

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO E A SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO
FEDERAL**

Lilian Maria Bagli da Silva

Presidente Prudente/SP

2014

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO E A SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO
FEDERAL**

Lilian Maria Bagli da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-graduação, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2014

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO E A SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO
FEDERAL**

Monografia/TC aprovado como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Especialista.

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

Nome do examinador

Nome do examinador

Presidente Prudente
2014

RESUMO

A presente monografia analisa o Direito Penal do Inimigo que foi desenvolvido pelo alemão Günther Jakobs em 1990, porém já em 1985 ele havia mencionado o conceito de Direito Penal do Inimigo em uma palestra em Frankfurt. O Direito Penal do Inimigo é classificado como um Direito Penal de terceira velocidade por ser uma mescla da primeira e segunda velocidade, e tem como característica o fato de aplicar pena privativa de liberdade com relativização e até mesmo supressão de direitos e garantias fundamentais. Tal teoria nomeia o indivíduo que na visão do alemão é perigoso para o Estado, como “inimigo”. Ao inimigo o tratamento penal é diferenciado em relação ao cidadão que não infringe as leis de modo habitual e que não é um risco ao Estado, ao inimigo, que também é chamado de “não pessoa”, direitos e garantias fundamentais são suprimidos ou relativizados. Para Jakobs, o que faz com que as pessoas pratiquem apenas condutas aceitas, isto é, não infrinjam as leis, é a aplicação da norma penal, por isso o autor entende que dar elevado valor à norma é meio de proteger a sociedade. As características dessa teoria aparecem até mesmo em nosso ordenamento jurídico, como na Lei do Abate e na Lei de Execuções Penais que trouxe o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado. Como será mostrado na presente monografia, evidentemente que o Direito Penal do Inimigo ao ferir princípios constitucionais é incompatível com um ordenamento jurídico garantista como o nosso.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Inimigo. Ordenamento jurídico brasileiro. Direitos e garantias fundamentais. Princípios constitucionais.

ABSTRACT

This monograph examines the Criminal Law of the Enemy which was developed by the German Günther Jakobs in 1990 but in 1985 he had mentioned the concept of Criminal Law of the Enemy in a speech in Frankfurt. The Criminal Law of the Enemy classified as a criminal law of third gear to be a mixture of first and second gear, and its character the fact of deprivation of liberty applied to relativize or same suppression rights and the fundamental guarantees. Such a theory names the character in visions of the German is dangerous to the State, how enemy. To the enemy the criminal treatment is differentiated with regard when the citizens that not violates the laws habitually and is not a risk to the State, the enemy, who also is called "person not" fundamental rights and guarantees are deleted or the relativized. To Jakobs, which causes people to practice only accepted behaviors do not the contrary to laws to apply the criminal standard, so the author believes that giving high value standard means of protecting society. The character of this theory appear in our legal system as in Slaughter Law and Criminal Sentencing Act that brought the institution of Differentiated Disciplinary Regime. How will be shown in this monograph, clearly that the Criminal Law of the Enemy injure constitutional principles is incompatible level with legal system assurance like ours.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Enemy. Brazilian legal system. Fundamental rights and guarantees. Constitutional principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFETOS AO PODER DE PUNIR DO ESTADO	10
2.1 Princípio da Igualdade	10
2.2 Princípio da Legalidade	10
2.3 Princípio da Proporcionalidade	11
2.4 Princípio da Presunção de Inocência	11
2.5 Princípio da Intervenção Mínima	12
2.6 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	13
2.7 Princípio da Humanidade	14
2.8 Princípio da Individualização da Pena	14
2.9 Princípio da Proibição de Infraproteção	15
2.10 Princípio Contramajoritário	15
3 TEORIAS DA PENA	18
3.1 Teorias absoluta/retributiva	18
3.2 Teorias relativa/preventiva	18
3.2.1 Prevenção especial	19
3.2.2 Prevenção geral	19
3.2.2.1 Teoria eclética	20
3.2.2.2 Prevenção geral positiva	20
4 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL – O DIREITO PENAL DO INIMIGO	22
4.1 A primeira velocidade do Direito Penal	22

4.2 A segunda velocidade do Direito Penal	23
4.3 A terceira velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do Inimigo	24
4.4 Pessoa x inimigo do Estado	26
4.5 Características principais	30
4.6 Garantismo Penal e Direito Penal do inimigo – A relativização das garantias penais e processuais	33
4.7 Críticas ao Direito Penal do Inimigo do Estado	36
4.8 A quarta velocidade do Direito Penal	43
5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	45
5.1 Lei N.º 8.072/90 (lei dos Crimes Hediondos)	46
5.2 Lei 10.850/13 (lei do Crime Organizado)	47
5.3 Lei 9.614/98 (lei do Abate)	48
5.4 Lei 10.792/03 (Regime Disciplinar Diferenciado)	49
5.5 Direitos e Garantias fundamentais suprimidos ou restringidos pelo Direito Penal do Inimigo	52
5.6 Evidente incompatibilidade com o Estado democrático de Direito	54
6 CONCLUSÃO	56
BIBLIOGRAFIA	58

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal, uma abordagem completa da Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por um dos mais respeitados doutrinadores da atualidade, o alemão Günther Jakobs.

A escolha do tema se deu devido ao aparecimento de características do Direito Penal do Inimigo na legislação pátria, isso graças à ausência de políticas criminais que sejam efetivas e um Poder Legislativo que busca atender ao pedido da população por mais segurança.

O Regime Disciplinar Diferenciado da Lei de Execuções Penais e a Lei do Crime Organizado são exemplos, como mostrado na presente monografia, da presença do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Enquanto alguns doutrinadores defendem a tese do minimalismo penal, com interferência mínima do direito penal, utilizando-se o Direito Penal apenas como *ultima ratio* buscando a punição somente de condutas contrárias ao direito que afetem bens jurídicos relevantes, outros defendem a corrente do Direito Penal do Inimigo, que está bem próximo ao modelo norte americano de Lei e Ordem, decorrendo indiscutivelmente, do apelo da mídia e atuação de legisladores buscando a solução para a violência, com a criminalização cada vez maior de condutas e a relativização de direitos individuais.

Para se falar da Teoria do Direito Penal do Inimigo, o presente trabalho também abordou os mais diversos princípios constitucionais e processuais penais, de forma a mostrar que na Teoria do doutrinador alemão, tais princípios não são observados.

Abordou-se também as Teorias das penas, as velocidades do Direito Penal, teoria desenvolvida por Jesús-María Silva Sánchez, a presença do direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro e sua incompatibilidade com o mesmo.

O método de pesquisa utilizado foi o doutrinário e o jurisprudencial.

A pesquisa procurou mostrar no presente trabalho um estudo do polêmico tema e sua relação com o nosso ordenamento jurídico, mostrando-se as críticas que são feitas a tal Teoria.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFETOS AO PODER DE PUNIR DO ESTADO

2.1 Princípio da Igualdade

O direito à igualdade é fundamental em um Estado Democrático de Direito. A nossa Constituição Federal assegura a igualdade perante a lei, ou seja, na elaboração de uma lei, é necessário que haja tratamento igual para situações idênticas.

No âmbito do Direito Penal, a igualdade reside na aplicação da mesma lei e a mesma sanção a quem tenha praticado o mesmo crime.

Verifica-se então, que o tratamento diferenciado às pessoas não é razoável, e o Direito Penal do Inimigo, como será mostrado neste trabalho, é exatamente essa falta de tratamento igualitário entre as pessoas, tendo em vista que, trata de maneira diferente as pessoas, ou seja, o cidadão e o chamado “inimigo”, o que leva à desigualdade perante a lei, pois ambos são seres humanos.

Tratamento desigual é inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

2.2 Princípio da Legalidade

Tal princípio preceitua basicamente a exclusividade da lei para a criação de delitos e a cominação das penas.

O Direito Penal não pode gerar intranquilidade para a sociedade, no sentido de que ninguém pode responder por ato praticado que não esteja previsto como crime, ou que não era previsto como crime quando praticado.

É de enorme importância a observância de tal princípio, pois qualquer intervenção punitiva pode atingir algum direito fundamental do cidadão, como por exemplo a liberdade, a intimidade e a honra. Por isso, a intervenção penal deve sempre se sujeitar a controles minuciosos.

Os tipos penais devem ser claros e precisos de maneira a respeitar o princípio da legalidade e da taxatividade, para que se evitem tipos penais vagos.

2.3 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, sob a inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas.

Tal princípio é verdadeira barreira de limites ao legislador, tendo em vista que, a criação de tipos penais deve ser vantajosa para a sociedade, eis que impõe um ônus a todos os cidadãos que decorre da ameaça de punição.

O princípio da proporcionalidade visa limitar a arbitrariedade do Estado, sopesando valores para aferir qual deve prevalecer em determinado caso, pois é certo que, penas desproporcionais nos trazem a sensação de injustiça, e enorme é a dificuldade para o Direito Penal de se encontrar a pena proporcional.

2.4 Princípio da Presunção de Inocência

A presunção de inocência ou de não culpabilidade impede que o investigado ou acusado sofra as consequências jurídicas do ato praticado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal princípio é um dos basilares do direito por ser o responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos.

Ao cometer um ilícito penal, para que o Estado imponha pena, ele deverá agir de forma a não tratar o indivíduo como culpado, mas sim dando-lhe todas as garantias constitucionais e permitindo que este possa se defender, e só então, como uma sentença transitada em julgado possa se falar que o acusado é o culpado pelo crime.

A presunção de inocência é um estado de inocência, onde o acusado permanece até que seja declarado culpado por sentença da qual não caiba mais recurso.

A aplicação de tal princípio ocorre também no campo probatório, quando o acusado deve ser presumido inocente e a parte que acusa deve provar a veracidade do fato e a sua culpabilidade.

Até que se tenha uma sentença irrecorrível, o acusado deve ser tratado como inocente, e como se verá no decorrer deste trabalho, isso é exatamente o contrário do que ocorre no Direito Penal do Inimigo, onde se cerceia garantias constitucionais e pune-se mesmo antes de ter qualquer decisão quanto à culpabilidade do acusado.

2.5 Princípio da Intervenção Mínima

Pelo princípio da intervenção mínima ou da necessidade, o Direito Penal deve intervir apenas para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes e mais caros para a sociedade, isto é, se algum outro ramo do ordenamento jurídico puder tutelar tal interesse ou bem jurídico, o Direito Penal não deve intervir sob pena de ofender o princípio da dignidade da pessoa humana.

A intervenção mínima tem dois destinatários, o legislador, que deve agir com moderação ao criar os tipos penais, isto é, não incriminar qualquer comportamento, e o intérprete do Direito, que se verificar que outro ramo do direito resolve o conflito, não deve prosseguir com a operação de tipicidade.

2.6 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Segundo Greco (2011, p. 67), “conceituar dignidade da pessoa humana continua a ser um enorme desafio. Isto porque tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados como vagos e imprecisos”.

Está previsto como princípio fundamental no artigo 1º da Constituição Federal e serve como princípio reitor de muitos outros, como por exemplo o da individualização da pena, da proporcionalidade, da humanidade etc.

Por se tratar de um conceito que está sempre em construção, não se pode dar um contorno definitivo a ele.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) conceitua dignidade da pessoa humana como sendo:

A qualidade intrínseca e distintiva de 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 existentes 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.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a viga mestra de toda a ciência jurídica, é a base do sistema, configura-se como princípio maior. Tem enorme relevância principalmente para o Direito Penal. Desta forma, a Dignidade da Pessoa Humana comporta-se como princípio regente, o verdadeiro maestro de toda a estrutura principiológica do ordenamento jurídico brasileiro.

Como princípio constitucional que é, deverá ser entendido como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que se refere à criação da legislação, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. (GRECO, 2011, p. 71)

2.7 Princípio da Humanidade

De acordo com tal princípio, a criação de tipos penais ou a cominação de penas que violem a incolumidade física ou moral do indivíduo, são inconstitucionais porque a nossa Constituição Federal veda a tortura, o tratamento desumano ou degradante, a pena de morte, prisão perpétua, a pena de trabalhos forçados, de banimento e das penas cruéis.

2.8 Princípio da Individualização da Pena

A norma penal é composta pelo preceito primário e pelo preceito secundário, e este último, que aponta a pena cominada para o caso de descumprimento do preceito primário, deve ser aplicado de forma individualizada, de acordo com a valoração de cada bem jurídico protegido.

Tal princípio se encontra no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal:

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 ocorre na fase da cominação, na fase de aplicação e na fase da execução.

Na fase da cominação, o legislador ao valorar o bem jurídico que merece tutela, vai estabelecer uma pena que seja a mais adequada pra se chegar o mais próximo possível do valor atribuído ao bem pela sociedade, o que não é tarefa fácil.

Na fase da aplicação, caberá ao juiz individualizar novamente a pena, para sua efetiva aplicação ao agente. O juiz, mediante um trabalho consciente e fundamentado de individualização, procurará encontrar a pena mais justa para o agente no caso concreto, não podendo fugir às limitações estabelecidas pelo legislador ao cominar os limites da pena, observando-se o critério trifásico previsto no artigo 68 do código Penal.

Já na fase de execução da pena, a individualização que também é feita pelo juiz, deverá observar os artigos 5º e 6º da Lei de Execução Penal, que determinam sejam os condenados classificados segundo os seus antecedentes e personalidade.

2.9 Princípio da Proibição de Infraproteção

Se por um lado não se admite excesso por parte do legislador ao tipificar condutas e cominar penas às mesmas, por outro, não se admite que um direito fundamental seja protegido de forma deficiente, seja quando exista a eliminação de tipos penais, seja pela cominação de penas que fiquem aquém do necessário para tutela do bem jurídico, seja pela aplicação de institutos que beneficiam o criminoso de forma indevida etc. (GRECO, 2011, p. 114)

A pena deve ser necessária qualitativamente e suficiente quantitativamente, para que o bem jurídico protegido esteja bem resguardado.

2.10 Princípio Contramajoritário

Intimamente ligada à defesa dos direitos fundamentais previstos na nossa Constituição Federal, está a função contramajoritária do Poder Judiciário.

A função contramajoritária, introduzida por meio do princípio contramajoritário, tem como finalidade a proteção do direito das minorias que têm violados seus direitos e garantias fundamentais.

Quando se observa o nosso sistema de tripartição dos Poderes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, nota-se que, quem representa a vontade do povo ao Legislar e criar leis, são o Poder Legislativo e o Executivo, que têm seus membros eleitos através do sistema majoritário em eleições periódicas.

Conclui-se então que, quando tais Poderes, Legislativo e Executivo têm seus membros eleitos através do sistema majoritário, suas atuações em tese obedecem a vontade da maioria do povo que os elegeram de maneira democrática.

A representação política que é feita pelos membros dos poderes políticos (majoritários) Legislativo e Executivo, deve satisfazer a maioria popular que os colocou no Poder, atendendo os interesses da sociedade, dentro da visão majoritária.

Ao administrar e ao elaborar leis, esses poderes podem causar prejuízos às minorias, suprimindo-se por exemplo, alguns de seus direitos fundamentais, tendo em vista que, sua atuação política deve ir ao encontro e privilegiar os interesses da maioria.

Já o Poder Judiciário, que tem seus membros em regra, vindos de aprovação em concurso público de provas e títulos, sem a participação popular, exercem suas funções de maneira independente e autônoma.

Os membros do Judiciário por terem independência e nenhuma ligação com sistema majoritário, eleições, maioria popular etc, podem e devem exercer sua função de maneira que, verificado que existe supressão de direito e garantia fundamental, ou seja, que existe algo que prejudique a minoria, exercem sua função contramajoritária.

Os membros do Judiciário não são investidos por critérios eletivos nem por processos eleitorais majoritários, por isso, sua função contramajoritária tem a finalidade de garantir os interesses das minorias quando houver, por exemplo, preferência aos interesses majoritários em detrimento do minoritário, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

Importante que se diga que nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal, especialmente, os Ministros são escolhidos pelo Presidente da República, Chefe do Executivo Federal, e após essa escolha, passa pela chancela

do Senado Federal, ou seja, Poder Legislativo. Teoricamente pode se pensar que tais Ministros não julgarão com independência tendo em vista que lá estão por uma escolha política de alguém que foi eleito pelo sistema majoritário; a dúvida pode existir sobre a existência de interesse político no julgamento da Corte máxima do Poder Judiciário.

A função contramajoritária do Poder Judiciário ocorre, portanto, no caso concreto, verificando-se se existe desrespeito a direitos e garantias fundamentais constitucionais das minorias e dos menos favorecidos economicamente. Verificada a necessidade de proteção a interesse de grupo que está fora da maioria, deve o Judiciário tutelar o interesse em jogo, de maneira a garantir a aplicação de direito previsto na Constituição Federal, independentemente de qualquer interferência política, econômica e social na solução do conflito.

Ao Poder Judiciário cabe julgar independentemente de qualquer pressão popular, sempre com fundamento na Constituição Federal.

3 TEORIAS DA PENA

3.1 Teoria absoluta /retributiva

Para a teoria absoluta, também chamada de teoria da retribuição, a pena é a retribuição estatal justa ao mal injustamente provocado pelo condenado.

Todas as teorias que veem o Direito Penal e a pena como um fim em si mesmo, no qual a justificativa não depende de razão utilitária ou preventiva, são consideradas absolutas.

Tal teoria não tem finalidade prática porque não se preocupa com a ressocialização do condenado, sua readaptação social. Pune-se simplesmente como retribuição à prática da infração penal.

A pena é apenas um instrumento de vingança do Estado contra o infrator, com a única finalidade de castigá-lo, fator esse que leva à justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica.

3.2 Teoria relativa/preventiva

A teoria relativa tem a pena com a finalidade de prevenir a prática de novas infrações penais. Para tal teoria, é irrelevante a imposição de castigo ao condenado.

Percebe-se que se trata de uma vertente absolutamente contrária à teoria absoluta, pois a pena não está destinada à realização da justiça, servindo apenas de proteção para a sociedade.

A prevenção de novas infrações penais tem um aspecto dúplice como se verá abaixo.

3.2.1 Prevenção especial

Para essa vertente, que também é chamada de prevenção individual, a norma penal se dirigiria apenas a uma parte da sociedade: aos indivíduos que, tendo cometido um ilícito, seriam compelidos a não mais delinquir. (MORAES, 2011, p. 147)

A prevenção especial se subdivide em prevenção especial negativa, quando onde o importante é intimidar o condenado para que não haja reincidência, e prevenção especial positiva, que se preocupa com a ressocialização do condenado para que ele possa retornar ao convívio social respeitando as regras que todos devem obedecer.

3.2.2 Prevenção geral

A pena ainda é dotada da prevenção geral, que é destinada ao controle da violência, na medida em que busca diminuí-la e evitá-la. A prevenção geral pode ser positiva ou negativa.

A prevenção geral positiva consiste em reafirmar a existência, a validade e a eficiência do direito Penal. A pena tem a missão de demonstrar a inviolabilidade do Direito e reforçar a confiança da população na lei.

Já a prevenção geral negativa, tem como objetivo desestimular potenciais criminosos de práticas que violem a lei penal. Busca-se intimidar, alertar a coletividade de que a pena é imposta e é grave, mostrando que o crime não compensa e o seu responsável será punido. É um meio de coagir as pessoas mostrando o que aconteceu com quem já foi condenado.

3.2.2.1 Teoria eclética

A teoria eclética, mista ou unificadora, tem dupla finalidade, qual seja, a de retribuir o mal praticado castigando o condenado, ou seja, retribuindo com a pena o mal praticado, e preventiva, quando tenta se evitar a prática de novas infrações.

A teoria eclética ou mista que é a adotada por nosso ordenamento jurídico, conforme pode se notar no artigo 59 do Código Penal, tem portanto, as funções de retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

3.2.2.2 Prevenção geral positiva

A teoria da prevenção geral positiva surge não só com pretensões de aclarar os fins da pena, como também para legitimar a intervenção do Direito Penal.

A pena serve para mostrar com seriedade para o violador da norma que a sua conduta não impede a manutenção da mesma. Assim, enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, a pena é positiva na medida em que se afirma a vigência da norma ao negar sua infração. Esse entendimento leva a muitas críticas no sentido de que a pena poderá ser utilizada ainda que não tenha existido a demanda de proteção de bens jurídicos. Levar-se-ia a uma supressão dos limites do poder de punir do Estado, o que levaria à uma política criminal carente de legitimação democrática.

A prevenção geral positiva é dividida em prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.

A primeira busca como função única do Direito Penal a afirmação das normas jurídico-penais, isto é, busca-se mostrar que o importante é a vigência da norma, mais importante até do que a proteção dos bens jurídicos tutelados.

Deste modo, o Direito Penal representaria ao cidadão que é melhor ser fiel à lei do que infringi-la.

Segundo a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora que é defendida pelo alemão Günther Jakobs, a legitimação ocorrerá com a confirmação da vigência da norma, em que ao Direito Penal cumpre garantir sua função orientadora das normas jurídicas.

A prevenção geral positiva limitadora contrapõe-se à prevenção geral positiva fundamentadora. Para ela, a prevenção geral deve limitar o poder punitivo do Estado.

Para essa teoria geral positiva, limitadora, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente, deve ser uma realidade clara. Princípios como o da culpabilidade e intervenção mínima dariam base a essa limitação, e a busca pela ressocialização do infrator também está entre as características desta teoria.

4 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL – O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jesús-María Silva Sánchez, professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra, um dos mais respeitados penalistas da atualidade, tem entre as suas maiores contribuições aos estudiosos do Direito Penal, a chamada Teoria das Velocidades do Direito Penal, na qual contempla diferentes ritmos de responsabilização criminal como forma de se atingir um sistema mais próximo do ideal.

O Direito Penal apresenta algumas velocidades ou fases que recebem importante tratamento por parte do citado autor e por grande parte da doutrina.

Jesús-Maria Silva Sánchez, revelava existir uma nítida preocupação com a consolidação de um único “Direito Penal moderno”. Assim, busca-se evitar a modernização generalizada pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação inerentes às penas privativas de liberdade (MASSON, 2009, p. 80).

4.1 A primeira velocidade do Direito Penal

A primeira velocidade do Direito Penal se caracteriza por ser aquele modelo tradicional ou clássico do Direito Penal, que tem por fim a aplicação de uma pena privativa de liberdade, ou seja, a pena de prisão.

Por estar em jogo o a liberdade do cidadão, todas as garantias constitucionais, penais e processuais penais devem ser respeitadas. O processo é mais elástico, mais demorado. Deve-se dar amplo direito de defesa ao processado. O devido processo legal é respeitado nesta primeira velocidade.

Nesta primeira velocidade, protege-se o cidadão contra o império do Poder Estatal, tendo em vista que, aplicar-se-á ao cidadão uma pena que em caso de condenação restringirá sua liberdade. Por isso, por ser tão grave a consequência jurídica, qual seja, perda da liberdade, o processo deve prosseguir dando ao cidadão todas as garantias constitucionais que limitam o poder punitivo do Estado.

Nesse sentido é que Silva Sánches conceitua a primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. (2002, p. 148)

4.2 A segunda velocidade do Direito Penal

A segunda velocidade do Direito Penal se caracteriza por existir ter uma flexibilização das garantias constitucionais que protegem o cidadão, pelo fato de a sanção penal ser mais branda, pois aqui não há pena de prisão, na segunda velocidade existem penas de restrição de direitos e penas pecuniárias.

Com o fim de agilizar a aplicação da lei penal, nessa segunda velocidade algumas garantias ficam afastadas, pois como já foi dito, não há pena que prive a liberdade do cidadão.

Não se exige um procedimento mais amplo e garantista como na primeira velocidade do direito penal, que envolve um bem jurídico extremamente relevante para o ser humano, que é a liberdade. (MASSON, 2009, p. 81)

No Brasil, temos como exemplo de segunda velocidade os Juizados Especiais Criminais que de acordo com o artigo 62 da Lei 9099/95 tem como finalidade principal a aplicação de penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, sem que tenha havido a necessária instrução processual, com contraditório e com ampla defesa, como ocorre, por exemplo, no caso de transação penal.

4.3 A terceira velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do inimigo

A terceira velocidade do Direito Penal está diretamente ligada à Teoria do Direito Penal do Inimigo que foi desenvolvida por um dos mais respeitados juristas da atualidade, o alemão Günter Jakobs, na década de 1990. É uma mescla da primeira e da segunda velocidade tendo em vista que existe supressão de direitos e garantias fundamentais.

A terceira velocidade para Greco (2011, p. 23), “seria 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)”.

Parte considerável da doutrina menciona que a terceira velocidade teria sido também desenvolvida por Silva Sánchez. Para outros, a terceira velocidade é tema apenas da autoria do alemão Günther Jakobs.

Segundo Moraes, já em 1985 Jackobs havia apresentado esse conceito de Direito Penal do Inimigo em uma palestra em Frankfurt, onde recebeu muito menos publicidade. (2011, p. 181)

O pensamento do renomado professor é no sentido de dar elevado valor à norma jurídica como fator de proteção à sociedade.

Para Jakobs, o que faz com que as pessoas pratiquem apenas condutas aceitas, isto é, não infrinjam as leis, é a aplicação da norma penal.

Jakobs procurou traçar uma distinção entre um *Direito Penal do Cidadão* e um *Direito Penal do Inimigo*. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado *Direito Penal do Inimigo*, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado. (GRECO, 2011, p. 23)

O raciocínio seria o de verdadeiro *estado de guerra*, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes. (GRECO, 2011, p. 23)

Para Jakobs, existem pessoas que decidiram se afastar do direito, como por exemplo, aqueles que pertencem a organizações criminosas e grupos terroristas, e para esses, a punibilidade se adianta um grande trecho, até o ato preparatório, e a pena se dirige a assegurar fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos. (JAKOBS, 2003, p. 42)

Ensina o doutrinador alemão Günther Jakobs (2003, p. 40):

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação.

A estrutura da Teoria do Direito Penal do inimigo volta-se para o indivíduo que não se submete ao sistema normativo, e em razão de seu desvio de conduta, é classificado como perigoso, como inimigo da sociedade.

A norma é um instrumento que regula as condutas mais relevantes para o Direito Penal, assim, “qualquer ato ilícito deve ser atacado de forma coercitiva, restaurando a ordem, desta forma, a vigência da norma estabelecida é o bem jurídico maior a ser tutelado pelo direito Penal”. (JAKOBS, 2003, p. 32)

Ao indivíduo que não respeita as normas vigentes é dado tratamento diferenciado, isto é, o tratamento ao cidadão infrator será o de um delinquente que comete um dano de possível reparação, já para o inimigo, que coloca em risco a sociedade, será excluído de suas relações sociais de forma definitiva, como forma de impedir que ele desestruture a ordem jurídica.

Jakobs sugere que deve ser aplicado o Direito Penal do inimigo aos não cidadãos que praticam a criminalidade econômica, o terrorismo, o tráfico de drogas e outras formas de criminalidade organizada. (2003, p. 37)

O Inimigo é punido por seu grau de periculosidade e não pelo delito praticado, e o ordenamento jurídico elimina o perigo futuro para a sociedade. Deste modo, nota-se como o direito penal do inimigo adianta o âmbito de proteção da norma, antecipando sua proteção, acaba por alcançar até os atos preparatórios.

Diante de tudo que foi colocado acima, pode-se perceber claramente que no Direito penal do Inimigo existe a flexibilização do princípio da legalidade quando, por exemplo, há descrição vaga dos crimes e das penas, de forma que o Estado possa punir o inimigo da forma como quiser, quando inobserva-se o princípio da ofensividade, quando pune-se por ser o autor quem é e não pelo fato praticado, quando as penas são desproporcionais, quando garantias constitucionais, penais e processuais penais são flexibilizadas ou restringidas, execução penal desproporcional etc.

4.4 Pessoa x Inimigo do Estado

Ao desenvolver sua teoria, Günther Jakobs traz importante questão que diz respeito à distinção entre cidadãos e inimigos, na qual os primeiros seriam pessoas, e os inimigos seriam as “não pessoas”.

O doutrinador alemão nos mostra também a distinção que ele faz para traçar dois tipos de Direito, o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo. Este último como sendo o contrário do Direito Penal do cidadão e ao ideal Direito Penal do Estado Democrático de Direito que respeita direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Para Jakobs, o Estado poderá agir de duas formas no que diz respeito à relação do Estado com os agentes infratores. Poderá tratá-los como pessoas que delinquiram, isto é, que tenham cometido um erro ao realizar determinados fatos típicos, ou ainda pode vê-los como indivíduos que almejam a destruição do ordenamento jurídico e, desta forma, precisam ser tratados de forma mais dura pelo Estado.

Para identificar quem é o “inimigo”, JAKOBS se vale das teorias desenvolvidas pelos filósofos Thomas Hobbes, Immanuel Kant e Jean Jacques Rousseau. Assim, passa a identificar como inimigo quem, pretendendo regressar ao estado de natureza (Hobbes), priva de segurança os demais e se comporta como uma ameaça constante ao Estado (Kant).

Para Rousseau qualquer malfeitor que ataque os direitos sociais não faz mais parte da engrenagem Estatal, visto que se encontra em guerra com este, como demonstra a sanção pronunciada contra o malfeitor. O pensamento de Rosseau é traduzido com clareza pela frase "... ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão" (ROUSSEAU, 2008, p.25).

Em relação ao conceito de inimigo, Jakobs (2003, p.138) explica o *status* de inimigo da seguinte maneira:

Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve dar em troca uma garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Se não existir essa garantia ou se ela for expressamente negada, o direito penal passa a ser uma reação da sociedade ante o ato de um de seus membros para ser uma reação contra um inimigo. Isso há de implicar que tudo está permitido, a incluir uma ação desmedida.

Explica Jakobs que não pode ser tratado como cidadão aquele que age de maneira desviada e não oferece garantias de que tem um comportamento pessoal conforme o ordenamento jurídico, devendo assim ser tratado, combatido como se inimigo fosse pois o cidadão que se comporta conforme o ordenamento jurídico, tem seu direito à segurança.

Segundo Zaffaroni (2007, p. 18) que é um dos mais brilhantes penalistas da atualidade:

(...) a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o Direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a idéia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoa) e inimigos (não pessoa) faz-se referencia a seres humanos que são privados a certos Direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas (...)

Não pode esperar ser tratado como pessoa quem não se comporta de acordo com o ordenamento jurídico, se assim o fosse, seria uma clara violação à segurança das demais pessoas que agem de acordo com o ordenamento jurídico.

Disso, extrai-se que, só é pessoa aquele que apresenta um comportamento de pessoa, do contrário o Direito Penal deixa de ser uma reação da

sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.

Como ensina Jakobs (2003, p. 30) o conceito de pessoa está ligado à ideia de sujeito livre, dotado de responsabilidade, que cria uma garantia cognitiva, e a pessoa representa papéis dentro da sociedade. Pessoa é, pois, “a máscara, vale dizer, precisamente não é expressão da subjetividade de seu portador, mas sim uma representação de uma competência socialmente compreensível.”

Ao cidadão, pessoa, se deve garantir a aplicação da norma positivada respeitando todos os direitos que dela decorrem. Ao inimigo é dado tratamento diverso de qualquer outro que lhe garanta direitos, visando a eliminação do perigo.

O inimigo é todo aquele que persistentemente comete delitos contra a entidade estatal ou que coloca em risco a própria existência do Estado. São criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (Jakobs, ob. cit., p. 39). Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. Desta maneira, entende-se que, frente ao inimigo é só coação física até que se chegue à guerra. (JAKOBS, 2003, p.39)

O doutrinador alemão cita como exemplo de manifestação típica de inimigo, o ataque às Torres Gêmeas em Nova Iorque em 11 de setembro de 2001.

Ao cometer um ato ilícito, o cidadão recebe uma pena do Estado, caso se prove a prática de tal fato. Tal pena deve estar prevista na legislação, podendo ser aplicada somente após serem observados princípios constitucionais como o do contraditório e o da ampla defesa observando-se o devido processo legal, sempre com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, que aparece como fundamento do Estado Democrático de Direito no artigo 1º da nossa Constituição Federal, aparece não só em quase todos os diplomas constitucionais do ocidente, como em regulamentos supranacionais, como se vê do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica.

Tem-se, assim, que o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito tem a dignidade da pessoa humana como o ponto central e ao mesmo tempo o ponto de partida de todo o seu ordenamento jurídico.

Sob a proteção deste ordenamento jurídico, estão todas as pessoas, mesmo aquelas que não obstante terem atentado contra as leis, não o fizeram de maneira grave e habitual contra as demais pessoas ou contra a existência do Estado.

O Direito Penal deste Estado, que trata o cidadão como cidadão, define previamente seus crimes e suas penas, crimes que, mesmo que eventuais e não graves, representam um abuso das relações sociais em que está inserido o agente.

Segundo Silva Sánchez (2002, p. 149), a transição do “cidadão” ao “inimigo” seria verificada mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas.

Na concepção de Silva Sánchez (2002, p. 149):

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. (...). Se a característica do “inimigo” é o abandono duradouro do Direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovido de penas.

Por se tornar um delinquente que é visto pelo Estado como um perigo, ao inimigo será imposta Medida de Segurança.

Para o Direito Penal do Inimigo, como o agente renunciou ao seu *status* de cidadão e também à sua condição de pessoa, na haverá um tratamento que o considere um sujeito processual, visto que, ele não oferece nenhuma garantia de que não voltará a delinquir.

Deste modo, o devido processo legal não será observado, e um verdadeiro procedimento de guerra é realizado na busca pela eliminação do “perigo” que é o inimigo.

Sem grande justificativa, o Estado se acha legitimado a deixar de observar direitos e garantias asseguradas às pessoas/inimigos, mesmo que insculpidos em normas de importância estrutural, isto é, mesmo que seja um princípio constitucional.

4.5 Características principais

Jakobs (2000, p. 55/57) e Meliá (2003, p. 67) elencam como principais características do Direito Penal do Inimigo:

- 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 organizações criminosas;
- b) falta de uma redução de pena proporcional ao referido adiantamento;
- c) mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate de delinquência econômica.
- d) ordenamento jurídico-penal prospectivo;
- e) penas desproporcionalmente altas o que, equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada e;
- f) relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 196) apresenta como características do Direito Penal do Inimigo:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislação, 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 o regime disciplinar diferenciado adotado no Brasil.

Luiz Flávio Gomes (2004) apresenta como características desse Direito Penal:

- 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 delinqüir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade);
- g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos;
- h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios;
- i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal;
- j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

Na interpretação de Gomes (2004), o Direito Penal do Inimigo se manifesta quando ocorrem:

- a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas);

- b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.;
- c) aumento desproporcional de penas;
- d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos);
- e) endurecimento sem causa da execução penal;
- f) exagerada antecipação da tutela penal;
- g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais;
- h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.);
- i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada);
- j) infiltração de agentes policiais;
- k) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei);
- l) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.).

Como se nota, tais características demonstram um Direito Penal que visa a eliminação do perigo de qualquer maneira, isto é, ao “inimigo” não serão dadas garantias constitucionais, haverá um endurecimento das penas, punir-se-á muito antecipadamente e até mesmo atos preparatórios como se fossem atos consumados, abuso de medidas preventivas, etc ; um Direito Penal que se ocupa de punir o agente pelo que ele representa, e não pelo ato criminoso praticado.

4.6 Garantismo Penal e Direito Penal do Inimigo – A relativização das garantias penais e processuais

Como visto acima, uma das características do Direito Penal do Inimigo é a relativização de garantias penais e processuais penais.

Em um Estado Democrático de Direito como o nosso, é inadmissível que se relativize ou que não sejam aplicadas as garantias fundamentais ao indivíduo que comete um delito.

A consolidação do termo garantismo, é decorrência direta das pesquisas científicas desenvolvidas pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli.

No Brasil o garantismo apareceu durante o período de redemocratização, período esse marcado pela promulgação das novas Cartas Constitucionais e pela imposição de total respeito a direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, como os direitos de liberdade contra as arbitrariedades do Estado.

Ferrajoli utilizou-se do sistema penal como exemplo para ilustrar suas teses, por tal fato, grande parte dos juristas brasileiros associa o garantismo apenas ao campo penal, o que não é correto, tendo o jurista italiano já manifestado em algumas obras desvinculadas do Direito Penal que o garantismo não se limita à esfera Penal e Processual Penal, se aplicando também aos demais ramos do Direito que são igualmente estigmatizadas por crises estruturais das garantias que caracterizam o estado de direito.

A palavra garantismo, na obra de Ferrajoli, seria um "modelo normativo de direito". Tal modelo normativo se estrutura a partir do princípio da legalidade que Ferrajoli afirma ser a base do Estado de Direito.

A nossa Constituição Federal estabelece topograficamente através de seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Tal princípio norteia toda a gama de direitos e garantias individuais e coletivos, além do que, é usado como princípio maior para interpretação dos demais direitos e garantias nela previstos.

O principal valor protegido por nossa Constituição Federal é a dignidade da pessoa humana. Trata-se de princípio orientador de todo o sistema jurídico brasileiro trazendo a ideia de uma Constituição Federal plenamente garantista conforme pode se notar ao verificar a enorme quantidade de direitos e garantias que estão elencadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No Direito Penal do Inimigo busca-se aumentar o poder estatal em detrimento do cidadão para busca de uma suposta paz social, enquanto em um Direito Penal garantista como o nosso, busca-se proteger o cidadão do arbítrio estatal.

O garantismo penal assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo critérios para que exista intervenção penal, restringindo o poder punitivo e conseqüentemente protegendo o cidadão do arbítrio do Poder Público.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal orientam todo o nosso ordenamento jurídico, de modo a impor limites ao Estado para que sejam evitados excessos, e mesmo sob o fundamento de proteger a sociedade e punir criminosos, não pode o Poder Público se esquivar de tais regras.

Diferentemente de um Direito Penal Máximo como é o Direito Penal do Inimigo, o garantismo penal busca se manter distante da incerteza e imprevisibilidade na intervenção penal .

De acordo com Ferrajoli (2002, p. 84), a diferença de um Direito Penal Máximo e um Direito Penal com garantias, pode ser observada pelos critérios da certeza e incerteza quando da intervenção estatal:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.

O princípio *in dubio pro reo*, por exemplo, garante que nenhum inocente será condenado, e como ensina Ferrajoli (2002, p. 85), “por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas.”

Ferrajoli prega ainda em seus ensinamentos que, algumas técnicas deverão ser utilizadas no processo de minimalização do poder estatal, onde o aplicador do direito deve valer-se da consagração de dez axiomas, isto é, princípios norteadores do Direito Penal, que trazem em suas normas garantias relativas à pena, ao delito e ao processo, que quando “conectados e harmonizados sistemicamente, determinam as regras do jogo fundamental”. (2000, p. 93)

Sem prejuízo das demais garantias processuais que porventura existam ou venham a existir na Constituição Federal e demais leis infraconstitucionais, a teoria garantista sustenta-se em dez axiomas, quais sejam:

- 1- *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime);
- 2- *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei);
- 3- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade);
- 4- *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa);
- 5- *Nulla injuria sine actione* (não há ofensa sem ação);
- 6- *Nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa);
- 7- *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo);
- 8- *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação);
- 9- *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas);
- 10- *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa).

Na proteção dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas, deve-se observar que os princípios citados acima são guias para proteção dos bens tutelados pela Constituição Federal. Deveres fundamentais do Estado e dos cidadãos também devem ser rigidamente observados.

Normas de hierarquia inferior ou interpretações do Poder Judiciário, não podem restringir o que já está delineado constitucionalmente como direitos fundamentais.

A Constituição Federal brasileira assenta seus pilares nos princípios de um Estado Social e Democrático de Direito, por isso, é correto dizer que trata-se de uma Constituição garantista.

Diferentemente do que se vê no Direito Penal do Inimigo, o garantismo aplicado ao Direito Penal trata o indivíduo como cidadão, como pessoa que detém direitos e garantias fundamentais, que está protegido do arbítrio estatal.

Não obstante tudo o que foi tratado neste capítulo, quando formos tratar da presença do Direito Penal do Inimigo no nosso ordenamento jurídico, veremos que tal presença faz com que a norma seja tida por inconstitucional, muito embora não terem sido submetidas a controle de constitucionalidade, isso pelo fato de serem relativizadas garantias constitucionais no Processo Penal.

Garantismo penal e o Direito Penal do Inimigo são completamente antagônicos, porque enquanto o primeiro dá prioridade à democracia positiva com a preservação das liberdades públicas e total e pleno respeito aos princípios que norteiam a moderna visão de Estado Democrático de Direito, o segundo, defende a intolerância, com total desrespeito às garantias inerentes ao ser humano.

4.7 Críticas ao Direito Penal do Inimigo

Segundo o professor Luis Flávio Gomes (2004) quem sustenta o chamado Direito penal do Inimigo (que é uma espécie de direito emergencial), na verdade, “pode ser caracterizado como um grande inimigo do Direito Penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais acolhidos pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito”.

Um dos mais ferrenhos críticos da teoria do Direito Penal do Inimigo, Zaffaroni, em Conferência realizada em São Paulo no dia 14 de agosto de 2004,

registrou seus argumentos do que representaria tal teoria, argumentos esses que foram didaticamente resumidos por Luiz Flávio Gomes (2005) conforme segue:

- a) para dominar o poder dominante, tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo;
- b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito);
- c) o sistema penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos);
- d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito);
- e) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.;
- f) em nome de cristo começaram a queimar os inimigos;
- g) para inventar uma "cruzada" penal ou uma "guerra" deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Sadam Hussein);
- h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã;
- i) conta para isso com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo);
- j) o criminoso é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído;
- k) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classes: riqueza e miséria continuam tendo que se conviver necessariamente;
- l) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de Polícia) desde essa época é o marginalizado;
- m) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto;
- n) no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça;
- o) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.);

- p) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo);
- q) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos E.U.A., sobretudo a partir da queda do muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional;
- r) até 1980 os E.U.A. contava com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países;
- s) com Reagan começa a indústria da prisionização;
- t) hoje os E.U.A. contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos; seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem às custas desse sistema; com isso o índice de desemprego foi reduzido. E como os E.U.A. podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a "máquina de rodar dólares"; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os E.U.A.: não possuem a máquina de fazer dólares;
- u) o Direito penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV);
- v) das TVs é preciso "sair sangue" (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.);
- w) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo.

Nas palavras de Zaffaroni (2007, p. 118):

Admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre a população, como único modo de identificá-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas a inocentes.

Zaffaroni (2007, p. 21) critica também o fato de o indivíduo ser tratado como uma "não pessoa", pois:

(...) a negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma.

Luiz Flávio Gomes (2004) também apresenta uma série de críticas ao Direito Penal do Inimigo como veremos a seguir:

- a) o que Jakobs denomina de Direito penal do inimigo, como bem sublinhou Cancio Meliá, é nada mais que um exemplo de *Direito penal de autor*, que pune o sujeito pelo que ele "é" e faz oposição ao *Direito penal do fato*, que pune o agente pelo que ele "fez". A máxima expressão do Direito penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova "demonização" de alguns grupos de delinquentes;
- b) se Direito penal (verdadeiro) só pode ser o vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que "Direito penal do cidadão é um pleonasma, enquanto Direito penal do inimigo é uma contradição". O Direito penal do inimigo é um "não Direito", que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;
- c) não se reprovava (segundo o Direito penal do Inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo);
- d) é um Direito penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que propugnavam (inclusive) pelo fim das penas e imposição massiva das medidas de segurança);
- e) o Direito penal do inimigo não repele a idéia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados);
- f) não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica "de guerra" (de intolerância, de "vale tudo" contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito;

- g) perdem lugar as garantias penais e processuais;
- h) o Direito penal do Inimigo constitui, desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais;
- i) é fruto, ademais, do Direito penal simbólico somado ao Direito penal punitivista. A expansão do Direito penal é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Esse Direito penal "do legislador" é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como "produto" o tal de Direito penal do inimigo;
- j) as manifestações do Direito penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onde punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva; fruto disso é o Direito penal do inimigo);
- k) mas esse Direito penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se pode conceber medidas excepcionais em tempos anormais (Estado de Defesa e de Sítio);
- l) a criminalidade etiquetada como *inimiga* não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causar grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado);
- m) logo, contra ela só se justifica o Direito penal da normalidade (leia-se: do Estado de Direito);
- n) tratar o criminoso comum como "criminoso de guerra" é tudo que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do "vale tudo") conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade.

Segundo Manuel Câncio Meliá (in Jakobs 2008, p. 71):

Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declará-lo um fenómeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúcifer senão um anjo caído? Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com o Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo.

Câncio Meliá (in Jakobs 2008, p. 75) não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo como inevitável, afirmando ser a mesma inconstitucional, além de não ser efetiva na prevenção de crimes e na garantia da segurança social. E em resposta a uma indagação que foi feita a ele sobre o Direito Penal do Inimigo fazer parte conceitualmente do Direito Penal respondeu que:

A resposta que aqui se oferece é: não. Por isso, propor-se-ão duas diferenças estruturais (intimamente relacionadas entre si) entre "Direito penal" do inimigo e Direito penal: a) o Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em consequência, do Direito penal do inimigo não é um Direito penal do fato, mas do autor.

Trata-se de um Direito Penal totalmente antidemocrático pois trata o indivíduo como inimigo de guerra, possui tipos penais extremamente vagos e abertos, retira direitos e garantias do autor de um fato criminoso punindo até mesmo atos que nem chegam a ter início de execução como se consumados fossem, além do fato de perseguir o indivíduo pelo que ele pode representar e não pelo ato cometido. Um Direito Penal máximo que se ocupa de conseguir confissões de qualquer maneira para dar uma resposta à população que está aterrorizada.

Conforme os acórdãos colacionados abaixo, os Tribunais rechaçam a teoria do Direito Penal do Inimigo ao fundamento de que este fere o ordenamento jurídico, a Constituição Federal, o Estado Democrático de Direito, o princípio penal do fato onde é obrigatória a exteriorização de um fato criminoso para que o agente seja punido pois, *nullum crimen sine actione*, ou seja, não existe crime sem ação, entre outros.

No Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. SÚMULA N.º 444/STJ. INDEVIDA CONSIDERAÇÃO QUANTO ÀS CONSEQÜÊNCIAS DO DELITO. PRODUTOS ROUBADOS QUE FORAM RESTITUÍDOS. IMPOSSIBILIDADE DE A POBREZA SER CONSIDERADA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL, BEM ASSIM A ASSISTÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA. VEDAÇÃO À INCIDÊNCIA DO QUE A DOCTRINA DENOMINA DIREITO PENAL DO INIMIGO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Por tal razão fora editada a Súmula n.º 444/STJ: "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". 2. A gravidade do crime também não pode ser considerada como circunstância desfavorável, se não há indicação de elementos concretos. Especialmente na hipótese, em que os produtos roubados foram restituídos pela polícia, não tendo havido indicação de maiores prejuízos. 3. Não enseja nenhum tipo de mácula ao ordenamento penal o fato de o Paciente não ter boas condições econômicas, ou ser assistido pela Defensoria Pública, sendo evidente que tais circunstâncias não podem ser consideradas como desfavoráveis. Admitir-se o contrário seria referendar verdadeira prática do que a doutrina denomina Direito Penal do Inimigo. 4. Ordem concedida para estabelecer a pena privativa de liberdade do Paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão, mantida, nos demais termos, a condenação. HC 152144/ES HABEAS CORPUS. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgamento: 06/03/2012.

No Supremo Tribunal Federal:

ESTIPULAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO – FUNDAMENTAÇÃO BASEADA APENAS NOS ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL, NO RECONHECIMENTO DA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA FORMULAÇÃO DE JUÍZO NEGATIVO EM TORNO DA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. - Revela-se inadmissível, na hipótese de condenação a pena não superior a 08 (oito) anos de reclusão, impor, ao sentenciado, em caráter inicial, o regime penal fechado, com base, unicamente, na gravidade objetiva do delito cometido, especialmente se se tratar de réu que ostente bons antecedentes e que seja comprovadamente primário. O discurso judicial, que se apoia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime - e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do "direito penal simbólico" ou, até mesmo, do "direito penal do inimigo" -, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País. Precedentes. HC 85531/SP HABEAS CORPUS. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/03/2005.

Como se percebe, trata-se de Teoria não aceita nos Tribunais de um Estado Democrático de Direito como o nosso Estado este que procura limitar o Poder Estatal em prol dos cidadãos que devem ter reconhecidos e respeitados seus direitos e garantias previstos no texto constitucional.

4.8 A quarta velocidade do Direito Penal

Nos livros de Direito Penal, ainda é pequeno o tratamento conferido acerca da existência da quarta velocidade do Direito Penal, diferentemente das demais velocidades que são tratadas de modo satisfatório por grande parte da doutrina no mundo.

A quarta velocidade apareceu primeiramente na Itália e vem sendo acompanhada por vários seguidores como, por exemplo, o argentino Eugenio Raul Zafarroni.

Surgiu da necessidade de se punir crimes ambientais, crimes contra a coletividade, crimes cometidos contra Chefes de Estado, genocídios, crimes de guerra, crimes que violam tratados internacionais, crimes contra a humanidade.

A teoria da quarta velocidade estabelecerá um Tribunal Penal Internacional que teria atuação contra países não signatários, em tese, mas sem todas as garantias previstas no Estatuto de Roma.

Seria um Direito Penal do Inimigo com abrangência universal, diferente do Direito Penal do Inimigo do Estado, que faz parte da terceira velocidade do Direito Penal.

O Direito Penal de quarta velocidade já pôde ser visto no julgamento de Nuremberg (1945-1949), responsável por apurar e julgar os crimes nazistas durante a Segunda Guerra Mundial.

Como a quarta velocidade está ligada ao Direito Internacional, aqueles que uma vez ocuparam a posição de Chefes de Estado e como tais violaram gravemente tratados internacionais de tutela de direitos humanos, serão submetidos às normais

internacionais. O julgamento pelo Tribunal Penal Internacional é aplicado a tais criminosos. Nessa velocidade, há uma nítida diminuição das garantias individuais penais e processuais penais, e como exemplos de tais criminosos podem ser citados Sadam Russem, Muammar Kadafi, Adolf Hitler, dentre outros.

No Brasil, o Tribunal Penal Internacional passou a vigor apenas em 2002, a partir do Decreto nº 4.388/2002. O art. 7º do ADCT estabelecia que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Posteriormente, a EC nº 45/2004, acrescentou o § 4º, no art. 5º, da CF, dispondo que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Direito Penal do Inimigo sempre foi muito criticado pela doutrina, e não obstante as diversas críticas existentes sobre o tema, como por exemplo, de ser uma teoria que viola princípios constitucionais, dia a dia cresce o número de pessoas, leigos e estudiosos do Direito, que estão simpatizando com sua aplicação.

Alguns reflexos do Direito Penal do Inimigo podem ser percebidos em algumas de nossas leis e institutos, como por exemplo, a Lei de Crimes Hediondos, a Lei do Abate, a Lei de Combate às Organizações Criminosas e o Regime Disciplinar Diferenciado da Lei de execuções penais.

O ordenamento jurídico brasileiro é formado por normas que visam preservar as garantias fundamentais dos indivíduos, e devido a tal fato, prevalece o princípio da intervenção mínima de modo a frear arbitrariedades do Estado. Mesmo com o intuito de proteger e preservar liberdades, leis como as que veremos abaixo surgem e ferem de morte os princípios constitucionais garantistas.

Esse aparecimento se deve à crescente onda de crimes e ao fato de existir uma cobrança por parte da sociedade que é fiel à lei e cobra segurança do Poder Público, isso tudo com enorme colaboração da mídia que critica demasiadamente as leis penais e os Direitos humanos, fazendo com que o telespectador acredite e confie que uma legislação mais dura e com a criação de novos tipos penais, e leis que retirem algumas garantias processuais, a população estaria vivendo segura desses delinquentes.

Sem se aperceber que num país onde nem mesmo se sabe como ressocializar um condenado, a população cobra algo inútil, tendo em vista que, o problema é muito maior do que apenas a modificação e endurecimento da legislação, o problema ocorre devido às enormes desigualdades sociais do país, pois o país necessita de políticas criminais adequadas.

Como fórmula para se resolver o problema da criminalidade, apela-se ao Direito Penal em detrimento do enfrentamento do problema por meio de políticas públicas que estabeleçam onde está a sua raiz.

Disso resulta como se verá abaixo, legislações cada vez mais com esse viés de Direito Penal do Inimigo, com relativização de regras de imputação e princípios constitucionais.

5.1 Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)

A nossa Constituição Federal entrou em vigor em 5 de outubro de 1988 tendo trazido em seu texto mandados de criminalização expressos e implícitos, isto é, indicou matérias às quais o legislador infraconstitucional não teria a faculdade mas sim obrigação de legislar sobre.

Um dos exemplos desses mandados de criminalização explícito está no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal que manda o legislador infraconstitucional dar um tratamento penal muito mais duro para crimes classificados como hediondos e equiparados.

A Lei 8072/90, a Lei dos Crimes Hediondos, foi introduzida em nosso ordenamento jurídico proibindo em seu artigo 2º a liberdade provisória (proibição já revogada pela lei 11464/07), vedou o indulto e determinou o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Tal dispositivo já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, onde a Corte máxima do judiciário brasileiro permitiu até o apelo em liberdade de sentença condenatória mediante decisão fundamentada. (HC 82.959-7)

A Lei de Crimes Hediondos veio para atender um momento de pânico que setores da sociedade eram atingidos, e devido a onda de assassinatos e sequestros no Estado do rio de Janeiro. Para a população, era necessário o surgimento de leis mais rigorosas para o combate dos crimes hediondos e o Poder

Público através do Poder Legislativo publicou a lei com o objetivo de mostrar publicamente que dispunha de poder punitivo e que tal poder inibiria a violência.

Como ressalta Alberto Silva Franco (2007, p. 582):

A Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos seguimentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa idéia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança.

Evidentemente a Lei de Crimes Hediondos ao trazer dispositivos que vedam direitos como por exemplo ao proibir a anistia, graça e indulto ao criminoso, aumentando o tempo para progressão de regime, mostra tratamento penal mais duro, está tratando-o como inimigo.

5.2 Lei 10850/13 (Lei do Crime Organizado)

A Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, foi promulgada com a finalidade de repressão e controle das organizações criminosas que atentassem contra a sociedade e Estado, visando a punição dessas organizações, definidas na lei como quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. (artigo 1º)

Tal lei acabou por autorizar violações de sigilo protegidos pela Constituição Federal, como o acesso de dados dos participantes dessas organizações, proibiu a liberdade provisória com ou sem fiança e a possibilidade de apelar em liberdade, e também determinou o início de cumprimento da pena sempre em regime fechado.

Ao punir o crime de quadrilha ou bando como organização criminosa, o legislador tipificou o crime por seus atos preparatórios, isto é, passou-se a punir sem a necessidade da iniciação dos atos executórios para caracterização de um crime.

A lei 9034/95 restringiu direitos e garantias constitucionais como o direito ao sigilo, proibiu a liberdade provisória e o direito de apelar em liberdade.

A Lei 12.850/13 entrou em vigor no dia 19 de setembro de 2013 revogando a lei 9034/95, trazendo conceito para a organização criminosa:

“Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A nova legislação divergiu da Convenção de Palermo e da Lei 12.694/2012 no conceito de organização criminosa, lei que dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.

Assim como previa a Lei 9034/95, a Lei 12.850/2013, também deixa claro o desejo do legislador de restringir direitos e garantias fundamentais aos indivíduos que se encaixarem no conceito legal tendo em vista que é autorizada a utilização de meios excepcionais de persecução penal semelhantes a modelos de Estados autoritários.

5.3 Lei 9.614/98 (Lei do Abate)

O Decreto 5.144, em 16 de julho de 2004, que regulamentou o dispositivo do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565 de 19 de dezembro de 1986, no que se refere às aeronaves hostis e suspeitas de tráfico de entorpecentes e drogas afins, e posterior promulgação da Lei 9.614, de 05 de março de 1998, a famigerada “Lei de Abate” que possibilita a derrubada das aeronaves consideradas

hostis dentro do Território Brasileiro, mostramos uma vez mais a presença do Direito Penal do Inimigo no Brasil.

Pela Lei do Abate, qualquer desobediência a uma requisição de um pouso forçado para averiguação viabiliza a execução sumária do piloto e passageiros do avião suspeito de tráfico de drogas ou que possa causar perigo, em pleno tempo de paz mediante autorização do Presidente da República ou autoridade delegada por ele.

Claríssima presença do Direito Penal do Inimigo ao afrontar garantias constitucionais fundamentais previstas na Constituição Federal como o direito à vida, à liberdade, ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Exatamente como a teoria de Jakobs, na Lei do Abate há um adiantamento da punibilidade, onde aeronaves serão derrubadas quando hostis e não pousarem, mesmo que existam pessoas inocentes dentro. Não há nenhuma garantia, nenhum direito constitucional a passageiros e tripulantes. Está-se então prevista a execução sumária em tempo de paz.

Nos termos do art. 5º, XLVII, “a”, c/c art. 84, inciso XIX da Constituição Federal, está prevista a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada, única e exclusivamente nessa hipótese há permissivo constitucional. O que a Lei do Abate fez, foi extrapolar os limites ao permitir outra hipótese de pena de morte, suprimindo direitos e garantias fundamentais assim como a Teoria do Direito Penal do inimigo o faz.

5.4 Lei 10.792/03 (Regime Disciplinar Diferenciado)

A Lei nº 10792/03 entrou em vigor no Brasil no dia 1º de dezembro de 2003, alterando a Lei de Execuções Penais, lei nº 7210/84 ao introduzir o Regime Disciplinar Diferenciado, o RDD em seu bojo.

O RDD surgiu com a finalidade de disciplinar o comportamento carcerário de um determinado grupo de presos mediante isolamento por período

mais longo, com restrições ao contato com outros presos, evitando ainda a comunicação do preso com o mundo exterior.

Tal regime consistirá no recolhimento em cela individual com direito apenas a visitas de duas pessoas, no máximo (sem contar as crianças), por duas horas semanais e duas horas de banho de sol por dia, pelo prazo máximo de 360 dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada.

O Regime Disciplinar Diferenciado pode ser aplicado tanto para presos condenados como para os presos provisórios, bastando apenas a existência de fundadas suspeitas que liguem estes a alguma organização criminosa, além de outras hipóteses tratadas na Lei de Execução Penal em seu artigo 52:

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

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

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

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

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

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

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

A autorização para inclusão do preso no RDD dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa de acordo com o artigo 54, § 1.º, da Lei de Execuções Penais. Tal sanção disciplinar só pode ser aplicada por prévio e fundamentado

despacho do juiz competente (art. 54, caput) ouvido o Ministério Público e a defesa, devendo a decisão ser prolatada no prazo máximo de 15 dias. (art. 54, § 2.º)

Alguns doutrinadores afirmam que este instituto foi criado para garantir uma maior segurança aos estabelecimentos prisionais porque viabilizaria a defesa da ordem pública contra criminosos participantes de organizações criminosas que causam rebeliões e fugas, comandam atentados e crimes cometidos fora do estabelecimento prisional.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 151):

Exige-se, portanto, que o preso apresente alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal, no sentido de que sua permanência no regime comum possa ensejar a ocorrência de motins, rebeliões, lutas entre facções, subversão coletiva da ordem ou a prática de crimes no interior do estabelecimento em que se encontra ou no sistema prisional, ou então, que, mesmo preso, possa liderar ou concorrer para a prática de infrações penais no mundo exterior, por integrar quadrilha, bando ou organização criminosa. Por coerência, dada a natureza cautelar da medida, o alto risco mencionado no §1º deve estar presente também na hipótese regulada no §2º do art. 52.

Exige-se que o preso apresente alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal, no sentido de que possa praticar crimes de dentro do estabelecimento, liderando outros criminosos que estão fora do estabelecimento, que sua permanência fora do RDD deixe em risco os demais presos, e que existe grande probabilidade de motins e outros crimes dentro do próprio estabelecimento.

O que se nota é que esta sanção disciplinar foi estabelecida com o intuito de apenar aqueles presos, provisórios ou condenados, que venham a cometer crime doloso dentro do estabelecimento ou que ocasionem subversão da ordem ou disciplinas internas, punindo o indivíduo unicamente por sua periculosidade.

Ao dar esse tipo de tratamento ao preso, provisório ou condenado, o Regime Disciplinar Diferenciado está segregando o indivíduo sobre o qual recaia “fundadas suspeitas”, ou que traga “alto risco” para a ordem ou à segurança do estabelecimento.

O artigo 52, como se nota, traz conceitos muito abrangentes, imprecisos, que certamente podem levar a arbitrariedades pelo Estado pois fica a critério da autoridade administrativa, isto é, à direção do estabelecimento prisional fazer tal definição de forma subjetiva.

No RDD, princípios e garantias fundamentais previstos no nosso ordenamento jurídico são feridos de morte, como por exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana, o da humanidade das penas, o da individualização das penas e evidentemente trata-se de instituto que não ressocializa o preso.

Em um Estado Democrático de Direito, onde se lutou tanto para conquistar liberdades, não se pode admitir esse tipo de tratamento a um indivíduo, um tratamento de “não pessoa”, de “inimigo” como ocorre no Direito Penal de terceira velocidade, ou seja, no Direito Penal do Inimigo.

O Regime Disciplinar Diferenciado da Lei de Execuções penais é portanto, claro exemplo da presença do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

5.5 Direitos e Garantias fundamentais suprimidos ou restringidos pelo Direito Penal do inimigo

Diversos são os direitos e garantias fundamentais constitucionais restringidos e até mesmo suprimidos quando se fala em Direito Penal do Inimigo.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 8^o determina que as leis só devem prever as penas estritamente necessárias, e ao prever penas desproporcionais o Direito Penal do Inimigo fere esta garantias constitucional.

O Princípio da Intervenção Mínima que garante ao cidadão o direito de que o Direito Penal intervenha em seu direito de liberdade apenas para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes e mais caros para a sociedade, isto é, se algum outro ramo do ordenamento jurídico puder tutelar tal interesse ou bem jurídico, o

Direito Penal não deve intervir. O Direito Penal do Inimigo pune condutas até mesmo não criminosas e que sequer chegam ao início de execução apenas por já ter taxado o indivíduo de “inimigo”.

O cidadão tem direito a penas proporcionais, isto é, de acordo com o bem jurídico tutelado que foi violado a pena será maior ou menor. Na teoria do alemão Jakobs não há essa proporcionalidade para aplicação das penas, o inimigo será tratado e receberá penas desproporcionais pelo fato de ser quem é.

Ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por outra pessoa, mas na Lei do Abate podemos notar que tal direito é suprimido do indivíduo inocente ocupante da aeronave.

O Direito Penal do Inimigo pune pensamentos, ideias, ideologias sem que exista início de execução do crime. Há adiantamento da punibilidade, isto é, trata-se de um ordenamento jurídico prospectivo.

Ao cidadão de um Estado Democrático de Direito a vigência da norma é mantida, já no Direito Penal do Inimigo há preocupação em se combater perigos.

O Direito Penal do Inimigo ofende a Constituição Federal porque não trata o indivíduo como ser humano, e dele tira direitos e garantias que um outro indivíduo tem, ferindo assim o Princípio da Igualdade.

O inimigo não tem direito ao devido processo legal garantido no texto constitucional, assim, não terá como ser submetido a um processo penal previsto em lei e que lhe garante ampla defesa, onde deve ser ouvido, informado dos atos processuais, de ter acesso a um advogado, decisões motivadas etc.

Segundo Rogério Greco (2011, p. 29):

É claro que, por mais que sejamos esclarecidos, por mais que nos revoltamos com as cenas veiculadas pelos meios de comunicação, mostrando pessoas inocentes sendo mortas brutalmente pelos membros do exército iraquiano, até mesmo o soldado mais vil tem o direito de, ao ser preso, ver assegurados os seus direitos e garantias fundamentais.

Todas as pessoas sem quaisquer distinções devem ter assegurados direitos e garantias fundamentais independentemente do crime que tenha cometido

e de sua reincidência, pois o indivíduo deve manter um mínimo essencial de seus direitos, para que tenha respeitada sua dignidade.

5.6 Evidente incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito

Em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, que oferece um leque enorme de direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, que protegem os indivíduos, um Estado de Direito e democrático que tem como base estrutural o princípio da dignidade da pessoa humana, evidentemente que se mostra totalmente incompatível com esse modelo de Direito Penal máximo, do inimigo, da “não-pessoa”, esse Direito Penal do autor e não do fato, como preconizado por Jakobs.

Em nada combina com o nosso ordenamento jurídico esse Direito Penal que relativiza direitos, que pune antecipadamente o indivíduo, que o trata como ameaça ao Estado.

Estado Democrático de Direito deve sempre preservar e proteger todos os direitos e garantias conquistados ao longo dos tempos pelos cidadãos.

Os resquícios de Direito Penal do Inimigo que existem no nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, o RDD da Lei de Execuções Penais, bate de frente com direitos e garantias fundamentais e bem por isso, é tido como inconstitucional por muitos juristas ao violar o princípio constitucional da presunção de inocência, o direito à vida e o princípio da legalidade ao trazer expressões vagas como em seu artigo 50.

Não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito, normas que relativizem, flexibilizem ou deixem de aplicar ao cidadão os direitos e garantias fundamentais.

Há quem seja favorável à teoria do Direito Penal do Inimigo se manifestando no sentido de que são válidas as iniciativas do legislador no sentido de

fornecer à justiça instrumentos mais eficientes no combate ao crime. Para esses, não se pode deixar o Estado de mãos atadas frente a criminosos apenas para garantir seus direitos e garantias quando os direitos humanos dos cidadãos que não delinquem não foram protegidos. O fundamento dessa corrente doutrinária são os princípios da igualdade e da proporcionalidade, pois nada mais é do que tratar desigualmente os desiguais

Para quem defende a teoria de Jakobs, nenhum direito é absoluto, sendo necessário que se flexibilizem algumas garantias dos criminosos que oferecem maior perigo para a sociedade, pois a experiência comprova que alguns criminosos não podem mais ser regenerados ou ressocializados, afastando-se de maneira permanente do Direito e tendo violado o contrato social.

Não parece ser o pensamento correto acerca do tema em vista do fato de a Constituição Federal prever tantos princípios, direitos e garantias devido à fase trágica que o país viveu com inúmeros casos de tortura de inocentes, cerceamento de liberdades etc.

De acordo com Rogério Greco (2011, p. 29):

Não podemos afastar todas as nossas conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento do cidadão *versus* inimigo, pois que, não sendo possível conhecer o dia de amanhã, quem sabe algum louco chegue ao poder e diga que *inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo*, e lá estarei eu sendo preso, sem qualquer direito ou garantia, em troca de um argumento vazio e desumano.

De todo o exposto, depois de vistas as características do Direito Penal do Inimigo e as características de um país garantista como o nosso, pode-se concluir pela total incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o nosso ordenamento jurídico.

6 CONCLUSÃO

As características da sociedade moderna são fundamentais para que se consiga entender a evolução do Direito Penal, os rumos que tomou, as consequências e fins da sanção penal.

O Direito Penal moderno vem buscando metas que estão fora de seu alcance.

A ineficiência do Estado para executar políticas públicas básicas acentua os índices de criminalidade no país.

A falta de fiscalização pelo Estado e o modo como se faz a execução penal no país, ensejam a mitigação do Direito Penal clássico, com a adoção do Direito Penal de segunda velocidade, onde se substitui a pena de prisão por penas alternativas, o que leva a sociedade a questionar se o crime compensa.

A falta de confiança e o descrédito da população para com o Governo no que tange às políticas públicas para a segurança é tão grande que essa mesma população exige leis mais duras para os criminosos pouco importando se existe supressão de garantias fundamentais ou se o cidadão é punido antecipadamente ou tratado como inimigo do Estado. A sociedade quer segurança, o cidadão de bem está trancafiado em sua casa, enquanto a segurança pública é precária em termos preventivos e repressivos.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo surge para combater preponderantemente perigos, vez que o delinquente “não-cidadão” ou “inimigo” é o foco do perigo.

Esse Direito Penal que é também chamado de Direito Penal de terceira velocidade se caracteriza pela antecipação da pretensão punitiva estatal, na periculosidade do agente e na relativização e supressão de direitos e garantias asseguradas aos indivíduos.

Suprimindo direitos e garantias fundamentais, a Teoria de Günther Jakobs parece não ser o ideal para um Estado Democrático de Direito como o nosso.

A antecipação da punibilidade, a desproporcionalidade das penas, restrição de garantias penais e processuais, tratamento como inimigo, execução penal que não ressocializa, isso em nada evita o cometimento do crime.

O delinquente tem o direito de se reajustar com a sociedade, e para isso deve se manter e ser tratado como pessoa, respeitando-se assim o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentro do tema, existem fundamentos filosóficos, com sistematização de ideias da filosofia moderna e de um pensamento autoritário mais antigo. Por isso, pode-se dizer que da construção de Jakobs não se verifica muita novidade.

No Brasil o Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei do Abate só para ficarmos com dois exemplos, há um rompimento com o modelo garantista de nossa Constituição Federal que garante tratamento igualitário, humano, proporcional e o direito à vida pois são leis que têm características do Direito Penal do Inimigo.

Atualmente as leis passaram a ser feitas apenas para amenizar ânimos, apaziguar a sociedade em momentos de revolta, não dando a resposta que todos queriam, qual seja, o fim da violência. Esse modelo de Direito Penal de terceira velocidade que respinga em nosso país e que deveria em tese combater a criminalidade, tornou-se simbólico porque a criminalidade não se reduz dessa maneira.

Por fim, é importante que se diga que, o modelo penal que decorre do Direito Penal do Inimigo, além de ofender Direitos Humanos e a nossa Constituição Federal, ou seja, além de toda a incompatibilidade com o nosso ordenamento jurídico, não cumpre o seu objetivo primordial visto que, as leis que trazem suas características não têm reduzido a criminalidade.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. **Constituição e normatividade dos princípios: discursos e prefácios**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. ver. Atual. amp., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 63.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed., São Paulo: RT, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**/Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora RT. 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **El derecho penal del inimigo y la disolución del derecho penal**. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, n. 19, ano 1.2007. Disponível em: < <http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND>> Acesso em: 15 janeiro de 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- _____. **Crimes Hediondos: anotação sistemática à lei n. 8.072/90**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, out./2004.
- GOMES, Luiz Flávio. **Reação de Zaffaroni ao Direito penal do inimigo**. Salvador: Juspodivm, 10 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/reacao-zaffaroni-dp-luiz-flavio.pdf>> Acesso em 5 de janeiro de 2014.
- GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Ciências Criminais, nº 56. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 6. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

- JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo:Manole, 2003. V.1. Coleção Estudos de Direito Penal.
- JAKOBS, Günther. **La ciência del Derecho Panal ante lãs exigências Del presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Bogotá: Iniversidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de derecho Penal Y Filosofia Del derecho, 2000.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- MASSON, Cléber Rogério. **Direito penal esquematizado – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. v.2. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. **Ciência Penal: Coletânea de Estudos em homenagem a Alcides Munhoz Netto**. Curitiba: JM, 1999.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – Arts. 1º a 120**. Vol. 1 – 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** / José Afonso da Silva. 31. ed. ver. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed Rio de Janeiro: Revan, 2007.