária, poderá ser inconstitucional, quando limitam direitos, liberdades e garantias.

Ante o contexto sobre o Estado Direito, torna-se necessário explicar sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, e sua relevância para um Estado comprometido com o bem social, logo, com a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>26</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999, p.20. Disponível em <http://libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> Acesso em 22/06/2012as 13h15min.

<sup>27</sup>Idem, p. 25.

<sup>28</sup>“Tal princípio, em suma, consiste no custo benefício do referido tipo penal, ou seja, se o seu ônus é compensatório, devendo em um primeiro momento refletir o legislador sobre a proporcionalidade. O direito penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, limitação social do que o benefício a coletividade.” (V SILVA, José Cirilo Cordeiro; CASAGRANDE, Elaine Glaci Fumagalli Errador. Os Princípios Constitucionais Incidentes no Direito Penal Brasileiro. p. 17. Disponível em: [www.facsaooroque.br/novo/publicacoes/pdfs/jose\\_cirilo.pdf](http://www.facsaooroque.br/novo/publicacoes/pdfs/jose_cirilo.pdf). Acesso em 25/06/2012, às 14h04min.)

<sup>29</sup>Como o próprio nome indica, uma lei restritiva traduz-se num diploma que visa proibir determinada conduta ou determina docomportamento.(Disponivelem:[http://jurislingue.gddc.pt/fora/resultado\\_pesquisa\\_termos.asp?Termo\\_Portugues=Lei+restritiva&Submit=OK](http://jurislingue.gddc.pt/fora/resultado_pesquisa_termos.asp?Termo_Portugues=Lei+restritiva&Submit=OK)). Acesso em 10 de setembro de 2012, às 09h 43min.

### 2.3 Estado Democrático de Direito

Dallari (2001, p. 145-146), prevê que a base do conceito de Estado Democrático é, sem dúvida, a noção de governo do povo, revelada pela própria etimologia do termo democracia, formada pelo surgimento da supremacia do governo popular, da organização do Estado constitucional, das Constituições e das formas de governo, chegando ao atual Estado Democrático.

Continua ainda, Dallari (2011, p. 147) o Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Sofreu influências deixadas por Rousseau (1762)<sup>30</sup>, no desenvolvimento da idéia de Estado democrático em sua obra, contendo princípios expressos e consagrados inerentes a qualquer Estado que se pretenda democrático.

Confirmando o ensinamento acima, Rousseau (2002, p. 92, 95) ao admitir que o governo democrático convenha aos pequenos Estados, onde “um povo que governar sempre bem não necessitará de ser governado”, diz mais ainda, “rigorosamente falando, nunca existiu verdadeira democracia, nem jamais existirá”. Para mais, deixa bem claro que “se existisse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Tão perfeito governo não convém aos homens.”

Ressaltamos que está intrínseco ao Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade. Esse, segundo Canotilho (1999, p. 22), subordinado pelo domínio da lei, sendo a promotora da igualdade e da justiça. Por ser um ato de decisão política predetermina a conduta que guiará os cidadãos na realização de seus interesses. Portanto, a lei não deve ficar numa esfera meramente normativa, precisa influir na realidade social, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.

Portanto, vale destacar a afirmação de Canotilho, (1999, p. 22)<sup>31</sup>:

---

<sup>30</sup>Jean Jacques Rousseau, nasceu em Genebra no ano de 1712, e morreu em 1778, escreveu algumas obras, dentre elas o livro Do Contrato Social (1762) com a pretensão de mostrar onde estava fundada a ordem social, já que não estava presente no direito natural, nem na força, porém num pacto social. Disponível em <http://www.suapesquisa.com/biografias/rousseau.htm>. Acesso em 24/06/2012, às 13h45min.

<sup>31</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999.p. 22. Disponível em <http://libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> Acesso em 22/06/2012as 13h15min.

A lei ocupa ainda um lugar privilegiado na estrutura do Estado de direito porque ela permanece como expressão da vontade comunitária veiculada através de órgãos representativos dotados de legitimação democrática direta. Por outras palavras: a lei emanada dos órgãos da sociedade — os parlamentos — converte-se ela própria em esquema político revelador das propostas de conformação jurídica-política aprovadas democraticamente por assembleias representativas democráticas. Quem não entender este significado da prevalência da lei pode fazer glosas sobre o Estado de direito, mas não sabe o que é um Estado de direito democrático.

Concluindo, Dallari (2001, p. 152), conceitua como “sendo o Estado Democrático aquele em que o próprio povo governa, e é evidente que se coloca o problema de estabelecimento dos meios para que o povo possa externar sua vontade”, reunindo princípios do Estado Democrático e do Estado de direito, juntamente com um componente revolucionário de transformação social, tornando-se um Estado promotor da justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

Para Dallari (2001, p. 150-151), o Estado passou a se organizar de acordo com a soberania popular e a participação do povo na organização, na formação e na atuação do Governo consolidando o Estado Democrático de Direito, o qual apresentou enfoque ao princípio da supremacia da vontade popular, preservação da liberdade, sem nenhuma interferência estatal, desde que não deprecie o próximo. Sendo proibido todo tipo de discriminação no gozo de direitos e garantias.

Diante do que foi exposto sobre o Estado Democrático de Direito, torna-se de grande relevância para este segundo capítulo, a abordagem sobre os preceitos constitucionais Pátrios e o Direito Penal do Inimigo. Dando enfoque a Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a Declaração dos Direitos Humanos.

## **2.4 Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Direito Penal do Inimigo**

A priori Capez (2008, p. 4) apresenta a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 1º, *caput*, definindo bem o aspecto político-constitucional do Estado Brasileiro como

---

um Estado Democrático de Direito, apontando princípios fundamentais de igualdade entre os homens, e a interventiva do Poder Público em igualdade para impedir deformidades sociais, sendo o povo como origem e formador de qualquer poder.

Prosseguindo com sua análise Capez (2008, p.5) reafirma que o Brasil ente federativo, no qual é fundamentado por um ordenamento jurídico formal, que se perfaz, em um conjunto de leis, organizado por normas legais formais em uma hierarquia normativa, observa que entre as normas constitucionais não existem hierarquias, visto que são elas que emitem os direitos fundamentais, a igualdade entre todos perante a lei.

Como já estudado anteriormente, a teoria do Direito Penal do Inimigo, enfraquece os direitos e garantias fundamentais, aplicando a pena aquele que é criminoso comum, e secundariamente o puniria mais severamente os criminosos de alta periculosidade para a sociedade. “Em suma, o Direito Penal do Inimigo estabelece que o “cidadão” deve ser respeitado e conta com todas as garantias penais e processuais colocadas à sua disposição. Já o “inimigo”, pelo fato de não ser um sujeito processual, não pode contar com tais direitos.”<sup>32</sup>

Assim, necessário se faz, verificar as considerações de Gomes (2005, p. 2)<sup>33</sup>:

de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

<sup>32</sup>JUNIOR, Ariolino Neres Sousa. O Direito Penal do inimigo e o ordenamento jurídico brasileiro: qualquer semelhança é mera coincidência! - Revista âmbito jurídico, 01/08/2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/6555.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2012, às 17h 05min.

<sup>33</sup>GOMES, Luís Flávio – Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal) Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005. ISSN 1807023X p. 2. Disponível em :[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf) . acesso em 03/05/2012 às 17h 12min.

Deste modo, o Estado teria legitimidade a extinguir os direitos e garantias individuais, haja vista que o criminoso não seria mais considerado como cidadão e sim inimigo. O que não preceitua a Constituição.

Ainda sobre o Estado de Direito Capez (2008, p.7) relata que o Direito Penal é legítimo democrático e obediente aos princípios constitucionais que o informam. Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como base de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Brasileira, instituiu como um paradigma, assim, qualquer cláusula ou preceito, que desobedeça a este principia deve ser banida da ordem jurídica, haja vista, no entanto o Estado, o processo penal e o ordenamento jurídico penal, devem ser conduzidos com a observância aos direitos e garantias processuais.

Quanto à posição do Estado em relação à privação de direitos ao ser humano, critica Zaffaroni (2011, p. 19):

É inevitável que o Estado proceda dessa maneira, porque por trás da máscara acredita encontrar um inimigo retira-lhe a máscara e com isso, automaticamente, elimina-o de seu teatro [...]. Certamente o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa, por mais que isso seja ocultado, incorre nessa privação.

Neste sentido, por ser Direito Penal do Inimigo um direito penal do autor, pune-se não pelo fato praticado, ou seja, pune-se antes mesmo da realização da conduta delituosa, simplesmente por não mais oferecer uma segurança a sociedade, ferindo os princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência que também reza a constituição.

Menciona Capez (2008, p. 21), a Constituição Federal Brasileira de 1998 veda por excelência ao princípio da humanidade a tortura, o tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa (art.5º III) a proibição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, do banimento e das penas cruéis (art. 5º XLVII), o respeito e a proteção à figura do preso (art. 5º XLVIII, XLIX, L) e ainda normas disciplinadoras da prisão processual (art. 5º LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI), impondo ao legislador e ao intérprete mecanismos de controle de tipos legais.



A constituição brasileira tem como base o princípio da humanidade, devendo ser aplicado extensivamente às disposições constitucionais relativas ao Direito Penal. Tal princípio, encontra-se relacionado às sanções penais, bem como o tratamento do condenado ser acima de tudo como pessoa humana, com suas necessidades básicas, mas sem fechar os olhos a pena prevista para a infração por ele cometida.

Nesse sentido versa o art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:  
III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Deste modo, a Constituição é nitidamente contrária a qualquer tratamento diverso em desrespeito a pessoa humana, pois, toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido a dignidade inerente ao ser humano. Frise-se ainda que, entre os princípios da dignidade humana corresponde também a vedações impostas pela Constituição Federal discriminado em cinco espécies de pena. Conforme o art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988:

XLVII - não haverá penas:  
a - de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX  
b - de caráter perpetuo;  
c - de trabalhos forçados;  
d - de banimento;  
e - cruéis.

Assim, conforme previsto pela Constituição Federal Brasileira de 1988, se nota que ninguém poderá ser condenado com pena a que não é permitida por lei.

Outrossim, se faz de suma importância enfatizar os princípios constitucionais que embasam a Constituição Federal de 1988, o qual se perfazem no Princípio da Razoabilidade e no Princípio da Proporcionalidade, consagrados no “art. 5º, inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Segundo Lima (1999, p. 209) a influência dos Estados Unidos da América no sistema jurídico brasileiro, pois, trouxe consigo a fórmula, plasmada na Constituição daquele país. Assim mesmo, antes da positivação da cláusula na Carta Magna de 1988, reconhecia-se a incidência do devido processo legal sobre os interesses contidos nestes três termos: vida, liberdade e propriedade.

O devido processo legal protege em si a dignidade da pessoa humana, visualizado pelo Estado de Direito, sendo guia no procedimento do processo, quanto em vias materiais. É o que afirma, Lima (1999, p. 213, 227):

Ousamos concluir que o devido processo legal contido em nosso ordenamento, objetiva proteger apenas aqueles interesses relacionados à liberdade e as demais bens que são indispensáveis à preservação da dignidade da pessoa humana, tida como fundamento de nosso Estado de Direito, e necessária ao desenvolvimento pleno da sociedade. [...] lembra-se que o devido processo legal, projeta-se no momento da criação e da interpretação, aplicação do texto, normativo, não para a solução ao conflito de interesses em litígio, mas para servir de porta orientadora e de conferência para o sujeito, tanto sob a dimensão material, quanto processual. Significa, portanto, não só um guia de razoabilidade e proporcionalidade mas um dever de obediência ao procedimento que melhor atenda aos interesses de justiça.

No tocante ao Direito Penal, aplica-se o art. 5º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, inciso XLVI, *caput*, maneira implícita as garantias proporcionais ao delito cometido, no qual regula a individualização das penas, e ainda em seu inciso XLVII, disciplinando sobre a proibição de determinadas penas, como já mencionados.

Tais medidas advieram com a finalidade de impedir que os bens jurídicos como a liberdade e a vida, fossem alvos de interesses escusos e arbitrários.

Ressalta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, versado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira de 1988, que dispõe:

“Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento”:  
III- a dignidade da pessoa humana;

Portanto, a adoção ao Direito Penal do Inimigo versaria em total contradição a Constituição Brasileira, pois afronta aos princípios do processo legal, do contraditório e da ampla defesa, afrontando a estes princípios estaria assim desrespeitando ao princípio da humanidade e da individualização das penas, na medida em que o inimigo, por perder o status de cidadão, poderia ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

Concluindo, o Direito Penal do Inimigo, adotado por Gunther Jakobs, é totalmente incompatível com o ornamento jurídico brasileiro, por esta razão que não é adotado diretamente a doutrina do Direito Penal do Inimigo, uma vez que afronta diretamente a Constituição Federal da República de 1988, basicamente por possibilitar a perda do caráter cidadão, negando a dignidade humana a este, e pelo perigo, visto que, permite que o Estado torne uma espécie de Estado autoritário, perdendo seu caráter de Estado Democrático de Direito.

## **2.5 Algumas considerações sobre os Direitos Humanos**

O reconhecimento e a consagração dos direitos humanos em prol dos indivíduos e da própria sociedade se devem pelas lutas históricas travadas no curso da humanidade e no desenvolvimento da estrutura social dos povos.

Com efeito, segundo Ferreira Filho (2000, p. 5 *usque* 19) encontrou-se a primeira representação de direitos inerentes à pessoa, na Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei Inglês João. Em sequência, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, nos Estados Unidos, de 1776, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. Modernamente, através da iniciativa das Nações Unidas, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n.º 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Segundo Alencar (2010, p. 3)<sup>34</sup>, as inumeráveis infrações aos direitos humanos deflagrados no início do Século XX, sobretudo, com a Segunda Guerra Mundial, trouxe consigo a necessidade da punir autores de crimes contra a humanidade, os quais ferem a dignidade da pessoa humana, como, os crimes contra a paz, terrorismo, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e outros. Desta feita, perpetuando tamanhas atrocidades atentatórias contra a humanidade é aprovado em 17 de julho de 1998, na Conferência de Roma, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Esses direitos inerentes ao homem possuem características que protegem contra atos do governo, em qualquer parte do mundo, pois são essenciais ao ser humano.

Ferreira Filho (2000, p. 22,23) afirma que na declaração dos direitos humanos, presume a existência de direitos declarados naturais, derivados da natureza humana. Assim possui característica vinculada a natureza, necessariamente naturais, abstratos, sendo dos homens, e não de somente algumas pessoas, ou seja, de todos. São imprescritíveis, não se perdem com o passar do tempo, pois, se prendem à natureza imutável do ser humano. São inalienáveis, ninguém pode abrir mão da própria natureza. São individuais, porque cada ser humano é completo. É universal, pertence a todos os homens.

Segundo a própria declaração dos direitos humanos, não se pode haver distinção entre as pessoas, discriminações, e tratamentos cruéis, versados no artigo V, VI e VII, *in verbis*.

Art. V -Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Art. VI -Toda pessoa tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Art.VII - Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Esta declaração notifica a abolição dos privilégios a determinadas pessoas, estabelecendo a uniformidade do direito para todos os homens.

<sup>34</sup>ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática - Revista dos Tribunais - Ano 99 - Maio de 2010 - Vol. 895. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>. Acesso em 27 de março de 2012, às 18h37min.

Salienta Ferreira Filho (2000, p.99) que a Constituição Federal Brasileira de 1988 enuncia a declaração dos direitos em seu artigo 5º § 1º, dizendo da “aplicabilidade imediata” das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, Ferreira Filho (2009, p. 118) continua, o próprio sistema judiciário é garantidor de condições protecionistas aos direitos individuais e da pessoa humana a qualquer pessoa que é julgado, isso dentro dos limites de dignidade humana, contidos os princípios básicos do processo. Esses tais princípios elencados no já mencionado artigo 5º da Magna Carta.

Após este breve estudo a respeito do Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito. Abordaremos no próximo capítulo, o Inimigo e o Direito Penal.

### 3. O INIMIGO E O DIREITO PENAL

O presente capítulo tem a finalidade de analisar quem é considerado o inimigo, inicialmente pelos estudos de Carl Schmitt<sup>35</sup> que defendia diferenciação da política por meio do político amigo e inimigo, e as ideias de Jakobs quanto ao inimigo. Trazendo o Direito Penal as políticas criminais atuais, medidas de segurança, os elementos que diferem o direito penal do autor e o direito penal do fato, os quais legitimam o Direito Penal do Inimigo.

#### 3.1 Quem é o inimigo?

Diante do que já foi exposto é preciso ter cuidado e precisão para falar sobre o inimigo, pois a cada dia surgem novos conceitos e formas diferentes de inimigos. Deste modo, Moraes (2011, p.190) analisou de forma sucinta quem foram quem são os inimigos presentes na sociedade. Visto que, “o Direito Penal do Inimigo, é um Direito Penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos.”

Conforme os ensinamentos de Zaffaroni (2011, p. 21), a essência do inimigo foi tratada com mais aprofundamento e coerência na teoria política de Carl Schmitt, “por sua vez, não fez mais do que resgatar precisamente o conceito tradicional proveniente do direito romano. Assim, Ribeiro (2011, p. 90) fala “a distinção entre amigo e inimigo constituiria, na verdade, a essência da política.”

Nos tempos do Estado absoluto, inimigo não era qualquer infrator, mas sim, o estrangeiro. O teórico Schmitt (1992), apresenta uma distinção romana entre o *inimicius*<sup>36</sup> e o *hostis*<sup>37</sup>. O *inimicius* era o inimigo pessoal, e o *hostis* seria o inimigo político, sendo colocada a possibilidade de guerra, com uma negação absoluta em relação ao outro. “O estrangeiro, o

---

<sup>35</sup>PLETTENBURG, Alemanha, 1888, id., 1985. jurista alemão. Professor da Universidade de Berlim, em 1934, sua doutrina jurídica sobre o Estado foi designado como um dos elementos ideológicos sobre os quais foi fundada nacional-socialismo, que se juntou em 1933. Disponível em: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/s/schmitt.htm> acesso em 25 de agosto de 2012 às 19:07 min.

<sup>36</sup>Cf. Tradução. Inimicius:mais hostis. Disponível em: <http://translate.google.com.br/#la/pt/inimicius>. Acesso em 25 de agosto de 2012 às 19:45 min.

<sup>37</sup>A palavra hostis provém da raiz sânscrita ghas, que alude a comer, o que explica sua origem comum com hosteria[estalagem]. Hostire também significa matar e hostia[hóstia] tem o sentido de vítima. (ZAFFARONI, 2011, p. 22).

estranho, o inimigo, o *hostis*, era quem precisava absolutamente de direitos, quem realmente estava fora da comunidade.” (ZAFARRONI, 2011)

Consequentemente, Lima (2011, p. 168)<sup>38</sup> argúi, o inimigo é sempre *hostis* e nunca *inimicus*, ou seja, o estatuto político do inimigo é de um indivíduo público, no caso, uma outra unidade política, isto é, um outro Estado e não o adversário privado, concorrente comercial ou o infiel. Seja a violência declarada, seja o combate regulado, é necessário e suficiente que na situação de inimizade, em caso extremo, os protagonistas se enfrentem como inimigos e, eventualmente, o conflito leve à luta de vida ou morte.

Diz mais ainda, Lima (2008, p. 165)<sup>39</sup>:

Para Schmitt, o critério elementar do político é a distinção amigo-inimigo, pois tal é a condição necessária e suficiente para qualquer relação tornar-se política e participar das diferenciações que se articulam a partir de uma situação extrema de enfrentamento: “a distinção especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*.”

Castelo Branco (2005, p. 161)<sup>40</sup>, comenta que a contraposição de Schmitt, entre amigo e inimigo não exporia apenas a intensidade da associação ou da dissociação de um determinado grupo de humanos em razão da presente guerra ou da eliminação física de outro. “Na reflexão teórica de Schmitt, a distinção entre amigo e inimigo também representaria o papel de uma condição de possibilidade adequada a examinar o limite, o alcance e a constituição de saberes pertinentes à filosofia política.”

De maneira especial expõe Schmitt, (1992, p.27):

Ele (o inimigo político) é precisamente o outro, o estrangeiro e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral

<sup>38</sup>LIMA, Deyvison Rodrigues: O conceito do político em Carl Schmitt. Ceara: Argumentos, Ano 3, N°. 5 - 2011, p. 168. Disponível em: [http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao\\_5/21.pdf](http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao_5/21.pdf). Acesso em 19 de abril de 2012, às 9:00 h.

<sup>39</sup>Idem, p. 165.

<sup>40</sup>CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas Revista brasileira de Ciências Sociais. Liberalismo político no pensamento de Carl Schmitt: amigo ou inimigo?. São Paulo Oct. 2005 vol.20 nu.59, p 161. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbsoc/v20n59/a13v2059.pdf> acesso em 19 de abril de 2012 às 09:05 h.



empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro “não envolvido” e, destarte, “imparcial.”

No entanto, na visão de Ribeiro (2011, p. 60, 61), a essência de quem pode ser considerado pelo Estado como inimigo não fica bem claro na obra de Schmitt (1992), “pelo contrário, permanece quase totalmente indeterminado, afirmando-se simplesmente que o inimigo é existencialmente distinto.”

Quanto à ideia acima, expressa Zaffaroni (2011, p.21, 24):

[...] a negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito de individualização em si mesma.[...] Trata-se de um elemento conceitual contraditório dentro do Estado de direito porque arrasta a semente de sua destruição, muito embora sua incoerência só se tenha manifestado nos anos 30 do século passado, por obra da pena de Schmitt, o mais destacado teórico político do nazismo. Sua lamentável filiação política fez com que suas observações não merecessem suficiente atenção nas décadas posteriores e menos, ainda, por parte dos penalistas.[...]

Apesar dos questionamentos, Zaffaroni (2011, p.24) argumenta, a presença do inimigo vai sempre existir, “nunca eliminaremos ou reduziremos a presença do *hostis* no Direito Penal se antes não verificarmos que se trata de uma cunha de madeira mole por dentro.” Acrescenta, além disso, “o *hostis* nos dias de hoje é submetido à contenção como indivíduo perigoso apenas na estrita medida da necessidade.”<sup>41</sup>

Ante, o já tratado Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, compete apresentar ideários de Jakobs (2003), para o fiel entendimento dessa pesquisa. É de fundamental importância ter percepção a cerca do conceito de inimigo e o de pessoa (cidadão), para distinguir esses dois modelos de Direito Penal, destinados a diferentes tipos de indivíduos.

---

<sup>41</sup> Estrita necessidade é a medida de algo que não tem limites, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder.(Cf. ZAFARRONI 2011, p. 25).



Segundo Moraes (2011, p.189) “O indivíduo que, por princípio ou de maneira permanente, comporta-se de modo desviado frente à ordem jurídica sem oferecer garantia de conduzir-se com pessoa, deverá ser tratado como inimigo.”

Gomes (2005, p.1) aclara as ideias do Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs (2003) no qual, combate as pessoas refratárias, pois para essas pessoas, o Direito Penal do Cidadão não tem vigência. O inimigo seria então, aquele criminoso que comete delitos econômicos, terroristas, crimes organizados, bem como delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. “Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”.

O conceito de inimigo que trata a teoria do Direito Penal do Inimigo é uma dinâmica da guerra no Estado de direito, pois é onde se mede a periculosidade e o dano do infrator de forma real e concreta. Ou seja, o infrator deve ser julgado pelos seus reais atos, delitos de acordo com o direito. Se caso o critério objetivo for abandonado, a subjetividade do individualizador do inimigo invoca uma necessidade que não tem limites (ZAFFARRONI, 2011).

O Direito Penal do Inimigo é basicamente uma forma emergencial de controle as novas tendências criminais, por isso, conceituar o inimigo no Direito Penal é bastante complexo, devido as dissensões doutrinárias, pois não expressa garantias, e sim, defloramentos quanto a forma de punição.

A esse respeito, posiciona Zaffaroni (2011, p. 25):

De todo modo e para concluir, o que se discute em doutrina penal é a admissibilidade de conceito de inimigo no direito penal (ou no direito geral) do Estado de direito, considerando como tal aquele que é punido só em razão de condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de pena, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplo.

Nesse esteio, especifica Jakobs (2003, p. 49, 50) que:

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

Destarte, para Jakobs; Meliá (2012, p. 43), na teoria do Direito Penal do Inimigo, “só e pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para o poder real.”

Nesses termos comenta Jakobs; Meliá (2012, p.40):

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

De tal modo, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes, ou vê-los como pessoa, sujeito que cometeu um erro, ou como inimigos, indivíduos impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.

Diante do que já foi propagado, necessário faz-se, explanar algumas noções sobre a política criminal atual, normas de punição do Direito Penal, empregadas perante as variações contemporâneas.

### **3.2 O Direito Penal e as políticas criminais da atualidade**

É de extrema relevância compreender e analisar a expansão do Direito Penal, bem como a Política Criminal e qual o seu papel no controle da criminalidade, como instrumento de controle da violência.

Iniciando este breve apanhado sobre o Direito Penal, Mirabete (2001. p. 21) explana a definição do Direito Penal em sociedade e as reais atuações das normas no Estado, perante os indivíduos que fazem parte dele.

A vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinares que estabeleça regras indispensáveis entre os indivíduos que a compõem. O conjunto dessas regras, denominado direito positivo, que deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, prevê as consequências e sanções aos que violarem seus preceitos. A reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, dá-se o nome de Direito Penal.

Pode-se notar que, o Direito Penal vem para conduzir normas legais, que abarcam somente a seres humanos, para melhor definir sua conduta.

Assim, preconiza Capez (2008, p. 4):

[...] O Direito Penal somente pode dirigir os seus comandos legais, mandando ou proibindo, que se faça algo ao homem, pois somente este é capaz de exercer ações com consciência ao fim. Assim, lastreia-se o Direito Penal na voluntariedade da conduta humana, na capacidade do homem para um querer final. Desse modo, o âmbito jurídico penal, limita-se as atividades finais humanas. [...]

Hans Welzel (2004, p.32) *apud* CANTERJI (2008, p.26) refere que o direito tem “a missão de tutela de interesses humanos, a missão especial do Direito Penal é a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso.”

Canterji (2008, p. 25) ainda expõe, sobre o modelo de integração do Direito Penal, e suas funções para o Estado, sendo a política criminal, uma ciência integrada desse modelo.

Criou-se um modelo integrado de Ciências Penais a partir do qual são estabelecidas as concretas funções do Direito Penal, do Processo Penal e da política criminal, ocorrendo a legitimação interna e externa do modelo. Relacionam-se os estudos dogmáticos do Direito e do Processo Penal, permitindo-se que a partir dos seus resultados seja justificada a política criminal adotada pelo Estado.

A política criminal adotada pelos países globalizados bem como a expansão do Direito Penal nos dias atuais, a globalização, trouxeram implicações maléficas como os acontecimentos que mudaram a ordem mundial, aumento da violência e conseqüentemente, a ascensão da criminalidade, com isso, surgem diferentes formas de atuação dos criminosos e novos tipos penais. Diante disso, houve um aumento das políticas criminais com o intuito de se repressivas e punitivas ante essa nova realidade social.

Para Zafarroni, (2011, p. 13) nas ultimas décadas tornou-se evidente a transformação regressiva no campo da chamada política criminal ou, mais precisamente, da política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. “Nele, o tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão.”

Albuquerque (2012)<sup>42</sup> entende que a política criminal *strictu sensu* consiste no programa de objetivos, de métodos de procedimento e de resultados que o Ministério Público e as autoridades de polícia criminal prosseguem na prevenção e repressão da criminalidade. A política criminal tem, pois, dois pilares: o preventivo e o repressivo.

Segundo Melia (2012, p. 75) a peculiaridade da política criminal praticada nos últimos anos resume-se em expansão do Direito Penal. Principalmente pelas legislações penais do mundo ocidental, surgindo com elas novas figuras, novo setor de regulamentação, novos tipos penais, reforma de tipos penais já existentes, e isto, acontecendo de maneira mais rápida que épocas anteriores.

Importante ressaltar que essa política criminal como refere Canterji (2008, p.43) “é fruto de uma mídia constituída de movimentos de Lei e de Ordem para a produção do consenso sobre o crime, a criminalidade e a necessidade de incremento constante das penas.”

Ainda sobre o movimento da lei e a ordem, Carvalho (2005, p. 95) *apud* CANTERJI (2008, p.47) expõe:

---

<sup>42</sup>ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de: O que é a política criminal, porque precisamos dela e como a podemos construir? 2012. Disponível em: <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/Docente%20%20Palbu/o%20que%20%C3%A9%20a%20pol%C3%ADtica%20criminal.pdf> Acesso em 28 de agosto de 2012, às 20:30 h.

Percebe-se uma nítida simetria entre as propostas político-criminais propugnadas pelos MLO e as oferecidas pelos defensores da “Tolerância Zero”, baseados no incremento da repressão penal. Todavia, enquanto estes primam pela repressão à criminalidade de rua e bagatela, entendendo a intolerância como o único mecanismo de prevenção do caos e da desordem social, aqueles reivindicam alta punibilidade às ofensas dos bens jurídicos interindividuais, sobretudo os delitos contra a pessoa e o patrimônio.

Também é o argumento de Moraes (2011, p. 211, 212) as políticas criminais são pautadas na eficiência preventiva, essa a finalidade da modernidade no sentido de combater a criminalidade, tanto as pequenas infrações penais, quanto às maiores. Adota-se nesse sentido o movimento das “Janelas Quebradas e da Tolerância Zero.”<sup>43</sup>

Prosseguindo com o assunto Canterji (2008, p. 45) relata que os meios utilizados por essa política, trazem certo receio por parte da população, pois, a própria política representa perigo, e os fazem sentir que a insegurança é maior, pois, a ação policial acaba tendo mais liberdade para agir, objetivando se alcançar os resultados para a política, “onde os fins justificam os meios.”

Ainda, Canterji (2008, p.57) expõe que o Direito Penal do Inimigo atua em harmonia com os movimentos repressivos de Lei e de Ordem, atribuem ao Direito Penal a função de prevenir o investida de crimes, desprezando os direitos humanos. Apresentando caráter repressivista.

Portanto, como relata Moraes (2011, p. 227), com o aumento da criminalidade, a política criminal regulada no Direito Clássico não mais parecia surtir efeito. Influenciado pelo modelo italiano, o legislador brasileiro adotou a ideia de adotar além das penas, as medidas de segurança no código de 1940, delimitando que estas poderiam ser aplicadas senão às pessoas socialmente perigosas cujo crime fosse previsto em lei, ainda que elas não fossem imputáveis ou puníveis.

Visto isso, Moraes (2011, p. 228) diz que as idéias modernas sobre a natureza do crime, trouxeram a necessidade de promover uma série de medidas que se dirigissem, não a

---

<sup>43</sup>Teorias originárias dos Estados Unidos da América, advindas com uma política criminal que buscava demonstrar a relação de causalidade entre a criminalidade violenta e a não repressão de pequenos delitos e contravenções, assim como a desordem levaria à criminalidade, a tolerância com pequenos delitos e contravenções, levaria, inevitavelmente à criminalidade violenta. (Cf. MORAES, 2011, p. 212)

punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou a segregá-lo do meio, nos casos de desajustamento irreduzível, estas que fazem parte do Direito Penal, as chamadas medidas de segurança.<sup>44</sup>

Alem disso, Garcia (v.I, t.II,p.598) *apud* MORAES (2011, p. 227) o ponto principal para a aplicação das medidas de seguranças, já que “seriam prospectivas; enquanto as penas se alicerçam no fato já consumado, as medidas de segurança tem em mira os males que ele poderá ainda perpetrar, os delitos a decorrem do seu estado perigoso, que necessita ser obviado.”

Comenta Zaffaroni (2011, p. 81) que a America Latina atua com uma extensa generalizada medida de segurança por periculosidade presumida (prisão preventiva) e só excepcionalmente com penas, contra os inimigos. Relata assim, que o prisioneiro na América Latina e visto como um inimigo.

Desta feita, observa-se que a utilização de uma legislação penal de terror, que aumenta as penas, criminaliza condutas e minimiza garantias, não é eficiente na redução da criminalidade. Pois faz, o próprio Direito Penal perder sua essência, haja vista, que pode trazer insegurança para a sociedade.

### **3.3 Direito Penal do Inimigo como Direito Penal do Autor**

Compete agora realizar uma breve reflexão do que se discute quanto à manifestação técnico-jurídica, do Direito Penal do Inimigo de como penalizar, sendo assim, uma forma incompatível com o princípio do direito penal do fato.

Tratando da legitimidade do Direito Penal do Inimigo, Moraes (2011, p. 215) diz, pode se analisar o retorno a antiga dialética sobre a legitimidade de um Direito Penal do autor em detrimento do modelo de Direito Penal do fato.

---

<sup>44</sup>São providencias de caráter preventivo, fundados na periculosidade do agente, aplicadas pelo juiz na sentença, por prazo indeterminado até a cessação da periculosidade e que tem por objeto os inimputáveis e os semi- imputáveis (Cf. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal parte geral, 16 ed. São Paulo, Saraiva, 2010, coleções sinopses jurídicas).

Na constituição do sistema punitivo, Moraes (2011, p. 225) pré-leciona ser possível tomar por base o fato e o autor. Quando o fato é tomado de forma exclusiva e pura, observa-se o que chama a majoritária doutrina de direito penal do fato, do extremo e contrário, levando em conta exclusivamente o autor, revela-se o direito penal do autor.

Para se falar em Direito penal do autor e direito penal do fato no Direito Penal do Inimigo é de grande valia mencionar sobre a culpabilidade adotada no direito penal positivo, pois a culpabilidade adotada pelo Estado de Direito, acolhe o direito do fato e repreende o direito do autor.

Para Capez (2008, p. 299) “a culpabilidade afere-se somente se o agente deve ou não responder pelo crime cometido.”

Além disso, Capez (2008, p. 1) também apresenta o Direito Penal ressaltando-o com dois aspectos valorativos diferentes. O “em face da lesividade do resultado que provocou (desvalor do resultado) e de acordo com a reprovabilidade da ação em si mesma (desvalor da ação)”, ou seja, depreciada depois da observação do resultado da ação e a reprovável no momento da ação.

Portanto, pode se notar uma incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o Direito Penal do fato. Sobre o tema explica Melia (2012, p. 107, 108):

como é sabido o Direito Penal do Inimigo se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos, o principio do direito penal do fato. Na doutrina tradicional, o principio do direito penal do fato entende como aquele principio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito Penal orientado pela atitude interna do autor. considerando-se este ultimo ponto de partida coerentemente ate suas ultimas conseqüências, mérito que corresponde a Jakobs. [...] inclusive entre fins políticos pode parecer exagerado falar de um Direito penal do autor: mediante sucessivas ampliações se tem alcançado um ponto no qual estar ai, de algum modo, fazer parte, de alguma maneira, ser um deles, ainda que só seja um espirito, é suficiente. A função da pena que produz, estruturalmente, não que é que haja um cumprimento melhor ou pior do principio do direito penal do fato, o que ocorre em muitos outros âmbitos regulação tem, desde o inicio, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos, os inimigos, mais que na definição de um fato. O direito penal do inimigo não é compatível, portanto, com o direito penal do fato.

Ademais ao criticar o Direito Penal do Inimigo Melia (2012, p. 111) afirma, no plano da teoria do Direito Penal do Inimigo não é compatível com a teoria da prevenção geral positiva, porque que nela a pena cumpre uma função divergente e incompatível com o elemento essencial da culpabilidade-igualdade, assim a consequência disso tudo, é que o Direito Penal do Inimigo, dedicado essencialmente a definir categorias de sujeitos é de modo estrutural um Direito Penal do autor.



## 4. APLICAÇÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo final, trataremos das práticas do Direito Penal do Inimigo no Brasil, e demonstraremos a existência da teoria do inimigo de Jakobs nas normas brasileiras.

### 4.1 Práticas do Direito Penal do Inimigo no Brasil

Para o criminalista Iemini (2012, p.4)<sup>45</sup>, a sociedade brasileira atravessa uma crescente fase de criminalização e acirramento de penas, em virtude da inflação legislativa no Brasil, derivada de uma insegurança que se faz presente em todos os setores da sociedade, haja vista, a grande influência da mídia, e o envolvimento dos setores sociais, problema incontestavelmente proveniente da desigualdade social.

Nesse contexto Iemini (2012, p. 14)<sup>46</sup> continua, o direito não interfere no status do indivíduo e sua punição é para condutas contrárias ao direito que afetem os bens jurídicos, mas noutra, o direito penal do inimigo visualiza a atuação de parlamentares, na criação de normas no sentido de solucionar a problemática da violência e criminalização, que cada vez mais, amplia a relativização de direitos individuais.

Alencar (2012, p. 10, 11)<sup>47</sup> menciona que o surgimento de novos delitos, hoje considerados os de criminalidade econômica organizada, crimes financeiros, crimes ambientais, crimes ligados à tecnologia, terrorismo, tráfico de drogas, armas e pessoas, espionagem industrial e delitos fiscais, ocasionou um processo de banalização da violência, aos quais as organizações criminosas impõem sua presença lesiva nos grandes centros urbanos, mantidas por dinheiro advindas de praticas ilícitas, corrompendo agentes públicos e toda a sociedade, fortalecendo suas exigências e tendo como porta voz o terror.

---

<sup>45</sup>IEMINI, Matheus Magnus Santos, Direito Penal do Inimigo sua expansão no ornamento jurídico brasileiro. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.ipan.org.br/arquivos/artigos/Direito%20Penal%20do%20Inimigo%20%20Matheus%20Magnus%20Santos%20Iemini.pdf>. Acesso em 02 de fevereiro de 2012, às 14h49min.

<sup>46</sup> Idem, p. 14.

<sup>47</sup>ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da princiologia constitucional democrática - Revista dos Tribunais - Ano 99 - Maio de 2010 - Vol. 895. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-princiologia-constitucional-democratica>. Acesso em 27 de março de 2012, às 18h37min.

Exatamente por isso, o legislador brasileiro, persuadido pelos apelos da sociedade por políticas criminais mais eficientes, acabou por aprovar Leis que apresentam características de um Direito Penal do Inimigo, que, hodiernamente existente dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Podem-se citar algumas, como a Lei nº 8.072/1990 dos crimes hediondos, a Lei nº 9.034/95 dos crimes organizados, a Lei 9.614/98 o abate de aeronaves suspeitas, a Lei nº 10.792/2003 que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, onde se percebe a incidência de circunstâncias que fazem valoração a teoria do Direito Penal do Inimigo, teoria de Jakobs.

O pensamento de Iemini (2010, p. 15)<sup>48</sup>, por intentar resolução rápida da problemática da criminalidade, os legisladores criam normas que mostram resultado imediato, mas que ao mesmo, possibilita maior injustiça e restringem direitos da população, uma vez que há

a busca do imediatismo na punição de certos crimes, cria no legislador uma ânsia em contentar a sociedade que demonstra repúdio público, através dos meios de comunicação, às suas práticas. Desta maneira, Leis são editadas para dar a falsa impressão de segurança restaurada, aplacando a ira da população instigada pelos meios midiáticos, o que, para o legislador, tem justificado a perda de alguns benefícios e até mesmo o cerceamento de outros [...]

Pode se dizer que este fenômeno teve seu marco histórico com a edição da Lei nº 8.072/90 (lei dos crimes hediondos). O criminalista Yarochevsky (2004)<sup>49</sup> posiciona que a mídia tem grande influência e que “em clima de grande emocionalismo, onde os meios de comunicação de massa atuaram decisivamente de forma a exagerar uma situação real da criminalidade, conduzindo a uma verdadeira confusão em termos de razoabilidade punitiva.”

---

<sup>48</sup> IEMINI, Matheus Magnus Santos, Direito Penal do Inimigo sua expansão no ornamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.ipan.org.br/arquivos/artigos/Direito%20Penal%20do%20Inimigo%20%20Matheus%20Magnus%20Santos%20Iemini.pdf>. Acesso em 02 de fevereiro de 2012, às 14h49min.

<sup>49</sup> (Apud. In Crimes hediondos: o mito da repressão. São Paulo: Revista dos tribunais, 1996) YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac, Crimes Hediondos, Belo Horizonte, agosto de 2004. Disponível em: <http://www.yarochevsky.com.br/artigo.php?f=crimeshediondos.htm>. Acesso em 28 de outubro de 2012 às 04h33min.

## 4.2 Lei n. 8.072/90 dos Crimes Hediondos

Como assegura Capez (2011, p. 229), a Lei de Crimes Hediondos editada pelo governo Fernando Collor em 1990, originalmente, classificou os crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo) serem insuscetíveis de liberdade provisória, onde tais crimes eram inafiançáveis e os condenados não podiam usufruir os benefícios da progressão da pena, cumprindo a pena em regime integralmente fechado.

A primeira aparição de crime hediondo na Legislação Brasileira se deu na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º XLIII<sup>50</sup>. Mas sua criação foi devida a grande incidência e insistência da mídia no País na época. A qual mantinha uma cobertura acirrada dos acontecimentos da vida cotidiana dos brasileiros.

Acompanhando o pensamento do criminalista Yarochevsky (2004), Pimentel (2011, p. 2)<sup>51</sup> diz, a Lei de Crimes Hediondos aprovada em 25 de julho de 1990, foi criada em decorrência da ligação direta com a ampla cobertura jornalística sobre crimes, cita ele um dos mais famosos do Brasil, o sequestro de Abílio Diniz, em 11 de dezembro de 1989, e do empresário paulista e publicitário Roberto Medina, em 6 de junho de 1990, no Rio de Janeiro, onde ficou 16 dias em cativeiro.

Quatro anos depois, o Congresso aprova a Lei nº 8.930 de 6 de setembro de 1994, que acrescenta a lei de Crimes Hediondos os crimes de homicídio qualificado, isso devido o assassinato da atriz Daniela Perez, em 1992<sup>52</sup>.

<sup>50</sup>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; (Cf. Constituição Federal Brasileira de 1988)

<sup>51</sup>PIMENTEL, Aldenor da Silva. O jornalismo e a história da Lei de Crimes Hediondos. Guarapava PR, 2011. Disponível em: [https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:APM6PUi7THwJ:paginas.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/8oencontro20111/artigos/O%2520jornalismo%2520e%2520a%2520historia%2520da%2520Lei%2520de%2520Crimes%2520Hediondos.pdf/at\\_download/file+o+jornalismo+e+a+lei+de+crimes&hl=ptBR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgr4FINMkGmbYOxIS8IBMtJETLEnNH2b58JePB1B5wsxOkIyGnM8yoxw9K1EYdrh-Iqbi3amYZJ0Fp1oVcKGi8\\_eVtJ4dBbJCfoja4nu3mpHDPQZXiLPAhsuoQmWYRIaROr&sig=AHIEtbSi2cS0AVJ0v3bLSm5JmNUDv-hg](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:APM6PUi7THwJ:paginas.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/8oencontro20111/artigos/O%2520jornalismo%2520e%2520a%2520historia%2520da%2520Lei%2520de%2520Crimes%2520Hediondos.pdf/at_download/file+o+jornalismo+e+a+lei+de+crimes&hl=ptBR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgr4FINMkGmbYOxIS8IBMtJETLEnNH2b58JePB1B5wsxOkIyGnM8yoxw9K1EYdrh-Iqbi3amYZJ0Fp1oVcKGi8_eVtJ4dBbJCfoja4nu3mpHDPQZXiLPAhsuoQmWYRIaROr&sig=AHIEtbSi2cS0AVJ0v3bLSm5JmNUDv-hg). Acesso em 30 de outubro de 2012, às 05h49min.

<sup>52</sup>O caso teve tanta repercussão e comoção nacional que Glória Perez colheu 1,3 milhão de assinaturas na tentativa de mudar a Lei. A campanha resultou numa emenda popular para alterar a lei e incluir nela o crime de homicídio qualificado. Como o assassinato da filha da autora aconteceu em 1992, antes da mudança na lei, os autores não foram atingidos e tiveram direito à progressão de regime prevista na legislação vigente à época do crime. Daniela foi morta num matagal no Rio, aos 22 anos, a três dias do réveillon de 1993, pelo ator Guilherme de Pádua, que contracenava com ela na novela da Globo De Corpo e Alma, e pela mulher dele, Paula Thomaz, 19 anos, que estava grávida de quatro meses. Casada com o ator Raul Gazolla, Daniella Perez recebeu dezoito golpes de tesoura e teve quatro perfurações no pescoço, oito no peito e mais seis que

Acentuando mais sobre o assunto Alencar (2010, p.9)<sup>53</sup> entende que o Estado, atendendo ao clamor público, com seu poder repressivo, ao publicar a Lei dos Crimes Hediondos tinha como escopo demonstrar publicamente que dispunha de um poder punitivo que inibiria a violência dos delinquentes, esquecendo que às raízes da violência está no próprio sistema estatal que promove de maneira brutal a desigualdade social.

O legislador afoito em demonstrar para seus eleitores que está aprovando leis mais duras para punir o delinquente enxergou no Direito Penal um instrumento de combate à criminalidade.

Houve uma discussão, parte da doutrina defendendo a inconstitucionalidade da Lei, mas outra parte, doutrinadores como Capez (2006)<sup>54</sup> afirmando não haver de se falar em inconstitucionalidade,

O condenado pela prática de crime hediondo, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes teve direito à individualização na dosimetria penal, nos termos do art. 68 do CP, ficou em estabelecimento penal de acordo com seu sexo e grau de periculosidade e, ainda por cima, tem a possibilidade de obter livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena. Não se pode, à vista disso, considerar violado referido princípio, principalmente quando o mesmo é restringido para atendimento de regra mais específico (CF, art. 5º, XLIII), bem como para evitar a proteção insuficiente de bens jurídicos a que o constituinte se obrigou a defender no *caput* desse mesmo art. 5º, quais sejam, a vida, o patrimônio e a segurança da coletividade. Por outro lado, nem de longe se pode acoimar de "cruel", o cumprimento de uma pena no regime fechado, sem direito a passagem para a colônia penal agrícola ou a liberdade plena (caso do regime aberto, na forma como se processa na prática), na hipótese de latrocidas, homicidas, sequestradores, estupradores, traficantes de drogas etc. Do mesmo modo, não consta em nenhuma passagem do Texto Constitucional que o legislador inferior não possa estabelecer regras mais rigorosas para o cumprimento da pena em delitos considerados pelo próprio constituinte como de grande temibilidade social. Finalmente, o princípio da dignidade humana possui uma tamanha amplitude que, levado às últimas consequências, pode autorizar o juízo de inconstitucionalidade até mesmo do cumprimento de qualquer pena em estabelecimento carcerário no Brasil, o que torna necessário impor limites à sua interpretação, bem como balanceá-la com os interesses da vítima e da sociedade. [...]

---

atingiram pulmões e outras regiões. Disponível em: [http://www.terra.com.br/istoegente/148/reportagens/capa\\_paixao\\_daniela\\_perez.htm](http://www.terra.com.br/istoegente/148/reportagens/capa_paixao_daniela_perez.htm). Acesso em 21 de outubro de 2012, às 09h29min.

<sup>53</sup>ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática - Revista dos Tribunais - Maio de 2010 - Vol. 895. p.9. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>. Acesso em 27 de março de 2012, às 18h37min.

<sup>54</sup>CAPEZ, Fernando. Artigo Lei dos crimes hediondos. Agosto de 2006. Disponível em: [http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con\\_id=1795](http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1795). Acesso em 21 de outubro de 2012, às 10h15min.

Moreira (2012, p. 1)<sup>55</sup> enfatiza a inconstitucionalidade da Lei, afrontando a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, na qual

traz em seu bojo uma disposição de caráter processual/penal (relacionada com a própria execução da pena), que não se compatibiliza com a Constituição Federal: a obrigatoriedade inicial do cumprimento da pena no regime fechado (artigo 2º, inciso II e seu parágrafo 1º). A norma é inconstitucional porque obriga que o condenado pelo crime hediondo cumpra a pena em regime inicialmente fechado, o que, além de um absurdo jurídico-penal, também afronta a Constituição, especialmente o seu artigo 5º, inciso XLVI, que trata da individualização da pena. Entendemos que a individualização da pena engloba, não somente a aplicação da pena, mas também a sua posterior execução, com os benefícios previstos na Lei de Execução Penal (artigo 112, Lei 7.210/84).[...]

Capez (2011, p. 229), menciona o cumprimento integral da pena em regime fechado, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento inédito, do Habeas Corpus 82.959-7/SP<sup>56</sup>, por seis votos a cinco, na sessão de 23 de fevereiro de 2006, mudou sua orientação e reconheceu, *incidentally tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º e do art. 2º da Lei 8.072/90, por entender o Plenário que o mencionado dispositivo legal feriria o princípio da individualização da pena, da dignidade humana e de penas cruéis, padecendo de vício de inconstitucionalidade por vedar a progressão de regime e a liberdade provisória prisional aos condenados por crimes hediondos.

Destarte, o fato de ser considerada inconstitucional, a negativa de progressão de regime aos condenados de crimes hediondos, desobedece veemente a Constituição Federal Brasileira de 1988, apresentando características evidentes do Direito Penal do Inimigo, trazendo punições aos culpados, sem preservar seus direitos, os tratando como não pessoas, e não portadoras de direitos, ou seja, se igualando aos inimigos da teoria de Jakobs.

No entanto, não se pode somente punir culpados, sem observar seus direitos devidos como seres humanos. A maneira de punir, não pode atingir a sociedade causando mais temor, mas sim, tranquilidade.

---

<sup>55</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade, A lei dos crimes hediondos e a individualização da pena. São Paulo, 8 de julho de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-08/romulo-moreira-lei-8072-nao-respeitava-individualizacao-pena..> Acesso em 21 de outubro de 2012, às 10h34min.

<sup>56</sup> Cf. Ata de decisão. Anexo 1

Nesse sentido, Capez (2011, p.195) dispõe:

a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade. Com efeito um direito penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, mais ônus, mais limitação social do que benefício a sociedade. Somente se pode falar na tipificação de um comportamento humano na medida em que se revele vantajoso em uma relação de custos e benefícios sociais.

Para Alencar (2010, p.10)<sup>57</sup>, a questão da contenção e segurança vai além de formas de punição, envolve a desigualdade social, na qual a violência não é combatida com leis mais cruéis, mas com ações eficientes que definhe a desigualdade social.

Querer, portanto, que a aplicação da pena de privação da liberdade resolva a questão da segurança pública é desconhecer as raízes da criminalidade, pois de nada adiantam leis severas, criminalização excessiva de condutas, penas mais duradouras ou mais cruéis sem combater a desigualdade social.

Para Capez (2006)<sup>58</sup> a nova posição que permite a progressão de regime para os delitos hediondos e assemelhados, apenas confirma recentes entendimentos anteriores sentido de abrandar o rigor dos dispositivos da Lei de Crimes Hediondos n. 8.072/90, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou da concessão de *sursis*.

### 4.3 Lei n. 9.034/95 do Crime Organizado

As intensas características do Direito Penal do Inimigo, depara também na Lei 9.034/95 do crime organizado. Percebe-se em seus artigos 7<sup>o</sup><sup>59</sup> e 10<sup>o</sup><sup>60</sup> do texto, traços ligados à teoria do Inimigo.

<sup>57</sup>ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática - Revista dos Tribunais - Maio de 2010 - Vol. 895.p.10 Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>. Acesso em 27 de março de 2012, às 18h37min

<sup>58</sup>CAPEZ, Fernando. Artigo Lei dos crimes hediondos. Agosto de 2006. Disponível em: [http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con\\_id=1795](http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1795). Acesso em 21 de outubro de 2012, às 10h15min.

<sup>59</sup>Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa. (Lei de crimes organizados) BRASIL. Lei n. 9034 de 03 de maio de 1995 - Lei de crime organizado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm). Acesso em 01 de dezembro às 10h05min.

O crime organizado veio desenvolvendo no Brasil desde o século XXI com o fortalecimento do PCC<sup>61</sup>, em São Paulo. Para Larizzatti (2012)<sup>62</sup> criada em 3 de maio de 1995, a lei de crime organizado visa conter as facções criminosas de grupos de delinquentes de uma forma sempre rigorosa, considerando as periculosidades e as circunstâncias dos crimes por eles cometidos, nem sempre observando o regime democrático e as medidas de prevenção e repressão adotadas pelo Estado.

Malan (2006, p. 235) trata do artigo 7º e 10º da Lei do Crime Organizado que proíbe a concessão da liberdade provisória tornando-se inconstitucional, vindo ao desencontro com Constituição Brasileira no artigo 5º, inciso LXVI que autoriza a liberdade provisória. O legislador ordinário só poderá estabelecer os requisitos para sua concessão e nunca para excluir de forma abstrata o direito de liberdade provisória para determinados crimes.

Nesse sentido, Capez (2011, p. 297, 298) relata de forma clara, quanto à liberdade provisória e às devidas Leis mencionadas acima.

[...] Tal como na antiga redação do inciso II do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, a Lei 9.034/95 veda a liberdade provisória, com ou sem fiança. Ao analisar a antiga vedação constante da Lei n. 8.072/90, o STJ, em alguns julgados, entendeu que a proibição da liberdade provisória, sem que estivessem presentes os requisitos da prisão cautelar, ofenderia o princípio constitucional do estado de inocência (art.5º da LVII). Se todos se presumem inocentes até que se demonstre sua culpa, não se pode conceber que alguém, presumidamente inocente, permaneça encarcerado antes de sua condenação definitiva, salvo se estiverem presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.[...] presentes os requisitos não resta duvida de que a prisão provisória deve ser decretada. Neste caso, tem incidência a Sumula 9 do STJ, no sentido de que a prisão provisória não colide com o estado de inocência. [...] mencione-se que a Lei n.11.464 de 28 de março de 2007, publicada no DOU de 29 de março de 2007, em consonância com o entendimento que já vinha sendo firmando nos Tribunais Superiores, aboliu a vedação absoluta da concessão da liberdade provisória (cf. nova redação do inciso II do art. 2º da Lei n. 8.072/90) para os crimes hediondos e equiparados. Muito embora o crime continue inafiançável, o

<sup>60</sup>Os condenados por crime decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.(Lei de crimes organizados)BRASIL. Lei n. 9034 de 03 de maio de1995 - Lei de crime organizado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm). Acesso em 01 de dezembro às 10h05min.

<sup>61</sup>Primeiro Comando da Capital, fundado em 31de agosto de 1993 por oito presidiários, no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté (130 quilômetros da cidade de São Paulo), chamada de Piranhão, até então prisão mais segura do estado de São Paulo. Também chamado no início com Partido do Crime, o PCC afirmava que pretendia “combater a opressão dentro do sistema prisional paulista” e vingar a morte de cento e onze presos em 2 de outubro de 1992, no “massacre do Carandiru”, quando a Polícia Militar matou os presidiários no pavilhão 9 da extinta Casa de detenção de São Paulo. Disponível em:<http://direitopenaldoinimigo.blogspot.com.br/> Acesso em 02 de novembro de 2012, às 13h40min.

<sup>62</sup>LARIZZATTI, Rodrigo, As organizações criminosas e o Direito Penal do Inimigo. 2009. Brasília DF, 31 julho de 2012, Disponível em: <http://direitopenaldoinimigo.blogspot.com.br/> Acesso em 02 de novembro de 2012, às 13h40min.

condenado por crime hediondo (estupro, latrocínio etc.), que for preso provisoriamente, poderá obter o benefício da liberdade provisória, caso não estejam presentes os pressupostos para a manutenção de sua segregação cautelar.

Nota-se que, a teoria do Direito Penal do Inimigo, obedece a produção da recente doutrina alemã, ligada à ideia de relativização ou até supressão dos direitos fundamentais, com o fim de assegurar a punição pela sanção penal e combater a criminalidade de uma maneira efetiva.

O Direito Penal do Inimigo é uma crítica ao direito penal da atualidade, ao qual diz que é protetor de criminosos, em virtude de todas as garantias penais e processuais penais que proporciona ao acusados em geral, direitos que fulminariam a possibilidade de uma real aplicação da lei penal.

Porém, ainda se curva a sociedade diante dos princípios constitucionais, dispendo Capez (2011, p. 293) “vamos lutar para pressionar o poder público e enfrentar o crime organizado dentro do Estado Democrático de Direito, combatendo a criminalidade com eficiência e firmeza, mas, sobretudo, investindo na área social, pois sem justiça não há paz.”

#### **4.4 Lei n. 9.614/98 do Abate ou Tiro da Destruição**

Outra amostra tida como prática existente de traços do Direito Penal do Inimigo no ornamento brasileiro é a Lei 9.614 chamada Lei do Abate ou Tiro da Destruição, criada em 05 de março de 1998. E logo mais, editado o Decreto 5.144, em 16 de julho de 2004 que regulamenta o dispositivo do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565/86, especificando sobre as aeronaves hostis e suspeitas de tráfico de entorpecentes e drogas afins.

A Lei do Abate autoriza as aeronaves brasileiras abater aeronaves de outros países, que sobrevoam o território brasileiro e não fornecem a identificação, bem como, não correspondem à ordem de pouso, não seguindo os procedimentos exigidos.



Segundo a Força Aérea Brasileira(2011, p.4)<sup>63</sup>

No total, são oito os procedimentos a serem seguidos pelas autoridades de defesa aérea para o policiamento do espaço aéreo. Somente quando transgredidos os sete procedimentos iniciais é que a aeronave será considerada hostil, e estará sujeitas à medida de destruição, que consiste na realização de disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave transgressora.

Silva Junior (2011, p.5)<sup>64</sup> apresenta as condições da lei, que devem ser obedecidas antes de qualquer ação ou abate a aviões que estejam sobre suspeita, em território brasileiro.

Emprego dos meios sob controle operacional do Comdabra;  
Registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;  
Execução por pilotos e controladores de Defesa Aérea qualificada, segundo os padrões estabelecidos pelo Comdabra;  
Execução sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; e  
Autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada.

Rodrigo Filho (2004) <sup>65</sup> enfatiza o sentido de essa regulamentação jurídica conter algumas indagações, sob a óptica constitucional, da validade desse ato normativo, considerando os direitos fundamentais estatuídos na Constituição, de maneira especial quanto às garantias da vida, da liberdade e os direitos processuais, tais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

A Lei do Abate institui que haja execução sumária de passageiros de aviões civis sem o devido processo legal, por uma simples suspeita. Sendo totalmente contra os princípios e direitos e inerentes ao homem, aspirando características de inconstitucionalidade.

<sup>63</sup>KIKUCHI NEGRÃO Luiz Alexandre, HATSUMI IDE, Milena SILVA JÚNIOR, Tomás da Geraldo. Lei do abate e a justiça militar. Disponível em: [http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/lei\\_do\\_abate\\_e\\_a\\_jmu.pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/lei_do_abate_e_a_jmu.pdf). Acesso em 02 de dezembro de 2012 às 16h45min.

<sup>64</sup> Idem, p. 5

<sup>65</sup>RODRIGUES FILHO, José Moaceny Félix. A Legislação do Abate de Aeronaves (Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas. 2004 Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5735/a-legislacao-do-abate-de-aeronaves>. Acesso em 13 de novembro de 2012 às 09h05min.

Deste modo, observa-se que tal lei, coloca em risco à vida de pessoas que podem ser inocentes, por simplesmente suspeita, sem direito a sua defesa e sem julgamento, característica clara do Direito Penal do Inimigo.

Quanto a isso, Alencar (2010, p.9)<sup>66</sup> posiciona:

Desta feita, estar a bordo de aeronave em vôo, nos termos da lei inconstitucional, coloca em perigo a vida de inocentes que muitas vezes estão em aeronaves sobrevoando o território brasileiro, embora não estejam transportando drogas, poderão deixar de se identificar para os pilotos da Força Aérea Brasileira – FAB, e de obedecer à ordem de pousos por motivo de falta de equipamentos adequados. Isso acontece principalmente na Amazônia. Isso viabiliza, à execução sumária em pleno tempo de paz.

Entretanto, como já mencionado nos capítulos anteriores, em termos do art.5º, XLVII, *a*, da Constituição Federal de 1988, só respalda a existência de pena de morte, em caso de guerra declarada, conforme art. 84, inciso XIX, previsão esta em aparente afronta à garantia do direito à vida. Também a cláusula pétrea contida no § 4º, do art. 60, que veda ao constituinte derivado a proposta de emenda constitucional destinada a abolir direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida.

Creiasco (2008, p.37)<sup>67</sup> relata que a tentativa da medida é evitar que o espaço aéreo brasileiro sirva como rota para o narcotráfico internacional, já que o Brasil possui fronteiras com diversos países que produzem e exportam cocaína, e por tal motivo não foi o Supremo Tribunal Federal provocado para analisar a constitucionalidade da mencionada lei. Todavia é inegável indagar sua inconstitucionalidade, diante de tais posicionamentos, em relação à vida humana.

---

<sup>66</sup> ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática - Revista dos Tribunais - Maio de 2010 - Vol. 895. p.9. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>. Acesso em 27 de março de 2012, às 18h37min.

<sup>67</sup> CREMASCO. Karine Pires. Monografia. O Direito Penal do Inimigo – Perspectivas doutrinárias e práticas na justiça brasileira. Presidente Prudente 2008. p. 37. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/691/710>. Acesso em 28 de março de 2012, às 19h07min.

#### 4.5 Lei n. 10.792/03 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

Outro caso que merece análise sobre a teoria de Jakobs a ser adotada no Brasil é prática da Lei nº 10.792/2003 do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), na qual da mesma forma já estuda anteriormente, conduz a violação dos direitos e garantias, no entanto de forma indireta, pois só é utilizada para os criminosos que cometeram crimes dolosos e que tumultuam a ordem e a disciplina da prisão.

Segundo Sanches Cunha (2012, p.61):

A primeira hipótese de medida extrema se dá com a prática de fato previsto como crime doloso que ocasione supressão da ordem e disciplina interna, logo, não será todo qualquer crime doloso que sujeita o seu agente ao RDD, mas apenas que causam tumulto carcerário.

O regime disciplinar diferenciado faz parte das sanções disciplinares, versado na Lei n. 7.210/84 artigo 53<sup>68</sup>, Lei de Execução Penal, contendo sanções disciplinares taxativas.

O Regime Disciplinar Diferenciado, conhecido como RDD se aplica aos presos provisórios e definitivos. Regime esse que acarreta aos tribunais, uma série de discussões a respeito de sua constitucionalidade, nota-se duas posições bem definidas em relação às opiniões majoritárias ao assunto.

Dentre as algumas opiniões adversas, destaca-se a que afirma que o RDD evidencia a adoção do Direito Penal do Inimigo, o que contraria toda a estrutura jurídica do Estado Democrático do Direito, sobretudo no que se refere ao Princípio da Dignidade Humana.

É importante destacar a opinião de Busato (2005, p. 1)<sup>69</sup> a respeito:

---

<sup>68</sup> Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

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

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

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003) (Cf. Lei n. 7.210/84, Lei de Execução Penal)

A recente entrada em vigor da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que altera a Lei de Execuções Penais brasileira (Lei 7.210, de 11 de junho de 1984) para a inclusão de um Regime Disciplinar Diferenciado aplicado a determinados detentos, produziu uma importante reação doutrinária contrária em razão das importantes violações que ela supõe a determinadas garantias fundamentais, em especial no que se refere à humanidade da execução da pena e o princípio de igualdade.

Nesse sentido, Sanches Cunha (2012, pg. 63) apresenta as posições dos Tribunais com duas vertentes sobre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado:

**Inconstitucional:**

O RDD fere a dignidade da pessoa humana, constituindo sanção de caráter cruel, desumano e degradante.

O RDD configura sanção desproporcional aos fins da pena (da execução).

O RDD ofende coisa julgada, representando quarta modalidade de regime de cumprimento de pena.

O RDD desrespeita o princípio da legalidade, gerando verdadeiro *bis in idem*.

**Constitucional:**

O RDD não representa, per si, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação.

O sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, bem comoda regular execução das penas, há que de valer de medidas disciplinares, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre gravidade da falta e a severidade da sanção.

Transitada em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado na execução da pena, uma nova relação jurídica. O regime instituído pela Lei nº 10.792/2003(RDD) visa propiciar a manutenção da ordem interna dos presídios, não representando, portanto, uma quarta modalidade de regime de cumprimento da pena, em acréscimo àqueles previstos pelo Código Penal (art. 33, CP).

É expressa a lei (art. 52 da LEP) no sentido de que, havendo a prática do crime, devem ser instaurados os dois processos (penal e administrativo) de que resultarão as sanções de duas espécies. Não se trata, evidentemente, de violar o princípio *non bis in idem*, pois, de acordo com a melhor doutrina, constituem-se em infrações a ordenamentos jurídicos diversos (de direito penal e de execução penal), como alias ocorre também com a aplicação de sanções penais e civis quando da prática de crime de que resulta prejuízo.

<sup>69</sup> BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2012, às 14h01min.

Nesse sentido Mirabete (p.124) *apud* CUNHA (2012, p. 60) diz ser fundamental ao regime penitenciário, que o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior e ainda, as limitações quanto a contato com familiares e amigos não sejam restringidas, uma maneira de o preso sentir que ainda faz parte da comunidade e não se sinta excluído dela.

Cunha (2012, p. 60), afirma que o preso incluído no regime mais drástico de cumprimento de pena, tem garantias de relacionamentos com seus entes queridos, não podendo ser restringido de seu direito.

Assim sendo, vale ressaltar, o art. 52 da Lei 10.792/03, que trata das hipóteses que autorizam a inclusão do preso faltoso no regime disciplinar diferenciado, espécie considerada drástica de sanção disciplinar. Cunha (2012, p. 59) destaca, “como o próprio nome já anuncia, a disciplina imposta é diferenciada, restringindo, como nenhuma outra, a já liberdade de locomoção do preso e alguns de seus direitos.”

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:

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;

II - recolhimento em cela individual;

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

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

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

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

Como posiciona, Cremasco (2008, p.35)<sup>70</sup> o regime disciplinar diferenciado pune não pelo ato ilícito cometido, qual é a regra do ordenamento do Direito Penal Democrático, e sim se satisfaz na punição do autor pela sua periculosidade, ou seja, análise do autor do fato, a característica marcante do Direito Penal do Inimigo, a máxima do direito penal do autor.

<sup>70</sup>CREMASCO, Karine Pires. Monografia. O Direito Penal do Inimigo – Perspectivas doutrinárias e práticas na justiça brasileira. Presidente Prudente 2008. p. 37. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/691/710>. Acesso em 28 de março de 2012, às 19h07min.

Analisando a privação de liberdade descrita no RDD, indagam-se, as penas consideradas desumanas, cruéis ou degradantes. Manter de preso em cela individual, por 360 dias ou por até 1/6 da pena realmente ofende as garantias constitucionais referidas? Buscando uma definição do que seria uma pena cruel, Alexandre de Moraes (2005, p. 235) *apud* COSATE (2007, p.9)<sup>71</sup> explica que:

[...] dentro da noção de penas cruéis deve estar compreendido o conceito de tortura ou de tratamento desumanos ou degradantes, que são, em seu significado jurídico, noções graduadas de uma mesma escala que, em todos os seus ramos, acarretam padecimentos físicos ou psíquicos ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre.

Segundo Bruno Seliman Menezes (2006, p 19) *apud* CESARE (2007, p 14), o regime disciplinar diferenciado está plenamente ligado ao Direito Penal do Inimigo, no sentido de que o Estado mostra um falso sentimento de sociedade segura, mas no fundo iludida, colocando o preso como inimigo da sociedade, sendo um Estado autoritário, restringindo direitos e garantias constitucionais, porque não tem competência ou vontade política, de desenvolver uma política de inclusão social, que ressocialize o preso, sendo realmente falsa ilusão de que a criminalidade organizada diminuirá e de que o Estado recuperará o controle dos estabelecimentos carcerários.

Não se pode ter a certeza que o direito penal é instrumento de segurança da sociedade, porque essa visão ocasiona a sua intensa aplicação, bem como o endurecimento desnecessário das normas incriminadoras, das penas e do regime de sua execução, a exemplo o regime disciplinar diferenciado.

É ilusório pensar que o problema da violência criminal seja ela difusa ou organizada, por meio da promulgação de leis penais severas e autoritárias que desrespeitam os direitos e garantias constitucionais, pois, a batalha contra a criminalidade começa pelo respeito aos princípios inerentes ao ser humano.

---

<sup>71</sup>COSATE, Tatiana Moraes. Regime disciplinar diferenciado (RDD). Um mal necessário?. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2112, 13 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12606>>. Acesso 09 de dezembro de 2012, às 09h28min.

#### 4.6 A Constitucionalidade do Direito Penal do Inimigo

A Teoria do Direito Penal do Inimigo vem como meio de defesa do Estado para controlar o avanço da criminalidade, no entanto, cabe analisar a viabilidade das propostas de Gunther Jakobs dentro do ordenamento jurídico fundado nos moldes de uma constituição democrática de direito.

Precisamente sobre o assunto o maior crítico da teoria de Jakobs, Zaffaroni (2012, p. 164) diz que, o Estado de Direito concreto descrito pelo autor alemão, deixa registrado que o Estado de direito se disponha de seus princípios, ficando o limite de poder em mãos de soberanos que individualizam inimigos por decisão política e contra quem não se pode oferecer resistência, assim de fato consistindo na ideia de falsa razão de Estado de Direito e consequentemente a negação do Estado de direito em si.

A Seguir, Zaffaroni (2012, p. 165) aborda o pensamento de Jakobs e relata:

Cabe concordar com este autor quanto à necessidade de conter o avanço da criminalidade. [...] ademais, parece-nos que ele acertou ao utilizar o vocábulo inimigo, com o qual pôs a descoberto a verdadeira natureza desse avanço, que é belista. Também é verdade que, quando a pessoa é tratada como um puro ente perigoso (não pessoa), ela é inevitavelmente privada de sua condição de pessoa. Por último, é válido observar que a legislação e a prática impõem um poder punitivo que aceita a discriminação penal do inimigo e suas conseqüências em medida muito mais ampla do que a proposta de Jakobs, o que significa dizer que o princípio do Estado de direito já está violado. [...] [é válida a proposta de Jakobs no sentido de admitir o princípio da medida muito limitada, para evitar que continue se estendendo o avanço. [...] porém a partir da visão de uma visão totalmente estática da realidade, [...] 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, pode este estender-se até chegar ao Estado absoluto.

De acordo com as características apontadas na coluna cervical do Direito Penal do Inimigo, Gomes (2005 p. 3)<sup>72</sup>, enumera sua censura à tese:

---

<sup>72</sup>GOMES, Luís Flávio – Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal) Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005. ISSN 1807023X [http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf) . . p. 3. Acesso em 03/05/2012 às 17h 12min.

a) o que Jakobs denomina de Direito penal do inimigo, como bem sublinhou Meliá, é nada mais que um exemplo de Direito penal do autor, que pune o sujeito pelo o que ‘é’ e faz oposição ao Direito penal do fato, que pune o agente pelo o que ‘fez’; b) se o Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que o ‘Direito penal do cidadão é um pleonismo, enquanto Direito penal do inimigo é uma contradição’. O Direito penal do inimigo é um não ‘direito’ que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais; c) não se reprovava (segundo Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso a pena e a medida de segurança deixam de serem realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agente inimputáveis, loucos ou semi-inimputáveis que necessitam de especial tratamento curativo); d) é um Direito penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito penal da culpabilidade; e) o Direito penal do inimigo não repeliu a idéia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade em relação aos danos causados; f) não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica ‘de guerra’ não se coaduna com o Estado de direito; g) perdem lugar as garantias penais e processuais; h) o Direito penal do inimigo constitui desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais processuais; i) é fruto, ademais, do Direito penal simbólico somado ao Direito penal punitivista (CancioMeliá); j) as manifestações do Direito penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva, fruto disso é o Direito penal do Inimigo); l) Direito penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem combater medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sítio); m) a criminalidade etiquetada como inimiga não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causar grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado); n) logo, contra ela só se justifica o Direito penal da normalidade – Estado de Direito; o) tratar o criminoso comum como ‘criminoso de guerra’ é tudo que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema; temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitativa a mais, não um tão de guerra. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático.

Nota-se que, Gomes (2005) e claramente contra a teoria de Jakobs, acreditando que é uma contraposição ao Estado de Direito, sendo inconstitucional e propagador de guerra na sociedade considerada democrática.

À incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o princípio do Direito Penal do fato. Conforme aduz Dotti (2005) *apud* MORAES (2011, p. 259) a tese defendida por Jakobs representa “a ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob o foco do preconceito social”, logo, o Direito Penal do Inimigo é uma espécie do Direito penal do autor.

O Direito Penal do Inimigo contrapõe-se ao Direito penal do fato, que nada mais é que a exclusão da responsabilidade jurídica penal dos atos preparatórios, visto que pune um ‘fato’



praticado pelo autor, e não, a figura do autor em si mesmo. Ao dizer que a sociedade possui as duas figuras (cidadão e inimigo) significa retroceder a um momento histórico que todos tentam apagar da memória.

Para Jakobs e Meliá, (2012, p.102), a teoria do inimigo representa uma prevenção geral positiva, ou seja, a pena reage frente à dúvida da vigência da norma, através do delito reafirmará a confiança social do Estado, visto que, de acordo com a tese toda a infração criminal pressupõe a quebra de uma norma. Observa-se aí a disfunção da pena, legitimada pela direito penal.

Outro ponto que leva a crer sua incompatibilidade com Estado Democrático e o mais importante a ser discutido em relação às críticas do Direito penal do inimigo é a quebra do Estado de Direito.

Jakobs (2012) invoca o Estado de direito concreto em sua tese, porém, esta se torna inaplicável, visto que, o soberano vai designar como inimigo quem considerará oportuno, ficando este sem poder oferecer resistência.

Dessa forma, qualquer um poderia ser considerado inimigo, ficando a sociedade em um estado de alerta constante, esperando a nova denominação de inimigo, informado pelo Estado. Não haveria qualquer observância aos princípios constitucionais, como ao devido processo legal, a presunção de inocência, a intervenção mínima, a responsabilidade penal subjetiva, culpabilidade, legalidade, dentre outros, atingindo assim impetuosamente a dignidade da pessoa humana, pela total inexistência de garantias de direitos aos declaradamente inimigos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia analisou aspectos do Direito Penal do Inimigo e sua incompatibilidade com os ditames do Estado Democrático de Direito. No desenvolver do estudo foi necessário discorrer historicamente sobre o surgimento do inimigo e sua contextualização dentro da sociedade, elencando as filosofias utilizadas por Jakobs na fundamentação da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Durante a confecção do presente estudo, foi levantada a princípio a hipótese se seria possível à aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de Direito, por razão de ir contra inerentes princípios garantidores de direitos da pessoa humana.

Jakobs (2012) estabeleceu duas espécies de direito penal: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo. O tratamento dirigido ao cidadão infrator seria o de um delinquente que cometeu um dano reparável, e, assim, deverá ser punido de forma coercitiva de acordo com o ordenamento jurídico, o que denominou de Direito Penal do Cidadão.

Desse modo, caracterizamos essa discussão pelo surgimento do conceito de inimigo ilustrado por Jakobs, definindo o direito penal em duas vertentes, uma chamada direito penal do cidadão fundamentada pela filosofia de Niklas Luhmann e o Direito Penal do Inimigo, esta advindas dos pensamentos de Rousseau, que o inimigo infligindo o contrato social deixa de fazer parte do Estado, passando a estar em guerra com ele, contribuiu também, os pensamentos de Fichte, o cidadão que abandona o contrato, perde todos os seus direitos, Hobbes fala que o criminoso que trai o Estado deve ser castigado, podendo ser considerado inimigo e Kant assegurando que quem ameaça o Estado e a sociedade, deve ser tratado como inimigo.

Assim, o inimigo seria o indivíduo que frustra o comportamento aceitável do convívio em sociedade, perdendo assim o status de cidadão e todos os benefícios que tal status pode proporcionar a uma pessoa. A postura do ordenamento jurídico, nesse caso, não seria de compensação do dano com fulcro na norma vigente, mas sim de eliminação do inimigo que representa um perigo para a sociedade. Portanto, o inimigo deverá ser punido não pelo fato

delitivo que praticou, mas sim pelo grau de periculosidade que apresenta, adotando não penas, mas medida de segurança.

Visto isso, se estabeleceu uma das mais polêmicas teorias do Direito Penal, ao qual, acomete a diversas discussões doutrinárias em consequência das prerrogativas do Estado Democrático de Direito, pois parece ferir veementes os princípios estabelecidos na Constituição Federal Brasileira de 1988, os elencados no artigo 5º, principalmente o da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Ao avaliar a possibilidade de aplicação e os efeitos das propostas estabelecidas pela Teoria do Direito Penal do Inimigo foi possível questionar a sua aplicabilidade, observando a política criminal atual no Estado Democrático de Direito, já que se trata de medida de exceção no controle da criminalidade.

Foi necessário analisar o conceito de Estado, Estado de Direito e Estado Democrático de Direito, além de ponderar os princípios garantidores de uma sociedade democrática, versados nas Constituição Federal Brasileira de 1988, assinalando o princípio da dignidade humana e o devido processo legal.

Assim sendo, percebeu-se que diante da globalização e do recrudescimento da violência acabaram surgindo, por força de políticas criminais mais endurecidas e expansionistas do Direito Penal, propostas com o intuito de promover segurança para a sociedade. Porém, tais medidas trazem uma ilusão de solução do problema, causando mais apreensão e medo na sociedade.

A luta contra o crime é uma tarefa complexa que envolve todos os segmentos da sociedade, não sendo o Direito Penal o único instrumento por meio do qual se possa alcançar a segurança almejada por todos, pois, é necessário, portanto averiguar outros setores, como o social, para tornar cabível evitar e diminuir a criminalidade.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, os direitos e garantias fundamentais estão amplamente protegidos, pois estão inseridos como cláusula pétrea. Assim, não há de se falar que o Direito Penal tem como função única a proteção da norma, como defende Jakobs. No Estado Democrático de Direito tanto a Constituição como a lei penal tem como função

precípua proteger os bens jurídicos, fazendo valer todos os direitos e garantias inerentes ao cidadão, em função do princípio da dignidade humana.

Quando se aborda uma valoração do Direito Penal do Inimigo como parte de um ordenamento jurídico-penal, sobretudo se deve verificar se é capaz de ser aceito como inevitável segmento instrumental do direito penal moderno. Cabe ressaltar que, a aplicação da teoria do inimigo seria viável para a redução da criminalidade que paira sobre essa modernidade. No entanto, tal aplicabilidade em um país que tem princípios advindos da sociedade democrática é bastante complexa, pois, todo sistema é falho e muitas vezes atos praticados por determinadas classes de pessoas se tornam impunes, enquanto atos praticados por outras classes não.

Por esta razão, a aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo em cenário de um Estado Democrático de Direito, e quase descartável. Ademais, se torna inimaginável efetuar a divisão das pessoas em duas classes, sendo uma cidadã e outro não cidadão, quando é claro que o Estado de Direito impõe a igualdade dos seres como clausula pétrea, sem a distinção de qualquer natureza. Desta forma, se faz primordial a necessidade de propostas, referindo-se as mudanças legislativas referentes ao Direito Penal e das flexibilizações das garantias processuais penais.

Contudo, não se pode negar que no Brasil algumas normas do Direito Penal Brasileiro estão contaminadas pelo Direito Penal do Inimigo, como é o caso da Lei de Crimes Hediondos, atualmente a Lei de Crime Organizado, a Lei de Abate de Aviões, e a Lei que institui o Regime Disciplinar Diferenciado, estas que restringem à liberdade e sobrepõe aos direitos e garantias do indivíduo. Portanto, são normas inconstitucionais, pois violam os princípios fundamentais como a vida, a liberdade, além de atentar contra os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

No desenvolvimento da pesquisa do presente estudo, percebemos que há divergências nítidas, na qual a teoria vem ao desencontro com o Estado Democrático de Direito, essa defendida pela majorada doutrina, como Zaffaroni (2011), Bruno Moraes (2011), Alexandre de Moraes (2011) e Luiz Flavio Gomes (2005).

Noutra, a problemática se define visto que o Direito Penal do Inimigo traz a premissa de que o inimigo não pode ser considerado uma pessoa e, conseqüentemente, não poderia fazer parte do Estado, nem tampouco ser tratado como sujeito de direitos, sendo considerado objeto de direito, sendo um contraponto com o que prega os princípios do Estado de direito.

O Direito Penal do Inimigo é repellido pela doutrina dominante, pois sua política criminal fere inúmeros princípios constitucionais, afrontando o Estado Democrático de Direito. Dar ênfase ao Direito Penal do Inimigo seria o mesmo que retroagir ao Estado de polícia, onde as autoridades e que tomam suas decisões, estas arbitrárias sem respeitar os princípios e garantias inerentes do ser humano, perdendo a essência de Estado de direito como disse Zaffaroni (2011).

Cabe ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais atentatórios ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que no Estado Democrático de Direito, constitui valor importante e funciona como condição de validade para o direito.

## REFERÊNCIAS

### Livros:

ALCOVER, Pilar Giménez. **El Derecho em La Teoria de La Sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1993.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, São Paulo:4ª ed.Globo, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: 2ª ed. ver. Revista dos Tribunais, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria geral do Estado e ciência política**, São Paulo: 4ª ed. Saraiva, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, Parte Geral**, São Paulo: 12ª ed. Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal : legislação penal especial**, São Paulo: volume 4, 6ª ed. Saraiva, 2011.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e direitos humanos**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2008.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Execução Penal Lei 7.210/84**. Para concursos. Salvador BA: Ed. jus Podivim 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 22ª ed. atual, São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal parte geral**, São Paulo: 16ª ed.Saraiva, 2010, (coleções sinopses jurídicas)

LAKATOS, Eva Maria, e MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas S.A., 1991.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão: historia da violência nas prisões.**, Petrópolis: Rio de Janeiro, Vozes, 2001.

HOUAISS, Antonio, 1915-1999. **Minidicionário Houassis da língua portuguesa**, Rio de Janeiro:4 ed. revisionada e aumentada. Objetiva, 2012.

JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JONHSON, Allan G. **Dicionário de sociologia**, Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar 1997.

MALAN, Diogo Rudge. **Processo penal do inimigo**, São Paulo: Boletim IBCCRIM., 59, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal do inimigo**. Curitiba: 2ª ed, Juruá, 2011.

NUNES, Rizzato. **Manual de Monografia Jurídica**. São Paulo: Saraiva 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e direito penal do inimigo: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. 4ª ed. Atual. eampl. São Paulo: Scipione, 1997.

ZAFFARONI, E. Raúl, **O inimigo do Direito Penal**. Rio de Janeiro, 3ª ed. Revan, 2011.

#### **Leis:**

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivel\\_03/constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivel_03/constituicao/)>, Acesso em 25 de fevereiro de 2012, às 09h10min.

DIREITOS HUMANOS. **Declaração dos direitos humanos**. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Acesso em 09 de dezembro de 2012, às 12h34min.

BRASIL. **Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990 - Lei de crimes hediondos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm). Acesso em 01 de dezembro às 10:00h

BRASIL. **Lei n. 9034 de 03 de maio de 1995 - Lei de crime organizado**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm). Acesso em 01 de dezembro às 10h05min.

BRASIL. **Lei n. 10.792 de 01 de dezembro de 2003 – Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm). Acesso em 01 de dezembro às 10h05min.

#### **Artigos, livros eletrônicos:**

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de: **O que é a política criminal, porque precisamos dela e como podemos construir?**. Disponível em: <http://www.ucp.pt/site/resources/documents/Docen>

te%20%20Palbu/o%20que%20%C3%A9%20a%20pol%C3%ADtica%20criminal.pdf Acesso em 28 de agosto de 2012, às 20:30 h.

ALENCAR, Antônia Elúcia. **A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática** - Revista dos Tribunais – Ano 99 – Maio de 2010 – Vol. 895. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>. Acesso em 27 de março de 2012, às 18h37min.

ARROSI, João Paulo, **O limiar do inimigo: entre o direito penal e a dominação totalitária**. São Paulo, 2009. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2117.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2117.pdf). Acesso em 06/05/2012 às 23h 01min.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2012, às 14h01min.

CAPEZ, Fernando. **Artigo Lei dos crimes hediondos**. Agosto de 2006. Disponível em: [http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con\\_id=1795](http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=1795). Acesso em 21 de outubro de 2012, às 10h15min.

CASTELO BRANCO, Pedro H. Villas Bôas. **Liberalismo político no pensamento de Carl Schmitt: amigo ou inimigo?**. São Paulo: Oct. Revista brasileira de Ciências Sociais, 2005 vol.20 nu.59, p 161. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n59/a13v2059.pdf> acesso em 19 de abril de 2012 às 09:05 h.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa. Fundação Mario Soares Gradiva Publicações, Ida, 1999. Disponível em <http://libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> Acesso em 22/06/2012as 13h15min.

COSATE, Tatiana Moraes. **Regime disciplinar diferenciado (RDD). Um mal necessário?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2112, 13 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12606>>. Acesso 09 de dezembro de 2012, às 09h28min.

CREMASCO, Karine Pires. **Monografia. O Direito Penal do Inimigo – Perspequativas doutrinarias e praticas na justiça brasileira**. Presidente Prudente 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/691/710>. Acesso em 28 de março de 2012, às 19h07min.

DEVIVIER, Pe. W. SJ – **A Historia da Inquisição**, Curso de Apologética Cristã. Melhoramentos, São Paulo, 1925. Disponível em: <http://www.missaoyeshua.com.br/documentos/inquisicao.pdf>. Acesso em 07 de maio às 11h: 43min.

GOMES, Luís Flávio – **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)** Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005. ISSN 1807023X Disponível em: [http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf) . acesso em 03/05/2012 às 17h 12min.



KANT, Immanuel, **A Paz Perpétua**. Um Projecto Filosófico 1795, Tradução de Artur Morão, Coleção: Textos Clássicos de Filosofia, Direcção da Coleção: José Rosa & Artur Morão, Capa António Rodrigues Tomé, Paginação: José Rosa, Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. Disponível em [http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf) acesso em 23/05/12 às 10h55min.

KIKUCHI NEGRÃO Luiz Alexandre, HATSUMI IDE, Milena SILVA JÚNIOR, Tomás da Geraldo. **Lei do abate e a justiça militar**. Disponível em: [http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/lei\\_do\\_abate\\_e\\_a\\_jmu.pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/lei_do_abate_e_a_jmu.pdf). Acesso em 02 de dezembro de 2012 às 16h45min.

IEMINI, Matheus Magnus Santos, **Direito Penal do Inimigo sua expansão no ornamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.ipan.org.br/arquivos/artigos/Direito%20Penal%20do%20Inimigo%20-%20Matheus%20Magnus%20Santos%20Iemini.pdf>. Acesso em 02 de fevereiro de 2012, às 14h49min.

JUNIOR, Ariolino Neres Sousa. **O Direito Penal do inimigo e o ordenamento jurídico brasileiro: qualquer semelhança é mera coincidência!**- Revista âmbito jurídico, 01/08/2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/6555.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2012, às 17h 05min.

LARIZZATTI, Rodrigo, **As organizações criminosas e o Direito Penal do Inimigo**. Brasília DF, 31 julho de 2012, Disponível em: <http://direitopenaldoinimigo.blogspot.com.br/> Acesso em 02 de novembro de 2012, às 13h40min

LIMA, Deyvison Rodrigues: **O conceito do político em Carl Schmitt**. Ceara: Argumentos, Ano 3, Nº. 5 - 2011, p. 168. Disponível em: [http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao\\_5/21.pdf](http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/pdfs/edicao_5/21.pdf). Acesso em 19 de abril de 2012, às 9:00 h.

MOREIRA, Rômulo de Andrade, **Alei dos crimes hediondos e a individualização da pena**. São Paulo, 8 de julho de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-08/romulo-moreira-lei-8072-nao-respeitava-individualizacao-pena>. Acesso em 21 de outubro de 2012, às 10h34min.

PINTO, Carlos Ignácio; FIGUEIREDO, José Danilo; PASSETTI, Gabriel. **11 de setembro de 2001 um marco para a história do tempo presente**. Disponível em: <http://www.klepsidra.net/klepsidra10/terrorismo.html>. Acesso em 20/05/2012 às 17h20min. Acesso em 20/05/2012 às 17h20min.

PIMENTEL, Aldenor da Silva. **O jornalismo e a história da Lei de Crimes Hediondos**. Guarapava PR, 2011. Disponível em: [https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:aPM6PUi7THwJ:paginas.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/8oencontro20111/artigos/O%20jornalismo%20e%20a%20historia%20da%20Lei%20de%20Crimes%20Hediondos.pdf/at\\_download/file+o+jornalismo+e+a+lei+d+e+crimes&hl=ptBR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgnr4FINMkGmbYOxIS8IBMtJETLEnNH2b58JePB1B5wsxOkIyGnM8yoxw9K1EYdrh-lq](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:aPM6PUi7THwJ:paginas.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/8oencontro20111/artigos/O%20jornalismo%20e%20a%20historia%20da%20Lei%20de%20Crimes%20Hediondos.pdf/at_download/file+o+jornalismo+e+a+lei+d+e+crimes&hl=ptBR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgnr4FINMkGmbYOxIS8IBMtJETLEnNH2b58JePB1B5wsxOkIyGnM8yoxw9K1EYdrh-lq)

bI3amYZJ0Fp1oVcKGi8\_eVtJ4dBbJCfoja4nu3mpHDPOQZXiLPAhsuoQmWYRIaROr&sig=AHIEtbSi2cS0AVJ0v3bLSm5JmNUdv-hg. Acesso em 30 de outubro de 2012, às 05h49min.

RODRIGUES FILHO, José Moaceny Félix. **A Legislação do Abate de Aeronaves (Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas).** 2004 Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5735/a-legislacao-do-abate-de-aeronaves>. Acesso em 13 de novembro de 2012 às 09h05min.

SAVINO FILHO Cármine Antônio - Desembargador do Tjrj. **Evolução do Direito Penal** Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Janeiro, 2001: Editora Espaço Jurídico, p.7. Disponível em [http://www.smithedantas.com.br/texto/ev\\_dir\\_penal.pdf](http://www.smithedantas.com.br/texto/ev_dir_penal.pdf). Acesso em 17/05/2012 às 18h21min.

SILVA, José Cirilo Cordeiro; CASAGRANDE, Elaine GlaciFumagalliErrador. **Os Princípios Constitucionais Incidentes no Direito Penal Brasileiro.** Disponível em: [www.facsao Roque.br/novo/publicacoes/pdfs/jose\\_cirilo.pdf](http://www.facsao Roque.br/novo/publicacoes/pdfs/jose_cirilo.pdf). Acesso em 25/06/2012, às 14h04min.

#### Outras fontes eletrônicas:

Adolf Hitler. Disponível em: <http://www.juraemprosaeverso.com.br/Biografias/AdolfHitler.htm>. Acesso em 17 de maio de 2012, às 17h:20min

Caso Daniella Perez, revista isto é gente, 03 de junho de 2002. Disponível em: [http://www.terra.com.br/istoegente/148/reportagens/capa\\_paixao\\_daniela\\_perez.htm](http://www.terra.com.br/istoegente/148/reportagens/capa_paixao_daniela_perez.htm).

(Disponivelem:[http://jurislingue.gddc.pt/fora/resultado\\_pesquisa\\_termos.asp?Termo\\_Portugues=Lei+restritiva&Submit=OK](http://jurislingue.gddc.pt/fora/resultado_pesquisa_termos.asp?Termo_Portugues=Lei+restritiva&Submit=OK))

Google tradutor. Disponível em: <http://translate.google.com.br/#la/pt/inimicius>. Acesso em 25 de agosto de 2012 às 19:45 min.

G1, mundo, Jean Carlos de Meneses. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,MUL169468-5602,00.html>. Acesso em 20/05/12 às 6h50min.

Isto é gente, reportagens. Caso Daniela Perez. Disponível em: [http://www.terra.com.br/istoegente/148/reportagens/capa\\_paixao\\_daniela\\_perez.htm](http://www.terra.com.br/istoegente/148/reportagens/capa_paixao_daniela_perez.htm). Acesso em 21 de outubro de 2012, às 09h29min.

Plettenburg, Disponível em: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/s/schmitt.htm> acesso em 25 de agosto de 2012 às 19:07 min.

Rousseau. Disponível em <http://www.suapesquisa.com/biografias/rousseau.htm>. Acesso em 24/06/2012, às 13h45min.

Welzel, quem foi Hans ? Disponível em: <http://benitesjuridico.wordpress.com/2009/09/02/quem-foi-hans-welzel/> Acesso em 26/05/2012 às 16h16min.

# Anexo 1

PLENARIO  
EXTRATO DE ATA  
HABEAS CORPUS 82.959-7  
PROCED.: SÃO PAULO  
RELATOS : MIN. MARCO AURELIO  
PACTE.(S): OSEAS DE CAMPOS  
IMPTE.(S): OSEAS DE CAMPOS  
ADV.(A/S): ROBERTO DELMANTO JUNIOR E OUTRO(A/S)  
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Relator, o julgamento foi adiado. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 01.07.2003.

**Decisão:** Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 6.08.2003.

**Decisão:** Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que a indeferiam; e o do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava *ex officio* o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 18.12.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1ª da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentavam o direito do paciente à progressão do regime de cumprimento da pena; dos votos

dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que indeferiam a ordem; do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava *ex officio* o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal; e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que declarava a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º, com eficácia *ex nunc*, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.12.2004.

Decisão: Renovado o pedido do vista da Senhora Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 24.02.2005.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, " *incidenter tantum*", a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de

Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declara inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República,

Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu Secretário

23.02.2006.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 02 de dezembro de 2012, às 14:47.