

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**A (IN)COMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

José Felipe Lucca

Lajeado, junho de 2016

José Felipe Lucca

**A (IN)COMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Me. Elisabete Cristina Barreto Muller

Lajeado, Junho de 2016

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço o apoio e incentivo recebido por parte dos meus pais por terem proporcionado o suporte necessário para realização do presente trabalho.

Agradeço de forma imprescindível a pessoa que foi responsável em apresentar a teoria do direito penal do inimigo para mim, Evinis Talon. Um grande amigo, jurista e empreendedor, que teve a parceria em colaborar na construção do trabalho, com indicações e dicas de obras essenciais para um bom desenvolvimento do trabalho.

E é com muito carinho que também agradeço a minha orientadora, professora Elisabete Cristina Barreto Muller, que se dedicou tanto para oferecer uma ótima orientação, mediante valiosas dicas para elaboração do trabalho, com empréstimos de livros, bem como pela fidelidade demonstrada na hora da revisão final do trabalho.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos, colegas e familiares que acompanharam minha trajetória na graduação e que, de alguma forma, foram essenciais para a concretização deste objetivo.

RESUMO

A presente monografia vai tratar da teoria do direito penal do inimigo, denominada como a terceira velocidade do direito penal, a qual foi desenvolvida pelo alemão Günther Jakobs. O objetivo geral do trabalho é diagnosticar a possibilidade da aplicação do direito penal do inimigo no Brasil, sem que sejam adotadas medidas radicais violadoras dos direitos fundamentais que gerariam ofensa ao Estado Democrático de Direito. A metodologia deste estudo é qualitativo, realizada por meio do método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. De início, o trabalho apresenta as políticas criminais: abolicionismo penal, direito penal mínimo, direito penal máximo (tolerância zero, lei e ordem, teoria das janelas quebradas). Em seguida, realiza-se uma síntese da primeira e segunda velocidade do direito penal e, subsequente, analisa-se detalhadamente a teoria do direito penal do inimigo. Na sequência, tem-se uma análise dos princípios constitucionais frente ao direito penal do inimigo. Como será visto ao final do trabalho, a teoria do direito penal do inimigo ofende os preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual se torna incompatível sua vigência no Brasil.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo. (in)compatibilidade. Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DAS POLÍTICAS CRIMINAIS	8
2.1 Abolicionismo penal	9
2.2 Direito penal mínimo	11
2.3 Direito penal máximo	16
2.3.1 Tolerância zero	18
2.3.2 Teoria das Janelas Quebradas.....	20
2.3.3 Lei e ordem	24
3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL.....	27
3.1 A primeira velocidade do direito penal.....	28
3.2 A segunda velocidade do direito penal	29
3.3 A terceira velocidade do direito penal: direito penal do inimigo	30
3.3.1 A base filosófica do direito penal do inimigo.....	32
3.3.2 O inimigo do Estado e o cidadão	35
3.3.3 Principais características do direito penal do inimigo.....	37
3.3.4 Antecipação da tutela penal e a punição dos atos preparatórios.....	48
3.3.5 O direito penal do inimigo pelo mundo.....	40
3.3.6 Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.....	45
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DIANTE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO ..	50
4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	52
4.2 Princípio da intervenção mínima	54
4.3 Princípio da legalidade	56
4.4 Princípio da proporcionalidade.....	58
4.4.1 Princípio da proibição de excesso.....	61
4.4.2 Princípio da proteção deficiente	62
4.5 Princípio da individualização da pena.....	63
4.6 Princípio da presunção da inocência.....	65
4.7 Princípio da humanidade.....	67
4.8 Princípio da igualdade.....	69
5 CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como tema o direito penal do inimigo e como objetivo geral analisar a possibilidade de aplicação de tal direito no ordenamento jurídico brasileiro.

A escolha do tema surgiu diante da manifestação da vontade de diagnosticar se é possível aplicar o direito penal do inimigo no Brasil sem que sejam adotadas medidas radicais violadoras dos direitos fundamentais que gerariam ofensa ao Estado Democrático de Direito.

O desenvolvimento do trabalho terá como objetivos específicos descrever o histórico e as características das políticas criminais, bem como conceituar direito penal do inimigo e identificar a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico do país, assim como os seus reflexos na proteção dos bens jurídicos tutelados. Por fim, o trabalho irá examinar os princípios constitucionais diante do direito penal do inimigo.

Outrossim, com o aumento da criminalidade em todos os cantos do mundo, como também no Brasil, o presente estudo justifica-se pois chefes de Estados tem tomado medidas drásticas em relação à forma de tentar mudar essa realidade. Frente a isso, alguns doutrinadores passaram a acreditar que a maneira ideal para mudar o cenário mundial explorado por diversos indivíduos com condutas desviantes fosse a partir do endurecimento das normas regulamentadoras. Assim, o estudo do direito penal do inimigo é de grande relevância, principalmente pela constante aplicabilidade de tal teoria na contemporaneidade sem prévia análise dos seus impactos causados

na sociedade. O tema merece atenção tanto em aspectos acadêmicos, quanto profissionais, diante da relevância teórica e prática que poderá ser alcançada.

O trabalho será desenvolvido através do modo de pesquisa qualitativa, pois terá como propósito realizar uma análise da natureza, do alcance e das interpretações prováveis da matéria estudada, tudo de acordo com as hipóteses firmadas pelo pesquisador (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2014), que no caso abordará a (in)compatibilidade do direito penal do inimigo no Estado Democrático de Direito. Ainda, tem-se que o método de pesquisa a ser utilizado para o desenvolvimento do trabalho monográfico será o dedutivo, o qual, de acordo com Mezzaroba e Monteiro (2014), inicia com alegações gerais até alcançar os argumentos particulares; inicialmente, são apresentadas as alegações que se consideram verdadeiras, inquestionáveis para, subsequente, alcançar as conclusões formais, uma vez que essas conclusões ficam contidas à lógica das premissas estipuladas. Assim sendo, por meio desse método, a análise partirá tratando das políticas criminais, passando pelo conceito e características de cada uma delas, até chegar ao estudo da (in)compatibilidade do direito penal do inimigo no Estado Democrático de Direito.

Ademais, os instrumentos técnicos para o desenvolvimento do trabalho serão bibliográficos (fundadas em referencial teórico que envolva doutrina, artigos periódicos e materiais de estudiosos da área encontrados em sites especializados) e documentais (com o uso de legislações, principalmente a Constituição Federal de 1988, Código Penal, e jurisprudência).

Nesse sentido, tem-se que o primeiro capítulo vai se ater a tratar das políticas criminais existenciais, sendo elas: abolicionismo penal; direito penal mínimo; direito penal máximo (tolerância zero, lei e ordem, teoria das janelas quebradas).

Em seguida, o segundo capítulo terá como foco apresentar uma síntese sobre a primeira e segunda velocidade do direito penal e, subsequente, fará uma análise pormenorizada da terceira velocidade do direito penal, denominada como direito penal do inimigo.

Por fim, no terceiro capítulo, far-se-á uma análise dos principais princípios constitucionais frente ao direito penal do inimigo, fazendo jus a um diagnóstico entre a compatibilidade dos princípios e a teoria do direito penal do inimigo.

2 DAS POLÍTICAS CRIMINAIS

O direito penal, como um preceito de extrema manutenção da ordem e de pacificação social, assim como sendo aquele que perpetua na dialética entre segurança da sociedade e a liberdade do cidadão, vem demonstrando grandes evoluções, e possíveis regressos, nas últimas décadas.

O exposto acima é fruto do diálogo entre insegurança e difusão do medo versus as conquistas de direitos fundamentais e ampliação das declarações internacionais de direito humanos.

Entrementes, ocorre que desde o surgimento do direito penal como *jus puniend*, professores, doutrinadores, filósofos, dentre outros profissionais das ciências humanas, têm-se dedicado a pesquisar novas correntes, teorias, ao fim de alcançar uma melhor solução passível à crescente onda de criminalidade que se expande ao mundo afora.

Para se chegar ao objetivo principal desta pesquisa, que é o Direito Penal do Inimigo, decidiu-se fazer um preâmbulo com as teorias existenciais.

Assim, o presente capítulo vai se ater a tratar da teoria abolicionista, tal qual apresentada por Louk Hulsman, em que defendia que a pena de prisão seria um ato irracional.

Na sequência, apresenta-se a teoria minimalista, em que preza um direito penal com atuação somente em *ultima ratio* e, em seguida, a teoria do direito penal máximo, em que acredita que a solução da criminalidade se dará mediante um direito penal como *prima ratio*.

Ainda, em atenção ao direito penal máximo, o presente capítulo vai desenvolver e apresentar as teorias criminais opressoras norte-americanas que confiam em um direito penal repressivo capaz de mudar a realidade da criminalidade existente no meio social. Opta-se em discorrer sobre as teorias americanas porque foram arroladas como capazes de agir na prevenção da criminalidade, tanto para aos ilícitos penais de menor potencial ofensivo, tanto para os delitos de maior complexidade.

2.1 Abolicionismo penal

O abolicionismo penal não passa de uma teoria extremista que acredita que o afastamento das punições carcerárias seja a melhor solução a ser adota em um Estado.

Porém, antes mesmo de conceituar tal teoria, é necessário informar que o abolicionismo penal foi apresentado na obra intitulada como Penas Perdidas: o sistema penal em questão, no ano de 1982, pelo criminologista Louk Hulsman, o qual tratou em demonstrar os indícios gradual de racionalidade das punições motivadas por uma sociedade punitiva (MEROLLI, 2013).

Para Hulsman (1997), o apenado que permanece em cárcere entra em uma orbita alienante, em que todas as circunstâncias que ali se desenvolvem se tornam problemáticas.

Assim, o mesmo autor, aduz que a prisão reflete muito além do que a privação da liberdade com todas suas problemáticas, haja vista que a detenção não é simplesmente a retirada do indivíduo do seu habitat normal da atividade e do afeto; a prisão é, principalmente, o acesso ao um mundo paralelo, sintético, em que tudo é nocivo ao apenado.

Nesse sentido, Hulsman (1997, p. 62) manifesta em trecho do seu livro o que segue:

Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril. Nem todo sofrimento é mal. Há sofrimentos benéficos, que fazem progredir no conhecimento de nós mesmos, abrindo novos caminhos, nos aproximando

dos outros e nos tornando melhores. O encarceramento, porém, é um sofrimento não criativo, desprovido de sentido. Tal sofrimento é um *nonsense*.

No mesmo sentido, não é diferente o entendimento do professor de sociologia do Direito da Universidade de Oslo, Thomas Mathiesen (apud MEROLLI, 2013, p. 156) que diz o que segue:

‘[...] um gigante sobre um solo de barro [...] e o solo de barro da prisão é sua total irracionalidade em termos de seus próprios objetivos estabelecidos [...] as pessoas não sabem quão irracionalidade são nossas prisões. As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardado em nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria o começo de sua ruína’.

O doutrinador Nils Christie também faz críticas ao sistema de cárcere, quais sejam:

São caras e destrutivas. Quando mandamos uma criança para a escola, ela vai aprender os valores da escola, dos amigos, vai formar sua rede de conexões. O mesmo acontece com a pessoa que é mandada para a prisão, mas aqui os valores aprendidos são outros (CHRISTIE, 1998, p. 01)

Consequentemente, tem-se que os doutrinadores da teoria abolicionista tendem a demonstrar que a pena de prisão é um ato sem sentido, ou, na linguagem de Zaffaroni (1998, p. 12), “as penas como infligência de *dor sem sentido*”.

O exame do sistema abolicionista tem iniciado desde o surgimento da lei penal, em que proíbe ou impõe aos indivíduos regras de comportamentos sob pena de algum tipo de sanção, debatendo a real conveniência do instituto penal (GRECO, 2009).

Isso acontece porque, na maioria das vezes o direito penal é aplicado aos sujeitos pobres, desempregados, negros, ou, melhor dizendo, aos menos favorecidos, os quais só são lembrados pelo Estado quando há necessidade de melhorar a outra classe, conhecida como superior (GRECO, 2009).

Ocorre que na oportunidade em que o Estado tem para punir o cidadão, com a execução da pena preventiva imposta pela lei penal, essa sanção passa longe de estar cumprindo a sua função social, que são: as obrigações de reprovar e precaver o crime (GRECO, 2009).

Da mesma forma, Greco (2009) diz que as ações fixadas pelo Estado mediante avaliações políticas, as quais compõem a esfera do direito penal, poderiam, muitas

vezes, serem resolvidas nas áreas do direito civil e do direito administrativo, evitando uma condenação e uma ofensa a dignidade da pessoa humana.

Portanto, tem-se que o abolicionismo penal defende que a prisão é um instrumento irracional utilizado pelo Estado e que, por isso, não há possibilidade do cárcere sem que haja ofensa a dignidade da pessoa humana (GRECO, 2009).

2.2 Direito penal mínimo

No que refere ao direito penal mínimo, Greco (2009) doutrina ser o objeto principal do direito penal, vez que tutela exclusivamente os bens imprescindíveis ao convívio social, bem como por se tratarem de bens tão importantes que não poderiam ser protegidos pelos demais ramos do direito.

Para Greco (2009), a aplicação do direito penal mínimo exige a aplicação de diversos princípios que servirão de guia ao legislador tanto para o surgimento quanto para a revogação dos tipos penais, ao fito de guiar não somente o legislador, mas também aos aplicadores da lei penal, evitando, por conseguinte, uma má interpretação da norma jurídica penal.

Para o mesmo doutrinador, os princípios norteadores do direito penal mínimo são os seguintes: 1. dignidade da pessoa humana; 2. intervenção mínima; 3. lesividade; 4. adequação social; 5. insignificância; 6. individualização da pena; 7. proporcionalidade; 8. reponsabilidade pessoal; 9. limitação das penas; 10. culpabilidade; 11. legalidade.

Por conta disso, Greco (2009) arrisca em nominar o direito penal mínimo como o direito penal equilibrado, dando uma maior ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este é o princípio norteador dos demais princípios.

Assim, Guillerme J. Yacobucci apud Greco (2009, p. 24-25), disserta sobre o princípio da dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

[...] a dignidade da pessoa humana, dentro da vida social e política, reclama o exercício ordenado da liberdade através da convocação primária dos valores e fins comuns, preservando em todo momento aquele espaço de

'interioridade' e realização própria que é reclamado pela singularidade de cada homem, com uma vida e um fim por realizar existencialmente. Assim, da existência mesma da pessoa surgem determinados deveres e direitos que recebem a denominação de 'humanos', por sua quase imediata vinculação com as necessidades fundamentais para o desenvolvimento dos homens. Trata-se, obviamente, de direitos que não são criados nem construídos propriamente pelas instâncias do poder político, senão, bem antes, que devem ser reconhecidos por este como primeiro nível de legitimação na tomada de decisões.

Nos parágrafos que vêm em seguida, Greco (2009) apresenta a aplicabilidade dos princípios dentro da teoria do direito penal mínimo, assim como fez com o princípio da dignidade da pessoa humana supracitado.

O autor doutrina que o princípio da intervenção mínima é o coração do direito penal mínimo, sendo a sua função orientar o legislador no momento da criação ou revogação das leis penais. Além disso, tal princípio tem por escopo atuar de forma subsidiária às demais áreas do direito, dando mais ênfase aos bens jurídicos mais importantes que necessitam de proteção.

Ainda no mesmo princípio, destaca-se que se um bem específico for considerado de suma importância, mas houver a possibilidade de outros ramos do ordenamento jurídico realizar a proteção de determinado bem, não haverá necessidade de fazer o uso opressor do direito penal. Da mesma forma, caso seja necessário revogar uma lei penal, por não haver a existência da máxima proteção ao bem, teríamos o fundamento da revogação, nos termos do princípio da intervenção mínima do direito penal (GRECO, 2009).

Para finalizar a atuação do princípio da intervenção mínima no direito penal, Greco (2009, p. 25) vai aduzir que:

Em uma concepção minimalista, o princípio da intervenção mínima não é o único a ser analisado para fins de criação típica. É tão-somente o primeiro passo. Logo em seguida, devemos analisar se aquele bem considerado como importante é incapaz de ser protegido pelos outros ramos do ordenamento jurídico, é atacado por uma conduta não tolerada socialmente, não poderá haver a criminalização, pois, se assim o fizéssemos, estaríamos, na verdade, convocando a sociedade a praticar infrações penais, pois que não deixaria de praticar os comportamentos que estava acostumada.

Partindo para o próximo princípio, o da adequação social, Greco (2009) aduz que este terá o objetivo de dar suporte ao legislador na hora da criação da lei, bem como no momento da revogação dos tipos penais. Isso porque estaremos diante de

uma mudança de paradigmas, como por exemplo, uma ação que no passado era considerada crime e hoje passa a ser aceita pela sociedade; o legislador terá que fazer mudança na norma penal, para afastar tal criminalização. Atualmente, no Brasil, temos como exemplo, o caso do jogo do bicho, prática tipificada no art. 58 do Decreto-Lei n.º 3.688 (Lei de Contravenções Penais, 1941) que, por hora, é absolutamente recepcionada pela sociedade.

No que tange ao princípio da lesividade, tem-se que este princípio só vai se preocupar em criminalizar a conduta socialmente reprovada que alcança a esfera de terceiro, assim, por meio desse princípio, proíbe-se a aplicabilidade da sanção penal a qualquer tipo de pensamento (GRECO, 2009).

Greco (2009), em atenção aos princípios citados até aqui e fazendo uma breve análise deles, chega-se à conclusão que o patrimônio é o bem mais relevante a ser tutelado pelo direito penal. Entrementes, quando estamos diante de um bem considerado ínfimo, ou seja, de menor importância a tutela penal, deve-se analisar a pertinência desse bem, no sentido da necessidade de adentrar na esfera penal para resolução de tal ofensa ao patrimônio. Diante disso, nasce o princípio da insignificância, o qual exclui o tipo penal daquela ação contra um determinado patrimônio considerado economicamente insignificante, haja vista o seu baixo valor econômico.

A par disso, complementa-se com a citação de Greco (2009, p. 27):

[...] o patrimônio, por exemplo, é um bem importante a ponto de ser protegido pelo Direito Penal, que a conduta que o ataca é lesiva e inadequada socialmente e, por essas razões, criarmos os delitos patrimoniais, devemos, no caso concreto, no fazer a seguinte indagação: se é certo que o patrimônio, abstratamente considerado, é um bem importante a ponto de merecer a proteção do Direito Penal, o bem em análise, isto é, que fora objeto da subtração pelo agente, goza desse *status*? Foi pensando nesse bem que o legislador criou a figura do delito contra o patrimônio? Se a resposta for positiva, concluiremos que a conduta é típica e passaremos à aferição das outras características da infração penal (ilicitude e culpabilidade). Se a resposta for negativa, o estudo da infração penal estará interrompido por ausência de tipicidade material (inserida dentro do contexto da tipicidade conglobante), conduzindo-nos, em último plano, à completa atipicidade do fato.

Previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, surge o princípio da individualização da pena:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

O princípio da individualização da pena almeja a aplicação da sanção penal correspondente à gravidade do fato cometido, relacionado à importância do bem tutelado, o qual ocorre de três formas a individualização, quais sejam: a) cominação: que ocorre no plano abstrato, de competência do legislador; b) aplicação: que nasce no plano concreto, de alçada do julgador; c) execução: que surge durante o cumprimento da pena (GRECO, 2009).

Ligado de forma íntima ao princípio da individualização da pena, surge o princípio da proporcionalidade, o qual objetiva em manter um equilíbrio entre o fato praticado pelo sujeito e a pena a ser aplicada. Nesse sentido, Beccaria (2002, p. 139) disserta:

Para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei.

Pode-se dizer, ainda, que a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade ocorrerá tanto na fase da cominação como, também, na aplicação da sanção penal pelo magistrado (GRECO, 2009).

Prevista na Carta Magna, o princípio da responsabilidade pessoal, também chamado de princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, está previsto no artigo 5º, inciso XLV, do referido diploma, o qual refere que:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Pois bem, de fácil interpretação o inciso acima, tem-se que o princípio da responsabilidade pessoal estabelece que a pena imposta pelo Estado recai somente a pessoa do condenado, não podendo ser transmitida a outra pessoa.

Greco (2009) cita que, no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988, reside o princípio da limitação das penas. Assim, transcreve-se: “XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;”. Percebe-se que esse princípio faz uma conexão ao princípio da dignidade da pessoa humano, a garantir a proibições das citadas penas.

Continuando os ensinamentos de Greco (2009), deve-se observar o princípio da culpabilidade que, em uma compreensão minimalista, torna-se inviável a aplicação do direito penal quando o comportamento do sujeito era, ao tempo do fato, impossível de ser evitado, haja vista que, as circunstâncias do momento, não oportunizava uma atitude diversa aquela executada.

Por fim, compreendido como o princípio que sustenta todos os demais, apresenta-se o princípio da legalidade, cujo efetivamente atua para fins de interpretação da legalidade formal e material da norma jurídica. Além disso, o princípio da legalidade também vai atuar na fiscalização do conteúdo da lei penal para que não ocorra a divergência dos princípios, sejam eles expressos ou implícitos inseridos em nossa Lei Maior (GRECO, 2009).

Ademais, atentando-se aos princípios citados por Greco (2009) nos parágrafos anteriores, o referido doutrinador, ainda, aduz que o direito penal mínimo está em uma posição equilibrada, pois é o único meio de acesso tolerável para que o Estado possa colocar em prática o poder de punir sem cometer injustiça.

Nesses termos, Paulo de Souza Queiroz apud Greco (2009, p. 29) lesiona:

Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também [...] um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado que se define Democrático de Direito (CF, art. 1º), que declara, como seus fundamentos, a ‘dignidade da pessoa humana’, a ‘cidadania’, ‘os valores sociais do trabalho’, e proclama, como seus objetivos fundamentais, ‘constituir uma sociedade livre, justa, solidária’, que promete ‘erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais’, ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º), e assume, assim declaradamente, missão superior em que lhe agigantam as responsabilidades, não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal, máxime quando é esse Estado, sabidamente, por ação e/ou omissão, em grande parte co-

responsável pelas gravíssimas disfunções sociais que sob seu cetro vicejam e pelos dramáticos conflitos que daí derivam.

Do exposto, Greco (2009), em análise dos princípios norteadores do direito penal mínimo, caracterizou o minimalismo como o direito penal equilibrado, uma vez que este modelo de direito penal alcança melhor os interesses da sociedade.

2.3 Direito penal máximo

Diferentemente do direito penal mínimo, o direito penal máximo caracteriza-se por ser incondicionado e ilimitado, assim como pela exagerada dureza, bem como pela incerteza e imprevisibilidade das aplicações das penas (FERRAJOLI, 2014).

A teoria do direito penal máximo se apresenta em *prima ratio*, a fim de servir como solução de todos os problemas humanos envolvidos na esfera criminal. Melhor dizendo, pode-se arguir que o direito penal máximo é uma espécie de solução imediata, sendo rapidamente executada diante de uma conduta desviante do indivíduo (BENTO, 2014).

Greco (2009) refere que o discurso do direito penal máximo ganhou força a partir dos profissionais habilitados como, por exemplo, jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de TV e entre outros, os quais levantaram um olhar crítico sobre as leis penais em vigência, fazendo com que a sociedade acreditasse que, diante do endurecimento das penas, com o nascimento de novas leis incriminadoras e a retirada de certas garantias processuais, o povo estaria salvo das condutas criminais dos indivíduos.

Leonardo Sica apud Grego (2009, p. 12-13) muito bem destacou o que segue:

[...] o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acusada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.

Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, 'sequestros-relâmpagos', chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em 'cadeia nacional', somados ao aumento da pobreza e à concentração cada vez maior da riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares.

Nesse sentido, ocorre o convencimento através do sensacionalismo, com imagens chocantes transmitidas pelas emissoras de televisões, que de certa forma causam indignações e ódio no meio social. A título de exemplo, podemos citar os homicídios cometidos de forma cruéis, os estupros em crianças, as ocorrências em que os presos torturam suas vítimas durante as rebeliões, a própria corrupção e dentre outras situações, acabam fazendo que a sociedade acredite que a aplicação de um direito penal máximo é a solução para o caos (GRECO, 2009).

Greco (2009) aduz que o Estado social foi deixado de lado para dar espaço ao direito penal, vez que a educação fundamental, média e superior, o lazer, a cultura, saúde e a própria moradia foram todos afastados para ser colocado em segundo plano, para dar prioridade ao setor repressor do Estado.

Ademais, Greco (2009) aduz que os seguidores do direito penal máximo reconhecem a eficácia da teoria repressora, pois o Estado que trabalha com penas alternativas, evitando o encarceramento do indivíduo que cometeu o ilícito penal, por mais que seja ínfima a conduta do agente, está estimulando o cometimento de outros delitos.

Nesse sentido, Ralf Dahrendorf apud Greco (2009, p. 15) aduz:

Uma teoria penal que abomina a detenção a ponto de substituí-la totalmente por multas e trabalho útil, por 'restrições ao padrão de vida', não só contém um erro intelectual, pois confunde lei e economia, com também está socialmente errada. Ela sacrifica a sociedade pelo indivíduo. Isso pode soar a alguns como incapaz de sofrer objeções, até mesmo desejável. Mas também significa que uma tal abordagem sacrifica certas oportunidades de liberdade em nome de ganhos pessoais incertos. Ser gentil com infratores poderá trazer à tona a sociabilidade escondida em alguns deles. Mas será um desestímulo para muitos, que estão longe do palco criminoso, de contribuir para o processo perene de liberdade, que consiste na sustentação e na modelagem das instituições criadas pelos homens.

Em suma, o direito penal máximo trabalha com um viés totalmente preocupado em proteger qualquer bem, independentemente do seu valor. Além disso, reitera-se que a teoria em comento atua em *prima ratio*, e não como *ultima ratio* na intervenção do Estado perante a sociedade, executando uma ideologia eminentemente educadora e repressora, não tolerando que atitudes socialmente reprovadas passem sem haver uma punição (GRECO, 2009).

Para melhor entender a aplicabilidade do direito penal máximo, os próximos três subtítulos trataram sobre teorias que surgiram nos Estados Unidos da América, a fim de combater a criminalidade, quais sejam: Teoria das Janelas Quebradas, teoria da tolerância zero e a teoria da lei e ordem.

2.3.1 Teoria das Janelas Quebradas

A “Teoria das Janelas Quebradas” foi criada há aproximadamente 20 anos, nos Estados Unidos, pelo cientista político James Q. Wilson e seu assessor George Kelling (ex-chefe de polícia de Kansas City, reconvertido depois em “sênior fellow” no Manhattan Institute). Em forma de um pequeno texto, de nove páginas, foi criada a referida teoria e, segundo Wacquant (2013, p. 435):

Esta teoria postula que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos na via pública restringe o desencadeamento das infrações criminosas de maior monta, (r)estabelecendo um clima sadio de ordem – uma estranha ilustração do dito popular francês ‘quem rouba um ovo, rouba um bezerro’.

Conforme esse doutrinador, os mentores dessa teoria sustentavam que, por exemplo, se uma janela de um edifício ou de uma fábrica fosse quebrada e não fosse logo consertada, as pessoas que por ali passassem chegariam à conclusão de que ninguém se importava com isso, bem como que, naquela região, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Assim, em pouco tempo, as pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda não danificadas. Logo, não restaria nenhuma janela inteira, pois todas seriam quebradas. Diante disso, iniciava-se a decadência da própria rua e daquela comunidade, pois as pessoas que passassem pelo local e vissem as janelas danificadas concluiriam que ninguém seria responsável por aquele determinado imóvel, sequer pela rua em que se localizava o edifício.

Ainda, devido à aparência degradante do local motivado pelas janelas danificadas, George Kelling e James Q. Wilson sustentam que apenas os desocupados, imprudentes ou pessoas com tendências criminosas sentir-se-iam bem à vontade para ter um estabelecimento comercial ou morar na rua daquela localidade, uma vez que a decadência já era evidente. Por fim, seria o abandono da localidade

pelas pessoas de bem, largando o bairro à mercê dos indisciplinados. Portanto, pequenas desordens levariam a grandes desordens e, subsidiariamente, ao crime (MORAES, 2011).

Para complementar os argumentos da Teoria das Janelas Quebradas, PACELLI e CALLEGARI (2015) trazem à tona um estudo realizado pela Universidade de Stanford, qual seja:

Foram largadas duas viaturas na via pública de dois bairros com diferentes condições sociais. Um carro foi deixado em Nova York, no Bronx, localidade reconhecidamente pobre, e o outro veículo foi colocado em Palo Alto, Califórnia, sendo este um local habitado por pessoas de alto poder econômico.

De acordo com os pesquisadores, a viatura deixada no Bronx foi quase que instantaneamente destruída, retirando-se dela todos os itens utilizáveis, como rodas e o motor. Em contrapartida, a outra viatura permanecia da mesma forma como foi deixada no local, inteira.

Agora, já em outra fase da experiência, os pesquisadores destruíram o vidro da viatura que estava no Palo Alto, que até o momento permanecia intacta, sem nenhum tipo de dano material. Por surpresa, portanto, essa viatura foi alvo dos mesmos danos realizados na viatura deixada no Bronx.

Diante desses fatos, a pesquisa concluiu que a reação contra a viatura após o quebraamento da janela se devia a questões psicológicas, bem como das relações sociais. Isso porquê o vidro quebrado teria passado a sensação de abandono e descuido com o carro, surgindo a ideia de total falta de norma em relação aquele lugar.

Com o advento da Teoria das Janelas Quebradas, o sistema de segurança, assim como as políticas de gerenciamento do sistema penal passaram a ter como base o conceito de que a falta de atenção e de cuidados com os espaços públicos, poderiam estimular a desordem. Já no âmbito político criminal, a conclusão foi de que a falta de resposta às pequenas infrações poderiam alcançar o cometimento de delitos de maior gravidade (PACELLI; CALLEGARI, 2015).

Diante do exposto, em decorrência da teoria das Janelas Quebradas, deu-se início ao programa da tolerância zero, aplicada durante a administração do então prefeito Rudolph Giuliani, a qual será abordado no próximo tópico.

2.3.2 Tolerância zero

Com origem na América do Norte, mais especificamente em Nova York, a doutrina da “tolerância zero” condiz com uma política pública opressora, voltada para uma punição mais rigorosa nas condutas socialmente reprovadas.

Segundo Wacquant (2011), a doutrina da “tolerância zero” teve a sua primeira aplicabilidade durante o mandato do prefeito Rudolph Willian Louis Giuliani da cidade de Nova York, na qual passou a ter vários seguidores. O país do México lançou uma “Cruzada nacional contra o crime”, adotando algumas medidas apresentadas como “as mais ambiciosas da história do país”, a fim de reproduzir os mesmos programas como a “tolerância zero” em New York City. Além desse país, a província de Buenos Aires também adota “a doutrina elaborada por Giuliani”, em que é utilizado um complexo de hangares industriais abandonados na periferia da cidade para ser convertido em centros de detenção (*galpones penitenciarios*), gerando, assim, mais locais de prisões.

Conforme esse doutrinador, o Brasil também adotou a política da “tolerância zero” quando, em janeiro de 1999, após a visita de dois altos funcionários da polícia de Nova York ao País, o ex-governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz, contrata de forma imediata 800 policiais civis e militares suplementares, em contra-ataque a uma leva de crimes corriqueiros na capital brasileira. Destaca-se que não foram apenas esses países que adotaram a política da “tolerância zero”, havendo, por ora, mais países.

A política criminal da “tolerância zero” tem, por sinal, uma forte característica radical na sua aplicabilidade. Nesse sentido, veja-se:

Do domínio policial e penal, a noção de ‘tolerância zero’ se espalhou segundo um processo de metástase para designar pouco a pouco e indistintamente a aplicação estrita da disciplina parental no seio das famílias: expulsão

automática dos estudantes que tenham levado arma para a escola, suspensão dos esportistas profissionais culpados por violências fora dos estádios, controle minucioso do contrabando de drogas nas prisões, mas o rechaço sem trégua dos estereótipos racistas, a sanção severa dos comportamentos incivilizados dos passageiros de avião e a intransigência em relação a crianças que não estão usando seu cinto de segurança no banco traseiro dos carros, do estacionamento em fila dupla ao longo das avenidas de comércio e da sujeira nos parques e jardins públicos. Estendeu-se até às relações internacionais: assim, Ehud Barak exigia recentemente de Yasser Arafat que mostrasse a eficácia da ‘tolerância zero’ contra o terrorismo, enquanto as tropas britânicas da força de intervenção da ONU no Kosovo dizem aplicar a ‘tolerância zero’ a qualquer desordem nas ruas de Pristina (WACQUANT, 2011, p. 42).

Wacquant (2011) chama a atenção do paradoxo que ocorre quando muitos querem que a perseguição policial se espalhe ao mundo, de uma extremidade a outra da Terra, enquanto que ao mesmo tempo é seriamente questionada em Nova York. Isso porque ocorreu um homicídio de um jovem negro, imigrante de 22 anos, Amadou Diallo, em janeiro de 1999, alvejado por aproximadamente 41 balas de revólver, dos quais 19 tiros o acertaram. Frisa-se que os autores dos disparos foram quatro policiais membros da “Unidade de Luta contra os Crimes de Rua” que passaram a perseguir o suspeito estuprador, sendo que esta vítima estava tranquila, sozinha, na portaria de um edifício, não apresentando nenhum tipo de ameaça.

A indignação do doutrinador não advém apenas do caso supracitado, pois além da morte do jovem negro Amadou Diallo também se deram outras mortes com a mesma imprudência e brutalidade do homicídio desse rapaz.

Ainda, Wacquant (2011) revela que, segundo a *Natioal Urban League*, foram aproximadamente dois anos com uma rigorosa repressão, nas quais em patrulhamento com carros comuns e policiais à paisana, foram alvos de abordagens e revistas na rua 45.000 pessoas sob mera suspeita baseada no vestuário, aparência, comportamento e, o que mais causa indignação, a cor da pele. Assim, imperioso o que segue:

Mais de 37.000 dessas detenções se revelaram gratuitas e as acusações sobre metade das 8.000 restantes foram consideradas nulas e inválidas pelos tribunais, deixando um resíduo de apenas 4.000 detenções justificadas: um em onze. Uma investigação levada a cabo pelo jornal *New York Daily News* sugere que perto de 80% dos jovens homens negros e latinos da cidade foram detidos e revistados pelo menos uma vez pelas forças da ordem (WACQUANT, 2011, p. 43).

Entretanto, importante ressaltar que o reflexo da “tolerância zero” no Brasil não foi diferente daquela narrada em Nova York, isso porque, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, “[...] o perfil das pessoas presas é majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda” (MOURA; RIBEIRO, 2014, p. 6).

Em virtude dos efeitos da tolerância zero, a população nova-iorquina afro-americana e as forças da ordem passaram a desconfiar de tal política criminal. Para tanto, foi realizada uma pesquisa que revelou um índice altíssimo de negros da cidade de Nova York que consideram os policiais ofensivos e agressivos para eles. Os números demonstram que 72% dos afrodescendentes julgam que os policiais fazem usos abusivo da força e 66% consideram suas condutas agressivas contra pessoas de cor uma atitude corriqueira, contra apenas 33% e 24% dos brancos (WACQUANT, 2011).

Ainda, a pesquisa revelou que dois terços dos nova-iorquinos pensam que a polícia convocada por Giuliani aumentou as brutalidades executadas pelos policiais, sendo que apenas um terço diz se sentir mais seguro na cidade.

Contudo, os nova-iorquinos brancos foram relativamente 50% e 87% a aduzir o contrário. Eles falaram muito bem da prefeitura, elogiando por sua repugnância no que tange ao crime e sentem-se absolutamente menos ameaçados na cidade.

Wacquant (2011, p. 45) diz que a tolerância zero demonstra duas distinções diretamente opostas, quais sejam:

segundo se é o alvo (negro) ou o beneficiário (branco), isto é, de acordo com o lado onde se encontra essa barreira de casta que a ascensão do Estado penal americano tem com efeito – ou função – restabelecer e radicalizar.

Os efeitos da teoria da tolerância zero não param por aqui, haja vista que, segundo Wacquant (2011), a política de qualidade de vida utilizada pela polícia de Nova York sobrecarregou de forma espantosa os tribunais. Enquanto o índice de criminalidade diminuía desde 1992, a quantidade de pessoas detidas e julgadas aumentava de forma alarmante, prejudicando, assim, a eficiência dos julgamentos.

Em contrapartida as fortes críticas levantadas por Wacquant, Giuliani (2015) apresenta, em entrevista à revista HSM Management, diferentes resultados e concepções sobre a aplicabilidade da teoria da tolerância zero.

Reitera-se que Giuliani foi o criador da teoria em comento, a qual foi aplicada em seu mandato como prefeito em Nova Yourk entre 1994 e 2001.

Giuliani (2015), falando um pouco sobre a sua experiência de prefeito, aduz que dentre todos os compromissos assumidos por um prefeito, a segurança deve ser prioridade na agenda, pois se não há segurança em uma cidade não haverá inovação, crescimento.

Ainda, o mesmo autor afirma que “Quando têm de se preocupar em salvar a própria vida, as pessoas não conseguem se preocupar com o resto, e quase nada funciona.” (GIULIANI, 2015, p. 31). Logo, se as pessoas se sentirem seguras, elas, conseqüentemente, tornam-se mais produtivas na sociedade em que estão enxeridas.

Giuliani (2015) fundamenta que quando o Estado garante segurança a sua comunidade, as ações dela começam a fluir melhor, como por exemplo, as empresas começam a investir mais em seus negócios locais, bem como o fato de favorecer as oportunidades naturais que a cidade oferece. Se assim não fosse, por sua vez, as pessoas começariam a sair da cidade e ela começaria a seguir um caminho para a ruína.

Nesse sentido, Giuliani (2015, p. 31-32) exemplifica:

Nos EUA, por exemplo, Detroit permitiu que o crime saísse do controle e agora está falida. Já Nova York foi a cidade líder em crimes nos EUA antes de eu me tornar prefeito e agora, que é a cidade mais segura do país entre as grandes, segundo estatísticas, tem um desenvolvimento econômico enorme.

Em ritmo favorável à teoria da tolerância zero, Shecaira (2009) vai dizer que Giuliane logo deixou uma boa impressão a comunidade ao divulgar a brusca queda das taxas de criminalidade e, também:

[...] dados importantes, a queda acentuada do desemprego nesse período, em face de uma forte recuperação econômica; a estabilização e exaustão do mercado de crack; a diminuição do número de jovens, que normalmente constituem a maioria dos delinquentes (SHECAIRA, 2009, p. 168).

Portanto, veja-se que a teoria da tolerância zero prioriza a segurança pública antes de tudo em uma administração, deixando os demais serviços essenciais em segundo plano.

2.3.3 Lei e ordem

A teoria política criminal da “Lei e Ordem”, originada nos Estados Unidos, começou a ganhar espaço na sociedade moderna no final do século XX e em meados do século XXI, como o fito de acabar com todos os males oriundos das condutas desviantes dos cidadãos conviventes em sociedade civilizada, diante da implementação de leis penais mais severas.

Moraes (2011) destaca que parte da doutrina entende que o movimento “Lei e Ordem” influenciou a realidade brasileira, principalmente na década de 1990, quando surgiu a Lei de Crimes Hediondos, atribuída pelos críticos como o símbolo da política criminal dessa teoria.

Santoro Filho apud Moraes (2011, p. 212) refere sobre esse movimento:

Integrado principalmente por políticos com inclinações contrárias às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos, e pela mídia voltada à população econômica e culturalmente menos favorecida, parte do pressuposto de que a criminalidade e a violência encontram-se em limites incontroláveis, e que este fenômeno é fruto de legislação muito branda e dos benefícios excessivos conferidos aos criminosos, pois não tem este receio de sofrer a sanção.

Nesse sentido, surge um clima de guerra entre “homens bons” e “homens maus” (os “inimigos da sociedade”):

De um lado os criminosos, que cada vez mais atemorizam a sociedade e desrespeitam a lei impunemente; de outro os homens de bem, trabalhadores, cumpridores da lei de que prezam a ordem, mas que se encontram numa situação de ‘reféns’ dos delinquentes, ‘presos em suas próprias causas’ e constantemente em pânico. (...) O primeiro instrumento a ser utilizado nesta batalha, sem dúvida, é a sanção penal, que não deve ter preocupação social do criminoso, mas antes representar uma retribuição acentuada, exemplar. O mal deve ser pago com o mal, o que, se observado, implicará uma redução da criminalidade, pois o delinquente, diante da gravidade da sanção, terá o temor de incorrer na conduta ilícita (SANTORO FILHO apud MORAES, 2011, p. 212-213).

Dotti (2004) refere forte crítica aos adeptos da teoria “Lei e Ordem”, aduzindo que parte da sociedade está dividida em bons e maus:

A violência destes somente poderia ser controlada através de leis mais severas, impondo longas penas de prisão, quando não a morte. Estas duas seriam as únicas reações adequadas para enfrentar a criminalidade crescente e intimidar as tendências criminógenas. As principais características desse movimento, segundo João Marcello, são as seguintes: a) a pena se justifica com castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que hoje se designa por retribuição jurídica; b) os chamados crimes atozes devem ser castigados com penas severas e duradouras (morte e longa privação de liberdade); c) a pena de prisão para os crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimento penal de segurança máxima, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade, diverso do que é deferido aos demais condenados; d) a prisão provisória deve ter as suas hipóteses de cabimento ampliadas a fim de individualização da pena a menor controle jurisdicional na execução que deverá ser administrada, quase exclusivamente, pelas autoridades penitenciárias.

Ainda, Santoro Filho apud Moraes (2011, p. 213) comenta que:

[...] uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido são, evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam, da criminalidade.

Do exposto, pode-se referir que a proposta da teoria da “Lei e Ordem” lançada pelos Estados Unidos teve repercussão no cenário jurídico brasileiro. Dotti apud Moraes (2011) argumenta, que depois do surgimento de tal teoria, as leis que antes eram penalmente irrelevantes ou com penas mais leves foram afetadas pelo fenômeno da nova teoria. Assim, alguns exemplos ilustrativos: Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos); Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.137/90 (Crimes Contra a Ordem Tributária); Lei 8.176/91 (Crimes Contra a Ordem Econômica); Lei 8.212/91 (Crimes Contra a Seguridade Social); Lei 8.666/93 (Crimes Relativos às Licitações); Lei 9.029/95 (Práticas Discriminatórias nas Relações de Trabalho); Lei 12.850/13 (Organizações Criminosas); Lei 9.100/95 (Crimes Eleitorais); Lei 9.263/96 (Esterilizações Cirúrgicas); Lei 9.296/96 (Interceptação de Comunicação Telefônica); Lei 9.426/96 (Novas Hipóteses de Receptação e Adulteração de Sinal Identificador de Veículo Automotor); Lei 9.434/97 (Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano); Lei 9.472/97 (Porte de Arma); Lei 9.455/97 (Tortura); Lei 9.472/97 (Serviço de Telecomunicação); Lei 9.504/97 (Crimes Eleitorais); Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro); Lei 9.605/98 (Crimes Contra o Meio Ambiente); Lei 9.609/98

(Programa de Computador); Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); Lei 9.677/98 (Crimes Contra a Saúde Pública); Lei 9.983/00 (Crimes Previdenciários).

No próximo capítulo, serão apresentadas as Velocidades do Direito Penal, mas com ênfase à terceira.

3 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

O direito penal vem evoluindo de acordo as supostas necessidades sociais, tanto em seu direito material como no direito processual, com o fito de encontrar um ideal para o controle da criminalidade.

Dentro deste contexto, a doutrina tem apresentado velocidades do direito penal, as quais foram classificados como a primeira velocidade, segunda velocidade e a terceira velocidade do direito penal.

A primeira velocidade seria aquela preocupada em priorizar as normas penais voltadas às sanções que alcançam a privação da liberdade, mas sempre em observância aos princípios políticos criminais, as regras penais e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade estaria preocupa em executar penas pecuniárias ou restritivas de direito. E a terceira velocidade seria aquela em que coexistiriam a imposição de penas privativa de liberdade, bem como a flexibilização dos princípios políticos criminais e as regras de imputação (MELIÁ, 2015).

Muito embora alguns doutrinadores fazem menção a uma quarta velocidade, o presente capítulo vai se ater apenas até a terceira velocidade do direito penal, fazendo uma análise mais pormenorizada desta teoria denominada como direito penal do inimigo e resumindo a primeira e a segunda velocidade.

A terceira velocidade do direito penal foi criada e desenvolvida pelo professor e filósofo Günther Jakobs, que acreditava que a onda crescente da criminalidade poderia ser solucionada através de uma política criminal opressora e seletiva.

Para isso, Jakobs propõem uma política criminal diferenciada, haja vista que a característica fundamental da sua teoria é separar o cidadão do inimigo. Assim, para aquele seria aplicado um direito penal com observância a todas as garantias constitucionais, enquanto que para este haveria a supressão dos direitos basilares.

De outro giro, o presente capítulo fará uma abordagem dos países que adotaram a terceira velocidade, assim como será examinado se existe algum vestígio nas normas jurídicas brasileiras.

Por hora, percebe-se que o direito penal do inimigo apresenta uma característica de um direito penal moderno, isto é, um direito penal que está aumentando a sua expansão de atuação de tal forma que pode estar afrontando os princípios e garantias jurídico penais liberais do Estado Democrático de Direito.

3.1 A primeira velocidade do direito penal

Sánchez (2001) explica que o direito penal da primeira velocidade é definido pelo modelo penal clássico, no qual prioriza principalmente as penas privativas de liberdade, amparado nos princípios clássicos das políticas criminais, as regras de imputações e os princípios processuais clássicos.

Além disso, o mesmo autor refere que na primeira velocidade do direito penal há uma maior preocupação em respeitar o devido processo legal, com as devidas garantias constitucionais, penais e processuais, haja vista que está em jogo a liberdade do cidadão, muito embora isso venha acarretar em um processo mais elástico, mais demorado.

Em assim sendo, a primeira velocidade do direito penal visa à proteção do indivíduo contra o poder do Estado que tem a capacidade de privar a liberdade do condenado. Ainda, em vista da gravidade da punição é que o processo deve seguir de forma que proporcione ao cidadão todas as garantias constitucionais que delimita o poder de punir do Estado.

Nesse sentido, Sánchez (2001, p. 163) denomina a primeira velocidade, como sendo o direito penal “da prisão”, assim transcrito:

Una primeira velocidad, representada por el Derecho penal <<de la cárcel>>, en el que habrían de mantenerse rigidamente los principios políticos-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales;¹

3.2 A segunda velocidade do direito penal

Diferente da primeira velocidade do direito penal, a segunda velocidade do direito penal almeja penas distinta da privação da liberdade, possibilitando aplicação das sanções de forma proporcional ao grau de gravidade do delito praticado pelo cidadão (SÁNCHEZ, 2001).

Sánchez (2001) menciona que o direito penal da segunda velocidade tem por escopo uma flexibilização das garantias constitucionais que tutela o cidadão, visto que as punições são mais leves, compostas por penas restritivas de direito e penas pecuniárias.

Masson (2012) caracteriza a segunda velocidade aduzindo que não há um procedimento mais amplo e garantista como decorre na primeira velocidade do direito penal, em que possa resultar aplicação da pena privativa de liberdade, a qual envolve um dos bens jurídicos primordial a todos indivíduos, a liberdade.

A título de exemplo da aplicação da segunda velocidade do direito penal no ordenamento jurídico brasileiro, Greco (2009) faz menção ao art. 62 da Lei 9.099/95, que trata dos juizados especiais criminais, cuja a finalidade é aplicação de penas restritivas de direitos e pecuniárias, pois, afastando a pena privativa de liberdade do indivíduo.

¹ “Uma primeira velocidade, representada por um direito penal “da prisão”, em que se mantem rigidamente os princípios políticos criminais clássicos, as regras de imputações e os princípios processuais (tradução livre)”.

3.3 A terceira velocidade do direito penal: direito penal do inimigo

Criada na década de 1990 pelo alemão e professor Günter Jakobs, a terceira velocidade do direito penal foi denominada como direito penal do inimigo, a qual faz parte de uma mistura da primeira velocidade e da segunda velocidade do direito penal, uma vez que há supressão de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Greco (2009, p. 20) aduz que o direito penal do inimigo como a terceira velocidade do direito penal “Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

De antemão, é imperioso destacar que a principal peculiaridade da teoria criada por Jakobs foi separar o cidadão do inimigo, assim como possibilitar a aplicação de um direito penal diferenciado para cada um deles (JAKOBS, 2015).

Para o cidadão teríamos um direito penal com uma visão mais tradicional, garantista, dando atenção a todos os princípios fundamentais que lhe são assegurados. Enquanto que para o denominado inimigo do Estado, haveria aplicação de um direito penal sem a observância dos seus princípios fundamentais, vez que estaríamos frente a inimigos e não de cidadãos (GRECO, 2009).

Greco (2009) vai dizer que o raciocínio do direito penal do inimigo seria de um estado de guerra, tendo em vista que, segundo Jakobs, durante a guerra, as normas do jogo devem ser modificadas.

Assim, Jakobs (2015, p. 28-29):

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daquele que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.

Ainda, Jakobs (2015) acredita que existem pessoas que decidiram se afastar do direito para sempre. Exemplo disso seria aqueles indivíduos que fazem parte das

organizações criminosas e grupos terroristas que, para esse: “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.” (JAKOBS, 2015, p. 34).

Jakobs salienta que existem pessoas que, pela reiterada teimosia em delinquir, regressam ao estado natural antes do estado de direito. Nesse sentido:

[...] um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E que o estado de natureza é um estado de ausência de normas, isto é, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há e de submeter-se a esta determinação (JAKOBS, 2015, p.35).

O mesmo autor enfatiza que o Estado pode lidar de dois modos diferentes com os delinquentes; “pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação” (JAKOBS, 2015, p. 40).

Jakobs (2015, p. 36) refere que:

O Direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua perigosidade.

Diante da noção de direito penal do inimigo, é imprescindível, nas palavras do mesmo autor acima referido, destacar que a denominação não pretende sempre ser pejorativo.

Segundo Jakobs (2015, p. 21-22), “um Direito penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes”.

Para Meliá (2015, p. 95), o núcleo do conceito de direito penal do inimigo:

[...] Direito Penal do Inimigo está, então, em que este se constitui em uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão só um processamento desapassionado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativa: [...] Como este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

Portanto, tem-se que o direito penal do inimigo, classificado como a terceira velocidade do direito penal, é a existência simultânea de imposição de penas privativas de liberdade, assim como a flexibilização dos princípios políticos criminais e as regras de acusação.

3.3.1 A base filosófica do direito penal do inimigo

Jakobs desenvolveu a teoria do direito penal do inimigo com base em alguns autores que fundamentam o estado de forma rígida, entendendo que todo cidadão que vive em uma sociedade está restrito a um contrato social. Nesse sentido, sobrevivendo o cometimento de algum delito, o cidadão estaria infringindo o contrato e, conseqüentemente, não teria mais direito aos benefícios deste; ou, melhor aduzindo, não faria mais parte da relação jurídica com os demais que vive no Estado.

Jakobs (2015) inicia a criação da teoria do direito penal do inimigo, sustentando que para Rousseau e Fichte todo delinquente é inimigo, e que para Hobbes e Kant cidadão será todo aquele indivíduo que não tenha conduta desviante.

Dessa forma, Jakobs (2015) parte da ideia dos mesmos filósofos para fundamentar um Estado opressor, mediante um contrato. Os referidos autores (Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant) compreendem o delito como uma violação ao contrato social, de tal maneira que o criminoso é afastado da relação contratual, não fazendo jus aos benefícios nele existente.

De acordo com o pensamento de Rousseau, o indivíduo que ataca o direito social deixa de fazer parte do Estado, vez que se encontra em conflito com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. O reflexo disso: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão” (ROSSEAU apud MORAES, 2011, p. 187).

De forma equivalente ao exposto, Fichte (apud Jakobs, 2015, p. 25) argumenta:

[...] quem abandona o contrato cidadão em ponto que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por impreviã, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos.'

Muito embora Jakobs introduza a ideia de Fichte e Rousseau em sua teoria, ele não segue o mesmo raciocínio destes autores. Segundo ele:

Não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do direito. Por outro, o delinquente tem o dever de preceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato (JAKOBS, 2015, p. 25-26).

Por outro lado, Hobbes determina melhor os limites da ideia de cidadão e inimigo, pois coloca o delinquente na categoria de cidadão. Assim, Jakobs (2015, p. 26) aduz:

Hobbes tinha consciência desta situação. Nominalmente, é (também) um teórico do contrato social, mas materialmente é, preferentemente, um filósofo das instituições. Seu contrato de submissão – junto a qual aparece, em igualdade de direito (!), a submissão por meio da violência – não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. De maneira plenamente coerente com isso, Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: ‘Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos’.

Desse modo, Hobbes institui que os inimigos são indivíduos que se encontram em um estado de natureza, em que a principal característica seria, segundo Jakobs, a ausência de segurança cognitiva. De outra forma: “Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, *de per se*, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é” (JAKOBS, 2015, p. 26).

Assim, o alemão Gunther Jakobs segue sua fundamentação filosófica do direito penal do inimigo com base nas concepções de Hobbes, a qual, apesar de ser um contratualista, procura, de modo diferente de Rousseau, a fundamentação do direito positivo no direito natural.

Apresentando as ideias de Kant e Hobbes para o direito penal do inimigo, Jackobs aduz:

Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa. O Direito Penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito Penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm um direito à segurança [...] (JAKOBS, 2015, p. 28).

Destaca-se que Jakobs utiliza-se do raciocínio da inserção da segurança no direito penal do inimigo como suporte da teoria, para preservar os direitos individuais de cada indivíduo, o que, por óbice, será analisado mais adiante a sua possível aplicabilidade no Estado de Direito.

Ademais, Moraes (2011) interpreta que o sujeito, quando descumpra com as normas do contrato social, deixa de ser parte do Estado, pois está em guerra contra ele, passa a ser um ser distinto de pessoa. Logo, “deve morrer como tal (Rousseau); perde todos os seus direitos (Fichte); deve ser castigado como inimigo (Hobbes e Kant)” (MORAES, 2011, p. 190).

Diante dos pressupostos levantados até aqui, Jakobs diferencia dois tipos de direito penal direcionados para dois tipos de indivíduos, deixando muito bem visível que aquela pessoa que, por ideologia ou de forma reiterada, comporta-se de maneira desviante perante à ordem jurídica sem proporcionar uma garantia ao Estado, deverá ser tratado como inimigo (MORAES, 2011, p. 190).

Para sintetizar o suporte filosófico utilizado por Jakobs para a construção do seu direito penal do inimigo, seguem as palavras do jurista Gomes (2016, p. 1-2):

a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, esta 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).

Entretanto, a fim de uma melhor compreensão da ideia de Jakobs é necessário desenvolver os conceitos de pessoa e inimigo do Estado, os quais serão tratados no próximo subtítulo.

3.3.2 O inimigo do Estado e o cidadão

Sobrevindo de um contexto filosófico do direito penal do inimigo, é essencial que se faça um exame para diagnosticar quem é o inimigo do Estado, e quais são os aspectos que o diferenciam do cidadão, assim classificados por Jakobs.

Frente a isso, de início, podemos dizer que estamos diante de um novo perfil de direito penal, simbólico e o punitivo, em que não ocorre apenas a identificação de um determinado fato, mas, principalmente, um tipo específico de autor, o tratando desigualmente, como um inimigo do contrato social.

De acordo com Martín (2007), o cidadão é aquele indivíduo que está inserido na sociedade e que, por algum motivo incidental, possa vir a cometer um determinado delito. Assim, para o Estado, este agente, autor do fato, continua sendo uma pessoa “normal”, não um inimigo que deve ser destruído, pois o fato ocorrido pode ser classificado como apenas um deslize. Nas palavras do mesmo autor: “Isso é assim quando o autor, apesar de prática do fato delituoso, oferece garantias de que se portará como um cidadão, isto é, ‘como pessoa que atua com fidelidade ao ordenamento jurídico’.” (MARTÍN, 2007, p.82).

De outro giro, não acontece da mesma forma com aqueles casos em que o autor do fato demonstra a reiterada prática de determinados fatos. Isso acontece porque o seu comportamento não é mais próprio de um cidadão, ou nem se quer de um cidadão-delinquente, mas sim de um inimigo da sociedade e do direito (MARTÍN, 2007).

Pode-se dizer que o inimigo em suas atitudes não comete o delito por motivos incidentais, mais, sim, por vezes duradouro e que, por isso, não oferece a mínima condição de um comportamento pessoal seguro à comunidade.

Com coerência, Martín parte do pressuposto que o considerado inimigo é todo indivíduo que se dedica a sua vida a prática de delitos. Em seus argumentos:

As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito, e se dedica a atividades inequivocamente 'delituosas'. É esse o caso, por exemplo, dos indivíduos pertencentes a organizações terroristas, de narcotráfico, de tráfico de pessoas etc., e, em geral, de quem desenvolve atividades típicas da chamada criminalidade organizada (MARTÍN, 2007, p. 82-83).

Na concepção de Sánchez:

[...] a conversão do 'cidadão' em 'inimigo' se produz mediante a reincidência, a habitualidade, o profissionalismo delitivo e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas', e 'esse trânsito, além do significado de cada fato delitivo concreto, manifestaria uma dimensão fática de periculosidade que deveria ser prontamente enfrentada (SÁNCHEZ, 2001, p. 164-165, tradução livre).

É preciso destacar que o tratamento diverso atribuído ao inimigo tem como ponto principal o fato de que o direito lhe nega a condição de cidadão e, por consequência, de pessoa, considerando-o mero objeto. Melhor dizendo, o agente é considerado apenas sob aspectos de algo perigoso. Como é sabido, ao apresentar a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), institui-se que existem seres humanos privados de alguns direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, sendo esta uma extrema incompatibilidade que a referida tese apresenta com relação ao Estado de Direito (ZAFFARONI, 2007).

Veja-se que a teoria de Jakobs só qualifica o inimigo se realmente houver a estabilidade na condução de seus fins criminosos. Em diferentes palavras:

O 'inimigo' é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social. Para ele, dirá Jakobs, deve-se pensar em um Direito Penal excepcional, de oposição, um Direito Penal consubstanciado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais. Há que se pensar em um novo tratamento que a sociedade imporá àquele que se amolda às diretrizes do Direito Penal clássico, mas que poderia ser, em tese, legitimado constitucionalmente (MORAES, 2009, p. 30).

Veja-se que para Jakobs:

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 dos 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 (JAKOBS, 47, 2015).

Portanto, tem-se que na falta de segurança cognitiva proporcionada pelo indivíduo suficiente de apresentar um comportamento pessoal, não só o leva para uma

expectativa de exclusão como pessoa, como também o Estado não deve recebê-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança dos demais. Logo, demonizar o direito penal do inimigo seria algo errôneo (MORAES, 2011).

3.3.3 Principais características do direito penal do inimigo

Para que seja reconhecido o direito penal do inimigo em um ordenamento jurídico é necessário destacar algumas características que permitem identificá-las facilmente.

Assim, Jakobs (apud MORAES, 2011, p. 197) apresenta as seguintes peculiaridades da teoria:

- a) ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido como no caso de terrorismo e organização criminosa;
- b) falta de uma redução da pena proporcional ao referido adiantamento (por exemplo, a pena para o mandante/mentor de uma organização terrorista seria igual àquela do autor de uma tentativa de homicídio, somente incidindo a diminuição referente à tentativa) e
- c) mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate à delinquência e, em concreto, à delinquência econômica.

Com um viés esclarecedor e possibilitando uma melhor compreensão das características do direito penal do inimigo, os próximos parágrafos vão trazer a visão de outros autores, no que tange às peculiaridades da teoria.

Ao ver de Meliá (2015, p. 90), a teoria de Jakobs sintetiza-se pelas seguintes características:

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste, âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Gomes (2016, p. 2), no mesmo sentido, cita de forma bem didática a sua interpretação do direito penal do 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 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 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.

Para Moraes (2011, p. 196), a teoria do direito penal do inimigo segue as seguintes particularidades:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de 'leis de luta ou de combate';
- d) restrição de garantias penais e processuais e
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Como se vislumbra de todo exposto, o direito penal do inimigo objetiva colocar um fim ao perigo social mediante opressão ao cidadão, ou seja, ao considerado inimigo do Estado haverá sempre a supressão de determinadas garantias constitucionais, o endurecimento das sanções, a antecipação da pena e dos atos preparatórios, etc.

Por fim, conclui-se que o direito penal do inimigo está focado em punir o cidadão pelo que ele representa na sociedade, e não pelo fato cometido por ele.

3.3.4 A antecipação da tutela penal e a punição dos atos preparatórios

A teoria jakobsiana procura penalizar o agente antes mesmo que o perigo concreto seja reconhecido de fato. Nesse esteio, Jakobs (2015) percebe a existência de uma nova norma jurídica, voltada especificamente para os denominados inimigos, que estariam sujeitos a criminalização no âmbito prévio justamente por não serem, segundo ele, pessoas, estando desprovidas dos direitos fundamentais.

Imperioso destacar duas observações. A primeira é que Jakobs (2015) justifica a antecipação da tutela penal ao inimigo do Estado que, não sendo pessoa, poderia de tal maneira se sujeitar a violação das garantias basilares. A segunda, refere-se à periculosidade, e não à culpabilidade, que justifica essa ideia de inimigo e, por conseguinte, a violação da norma jurídica.

No mesmo sentido, poderia se arguir que o direito penal do inimigo renuncia às garantias materiais e processuais do Direito Penal tradicional. Entretanto, isso somente para os indivíduos considerados não pessoas que, segundo Jakobs (2015), ofendem a segurança dos cidadãos, motivo pelo qual recebem tratamento desigual.

Contudo, deve-se ater que os princípios inerentes ao direito penal do inimigo permitem que ele seja conceituado, exatamente, como um direito. Nesses termos, Meliá (2015, p. 74) refere que: “como Direito positivo, o Direito Penal do inimigo só integra nominalmente o sistema jurídico-penal real: ‘Direito Penal do cidadão’ é um pleonasma; ‘Direito penal do inimigo’, uma contradição em seus termos.”

No Brasil, conforme ensina Moraes (2015), verifica-se a punição de atos preparatórios como, entre outros, por exemplo, o tipo penal de apetrechos para a falsificação de moeda, disposto no artigo 291 do Código Penal, bem como nos tipos penais de posse ou porte de arma de fogo.

Outro exemplo é o art. 52 da Lei 9.605/98, em que dispões sobre o simples fato do indivíduo “Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente”, já constitui o delito (MORAES, 2011).

No mesmo esteio, Jakobs (apud MORAES, 2011, p. 202) aduz que:

o grande descuido com que é tratada essa matéria se faz visível no instrumento conceitual da dogmática do direito penal: significativamente o conceito de consumação é um conceito formal, isto é, a consumação se orienta pela formação do tipo, não a critério materiais, e em relação a isso resulta materialmente inseguro determinar já em termos gerais o que é o estado prévio. Em outros termos, o Direito Penal de um Estado de liberdade não trata do controle dos aspectos acerca do interno somente é permitida para a interpretação daqueles fenômenos externos que já são, de qualquer modo, perturbadores. Se tais formas de conduta são tomadas como motivo para investigar o contexto subjetivo, com a mesma falta de justificativa – ou,

para dizer em termos mais precisos, com a mesma falta de justificava -, poderia ser tomado qualquer outro motivo arbitrário: suspeita-se da existência de maus pensamentos, mas posto que seria legítimo isso ver valorado, por si só, como uma perturbação, toma-se algo socialmente adequando como pretexto.

Além do citado acima, Moraes (2011, p. 202) argumenta que jakobs tenta justificar de diversas forma a legitimidade da antecipação da punibilidade com as seguintes explicações: “tendência à subjetivação que se nutre, por sua vez, de diversas fontes – o princípio da culpabilidade, a orientação ao autor, a personalização do injusto”.

Continua Jakobs:

‘antecipa-se a consumação para conceder à polícia a possibilidade de intervir no momento propício para fazê-lo; pois com a antecipação da punibilidade se ampliam os limites do permitido para prevenção na medida do permitido para a repressão’ (JAKOBS apud MORAES, 2011, p. 202).

Para concluir os argumentos do autor acima, nada melhor que a citação do trecho de sua obra: ‘quem castiga por fatos futuros já não tem nenhum motivo para deixar impunes os pensamentos (JAKOBS apud MORAES, 2011, p. 202).

E, portanto, ‘despojar desse modo o sujeito de sua esfera privada já não ao corresponde aí direito penal do cidadão, e sim ao direito penal do inimigo’ (JAKOBS apud MORAES, 2011, p. 202).

3.3.5 O direito penal do inimigo pelo mundo

É de fácil reconhecimento a aplicabilidade do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico penal em âmbito mundial, fruto da globalização que rompeu as fronteiras que existiam e possibilitou a expansão cultural, filosófica, religiosa, étnicas e físicas com as demais civilizações do mundo. Desse modo, tem-se que a criminalidade que antes ficava isolada em determinado lugar agora passa a se expandir com muita facilidade e velocidade para todos os cantos do mundo.

Em assim sendo, diferentes tipos de direitos penais excepcionais surgiram, dentre os quais o direito penal do inimigo, o qual têm perpetuado desde o início da codificação penal no século XIX, oportunidade em que houve a necessidade de

recorrer às leis penais extraordinárias opostas ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros códigos penais (CONDE, 2005).

Assim, por exemplo, cita-se a legislação excepcional da Espanha para punir primeiro o bandoleirismo, em segundo os movimentos de caráter anarquistas do fim do século XIX e, principalmente, depois da guerra civil (1936-1939), com uma legislação com um conteúdo bélico que ganhou grandes proporções no período da ditadura franquista (1939-1975), que alcançou seu auge em setembro de 1975 com o extermínio de cinco membros de grupos terroristas condenados a morte por um tribunal militar (CONDE, 2005).

Em uma visão mundial, tem-se que a necessidade de punir virou algo corriqueiro em alguns países, de tal ponto a edição de leis que ofendiam aos mais básicos direitos fundamentais. Além disso, a perseguição a estrangeiros, mormente aos originários de países árabes, tornou-se frequente no mundo todo, em especial nos Estados Unidos da América.

A par disso, Zaffaroni (2007, p. 22):

O estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo troncal que abarcará todos que *incomodam o poder*, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como *estranhos*, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos.

Ademais, segundo Conde (2005), o modelo de um direito penal excepcional perpetuou durante o século XX em muitos países europeus, assim como nos demais cantos do mundo, especialmente nos períodos de tumultuadas crises econômica, política e social, ainda, em situação de guerra e ou pós-guerra e de forma abrangente nos regimes totalitários de Hitler, Mussolini, Stalin ou Franco, ou nas ditaduras latina americana (Brasil, Argentina, Paraguai, Chile, Uruguai).

Além disso, Conde (2005) aponta que o direito penal do inimigo, modelo de direito penal excepcional, tomou grandes proporções no mundo em virtudes dos crimes de tráfico de drogas, terrorismo e a criminalidade organizada, motivo pelo qual:

[...] é que este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados Democráticos de Direito, que acolhem em suas

constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal (CONDE, 2005, p. 18-19).

Outrossim, após a formulação da teoria desenvolvida por Jakobs no que tange ao direito penal do inimigo, vários outros exemplos surgem em referência a tal modelo.

Assim, reporta-se as alterações ocorridas pelo Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozessordnung – StPO*¹) em 1999, em que passou a permitir sérias intromissões diante do uso de meios de gravações no campo da intimidade mais estrita, a qual era chamado de *grosse Lauschangriffe* (grande espionagem), existindo previsão, sobretudo, no § 100 c I, n. 3, do Código de Processo Penal Alemão, que permitia a autoridade escutar e fazer gravações de conversas em moradias, desde que aquela cuja conversa se escuta ou grave seja suspeito de certas infrações, as quais estão descritas na lei (ALEMANHA, 1950).

Contudo, com exatidão, em março de 2004, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha manifestou-se pela inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, fundamentando sua decisão nos princípios da legalidade e da proporcionalidade (Tribunal Constitucional da Alemanha, 2004).

É imperioso ressaltar que depois do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, ocorreu o surgimento de uma leva de leis no cenário mundial, principalmente nos Estados Unidos da América.

Nesse esteio, em ação imediata ao atentado terrorista, o Presidente George W. Bush, em outubro de 2001, assinou a USA PATRIOT ACT – Uniting and strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act.², composto por um conjunto de leis antiterror que, segundo Vizzotto (2004), viola uma série de direitos individuais .

¹ “Código de Processo Penal (tradução livre)”

² “Ato de Unir e Fortalecer a América Providenciando Ferramentas Apropriadas Necessárias para Interceptar e Obstruir o Terrorismo. (tradução livre)”

O PATRIOT teve o poder de aumentar o espaço de atuação de agências de segurança (FBI), dando-lhes poderes nunca antes conferidos. Isso tudo com o propósito principal de punir os autores do ataque de 11 de setembro. Porém, nos dias de hoje, permite-se que as autoridades policiais reúnem e partilhem dados de suas investigações de natureza terrorista, façam interceptações telefônicas e efetuem buscas nas empresas e residências no território norte-americano (VIZZOTTO, 2004).

Para Dworkin, a lei PATRIOT legalizou a ampliação da definição de terrorismo. Nesse sentido, seguem alguns exemplos referidos pelo autor:

[...] atos violentos 'destinados a influenciar a política de um governo por meio de intimidação ou coerção', donde uma pessoa é culpada de contribuir com o terrorismo se doar dinheiro a qualquer grupo que tenha essa finalidade. A lei ampliou em muito o poder do governo para levar a cabo buscas secretas em domicílio privados, permitiu que o procurador-geral detenha estrangeiros quando quiser, na condição de ameaças à segurança, estipulou novas regras autorizando o governo a requisitar informações sobre as compras de livros ou empréstimos em livrarias e bibliotecas feitos por qualquer pessoa, e aumentou de várias outras formas a autoridade do governo para vigilância. (DWORKIN, 2004, p. 171-172).

Ainda, é possível encontrar reflexos da teoria de Jakobs em solo espanhol quando, em 2003, foi alterada a Lei Orgânica 10/1995 (Código Penal) pela Lei Orgânica 7/2003. Com a reforma, segundo Conde (2005, p. 20-21):

Um regime de dureza extrema, nunca havida antes, se prescindirmos agora da pena de morte, com a pena da prisão na Espanha, representa o novo regime de prolongação de dita pena até quarenta anos, sem possibilidades de redução e concessão da liberdade condicional, tal como estabelecem agora os arts. 78 e 90, depois da reforma de 30 de junho de 2003, que entrou em vigor no mesmo dia de sua publicação, para os delitos de terrorismo.

Além disso, importante ressaltar uma parte dos inscritos apresentado na Lei Orgânica 10/1995, em que apresenta a verdadeira justificativa punitiva mundial em crimes de terrorismo. Portanto:

La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros

instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto¹ (ESPANHA, 2003, texto digital).

Em que pese a reforma do Código Penal tenha ocorrido em 30 de junho de 2003, “isto não impediu que ocorresse o atentado terrorista de 11 de março do 2004. Nem tampouco parece que seja esta a perspectiva que desalente aos terroristas que no futuro possam cometer atos semelhantes” (CONDE, 2004, p. 20-21).

Depois de citados alguns casos de direito penal do inimigo espalhado em diferentes países, finaliza-se com o julgado ocorrido na Colômbia sobre o direito penal do inimigo. Por meio da sentença identificada por C-939/02, a Corte Suprema de Justiça julgou a constitucionalidade de uma norma no qual apresentava medidas em matéria penal contra organização criminosas. Discorria-se do decreto 1.900/02, editado pelo Presidente da Colômbia, cuja edição teve por fundamento o art. 44 da lei 137/94, que facultava ao governo, durante o estado de comoção nacional, tipificar penalmente condutas, aumentar e reduzir penas (COLOMBIA, 2002).

Diante disso, em atenção a concepção jakobesiana, o Tribunal colombiano declarou inconstitucional com o seguinte fundamento:

Pues bien, esa ‘política criminal’ facilista, consistente en afrontar únicamente la criminalidad con una estrategia simple –incrementos de pena inaplicables incompatible con dos de los principios que rigen los estados de excepción, a saber: (i) con el de finalidad, porque estas medidas no apuntan realmente al restablecimiento del orden público, sino que buscan fines no declarados de la pena, como el de crear la apariencia de que se está enfrentando el terrorismo, y (ii) con el de proporcionalidad, porque si las penas no van a ser aplicables finalmente en virtud del principio de favorabilidad, resulta desproporcionado derivar de ella consecuencias procesales, como la variación de las medidas preventivas durante el proceso² (COLÔMBIA, 2002, texto digital).

¹ “A sociedade exige uma proteção mais eficaz contra as formas mais graves de criminalidade, principalmente, nos crimes de terrorismo, crime organizado que são de grande perigo, proteger o Estado de direito não só pode, mas ele tem a obrigação de fornecer. Flexibilidade na execução das penas e benefícios prisionais têm a sua lógica, a fim de reintegração e reabilitação de delinquentes constitucionalmente consagrados, mais precisamente por essa razão, a legislação deve impedir que se tornem meros instrumentos aos terroristas e os mais graves criminosos para um propósito muito diferente. (Tradução livre)”

² “ Pois bem, essa ‘ política criminal’ facilista, consistente apenas em lidar com o crime com uma estratégia simples - instrumentos de penas inaplicáveis- é incompatível com dois princípios que regem o estado de emergência, a saber: (i) com o da finalidade, porque essas medidas realmente não oferecem o restabelecimento da ordem pública, mas procura fins não declarados de punição, como a criação de aparência de que está sendo enfrentado o terrorismo, e (ii) com a da proporcionalidade, porque as penas não serão aplicadas de acordo com o princípio da indulgência, ocorrendo

Essas e entre outras decisões e normas jurídicas, demonstram o poder de expansão que a terceira velocidade do direito penal tomou em determinados países, o que está sendo barrado aos poucos.

3.3.6 Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro

É visivelmente notório que há alguns anos o país vem passando por transformações jurídicas, como edições e criações de novas leis penais, ao fito de dar conta da crescente onda de criminalidade que assolou o Brasil.

Nesse esteio, apresenta-se algumas leis brasileiras que, segundo Moraes (2011), refletem fragmentos da terceira velocidade do direito penal. Assim, pode-se fazer referência às seguintes leis:

- a) Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Tóxicos) - Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.
- b) Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) - Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências;
- c) Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Preconceito Racial) - Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor (alterada pela Lei n.º 9.459, de 13/05/97);
- d) Lei n.º 8.072, de 25 julho de 1990 - Dispõe sobre os Crimes Hediondos, regulamenta o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras Providências;
- e) Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);

consequências processuais desproporcionais, como a variação de medidas preventivas durante o processo (tradução livre)”

- f) Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 - Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências;
- g) Lei n.º 8.176, de 08 de fevereiro de 1991 - Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis;
- h) Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013 - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal;
- i) Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 - Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências;
- j) Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996, é a que regulamentou o inciso XII do artigo 5º, CF, prevendo a forma pela qual o judiciário deveria autorizar a interceptação telefônica;
- k) Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997 - Define os crimes de tortura e dá outras providências;
- l) Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências;
- m) Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas;
- n) Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) - Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências;
- o) Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003 - Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências, instituindo o regime disciplinar diferenciado;
- p) Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do desarmamento) - Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm -, define crimes e dá outras providências.

Diante desse emaranhado de leis, é possível notar que o legislador está constantemente em atividade para reprimir e controlar a criminalidade que cresce de

forma descontrolada. Aliás, não somente por esse motivo, mas também pela “necessidade” de “tentar” atender os anseios da sociedade que acredita que a mudança legislativa será capaz de melhorar o cenário da criminalidade.

Rousseau (2002, p. 25), mesmo que não expressamente, analisa essa concepção:

Os usurpadores conduzem ou escolhem sempre essas épocas de perturbações para fazerem passar, graças ao espanto público, leis destruidoras que o povo jamais adotaria a sangue frio. A escolha do momento da instituição é dos caracteres mais seguros pelos quais se pode distinguir a obra do legislador da do tirano.

Chama-se atenção para o trecho citado, pois ele demonstra o conhecido emergencialismo do Direito, que consiste na alteração legislativa tendo como objetivo principal a satisfação, mesmo que aparente, do clamor público.

Partindo desse contexto, criou-se, no ano de 2003, por meio da Lei 10.752, como um meio de diminuição da criminalidade organizada, o regime disciplinar diferenciado (RDD). Porém, a doutrina tem apresentado fortes críticas pela possibilidade de isolamento absoluto, sendo que alguns chegam a chamá-la de pena cruel, o que é vedado pela Constituição Federal.

Nesse sentido, Gomes fundamenta:

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no *Habeas Corpus* n. 978.305.3/0-00, julgou inconstitucional o RDD, considerando que se trata de ‘uma determinação desumana e degradante (art. 5º, III, da CF[...], cruel (art. 5º, XLVII, da CF), o que ofende a dignidade humana (art. 1º, III, da CF)’. De fato, o RDD só não seria inconstitucional se respeitasse o prazo de trinta dias e se sua execução resguardasse a segurança interna e externa, mas sem afetar desarrazoadamente a essência da dignidade humana (GOMES, 2006, texto digital).

Em contrapartida a esse fundamento, Nucci sustenta a necessidade do regime disciplinar diferenciado, argumentando que:

Tanto quanto a pena privativa de liberdade, é o denominado mal necessário, mas não se trata de uma pena cruel. Proclamar a inconstitucionalidade desse regime, fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. Constitui situação muito pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos. Há presídios brasileiros, onde não existe o

RDD, mas presos matam outros, rebeliões são uma atividade constante, fugas ocorrem a todo o momento, a violência sexual não é contida e condenados contraem doenças gravíssimas. Pensamos ser essa situação mais séria e penosa que o regime disciplinar diferenciado. Obviamente, poder-se-ia argumentar, que um erro não justifica outro, mas é fundamental lembrar que o erro essencial provém, primordialmente, do descaso de décadas com o sistema penitenciário, gerando e possibilitando o crescimento do crime organizado dentro dos presídios. Ora, essa situação necessita de controle imediato, sem falsa utopia. Ademais, não há direito absoluto, como vimos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei, o que não é regra, mas exceção, a sociedade também tem direito à segurança pública (NUCCI, 2016, p. 970).

Outrossim, mas na mesma linha de encontrar vestígios da teoria de Jakobs na legislação brasileira, veja-se.

Tendo que o legislador já tratou de cuidar dos comandos explícitos previstos no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal, e suas normas infraconstitucionais correspondentes de criminalização dos bens jurídicos de extrema importância, como a lei que criminaliza o racismo, o tráfico de drogas, crimes hediondos, torturas, e ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, tem-se que faltou, entretanto, a lei que definisse o crime de terrorismo (BARBOSA, 2016).

Nesse esteio, em 16 de março de 2016, nasce a Lei 13.260, com o objetivo de regulamentar o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

Para Barbosa (2016), a Lei Antiterrorismo não passa de uma norma penal anormal, complexa e pluriofensivo. Ainda, aduz que o legislador esqueceu de criar um tipo remetido e uma norma explicativa para “terror social e para “organização terrorista”, o que vai de encontro com a concepção do direito penal do inimigo no que toca as medidas penais excepcionais como, nas palavras de Habibi:

‘1. A proliferação de crimes de risco desvinculados de qualquer lógica de ofensividade e previsibilidade; 2. O aumento da criação de tipos penais com ampla antecipação da punibilidade, por meio da incriminação autônoma de atos preparatório de outros crimes e dos chamados delitos associativos’ (HABIBI apud BARBOSA, 2016, p. 2).

A indignação do autor ainda persisti, dispondo que a falta de precisão na elaboração da lei antiterrorismo o torna um tipo penal aberto de tal maneira que o

coloca em absoluta ofensa ao princípio da legalidade estrita, o qual se relaciona nitidamente com a terceira velocidade do direito penal.

No próximo capítulo, far-se-á uma análise sobre a possibilidade (ou não) da aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil, tendo em vista os princípios constitucionais existentes.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DIANTE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Sendo o princípio um preceito legal, que se conecta aos sistemas de normas, servindo como base para a interpretação, incorporação, entendimento e aplicação do direito penal, é possível afirmar que os princípios são essenciais para assegurar as garantias e direitos dos cidadãos. Por tais motivos, o presente capítulo vai se ater aos princípios constitucionais que servem como norteadores do direito penal (e processual penal), bem como a compatibilidade do direito penal do inimigo com os princípios constitucionais vigentes.

De início, teremos o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que tem por fato marcante a sua ampla atuação, ou seja, ele não se limita apenas ao direito penal, mas também aos demais ramos do direito. Ainda, tal princípio oferece proteção a qualquer indivíduo que possa sofrer algum ato atentatório a sua dignidade.

Em vista da alta judicialização de demandas criminais, que partem tanto pelo agente do Ministério Público, como também pelo particular, em face do indivíduo, vai ser imperioso tratar sobre o princípio da intervenção mínima; com a observância deste as ações criminais poderiam, na maioria vezes, serem solucionadas em outros ramos do direito. Por isso, cabe a reflexão da (im)possibilidade do direito penal do inimigo diante de tal princípio.

Ademais, será desenvolvido escrito sobre o princípio da legalidade, expresso no texto da Carta Magna, artigo 5º, inciso XXXIX, assim como no Código Penal, artigo 1º, o qual tratará da sua importância no direito penal, por garantir que ninguém será

preso sem antes haver cominação legal, bem como não haverá crime sem lei anterior que o defina.

Na sequência, caberá arguir sobre o princípio da proporcionalidade e suas duas vertentes: princípio da proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. Tais princípios buscam, de uma forma geral, a harmonia entre a gravidade do delito praticado e a pena que será aplicada, com o propósito de encontrar uma sanção equilibrada diante do fato cometido.

Em face das peculiaridades encontradas em cada fato delituoso, seria imprudência não tratar do princípio da individualização da pena no capítulo, pois este princípio evita que ocorra a padronização das penas e, conseqüentemente, força o aplicador das normas penais sopesar e aplicar a sanção penal de forma personalizada a cada condenado.

Além disso, o presente capítulo fará uma abordagem sobre o princípio da presunção de inocência, expressamente previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual prevê que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, ao fito de tutelar a liberdade pessoal do indivíduo.

Diante da triste realidade ocorrida por ofensas ao bem-estar e a moral dos indivíduos ocorridos, principalmente, nos presídios, este capítulo vai apresentar o quão importante é o princípio da humanidade, frente a sua atuação na prevenção e interrupção de casos que ofendam o bem-estar não só do particular, mas também da coletividade.

Por fim, será tratado sobre o princípio da igualdade, em que prioriza alcançar a igualdade entre todos os seres humanos perante as leis institucionalizadas.

A seguir será feita a análise da compatibilidade do direito penal da terceira velocidade frente aos princípios constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Tratar da dignidade da pessoa humana é fazer referência, inicialmente, ao dispositivo legal previsto no artigo 1º da Constituição Federal.

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

Todavia, apesar de haver o reconhecimento expresso na Carta Magna, contextualizar o princípio da dignidade da pessoa humana é uma tarefa árdua. Em outras palavras:

Isto porque tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados como *vagos e imprecisos*. É um conceito, na verdade, que, desde a sua origem, encontra-se em um processo contínuo de construção. Não podemos, de modo algum, edificar um muro com a finalidade de dar contornos precisos a ele, justamente por ser um conceito aberto. (GRECO, 2009, p. 55).

Apesar disso, Sarlet arrisca em conceituar o princípio da dignidade da pessoa da seguinte forma:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 73).

Diante disso, é veemente cristalino perceber que a concepção do direito penal do inimigo vai de encontro com o princípio em comento, quando é sabido que Jakobs pretende tratar determinados humanos, os inimigos do Estado, de forma diferente dos considerados cidadãos.

Enquanto isso, o princípio da dignidade da pessoa humana está querendo proporcionar uma vida digna a todos, evitando que o Estado, perante suas ações, afronta os direitos e garantias fundamentais a comunidade.

Imperioso destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais mais importante de todas as conquistas no âmbito dos princípios fundamentais, tendo em vista o seu potencial de abrangência. Isso porquê ele não se limita apenas no direito penal, mas também a outros ramos do ordenamento jurídica (GRECO, 2009).

Greco (2009) ressalta que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce uma função norteadora aos demais, tal como ocorre com o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade e entre outros, os quais buscam nele seu fundamento legal.

Recapitulando para o dispositivo legal citado no início do subcapítulo, percebe-se que o legislador brasileiro teve preocupação em determinar que o princípio da dignidade da pessoa humana faria parte do capítulo dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

De acordo com a concepção de Greco (2009, p. 29):

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflitiva, a exemplo dos açoites. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura, como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada).

Além disso, destaca-se as palavras de Lucrecio Robollo Delgado:

‘temos que ter em conta que a dignidade humana constitui não somente a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, senão que entraria também a afirmação positiva de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo’ (DELGADO apud GRECO, 2009, p. 59).

Frente aos conceitos expostos pelos autores, nota-se que o direito penal do inimigo não consegue nem ao menos engatinhar em solo brasileiro, pois quando Jakobs propõe a ideia em separar o cidadão de bem do inimigo do Estado, ele fere diretamente a personalidade do indivíduo por ele denominado inimigo.

Portanto, é de tamanha significância o princípio da dignidade da pessoa humana que se torna incompatível com a terceira velocidade do direito penal, uma vez que, além do exposto, o direito penal do inimigo ainda apresenta uma forte insegurança jurídica, oriunda da indecisão na tipificação das condutas, das incertezas dos bens jurídicos a serem tutelados, bem como a redução das garantias fundamentais.

4.2 Princípio da intervenção mínima

Tratar sobre o princípio da intervenção mínima é lidar, de acordo com Greco (2009), como o coração do direito penal do equilíbrio, isso porque tal princípio merece ser analisado sob dois aspectos diferentes.

Primeiramente, o princípio da intervenção mínima terá efetiva participação junto ao legislador, devendo ser compreendido como um princípio de análise abstrata, para orientar o legislado quando da criação ou da revogação nas normas típicas (GRECO, 2009).

Segundo o autor, o princípio em comento tem suas raízes no direito penal minimalista, em que tem por objetivo proteger os bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio da coletividade.

De início, antes mesmo de adentrar mais profundamente no mérito de tal princípio, é possível perceber a divergência que ocorre com o princípio da intervenção mínima e o direito penal do inimigo.

Ocorre que, como já referido nos capítulos anteriores a esse, o direito penal do inimigo pertence à família do direito penal máximo, teoria essa que acredita que o sistema penal é a solução para a grande parte dos problemas sociais que envolvem indivíduos com condutas desviantes.

Nesse sentido, é claramente notável a zona de conflito que existe entre o princípio em análise e a teoria do direito penal do inimigo, haja vista que cada qual busca a resolução de conflitos sócias de modo diverso. Enquanto o princípio da

intervenção mínima parte do pressuposto que a solução dos conflitos sociais está no afastamento do direito penal no cotidiano das pessoas, a terceira velocidade do direito penal, ao contrário, deseja fazer do direito penal como *prima ratio*, ou seja, o Estado deve fazer jus ao direito penal de forma imediata para resolver os conflitos sociais.

Ademais, a teoria de Jakobs segue se distanciando da possibilidade de interagir com o princípio da intervenção mínima, quando é sabido que este só vai se ater aos bens consideravelmente importantes, de maiores valores, os quais serão dignos de atenção do legislador penal que, ao fito de garantir a proteção, deverá criar normas penais típicas incriminadoras, proibindo ou determinando a prática de alguma ação, sob pena de sofrer alguma sanção (GRECO, 2009).

Em uma segunda análise, o princípio da intervenção mínima parte do pressuposto de que deve ser aplicado o direito penal somente de forma subsidiária, haja vista as graves consequências que a sua aplicabilidade gera ao indivíduo. Por derradeiro, teríamos a aplicabilidade do direito penal somente quando os outros ramos do direito demonstrarem que não são capazes ou suficientes à proteção do bem jurídico tutelado (GRECO, 2009).

Contudo, como já mencionado, o direito penal do inimigo não vai conseguir ser recepcionado pelo princípio da intervenção mínima, uma vez que a terceira velocidade deseja aplicação do direito penal de forma imediata, ao contrário do referido princípio. Aliás, chega às raias do absurdo, saber que o direito penal do inimigo pretende atuar, ainda, nos supostos atos preparatórios do indivíduo, o que viola não somente o princípio da intervenção mínima, mas também o princípio da presunção da inocência, o qual será analisado em seguida.

No mesmo sentido, Nucci argumenta sobre o princípio da intervenção mínima:

[...] o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator. Como bem assinala Mercedes García Arán, 'o direito penal deve conseguir a tutela da paz social

obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade' [...]. Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos (NUCCI, 2016, p. 27).

Da mesma forma, Masson ensina que:

Para enfrentar esse problema, estatui a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8.º, que a lei somente deve prever as penas estrita e evidentemente necessárias. Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico (MASSON, 2016, texto digital).

Na linha da concepção de Masson, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu nos seguintes termos:

[...] A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade. [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2006, fl. 2).

Portanto, veja-se que o princípio da intervenção mínima tem como propósito trabalhar o direito penal de forma subsidiária às demais áreas do direito, podendo, assim, oferecer uma melhor atuação aos legítimos bens jurídicos de maior importância. Dessa forma, por fim, veja-se que o direito penal do inimigo vai se afastando do sistema penal brasileiro cada vez mais, durante a vigência do princípio da intervenção mínima do país.

4.3 Princípio da legalidade

Discorrer acerca do princípio da legalidade é estar lidando diretamente com o texto constitucional e, subsidiariamente, a norma infraconstitucional. Nesse esteio, na Constituição Federal, em seu artigo 5º, segue que:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Já no Código Penal:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

A par disso, Jiménez de Asúa (apud GREGO, 2009) conceitua o princípio da legalidade referindo que: “Todos têm direito de fazer aquilo que não prejudica a outro e ninguém estará obrigado a fazer o que não estiver legalmente ordenado, nem impedido de executar o que a lei não proíbe”.

Para Masson (2016), o princípio da legalidade possui dois fundamentos, um jurídico e o outro de cunho político.

O fundamento político, segundo o autor:

[...] é a taxatividade, certeza ou determinação, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima, do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais (MASSON, 2016, texto digital).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o princípio da legalidade:

[...] atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permita a ordem jurídica ao ponto de conceder benefícios proibidos pela norma vigente, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008, fl. 1).

Com interpretação lógica da taxatividade, o Direito Penal não suporta a analogia *in malam partem*. Assim, as sanções e as penas devem estar expressamente previstas em lei, sendo proibida a utilização das regras análogas em prejuízo do indivíduo, frente a lacunas legislativas (MASSON, 2016).

No que tange ao fundamento político, o autor aduz que: “é a proteção do ser humano em face do arbítrio do Estado no exercício do seu poder punitivo. Enquadra-se, destarte, entre os direitos fundamentais de 1.ª geração (ou dimensão)” (MASSON, 2016, texto digital).

Ora, diante das considerações feitas sobre o princípio da legalidade, até ocorre uma impressão de compatibilidade com a teoria do direito penal do inimigo. Entretanto, engana-se quem parte dessa concepção. Ocorre que a teoria do direito penal do inimigo prevê a possibilidade da relativização do princípio da legalidade, através de previsões de tipos penais vazios e genéricos, haja vista que não são redigidos de forma clara, coerente, o que possibilita, por hora, uma vasta interpretação e aplicação da norma jurídica penal.

O fundamento para isso, segundo Jakobs (2015), é que a periculosidade do sujeito, inimigo do Estado, dificulta a previsão de todos os atos que possam a ser praticados por ele, razão pela qual poderia, portanto, ocorrer a relativização do princípio da legalidade.

Porém, tal fundamento não perpetua no direito brasileiro, sob pena de afrontar os dispositivos da Constituição Federal.

4.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade requer uma observância harmônica entre a gravidade do delito praticado e a pena aplicada, ao fito de evitar uma pena exagerada, assim como uma pena tão branda diante ao fato delituoso cometido (NUCCI, 2016).

Para exemplificar, o autor argumenta que não faria sentido o Estado punir um furto simples com uma pena privativa de liberdade consideravelmente alta, bem como não seria aceitável punir um homicídio qualificado com pena de multa.

Nesse esteio, o mesmo autor, ainda, fundamenta tal princípio aduzindo que a Constituição Federal, ao instituir os tipos de modalidades de penas que a lei ordinária deve observar, consagra implicitamente a proporcionalidade, consequência natural da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento.

Assim, o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, deixa expresso as modalidades de penas, quais sejam: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda

de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”.

Em uma análise crítica, Nucci faz as seguintes observações a respeito do princípio da proporcionalidade:

O legislador brasileiro, por falta de adoção de uma política criminal definida, comete vários deslizes no cenário da proporcionalidade, ao cominar penas muito brandas ou excessivamente severas a determinados casos. Ilustrando, ao estabelecer a pena restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária (art. 45, § 2.º, CP), permite que se fixe uma quantia de pena em salários mínimos, destinada à vítima, a ser descontada em futura indenização civil. Ora, se essa for a única punição, em verdade, o que se faz é antecipar a reparação civil do dano, sem qualquer medida punitiva efetivamente penal. Esse é o lado brando demais, demonstrativo da desproporcionalidade. Sob outro aspecto, estabelece-se o montante de 10 a 15 anos de reclusão, e multa, para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, CP), que é delito de perigo, passível de abranger até mesmo a adulteração de cosmético para a sua configuração. Há uma desproporcionalidade por excesso punitivo. Justamente por conta desse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado desproporcional a aplicação da pena do art. 273 do Código Penal para vários casos, quando se sabe que a pena do tráfico ilícito de drogas (logo, crime muito mais grave) possui pena de reclusão, de 5 a 15 anos. Diante disso, tem-se usado o preceito sancionador do tráfico, por analogia *in bonam partem*, para certos casos de punição do autor do crime do art. 273 do CP (NUCCI, 2016, p. 31).

Difícil é, na concepção de Greco (2009), fazer uma reflexão precisa onde seja aplicada a severidade da pena na proporção da gravidade do delito cometido, haja vista que não podemos mensurar quanto vale a vida, a integridade física, a honra, a liberdade sexual e entre outros bens jurídicos tutelados. Entretanto, é importante que tal proteção ocorra mediante uma sanção compreendida como a mais proporcional possível, levando-se em conta o bem atingido pelo delito.

A par disso, Ferrajoli ensina que:

O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser *adequada* ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexos retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz *em relação à natureza* e à gravidade do outro (FERRAJOLI, 2014, p. 366).

Nas palavras de Greco:

[...] deverá o legislador ponderar a importância do bem jurídico atacado pelo comportamento do agente para, em um raciocínio seguinte, tentar encontrar a pena que possua efeito dissuasório, isto é, que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Após o raciocínio correspondente à importância do bem jurídico-penal, que deverá merecer a proteção por meio de uma pena que, mesmo imperfeita, seja a mais proporcional possível, no sentido de dissuadir aqueles que pretendem violar o ordenamento jurídico com ataques aos bens por ele protegidos, o legislador deverá proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que, mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob um enfoque de comparação entre os diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes (GRECO, 2009, p. 97-98).

Observa-se que o princípio em estudo passa por dois momentos de avaliação da proporcionalidade, sendo o primeiro, por meio das penas imputadas em abstrato e o segundo, das penas executadas ao caso concreto (GRECO, 2009).

Veja-se que a ideia de Jakobs em relação a sua teoria do direito penal do inimigo foge da realidade brasileira, dessa vez, frente ao princípio da proporcionalidade.

Jakobs (2015) propôs que todos os inimigos do Estado devem ser punidos com medidas de segurança e não com penas; ou seja, independentemente do nível de delito cometido pelo autor do fato, este irá sofrer todas as medidas opressoras severas previstas pelo direito penal do inimigo, de modo a proporcional suposta segurança ao Estado.

Além disso, o doutrinador acima refere que o agente responsável pelo cometimento do delito deverá responder não consoante a sua culpabilidade, mas, sim, de acordo com a sua periculosidade. Em outras palavras, o Estado não estaria punindo o indivíduo pelo fato cometido, mas, sim, pela pessoa que ele representa.

Por hora, pode-se se dizer que o exposto no parágrafo acima representa claramente um conflito entre o direito penal do inimigo e o direito penal do fato, pois este se preocupa exclusivamente em fazer jus do direito penal diante do fato cometido, enquanto que aquele faz uma análise somente sobre a personalidade do autor do fato praticado.

Outrossim, Greco (2014) apresenta duas consideráveis vertentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente, os quais serão conceituados nos tópicos seguintes.

4.4.1 Princípio da proibição de excesso

Como vertente do princípio da proporcionalidade, não podemos esperar que o direito penal de terceira velocidade seja, agora, compatível com o princípio da proibição de excesso, senão, veja-se.

O princípio da proibição do excesso é utilizado tanto ao legislador quanto ao julgador, almejando-se tutelar o direito a liberdade das pessoas, bem como impedindo a sanção penal desnecessária as condutas que não possuem a real importância fixada pelo direito penal, ou mesmo fatos que são penalmente relevantes, mas que foram exageradamente valorados, fazendo com que o legislador decretasse, em abstrato, pena desproporcional a ação praticada, nocivo ao bem jurídico tutelado.

A exemplo, Greco cita o seguinte:

“[...] vejamos o que o ocorre com o delito de lesão corporal praticada na direção de veículo automotor, tipificado no art. 303 do Código de Trânsito brasileiro, comparativamente com o art. 129, *caput*, do Código Penal. Se o agente, culposamente, dada uma distração no momento em que tentava sintonizar uma estação de rádio, vier atropelar a vítima na direção de seu automóvel, será punido com uma pena de detenção, de seis meses a dois anos. Agora, se, dolosamente, tiver a intenção de atropelá-la, a fim de causar-lhe lesões corporais de natureza leve, a pena, de acordo com o preceito secundário do art. 129, *caput*, do Código Penal, será de detenção, de três meses a um ano.” (GRECO, 2014, p. 81).

Diante do exemplo acima exposto, é possível diagnosticar o legítimo excesso no que toca ao crime de lesão corporal culposa, praticada na direção de veículo automotor, onde é visivelmente percebido que um delito culposos está sendo punido mais severamente do que um doloso (GRECO, 2014).

Ainda, o mesmo autor argumenta que o raciocínio do princípio da proibição de excesso deve ser atribuído da mesma forma ao julgador, colaborando na interpretação

dos tipos penais, para assim evitar a punição excessiva de fatos de pouca importância. Nesses termos, Greco (2014, p. 81) exemplifica nos seguintes termos:

“[...] podemos citar o que vem acontecendo após a entrada em vigor da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, em que parte da doutrina vem se posicionando no sentido de entender que o beijo lascivo forçado, ou seja, praticado mediante violência ou grave ameaça, pode se configurar em um delito de estupro. Esse raciocínio equivocado, *permissa venia*, faz com que comportamento que não possui a gravidade exigida pelo art. 213 do Código Penal seja exageradamente punido.

Nesse sentido, em atenção aos efeitos do princípio da proibição de excesso, o julgador deixará de inserir ao artigo 213, do Código Penal, a conduta daquele que leva a efeito o beijo libidinoso forçado, adequando-se a outro tipo penal, como por exemplo, o artigo 146, do Código Penal, constrangimento ilegal, ou art. 61, da Lei de Contravenções Penais, importunação ofensiva ao pudor (GRECO, 2014).

Em comparativo com o exemplo citado por Greco, o qual já gerou indignação, imagina-se o quanto distante passa a possibilidade da teoria do direito penal do inimigo no Brasil, quando é sabido que esta teoria tem como uma das suas características principais a aplicação de penas desproporcionalmente altas?

4.4.2 Proibição de proteção deficiente

Sendo outra vertente do princípio da proporcionalidade, o princípio de proteção deficiente defende que, se por um lado, não se pode ocorrer excesso, por outro, não é aceitável que um direito fundamental seja precariamente protegido, seja por exclusão de figuras típicas, seja pela imposição de penas que ficam abaixo da importância fixada ao bem tutelado, seja também pelo emprego de institutos que protejam indevidamente o agente e entre outros (GRECO, 2014).

Em outras palavras, Setefan (2015, p. 139) conceitua tal princípio da seguinte maneira:

“A proibição de proteção deficiente consiste em não se permitir uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais. Nessa medida, seria patentemente inconstitucional, por afronta à proporcionalidade, lei que pretendesse descriminalizar o homicídio”

Por fim, pode concluir com Lenio Streck (apud GRECO, 2014, p. 82):

‘Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.’

Em vista que o princípio aqui em análise não permite a ocorrência da proteção deficiente, tem-se que mais uma vez o direito penal do inimigo não brotará no direito penal brasileiro, uma vez que Jakobs (2015) parte do mesmo pressuposto do princípio em análise, porém, ele preserva os direitos fundamentais de alguns e retira de outros, o que vai de encontro com os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

4.5 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena pleiteia estabelecer a sanção correspondente a cada infração penal, nos moldes fixado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Greco (2009) ensina que o princípio da individualização da pena acontece em três fases diferentes, quais sejam: 1) fase da cominação; 2) fase da aplicação; 3) fase da execução.

No que tange à fase de individualização das penas, o mesmo doutrinador supracitado, ensina que é o momento em que ocorre no plano abstrato, o qual compete ao legislador. Fala-se em plano abstrato em virtude do fato de que antes do

surgimento da tipicidade, o legislador deverá fazer um raciocínio de valoração dos bens, ao fito de designar a relevância que cada um merece.

É justamente na fase de cominação que o legislador, depois da votação dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, começa um trabalho de individualização da pena, levando a efeito, uma lógica de parâmetro capaz de retribuir a sociedade o bem ofendido (GRECO, 2009). Em outros termos, Greco (2009, p. 92) conclui que: “É por meio da fase de cominação, portanto, que o legislador determina a importância de cada bem. A pena seria, *grosso modo*, o preço correspondente a cada infração penal que tem por finalidade proteger determinados bens”.

Em atenção à valoração dos bens para uma atribuição de uma pena correspondente, Luigi Ferrajoli esclarece:

‘A tarifa das penalidades é a medida do valor dos bens sociais’, escreveu Rudolf Jhering, de sorte que o sistema de penas assinala a escala de valores historicamente determinada de uma dada sociedade, além de seu grau de autoritarismo, tolerância e humanidade. Ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar, conforme o princípio de proporcionalidade, que do ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se a pena prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo (FERRAJOLI, 2014, p. 369-370).

De outro giro, a segunda fase da individualização da pena cuida da aplicação da sanção penal, a qual cabe ao juiz fazer a efetiva aplicação ao condenado. Contudo, o juiz deverá observar o sistema trifásico disposto no artigo 68, *caput*, do Código Penal: “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” (GRECO, 2009).

Diante da leitura do art. 68 do Código Penal, é possível perceber que o juiz deverá examinar, individualmente, cada uma das chamadas circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59 do referido diploma legal, com o objetivo de indicar a pena-base para o crime cometido pelo indivíduo.

Superada a fase da fixação da pena-base, o magistrado deverá observar o rol das circunstâncias atenuantes e agravantes, a qual o sentenciado fará jus dependendo da sua condição (GRECO, 2009).

E, como último momento da individualização da pena, o julgador deverá se ater a existência ou não de minorantes ou majorantes, aquelas responsáveis pelo aumento ou diminuição de pena previstas tanto na parte geral quanto na especial da legislação penal (GRECO, 2009).

Por fim, tem-se a fase de cumprimento da pena, que ocorre no processo de execução. Nesse sentido, o doutrinador acima faz referência aos artigos 5º e 6º da Lei de Execução Penal, os quais dispões que:

“Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Portanto, tratar do princípio da individualização da pena significa que a sanção penal não deve ser padronizada, mas, sim, deve haver a cada condenado a exata medida punitiva pelo fato cometido, pois, segundo Nucci (2016, p. 26):

Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido.

Compreendido o princípio da individualização da pena, é possível perceber que o legislador se ateve em regular a aplicação da sanção penal de forma personalizada a cada fato determinado, em observância a cada circunstância relativa ao delito, com o fito de alcançar o melhor juízo final.

Entrementos, ao contrário do princípio da individualização da pena vigente no país, o direito penal do inimigo faz jus a uma sentença penal que analisa tão somente a sanção e a periculosidade do indivíduo, para assim chegar a um juízo final.

Em assim sendo, é possível perceber que aplicação do direito penal do inimigo no Estado Democrático de Direito fere os preceitos fundamentais como as garantias penais e processuais.

4.6 Princípio da presunção de inocência

De forma simultânea com todos os outros princípios constitucionais, o princípio da presunção de inocência tem por escopo proporcionar ao acusado um julgamento justo, em conformidade a um Estado Democrático de Direito (FERRARI, 2012).

A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVII, disporá que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Veja-se que a Constituição Federal fixou que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, dando ênfase ao princípio da presunção de inocência, reconhecido por ser um dos princípios basilares como garantia processual penal, o qual tutela a liberdade pessoal do indivíduo (MORAES, 2003).

Nesse sentido, com razão, Moraes (2003) argumenta que é preciso que o Estado comprove a culpabilidade do indivíduo antes que seja segregado, pois, segundo o dispositivo constitucional, este é presumidamente inocente, sob pena do Estado estar regredindo ao total arbítrio estatal.

O mesmo doutrinador acima refere que:

“A presunção da inocência é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa” (MORAES, 2003, p. 385).

Ademais, seguindo a concepção de Alexandre de Moraes, este ensina que:

“O direito de ser presumido inocente, consagrado constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, possui quatro básicas funções:

- Limitação à atividade legislativa;
- Critério condicionador das interpretações das normas vigentes;

- Critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente)
- Obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusado.” (MORAES, 2003, p. 386).

Dessa forma, o princípio aqui em análise condiciona toda condenação a uma atividade probatória que deve ser produzida pela acusação e, conseqüentemente, proíbe a condenação, em não havendo as necessárias provas (MORAES, 2003).

O princípio da presunção de inocência:

“[...] consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)” (MORAES, 2003, p. 386).

Vistos os interesses de proteção do princípio aqui exposto, pode-se dizer que o direito penal da terceira velocidade não terá aplicabilidade em território brasileiro, vez que Jakobs (2015) objetiva penalizar o agente antes mesmo que o perigo concreto seja reconhecido de fato.

Para Jakobs (2015), a ação de antecipação da tutela ao inimigo do Estado poderia se dar de tal maneira que poderia sujeitar o indivíduo a violação das garantias basilares, penal e processuais do direito penal tradicional.

Entretanto, sendo o princípio da presunção de inocência parte da relação de direitos e garantias constitucionais, os quais, segundo Ferrari (2012), têm aplicabilidade e eficácia de forma imediata, não há que se falar na possibilidade da aplicabilidade da terceira velocidade do direito penal no Brasil.

4.7 Princípio da humanidade

Para Nucci (2016), o direito penal deve guiar-se pela benevolência, para proporcionar o bem-estar da coletividade, inclusive para os condenados. Estes, segundo o doutrinador, não merecem ser excluídos da sociedade, tratados como se não fossem seres humanos, pelo simples fato de terem praticado uma conduta desviante.

Entretanto, *ab initio*, é sabido que a característica fundamental do direito penal do inimigo é separar o cidadão do inimigo do Estado, com o objetivo de aplicar diferentes normas penais a cada um deles.

Em atenção ao cidadão, não parece haver maiores problemas, pois Jakobs o garantiria todos os direitos inerentes a ele, sem qualquer tipo de violação. Contudo, ao considerado inimigo do Estado, teríamos uma incompatibilidade com Estado Democrático de Direito, pois estaríamos diante de um tratamento diferenciado, como por exemplo, a supressão de seus direitos basilares, o que, por hora, vai de encontro com o propósito do presente princípio. Veja-se:

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLVII, garante que não haverá penas: “a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;”. Além disso, no mesmo artigo referido, inciso XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”.

Muito embora esteja expresso na Constituição Federal o princípio da humanidade, Nucci apresenta o seguinte ponto crítico:

O ponto relevante para ser destacado é a real condição do cárcere na maioria das comarcas brasileiras. É de conhecimento público e notório que vários presídios apresentam celas imundas e superlotadas, sem qualquer salubridade. Nesses locais, em completo desacordo ao estipulado em lei, inúmeros sentenciados contraem enfermidades graves, além de sofrerem violências de toda ordem. Parte considerável dos estabelecimentos penais não oferece, como também determina a lei, a oportunidade de trabalho e estudo aos presos, deixando-os entregues à ociosidade, o que lhes permite dedicar-se às organizações criminosas. Sob outro prisma, observa-se carência de vagas igualmente no regime semiaberto, obrigando a que presos aguardem, no fechado, o ingresso na colônia penal, direito já consagrado por decisão judicial. Outras várias mazelas poderiam ser apontadas, indicando a forma desumana com que a população carcerária é tratada em muitos presídios. Entretanto, não se registra, com a frequência merecida, a insurgência expressa da doutrina penal e, principalmente, da jurisprudência, no tocante a tal situação, que por certo configura pena cruel, logo, inconstitucional. Parece-nos que a questão autenticamente relevante não é a alegada falência da pena de prisão, como muitos apregoam, em tese, mas, sim, a derrocada da administração penitenciária, conduzida pelo Poder Executivo, que não cumpre a lei penal, nem a lei de execução penal. Não se pode argumentar com a falência de algo que nem mesmo foi implementado. Portanto, a solução proposta é muito simples: cumpra-se a lei. Diante disso, haveria de se demandar do Judiciário uma avaliação realista do sistema carcerário, impedindo a crueldade concreta na execução das penas privativas de liberdade, por se tratar de tema diretamente ligado à Constituição Federal. Quando o juiz da execução penal tomar conhecimento de situação desastrosa no estabelecimento penal sob sua fiscalização, deve tomar as

medidas legais cabíveis para sanar a flagrante ilegalidade e conseqüente inconstitucionalidade. Se a parcela da sociedade que se encontra no cárcere não tiver seus direitos, expressamente previstos em lei, respeitados, nem puder confiar no Poder Judiciário, prejudica-se seriamente o Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2016, p. 24).

Por conseguinte, pode-se dizer que a existência de normas penais ou a aplicação de sanções que violem o bem-estar físico ou moral do sujeito, conforme exposto, serão sempre impugnados pela inconstitucionalidade.

4.8 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade tem como propósito fundamental reconhecer que todos humanos têm o direito de serem tratados de forma idêntica pela lei, em coerência com os critérios regentes no ordenamento jurídico (MORAES, 2003).

A par disso, a Constituição Federal tratou expressamente de proibir a ocorrência da desigualdade no Estado Democrático. Nesse esteio:

“[...] o que é vedado são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que esqueçamos, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal” (MORAES, 2003, p. 180).

Na ideia do mesmo autor supracitado, toda norma infraconstitucional deve respeitar o princípio da igualdade instituído pela Carta Magna, sob pena de afrontar os preceitos constitucionais e, conseqüentemente, ser declarada inconstitucional.

Para Moraes (2003), o princípio em comento tem aplicabilidade em dois momentos distintos. Primeiramente, frente ao legislador ou do próprio executivo, na edição, simultaneamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, evitando que eles possam dar origem a tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em um estado invariável. Em segundo, o dever da autoridade pública de aplicar as leis e os atos normativos de forma idêntica, sem haver diferenciações em razão de sexo, religião, convecção filosófica ou política, raça, classe social.

O mesmo doutrinador ensina que:

“A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado” (MORAES, 2003, p. 181).

É imperioso ressaltar que o princípio da igualdade apresenta uma tríplice finalidade limitadora, quais sejam: limitação ao legislador, ao interprete ou autoridade pública e ao particular (MORAES, 2003).

Nos ensinamentos do doutrinador acima, o legislador não poderá, no exercício de suas atribuições constitucionais criar e editar normas sem fazer jus ao princípio da igualdade, sob pena da lei ser desconstituída pela sua inconstitucionalidade.

Já ao intérprete ou autoridade pública não poderá interpretar as leis de forma diversa a determinadas pessoas de tal maneira a resultar tamanha desigualdade arbitrária. Destaca-se, em especial, o poder judiciário no exercício de sua função jurisdicional de aplicar o direito ao caso concreto, em que deverá aplicar os recursos constitucionais de forma a proporcionar uma interpretação única e igualitária a todos os julgados (MORAES, 2003).

E, por fim, na figura do particular será vedado atos provenientes de condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de ser responsabilizado pelos atos na esfera cível e criminal, nos moldes da legislação em vigor (MORAES, 2003).

Por derradeiro, novamente o direito penal do inimigo não encontra espaço no direito penal brasileiro, haja vista que, como já referido em alguns trechos deste capítulo, Jakobs não está preocupado em manter uma relação de igualdade entre os indivíduos. Ao contrário disso, Jakobs separa sociedade em cidadão e inimigo do Estado, bem como utilizasse-se dessa separação social para poder aplicar normas penais totalmente desproporcionais e desiguais entre eles.

Nesse sentido, a título de fundamento do quanto desigual é o tratamento proposto pela terceira velocidade do direito penal, reitera-se a citação de Gomes (2016, p. 2) quanto às características do direito penal do 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 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 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.

Diante disso, falar de uma possível aplicabilidade do direito penal do inimigo no Estado democrático de direito não faz coerência com a realidade existencial no Brasil como se demonstrará nas considerações finais deste trabalho.

5 CONCLUSÃO

Diante da crescente manifestação da criminalidade que acomete o país, foi possível perceber, face ao trabalho realizado, um emaranhado de leis que o legislador brasileiro se ateu para tentar conter de alguma maneira as demandas criminais.

Contudo, a sensação atual é que, mesmo com um sistema penal recheado de leis específicas com o fito de frear o descontrole da criminalidade, não tem surtido efeitos imediatos.

Nesse sentido, o que se tem percebido no ordenamento jurídico penal é que o legislador está disposto a cada vez mais idealizar um sistema penal opressor, com penas cada vez mais rígidas e, também, criminalizando condutas que antes não eram relevantes para o Estado e que, conseqüentemente, não faziam jus a um controle penal.

Alcançada essa percepção durante a elaboração do presente trabalho, também foi possível perceber que, dentre as teorias abolicionista, minimalista e a maximalista, o sistema penal brasileiro tem sido marcado por características oriundas de um direito penal máximo.

Dito isso, tem-se que o primeiro capítulo se ateu em classificar cada uma das teorias supracitadas. Porém, foi dado uma ênfase maior a teoria do direito penal máximo, a qual parece estar ganhando força em solo brasileiro.

Ademais, após uma breve passagem sobre a primeira e segunda velocidade do direito penal, o trabalho adentrou no seu mérito, qual seja: o direito penal do inimigo, classificado como a terceira velocidade do direito penal.

Realizada a apresentação da teoria do direito penal do inimigo, seus princípios, características e sua aplicação, constatou-se que ela não pode ser fielmente seguida no Brasil, sob pena de desvirtuar todos os direitos e garantias obtidos ao longo do século.

Por outro lado, seguir a teoria do direito penal do inimigo de tal forma que não ofenda os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, ou seja, aplicabilidade da terceira velocidade sem radicalismo, não seria motivo para a sua dispensa em um Estado Democrático de Direito. Porém, falar em aplicar o direito penal do inimigo de forma não radical, é estar desqualificando o conceito da teoria apresentada e, conseqüentemente, fazendo-se jus a qualquer outra teoria, menos aquela apresentada por Jakobs.

Por hora, falar que o direito penal do inimigo já vem sendo aplicado no ordenamento jurídico penal brasileiro, não passa de uma falácia. Como muito bem observado, os princípios constitucionais não permitem que a teoria de Jakobs ganhe espaço no território brasileiro. Logo, equivoca-se a doutrina que afirma haver vestígios da teoria do direito penal do inimigo no Brasil.

A permanência e a constante criação de leis penais cada vez mais rígidas não podem ser classificadas como ofensoras aos preceitos fundamentais existentes no Estado de Direito, haja vista que normas legais se fundamentam na lógica evolutiva da criminalidade, bem como arrazoadas dentro do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, ao fito de alcançar um juízo justo.

É sabido que existem crimes de maior gravidade e que mereçam uma reação igualmente proporcional, por meio de normas mais rígidas. Contudo, não se pode personalizar tais normas de acordo com a personalidade do sujeito, mas, sim, deve ser de acordo com a gravidade do crime.

Demonizar pessoas, seja por critérios natural, econômico-sociais (tolerância zero) ou personalidade (Günther Jakbos) está fora dos preceitos valorados pelo Estado Democrático de Direito.

Logo, direito penal do inimigo no Brasil não passa de uma utopia.

Diante do exposto, conclui-se o presente trabalho com a garantia, muito bem fundamentada através das melhores doutrinas apresentadas, que a teoria do direito penal do inimigo não pode ser aplicada no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht). **BvR 2378/98 und 1 BvR 1084/99**. Berlim, 03 mar. 2004. Disponível em: <http://www.bverfg.de/e/rs20040303_1bvr237898.html>. Acesso em 23 abr. 2016.
- ALEMANHA. Código de Processo Penal (*Strafprozessordnung – StPO*), 12 de setembro de 1950. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/BJNR006290950.html>>. Acesso em 23 abr. 2016.
- BARBOSA, Ruchester Marreiros. Lei antiterrorismo e Direito Penal do Inimigo. JusBrasil, abr. 2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/324697916/leiantiterrorismoedi-reitopenaldoinimigo?print=true>>. Acesso em: 28 abr. 2016.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BENTO, Leandro Henrique de Moraes. **Direito Penal Máximo e Direito Penal Mínimo**: Comentários e Críticas ao Discurso Penal Populista. São Paulo: Programa de Estudos em Criminologia e Ciências Penitenciárias – PROCRRIM, 2014. Disponível em: <<file:///D:/Usuario/Downloads/243-751-1-SM.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.
- BRASIL. Decreto Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 abril. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 50863 PE 2005/0203455-0, Ministro Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 04 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em 09 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 92010 ES 2007/0236146-4, Ministro Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 04 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em 09 mai. 2016.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Instituí a Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 13 mai. 2016.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos:** planejamento, elaboração e apresentação. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

CHRISTIE, Nils. **Conversa com um abolicionista minimalista** (entrevista concedida a Ana Sofia Schmidt de Oliveira e André Isola Fonseca). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 21, p. 13, jan./mar. 1998. Disponível em:

<[file:///C:/Users/aluno/Downloads/RTDoc%20%2016-3-22%208_31%20\(PM\).pdf](file:///C:/Users/aluno/Downloads/RTDoc%20%2016-3-22%208_31%20(PM).pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justiça da Colômbia. **Sentença C-939/02.** Bogotá, 31 out. 2002. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-939-02.htm>>. Acesso em 24 abr. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 10ª ed. Saraiva: 2015. E-book. Disponível em: <<https://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

CONTE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003:** da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”. trad. de Themis Maria Pacheco de Carvalho. Revista Eletrônica de Ciências Jurídica. 2005.

Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ESPANHA, Ley Orgánica 10 de 23 de noviembre de 1995. Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

ESPANHA. Ley Orgánica 7 de 30 de junio de 2003. De medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Disponível em:

<http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-13022>. Acesso em: 24 abr. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829>. Acesso em: 15 mai. 2016.

GIULIANI, Rudolph. Segurança: Prioridade Nº1. **HSM management**, n. 111, p. 30-33, jul./ago. 2015. Entrevistada cedida a Lizandra Magon de Almeida.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2014/07/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em 18 abr. 2016.

GOMES. RDD e redime de segurança máxima. **Migalhas**. 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33484,11049-RDD+e+regime+de+seguranca+maxima>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em 29 fev. 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline Bernat de Celis. **Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. trad. de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luan, 1997.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érica Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. vol. 1, 6ª ed. Método, 2012. E-book. Disponível em: <<https://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia**. 2ª ed. Atlas, 2013. VitalSource Bookshelf Online. E-book. Disponível em: <<https://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

MOURA, Tatiana Whately; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro Ribeiro. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen** – Jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2015.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 13ª ed. Forense, 2016. E-book. Disponível em: <<https://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em 28 abr. 2016.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal**, 12ª ed. Forense, 2016. E-book. Disponível em: <<https://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em 09 mai. 2016.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Atlas, 2015. E-book. Disponível em: <<https://www.univates.br/biblioteca>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ou princípios do direito político**. Trad. Rolando Roque da Silva. 2002. E-book. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cv00014a.pdf>>. Acesso em: 1º mai. 2016.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Lá Expansión Del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedade postindustriales**. 2. ed. Madrid, Espanha: Civitas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SAMPIERI, Roberto H.; COLLADO, Carlos F.; LUCIO, Pilar B. **Metodologia de pesquisa**. 5. ed. Porto Alegre: Penso: McGraw-Hill, 2013.

STEFAN, André. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. A restrição de direitos fundamentais e o 11 de setembro. Breve Análise de dispositivo polêmico do Patriot Act. **Jus Navigandi**. Teresina. ano 9, n. 521, 10 dez. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6037/a-restricao-de-direitos-fundamentais-e-o-11-de-setembro/2>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3ª ed. trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas pedidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 3ª ed. trad. de Vania Romano Pedroso e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

ZAFFARONI. **O inimigo no direito penal**. trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.