

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE AO CÓDIGO PENAL E
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Amanda dos Santos Costa

Presidente Prudente

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FRENTE AO CÓDIGO PENAL E
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Amanda dos Santos Costa

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do
Prof. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Presidente Prudente

2017

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”

(Albert Einstein)

Dedico o presente trabalho à Deus, Senhor e Criador de todas as coisas, razão do meu viver. À minha querida e melhor mãe do mundo, pelas motivações diárias e palavras de encorajamento, assim como meus demais familiares, especialmente minha Avó. Também a Natália Siqueira, amiga de sala, de coração e de fé, pelo apoio e companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu excelente Orientador, pela dedicação, paciência, comprometimento e atenção, assim como esta Instituição de Ensino, pelo belo papel na sociedade, a qual transformou meu modo de ver o mundo, encorajando a buscar sempre mais e assim alcançar novos horizontes. Meus eternos e sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho apresenta um estudo referente a aplicação das teses e características do Direito Penal do Inimigo, criada pelo doutrinador alemão Günther Jakobs, quais sejam, o adiantamento da punibilidade do agente, sendo permitida a aplicação de pena ao indivíduo relativo a sua periculosidade, a desproporcionalidade das penas, sendo elas extremamente altas e também a relativização de certas garantias, pois perde seu caráter de cidadão. Para o presente trabalho, utilizamos os métodos indutivo, histórico, comparativo, concluindo com o dedutivo. Todas essas especificidades frente aos Princípios Constitucionais. Como o da Dignidade da Pessoa Humana, o qual deve ser sempre observado, assim como o da Relativização da Pena, determinando que os indivíduos não terão penais iguais por terem praticado o mesmo ato, mas levando em conta suas características próprias, o Princípio da Intervenção Mínima. Também há análise frente aos princípios da Presunção de Inocência e Humanidade do agente. Esses institutos basilares do nosso ordenamento jurídico serão visualizados em um paralelo as Leis, sendo elas a Lei dos Crimes Hediondos, a do Regime Disciplinar Diferenciado, a Lei do Crime Organizado, e as criada no ano passado, sendo a Lei Antiterrorismo e do Tráfico de Pessoas. Há também um breve estudo sobre as posições dos Tribunais, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, sobre tais pontos, onde em certos casos há a aplicação das teses de Jakobs, mas em outros um pleno afastamento da mesma. Um último ponto no respectivo trabalho são as posições existentes em nossa doutrina atual, sobre a possibilidade ou não da utilização do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento jurídico, baseando nas ideias de Rogério Greco, defensor de um Direito Penal do Equilíbrio, de Eugenio Raúl Zaffaroni, e dos demais que apoiam tal instituto, como Luis Gracia Martín e Fernando Capez, que o aplica em certa vertente. Concluimos com a busca da associação de um ao outro, sem que ambos se excluam e continuem causando divergências na sociedade e nos operadores do Direito, mas sim que haja um consenso, uma ponderação de ambos os lados em prol de um bem maior e comum, a sociedade como um todo.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo. Princípios Constitucionais. Crimes Hediondos. Regime Disciplinar Diferenciado. Organizações Criminosas. Lei antiterrorismo. Tráfico de Pessoas. Dignidade da Pessoa Humana. Individualização da Pena. Intervenção Mínima. Presunção da Inocência. Humanidade. Jurisprudências. Doutrina.

ABSTRACT

The present work presents a study on the application of theses and characteristics of the Criminal Law of the Enemy, created by the German doctrine Günther Jakobs, that is, the advance of the agent's punishment, being allowed the application of sentence to the individual relative to its dangerousness, the disproportionality of penalties, being extremely high and also the relativization of certain guarantees, since it loses its character of citizen. For the present work, we use the inductive, historical, comparative, concluding with deductive methods. All these specificities in front of the Constitutional Principles. Like the Dignity of the Human Person, which must always be observed, as well as that of Relativization of the Penalty, determining that individuals will not have equal penalties for having practiced the same act, but taking into account their own characteristics, the Principle of Intervention Minimum. There is also an analysis of the principles of the Presumption of Innocence and Humanity of the agent. These basic institutes of our legal system will be visualized in parallel with the Laws, such as the Law of the Heinous Crimes, the Differentiated Disciplinary Regime, the Organized Crime Law, and those created last year, the Anti-Terrorism Act and Trafficking in Persons. There is also a brief study on the positions of the Courts, such as the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, on such points, where in some cases there is the application of the theses of Jakobs, but in others a complete departure from it. A final point in the respective work are the existing positions in our current doctrine, on the possibility or otherwise of the use of the Criminal Law of the Enemy in our legal system, based on the ideas of Rogério Greco, defender of a Criminal Law of Equilibrium, Eugenio Raúl Zaffaroni, and the others who support such an institute, such as Luis Gracia Martín and Fernando Capez, who apply it to a certain extent. We conclude with the search for the association of one to the other, without both being excluded and continue to cause disagreements in the society and the operators of the Law, but rather that there is a consensus, a consideration of both sides for a greater and common good, society as a whole.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Constitutional Principles. Heinous Crimes. Differentiated Disciplinary Regime. Criminal Organizations. Anti-terrorism Law. Trafficking in Persons. Dignity of Human Person. Individualization of the Penalty. Minimum Intervention. Presumption of Innocence. Humanity. Jurisprudence. Doctrine.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	10
2.1 Surgimento	10
2.2 Velocidades do Direito Penal	12
2.2.1 Primeira velocidade	12
2.2.2 Segunda velocidade	13
2.2.3 Terceira velocidade	14
2.2.3.1 Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade.....	15
2.2.4 A quarta velocidade do Direito Penal	16
3 CONCEITO E ELEMENTOS	18
4 SIMBOLISMO E PUNITIVISMO NOS DIAS ATUAIS	21
4.1 Simbolismo.....	21
4.2 Punitivismo	22
5 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI BRASILEIRA	25
5.1 Crimes Hediondos – Lei 8.072/90	25
5.2 Regime Disciplinar Diferenciado – Lei 10.792/03.....	26
5.3 Crime Organizado – Lei 12.850/13.....	28
5.4 Lei Antiterrorismo – 13.260/16	30
5.5 Tráfico de Pessoas – Lei 13.344/16	31
6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	34
6.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	34
6.2 Princípio da Individualização da Pena.....	36
6.3 Princípio da Intervenção Mínima	38
6.4 Princípio da Presunção de Inocência	39
6.5 Princípio da Humanidade	41
7 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS ...	43
7.1 Posições Jurisprudenciais do STF	43
7.1.1 Contrárias.....	43
7.1.2 Favoráveis.....	45
7.2 Posicionamentos Jurisprudenciais do STJ	48
7.2.1 Contrárias.....	48
7.2.2 Favoráveis.....	50
8 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS	54
8.1 Doutrinadores Contrários	54

8.2 Doutrinadores Favoráveis	57
9 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, presenciamos uma sociedade que almeja por posicionamentos, respostas e atitudes eficazes em relação à criminalidade e aos próprios criminosos. Todos se indignam ao ver noticiários sobre crimes bárbaros, onde quem passa a estar preso na verdade é a sociedade, pelo receio de que algo trágico também aconteça com o indivíduo e sua família.

Buscando uma solução para isso, o alemão Günther Jakobs, na década de oitenta criou a tese do Direito Penal do Inimigo, revolucionando o modo de lidar com criminosos e como reagir a tais feitos, assim como quais serão suas consequências, pois utilizando direito penal tradicional não era mais viável, e, para a realização do presente trabalho o método utilizado será o Indutivo, pois partiremos do estudo do direito penal do inimigo, seguindo posteriormente àquilo que ele está este vem refletindo na sociedade atual. Utilizaremos outros métodos também, como o histórico, explicando o surgimento da tal teoria e as teses afirmadas por Jakobs, e, o método comparativo, analisando o direito penal do inimigo frente aos princípios constitucionais, finalizando então com o método dedutivo, onde partiremos do contexto encontrado atualmente, e chegando a uma conclusão particular.

Em sua obra, Jakobs diferencia dois tipos de pessoas, os cidadãos comuns, que vivem suas respectivas vidas normalmente, de acordo com a normalidade e legalidade, e os que se tornaram “inimigos” do Estado, por seus atos, onde não terão mais características de cidadãos, por terem cometido violações graves ao contrato social, não atendendo o que é imposto pelo Estado, agindo com uma personalidade que não se pode tratar mais como cidadão.

Em muitos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, onde houve a criação de diversas leis desde então, com fortes traços dessa teoria, citando como alguns dos tantos exemplos e também recente, a Lei Antiterrorismo (Lei 13.260/16) e a Lei do Tráfico de Pessoa (Lei 13.344/16), entre outras também mais antigas, como a Lei 10.792/03, do Regime Disciplinar Diferenciado, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e a Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13) onde todas buscam uma maior punibilidade, severidade e uma resposta imediata e eficaz ao crime praticado pelo não mais cidadão.

Mas essas leis terão um paralelo, sendo os Princípios Constitucionais, como o da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Individualização da Pena e

da Intervenção Mínima, da Presunção da Inocência e Princípio da Humanidade, onde permanecem protegendo os indivíduos contra os abusos do Estado.

A grande questão que abordaremos, será a que “Qual deve prevalecer? Os Princípios e garantias constitucionais e penais, ou as características de um Direito Penal do Inimigo? O que vale mais, a dignidade da pessoa ou uma lei feroz?

Tais indagações são feitas por que estes institutos são totalmente contrários, chocam-se diretamente, e será este o principal objeto do trabalho, qual seja, analisarmos qual devemos considerar e utilizar, propondo sempre uma ponderação de ambos os lados, uma relativização das duas vertentes que serão apresentadas, em prol de um bem maior, a sociedade.

2 ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Günther Jakobs, doutrinador alemão, criou a referida tese com a intenção de solucionar os problemas encontrados pela sociedade moderna, com os altos níveis de criminalidade, percebendo que o que existia até o momento não estava mais sendo suficiente, levando então a unir parte da Primeira Velocidade do Direito Penal e da Segunda, fazendo surgir assim uma Terceira Velocidade do direito penal, caracterizada pelo Direito Penal do Inimigo, sendo uma revolução ao que já estávamos habituados.

2.1 Surgimento

No mundo atual, presenciamos grandes desastres causados por indivíduos descontrolados, terroristas, sem compaixão, sempre enxergando apenas seu próprio eu e excluindo os demais, tomando como exemplo o atentado de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque às Torres Gêmeas, o de 11 de março de 2004 em Madrid, assim como também o de 07 de julho de 2005 em Londres, dentre tantos outros antigos e também recentes, como o caminhão que atropelou dezenas de pessoas em Nice, sul da França em julho do ano passado. Em meio a diversos ocorridos neste sentido, iniciamos uma fase de “combate ao inimigo” termo usado por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2008, p. 175) surgindo desse modo, uma legislação penal de emergência.

Este último, caracteriza-se, ainda nas palavras de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2008, p. 176), por, um reclamo da sociedade buscando uma reação à sensação de insegurança; adoção de sanções com regras diferentes das adotadas anteriormente, com relativização de princípios, como o da Legalidade e Intervenção Mínima, assim como também utilização de normas ambíguas, de perigo abstrato entre outras; e utilização de um Direito Penal simbólico.

Encontramos na obra de Manuel Cancio Meliá (2008, p. 55), com a terminologia de “expansão do Direito Penal”, as características dessa política criminal praticadas e utilizadas atualmente:

- 1) Hipertrofia legislativa irracional (caos normativo)
- 2) Instrumentalização do Direito Penal
- 3) Inoperatividade, seletividade e simbolismo

- 4) Excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo)
- 5) Descodificação
- 6) Desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias)
- 7) Prisionização (explosão carcerária)

Com isso, segundo o autor, as linhas “simbólicas” e “punitivistas”, constituem bases do Direito Penal do Inimigo, na qual trataremos a fundo em um próximo momento.

Na era da globalização, inclusive no âmbito penal, fundamenta-se alterações como por exemplo, não distinção entre coautor e partícipe; as causas justificantes do fato não podem ser somente alegadas, devendo ser comprovadas pelo autor, e, a acusação deverá provar apenas a tipicidade, não mais a culpabilidade e ilicitude; também a flexibilização das regras de imputação, mas oposto a isso, a restrição e até mesmo a eliminação de aspectos essenciais do Direito Penal, como por exemplo, a relativização dos princípios norteadores e garantidores.

Pode-se entender que o Direito Penal do Inimigo deriva diretamente do Direito Penal do Risco e também da sociedade do risco, em uma legislação que surge da emergência, na Terceira Velocidade do Direito Penal, onde sacrifica-se e relativiza-se garantias fundamentais do indivíduo na busca do combate total da criminalidade, assim como, com a criação de outros tipos penais mais severos, mesmo que em um primeiro momento apenas de forma simbólica, transmitindo a população sentimento de segurança e intensificação da penalidade.

Outro ponto relevante nessa teoria se funda em que o fato não mais é o único ponto importante, mas a partir deste momento, há um foco muito maior no indivíduo que o cometeu, e como será seu tratamento desde então, agora sendo considerado inimigo e violador do pacto social.

Dessa forma, em um mundo cada vez mais perigoso e ameaçador, a sociedade se mostra cada dia mais vulnerável, buscando soluções no Direito Penal, que está cada vez se afastando mais do modelo clássico, e adentrando no que Jakobs denominou por Direito Penal do Inimigo, proveniente da Terceira Velocidade do Direito Penal e da Sociedade do risco, conforme explicações abaixo.

2.2 Velocidades do Direito Penal

A denominação de Velocidades do Direito Penal decorre das transformações sofridas pelo Direito Penal no curso do tempo. Pela Teoria das Velocidades de Jesús-Maria Silva Sánchez, o Direito Penal é composto por dois tipos diferentes de ilícitos, sendo um os crimes que possuem como pena a privação da liberdade do indivíduo, e outro das infrações que comportam pena não privativas de liberdade, tendo meios diversos de efetivá-la, como descreve Carlos Eduardo Neves (2010, s.p), e tais já caracterizariam as duas primeiras velocidades, nas palavras de Manuel Cancio Meliá (2008, p. 68)

Assim, partindo dessa divisão, surgiu a Teoria das Velocidades do Direito Penal, demonstrando toda a evolução do Direito Penal no decorrer das décadas, e sendo necessária para entendermos o Direito Penal do Inimigo, que por sinal, trata-se da terceira velocidade abordada sequencialmente.

2.2.1 Primeira velocidade

Caracterizada pela grande observação das garantias fundamentais clássicas, com a aplicação do Direito Penal puro, onde vimos com ênfase, a aplicabilidade de penas privativas de liberdade, com suas características principais: pena de prisão utilizada como último meio, *ultima ratio*, e grande enfoque sob a aplicação das penas frente as garantias penas e processuais penais, como ensina Francisco Dirceu Barros (2015, s.p).

Assevera desse modo Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 230), que, a primeira pautada no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios político-criminais iluministas.

Nesse momento nota-se, como dito acima, o Direito Penal puro, com a aplicação das penas privativas de liberdade, mas baseando sempre nas garantias fundamentais do indivíduo que limitam o poder de coerção do Estado, e, o processo neste momento, é mais lento por que o decurso do tempo entre o fato e a punição deve ser observadas as garantias constitucionais e processuais do agente, como por exemplo, o devido processo legal, na ideia de Caíque Vinicius Castro Souza (2016, s.p).

Tal velocidade é a adotada pelo Brasil, no qual há em nosso ordenamento jurídico a utilização de penas privativas de liberdade, mas sempre pautando-se nas garantias constitucionais, e na maioria das vezes, pelo mesmo motivo, tornando o processo lento.

2.2.2 Segunda velocidade

Nesta velocidade, presenciamos a aplicação das penas não privativas de liberdade, onde há uma priorização por penas restritivas de direitos e multa, mas podendo também nesse caso, ser afastadas certa garantias penais e processuais.

Caracterizada por ser um processo mais célere, comparado ao da primeira velocidade, onde somente em último caso recorre a pena de prisão; mas há algumas relativizações desses direitos, de princípios protetores e das garantias. Mas ao fim, utiliza na maioria das vezes, pena de não restrição da liberdade do sujeito, fase essa chamada de “não prisão”, como se nota no texto de Alex Pacheco Magalhães (2014, s.p). De tal modo, quando ao caso couber pena de prisão, as garantias e princípios serão cuidadosamente mantidos, mas, se for o caso de pena restritivas de direitos, relativizará os mesmos, para que a pena possa ser não privativa de liberdade. Ou seja, pena grave, garantias são mantidas, pena branda, princípios relativizados.

Um exemplo claro dessa velocidade são os Juizados Especiais Criminais, presente na Lei 9.099 de 1995, tendo preferência as penas não privativas de liberdade mas havendo também a relativização das garantias, tais como, o contraditório, o Devido Processo Legal e Ampla Defesa, de acordo com Francisco Dirceu Barros (2015, s.p). Outro exemplo é a Lei de Drogas, em seu artigo 28, onde não se aplica pena privativa de liberdade no caso de, a droga ser destinada ao uso pessoal, ocorrendo a despenalização, na ideia de Alex Pacheco Magalhães (2014, s.p).

Como diz Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 230) a segunda contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade, pecuniárias ou restritivas de direito.

Portanto, neste momento relativizamos as garantias processuais, penais, e também os princípios orientadores destes, mas conclui-se por não aplicar

as penas privativas de liberdades, utilizando em seu lugar uma alternativa, podendo ser por exemplo a restritiva de direitos.

2.2.3 Terceira velocidade

Nota-se nessa ocasião uma mescla entre as duas velocidades mencionadas acima, denominada por “velocidade híbrida, mista”, como especifica Cícero José Franzen Junior (s.a, s.p), pois vemos o retorno da plena utilização das penas privativas de liberdade, presente na primeira velocidade, mas também a relativização de garantias e princípios penais e processuais, típicos na segunda velocidade, segundo o mesmo.

Tal velocidade foi fortemente criticada, e praticamente não há quem a defenda, sendo considerada até um “Direito Penal de Guerra”, por que a punição neste momento é destinada ao autor, e não ao fato criminoso, pois o critério utilizado é a periculosidade, e não somente o efeito, na ideia de Cícero José Franzen Junior (s.a, s.p).

Na presente velocidade, há um exagero na proteção da sociedade frente ao criminoso, com penas altas, de longa duração, entre outras características. Essa punição radical, grave e excessiva teve ainda mais aplicabilidade com a ocorrência de numerosos ataques terroristas no mundo, no qual alguns países utilizaram eficazmente dessa teoria, e em casos que, a violação dos direitos fora demasiado, a ponto de privar o indivíduo da própria vida e direito de viver livremente.

Todas as características dessa velocidade se fundam na sociedade do risco, na legislação de emergência, nos efeitos que a mídia causa nas pessoas, e os meios que são utilizados para conter e dar uma resposta à sociedade, de modo explicado por Cícero José Franzen Junior (s.a, s.p), utilizando do simbolismo e punitivismo, discorridos logo abaixo, pois não há uma resolução dos conflitos de formas diversas, com isso, sendo o Direito Penal responsável por dar uma solução e punição.

2.2.3.1 Direito Penal do Inimigo como terceira velocidade

Surge nessa velocidade a teoria de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, trazendo consigo suas fortes características relatadas anteriormente, como, antecipação da punibilidade do indivíduo, as penas previstas para tais inimigos são desproporcionalmente altas, e a relativização de certas garantias, podendo até suprimi-las. Surge então a separação entre “inimigos”, estes que violaram as regras do contrato social e oferece risco aos demais, e os cidadãos, que ainda assim são denominados pessoas comuns.

A grosso modo podemos afirmar que, nessa fase, a punição é aplicada pelo o que o autor do fato representa, os riscos por ele oferecido, e não apenas em relação ao ato praticado.

Um bom exemplo dessa terceira velocidade presenciada pelo Brasil, e que veremos posteriormente no presente trabalho, é a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), na qual aumentou drasticamente a pena para determinados crimes, tentando retirar determinadas garantias, como também estabeleceu o cumprimento de pena de forma integral no regime fechado. Outro caso de pleno uso deste instituto é o Regime Disciplinar Diferenciado, mencionados por Alex Pacheco Magalhães (s.a, s.p).

Em menção feita por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 230) afirma que:

[...] já a terceira velocidade, representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com uma ampla relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de “Direito Penal do Inimigo”.

Descreve ele ainda que há sim uma aplicação deste instituto, mesmo que incompatível com nosso ordenamento jurídico (2011, p. 231):

No entanto, fica difícil aceitar que direitos e garantias não tenham sido flexibilizados, quando se sabe que, na prática, a própria tipificação dos crimes foi modificada [...]. Fica mais difícil, ainda, quando se constata que o próprio sistema legal criou a possibilidade de imposição de penas restritivas de direito sem prévio contraditório e exercício da ampla defesa e, enfim, sem o devido processo legal.

Em tese, tal velocidade ficou marcada pela teoria do Direito Penal do Inimigo, e suas características significativas, evoluindo-as cada vez mais e sempre causando grande polêmica doutrinária, mesmo sendo oposta ao que prevê nossa Constituição Federal, tendo aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

2.2.4 A quarta velocidade do Direito Penal

A quarta velocidade do Direito Penal é um assunto inédito para muitos doutrinadores e estudiosos do direito, e está intimamente vinculado ao seu âmbito Internacional.

Aqueles que foram grandes líderes ou chefes de Estado e, em seu governo violaram de forma drástica os Tratados de Direitos Humanos e sua respectiva tutela, será punido pelo Direito Internacional, como explana Alex Pacheco Magalhães (s.a, s.p). Podemos citar a título de exemplo, indivíduos como Adolf Hitler, nazista alemão, um dos causadores da Segunda Guerra Mundial e o grande ensejador do Holocausto, sendo responsável por Genocídio, como também Saddam Hussein, tendo ligações com a Al Qaeda, e o porte de armas de destruição em massa, dentre muitos outros que causaram um estrondo em seus governados com graves ditaduras.

Nos exemplos acima, o órgão competente para julgá-los seria o TPI, Tribunal Penal Internacional, criado em 1998, mas atuante no Brasil somente após o Decreto nº 4.388 de setembro de 2002, com a finalidade de julgar crimes quem lesam a humanidade, como o genocídio, os crimes de guerra, crimes de agressão, referente à violações da Convenção da ONU, assim como exemplificado no texto de Alex Pacheco Magalhães (s.a, s.p). Vemos que há uma forte relativização dos direitos e garantias dos réus, por seus atos atentarem contra números imensuráveis da sociedade.

Com as quatro velocidades presenciadas pelo Direito Penal, é claro que no decorrer dos tempos, as garantias e princípios penais e processuais penais vem sendo relativizados, onde na primeira eram fortemente aplicados, já na terceira e quarta velocidades, houve menor incidência e observação destes. Podemos supor tais mudanças pelo motivo de a sociedade estar cada vez mais desenvolvida, e desse modo sendo possível uma punição baseada em maiores níveis de comprovação e certeza, em comparação com os tempos antigos, e desse modo permitindo uma punição mais severa àqueles que devidamente comprovado cometeram crime cruéis

contra o próximo ou contra a sociedade num geral. Com essa evolução, podemos atribuir parte desses acontecimentos também aos efeitos da mídia, que, conforme se desenvolve, prestando informações ao vivo e com opinião própria, gera na população sensação de insegurança, deixando todos temerosos, para que cobrem do governo soluções rápidas e severas aos infratores, incluindo dentre estes moldes, penas graves e diminuição das garantias, como forma de punição pelo que fez.

3 CONCEITO E ELEMENTOS

Günther Jakobs, um dos grandes respeitados e conseqüentemente polêmico jurista da atualidade, sempre pautou-se em Luhmann, Kant, Hobbes, Bobbio entre outros, de modo que ensina Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 181) e assim construiu sua teoria, apresentando-a pela primeira vez, em um seminário de Direito Penal, em Frankfurt, no ano de 1985, em que não ocasionou grande publicidade, mas voltou a expô-la no ano de 1999, em uma palestra na Conferência do Milênio em Berlim. Há quem interprete que, a primeira explanação da teoria de Jakobs seria de maior abrangência, já a segunda um tanto quanto limitada em relação a primeira, ressaltando os pontos mais relevantes, levantamento este feito por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 182) e, constata-se também que Jakobs não foi o primeiro a utilizar tais teses e fundamentos, o termo abordado não seria total novidade, mas buscou diferenciar e distanciar sua teoria da inspiração iluminista, distinguindo um Direito Penal do Cidadão e do Inimigo.

Jakobs então começa por diferenciar os inimigos dos cidadãos, conforme observa-se abaixo (2008, p. 30):

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

Afirma em seu título (2008, p. 30) que o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo combate perigos, deixando de ser uma reação da sociedade contra o fato criminoso, e se tornando imediata contra um inimigo. A conceituação de tal tese funda-se especialmente na distinção do cidadão e do inimigo.

Notamos que o Estado não combate seus cidadãos, mas sim os inimigos, estes que violaram o contrato social e não merecem ser tratados como tais, pois com isso manteria em estado de vulnerabilidade os demais. Nesse sentido, afirma:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal, por isso não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança, mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS, 2008, p. 49)

Jakobs em outra menção descrita na obra de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 192) afirma que, além da certeza de que ninguém tem o direito de matar, deve haver na verdade um alto grau de probabilidade que ninguém irá matar. Explana ele que não apenas a norma precisa de um fundamento cognitivo, como também o indivíduo, onde aquela que pretende ser tratada como pessoa deve oferecer uma certa garantia cognitiva que se comportará como tal.

Quando isso não acontece, não havendo a garantia ou sendo ela negada, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade frente à conduta e passa a ser uma reação contra o adversário. Desse modo, demonstra Jakobs (2008, p. 45):

Só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.

Com base nesse estudo, Alexandre Rocha Almeida de Moraes, conclui (2011, p. 191):

Eis que sem um mínimo de cognição, a sociedade constituída juridicamente não funciona; ou mais precisamente, não somente a norma, mas a pessoa também necessita de um cimento cognitivo. Inexistindo essa garantia ou se ela é expressamente negada, o Direito Penal passa, de uma reação da sociedade ante o crime de um de seus membros, a uma reação contra o inimigo.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 195) aborda a ideia de Sanchez, baseado na teoria de Jakobs:

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 afronta-lô fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza das penas.

Ressalta Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 142) dizendo que Jakobs afirma sempre que, não se pode utilizar de meios exagerados e desnecessários, pois a defesa necessária só pode ser uma reação contra agressão atual, mas, no Direito Penal do Inimigo, se defende também frente as agressões futuras, sendo de certa forma contraditório.

Tomando por base a ideia de Jakobs (2008, p. 67) o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: o primeiro sendo um forte adiantamento da punibilidade, onde o fato futuro passa a ser tão relevante quanto o acontecido. Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas. E em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou até mesmo suprimidas, de modo que veremos os casos mais ocorrentes no curso do presente trabalho.

Portanto, concluímos que segundo o autor, certas pessoas perdem o caráter de cidadão, devido a atos cometidos ou pretendidos (que no último caso servirá como obstáculo, barreira protetora para que o indivíduo não cometa o que vem planejando), onde será relativizada suas garantias penais e até mesmo constitucionais, pelo motivo de agora não mais ser um cidadão, mas sim um inimigo do Estado, podendo ser utilizados diversos meios para a efetiva proteção da sociedade contra este inimigo, mas sem exageros e meios desnecessários, visando sempre que possa haver futuramente um acordo de paz.

4 SIMBOLISMO E PUNITIVISMO NOS DIAS ATUAIS

Os dois institutos que abordaremos neste capítulo baseiam o Direito Penal do Inimigo, decorrente este da expansão do Direito Penal de emergência, onde basicamente se criam leis tomando como fundamento um caso específico, e sob a pressão social em punir o autor, da forma que veremos a seguir.

4.1 Simbolismo

Em uma interpretação da palavra “símbolo”, significa figura ou imagem que representa à vista tudo que é puramente abstrato (Dicionário do Aurélio Online).

Os símbolos representam algo que desejamos expressar, que ainda não fazem parte do mundo fático, sendo puramente abstrato, como diz a própria definição, podendo ser ideias, sentimentos, desejos, emoções, dentre tantas outras coisas que o ser humano deseja expor de si.

Em relação ao abordado, Alexandre Rocha Almeida de Moraes sintetiza (2011, p. 254):

Portanto, como alerta Alfen da Silva, é inegável que por vezes o Direito Penal tenha assumido a exclusiva posição de instrumento de prevenção, recebendo uma função meramente simbólica, que leva a uma dogmática típica do “Direito Penal do Inimigo”.

Podemos dizer então, que o simbolismo utiliza do medo da sociedade, da sensação de insegurança para a criação das leis, concedendo à população o que elas querem ver e ouvir, criando falsa sensação de segurança, de que seus clamores foram ouvidos, e que da maneira como será a partir de então, tudo funcionará. Mas nada passa de uma singela ilusão, por que na verdade o que foi criado muitas vezes não serve para combater nem mesmo reduzir a criminalidade, a violência atual e iminente. Criam-se novos tipos penais, com a mitigação de direitos e princípios de proteção inerentes ao agente causador do fato, como explica Érika A. Miguel (2013, s.p).

Também utilizam-se do aumento da pena para o tipo penal ocorrido, entre outras formas, mas o que a população não vê é que o meio utilizado, muitas vezes não chega nem perto do que seria o apropriado para o caso, que o que buscam

com as modificações e somente dar um “cala-boca”, na esdruxula expressão da linguagem, à sociedade que tanto desejava que algo fosse feito.

Pode-se atribuir grande parte desse “mérito” à mídia, que acaba por construir o pensamento da sociedade com notícias aumentadas, voltadas ao que não realmente aconteceu, embutindo nas informações ideias que formam a opinião pública. Como vemos claramente, os jornalistas, ou os responsáveis pela distribuição da notícia muitas vezes floream a realidade, acrescentam o que não existe, exibem a mais ou a menos do que ocorreu, e, é obvio que assim, com os níveis elevados de choque, de dramatização, encenação, de duplo sentido, aquele que assisti tudo em sua casa ficará aterrorizado com o que está acontecendo do lado de fora, sentindo-se ameaçado, desprotegido, desamparado.

É assim então que se inicia a cobrança sob o Estado da população amedrontada pelo que a mídia os apresenta, praticamente todos os dias.

4.2 Punitivismo

Ao tomarmos como base o afirmado acima, constataremos que o punitivismo nada mais é que uma consequência lógica advinda do simbolismo penal, descrito assim por Manuel Cancio Meliá (2008, p. 65).

Isso por que, conforme dito anteriormente, o simbolismo é resultado do clamor social, um meio de dar a população e sensação de segurança, e tal sensação é atingida quando há medidas objetivadas a punir severamente criminosos de alta gravidade, que tiveram seus fatos anunciados pela mídia, e também para os posteriores destes, que praticarem as mesmas condutas,

Assim, o meios utilizados estão sendo cada vez mais drásticos, por exemplo, aumento da pena para crimes já previstos, enrijecimento do modo de cumprimento de pena, criação de tipos penais não existentes relativos ao ocorrido, dentre outros que, expressamente inconstitucionais por força da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, ainda tem a capacidade de entrar em pauta, como prisão perpétua e de morte, mas que obviamente não vingarão.

Vemos cada vez mais o princípio da “*ultima ratio*” ser restringido, e o Direito Penal ser utilizado como objeto principal para situações que poderiam ser solucionadas por outros meios do Direito, da forma que explica Érika A. Miguel (2013, s.p).

Alguns exemplos de legislações que decorreram desse fenômeno, é a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). A mesma previa como inafiançáveis o tráfico de drogas, o estupro, a tortura, o latrocínio e genocídio, entre outros. A Lei de Drogas, que o legislador sem dúvidas buscou abranger um maior número de condutas, especificando 18, em seu artigo 33 (Lei 11.343/06), conforme destaca Érika A. Miguel (2013, s.p).

Outro exemplo foram as seguidas rebeliões no estado de São Paulo, sendo considerada uma das maiores até hoje a ocorrida na cidade de Taubaté, que ensejou a colocação em prática do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e também de outras medidas.

Manuel Cancio Meliá (2008, p. 64-65) discorre sobre tais incidências como nota-se a seguir:

[...] por exemplo, quando se introduz uma legislação radicalmente punitivista em matéria de drogas, isso tem uma imediata incidência nas estatísticas da persecução criminal (isto é, não se trata de normas meramente simbólicas, de acordo com o entendimento habitual) e, apesar disso, é evidente que um elemento essencial na motivação do legislador, na hora de aprovar essa legislação, está nos efeitos simbólicos, obtidos mediante sua mera promulgação. E ao contrário, também parece que, normas que em princípio poderia ser catalogadas de meramente simbólicas, possam ensejar um processo penal real.

Concluimos então que, quando ocorre um fato de proporção midiática, que choca a população e a aterroriza, a sociedade inicia uma busca pela justiça, que inconscientemente, ou as vezes até mesmo de forma voluntária, deseja que o criminoso sofra, seja humilhado e mal tratado, como forma de punição, criando assim um sentimento de justiça feita. Entendem muitas vezes, que a “vingança” contra os autores de delitos é a forma apropriada de se fazer a justiça, mas se esquecem ou não querem perceber e reconhecer que nem sempre essa não é a melhor forma.

Exemplo disso são os casos mencionados acima, onde vemos que, o fato ocorre, a mídia fica alvoroçada, a população indignada, e em sequência surge a lei prevendo um enrijecimento da pena, da forma de punição, criação de um tipo não existente, tudo baseado no fato que aconteceu a pouco, para atender o anseio da sociedade, que não suporta ver o acusado sair ileso do processo.

O que deveria realmente acontecer, era propor uma avaliação geral do caso concreto, nas circunstâncias que se encontram atualmente, e o que se busca pela população, e a partir disso, formular qual seria a melhor forma de punição para

determinado crime e as alterações que serão feitas. Mas não é isso que vemos, pois vemos a mídia ficar sobreposta, querendo respostas imediatas, provocando a população a cobrar medidas, e assim, o legislador às pressas sanciona leis furadas, faltando partes, não especificando tudo que deveria, para que até o próximo caso, que será novamente aditada.

5 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI BRASILEIRA

Com o avanço diário da criminalidade no Brasil, acabamos por ver claramente o minimalismo do Direito Penal ser deixado de lado, frente aos apelos da sociedade por ações imediatas e eficazes, que visam proporcionar um estado de segurança, onde desejam que criminosos sejam devidamente punidos, habitualmente com penas privativas de liberdade.

Este fato acontece também por força da mídia, a qual vincula muitos pensamentos, que com a apresentação de certo crime bárbaro, a sociedade toda se indigna, colocando Os Poderes contra a parede para que tome providências imediatas, que normalmente, mas nem sempre, são o que dizemos de punitivismo e simbolismo, com o Estado criando determinada lei mas apenas para dar a sociedade um sentimento de dever cumprido, conforme tratado no tópico antecedente.

Portanto, é visto no Brasil e citaremos no presente trabalho algumas dessas leis que foram criadas com a aplicação do Direito Penal do Inimigo, com a intenção de punir devidamente os que violaram o contrato social, e merecem uma pena com maior rigidez.

5.1 Crimes Hediondos – Lei 8.072/90

Na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, em seu artigo 5º inciso XLIII, dispõe que:

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

Criada em 25 de Julho de 1990, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), período em que o Rio de Janeiro passava por um forte período de criminalização, principalmente pela ocorrência de sequestros, onde novamente se fazia necessário um agir rápido do Estado para conter a ocorrência excessiva destes delitos.

Em seu 2º artigo, a lei descreve que, os crimes contidos no artigo 1º e os equiparados, são insuscetíveis de anistia, graça e indulto. Também determinou no parágrafo 1º do artigo 2º que tais crimes comportariam regimes inicialmente fechado,

e sobre este dispositivo houve o Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, este que o Supremo Tribunal Federal declarou como inconstitucional, mas a maioria dos doutrinadores afirmam não haver efeito vinculante, por que o objetivo era exatamente apresentar um tratamento mais rigoroso.

Nela houve também um aumento do tempo permitido para prisão temporária, onde pela Lei 7.960/89, o período é de 5 dias prorrogáveis pelo mesmo tanto, mas aos que tem sua prisão decretada por crime hediondo, o período é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30. Um aumento com grande relevância.

Em relação a esta Lei, no que tange a sua inconstitucionalidade, não há muito o que especular, pois foi o próprio legislador constitucional que a determinou.

Utilizamos como exemplo, o cumprimento integral da pena em regime fechado, que não viola o princípio da individualização da pena, pois do mesmo modo que o legislador constitucional tem poderes para especificar as hipóteses de progressão da pena, também possui discricionariedade para definir os casos em que ela não existirá e não será aplicada, como no caso dos Crimes Hediondos.

Vemos então a utilização do Direito Penal do Inimigo como meio de enrijecer as penas privativas de liberdade, e diminuindo a possibilidade de atos benéficos ao agente.

5.2 Regime Disciplinar Diferenciado – Lei 10.792/03

Tal instrumento fora instituído pela Lei 10.792, de 2003, que consta também no artigo 52 da Lei de Execuções Penais (Lei 7. 210 de 1984), determinando o artigo que:

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 [...]

Ou seja, ele será cabível em casos que o crime for classificado como doloso e que constitua falta grave, ensejando prejudicar a ordem ou disciplina interna do presídio, cabendo ao preso provisório ou ao já condenado, que não terão prejuízos da ação penal.

Suas características estão abordadas nos incisos do próprio artigo 52 da Lei de Execuções Penais:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual

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

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

No parágrafo 1º do referido artigo, afirma que tal medida pode ser aplicada a presos provisórios ou já mesmo condenado, que apresentem elevado risco ou perigo à ordem do estabelecimento penal, assim como também da sociedade. Já no parágrafo 2º determina que o RDD também será aplicado para casos em que haja motivada suspeita do preso ou condenado estar envolvido ou participando de qualquer que seja, organização criminosa, quadrilha ou bando, conforme abaixo:

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

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

Em uma análise realizada frente ao Direito Penal do Inimigo, podemos dar início no caput do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, que se utiliza do termo "subversão da ordem ou disciplina interna", onde tal expressão é abrangente, não específica, que aborda diversas áreas sem uma definição precisa. Ocorre que, o Estado estará punindo o indivíduo por uma coisa incerta e indeterminada, que não é passível de argumentação por ser extremamente amplo, caracterizando um excessivo poder de punição do Estado, com normas mais rígidas e diminuição das garantias, como se pode observar, a não utilização do Princípio da Legalidade, o massacre dos Princípios da Humanidade e Individualização das Penas, Dignidade da Pessoa Humana, entre outros.

Outra expressão vaga contida nesse texto legal é “alto risco para a ordem ou segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”. Esses termos sem clara definição acabam por provocar um grande risco de consequências irreversíveis ao agente, que será prejudicado e punido por algo sem previsão específica. Como consequência também há a difícil interpretação desses textos de lei, ficando vinculadas apenas aos operadores do Direito, capacitados para interpreta-las, sendo algo nada admirável, pois as Leis são de todos e para todos.

Destaca-se que, outra forte influência do Direito Penal do Inimigo na lei em estudo, onde o indivíduo será punido pela sua periculosidade, pelo risco que ele oferece ao sistema carcerário, assim como também à sociedade, e não pelo fato por ele cometido, conforme dito nos tópicos acima, sendo uma forte característica da tese de Jakobs, o Direito Penal do Autor e Direito Penal do Risco, onde estes indivíduos não oferecem as garantias necessárias de um comportamento de cidadão, mas característico do inimigo.

Há quem sustente a ideia de que nem tudo nesse ponto trata-se de Direito Penal do Inimigo, pois encaram como uma medida necessária à punição dos detentos que envolvam-se à grupos criminosos, onde também a jurisprudência muitas vezes tem visto tal assunto com cunho exclusivamente acadêmico e/ou doutrinário.

Concluimos então que, em uma comparação feita ao Direito Penal do Inimigo, o Regime Disciplinar Diferenciado é uma com fortes traços da aplicação deste instituto, sob críticas de ser um retrocesso do próprio Direito Penal, que com o tempo presou-se tanto pelos direitos do homem, mas que agora é capaz de colocá-los totalmente de lado, utilizando-se apenas do Direito Penal de terceira velocidade, do “Inimigo”.

5.3 Crime Organizado – Lei 12.850/13

As organizações criminosas são um grande mal da atualidade, pois o Estado se depara com grupos extremamente fortes, com a mesma organização e capacidade, as vezes até maior, onde seu grande inimigo é o próprio Estado e sua ordem.

Essas organizações possuem regras próprias, onde com base nelas praticam diversos delitos, como o tráfico, furtos, roubos e homicídios, para dessa forma levantar meios de se manterem economicamente.

Exemplos desses grupos são o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV), sendo o primeiro atuante majoritariamente no estado de São Paulo e o segundo no Rio de Janeiro. Seus líderes são indivíduos de extrema periculosidade, onde um deles já esteve submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), em presídio da nossa região, mas antes de tal transferência acontecer, provocou um reboiço nos presídios de todo o estado de São Paulo, onde de dentro de um deles, comandava as rebeliões nos demais.

A definição de quadrilha ou bando no Código Penal é definida no artigo 288 “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”.

Mas foi a Lei 12.694 de 24 de julho de 2012 que nos trouxe em seu artigo 2º o conceito correto de Organizações Criminosas para fins penais:

Art. 2. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) 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 crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Também há procedimentos específicos utilizados na produção de provas nestes casos, determinada pela Lei 9.034 de 1995, sendo a possibilidade da ação controlada, descrita em seu artigo 2º inciso II:

II - A ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Essa disposição permitiu uma discricionariedade bem maior aos agentes policiais, onde podem retardar seus atos, como por exemplo o estado de flagrância, para que assim, haja maior eficácia nas investigações e coleta de informações, descoberta de mais indivíduos envolvidos no crime, entre outras.

No inciso 5º da referida lei, prevê a possibilidade de agentes policiais se infiltrarem nessas organizações com o intuito de coleta de provas.

Foi criada a Lei 12.694 de 2012 especificando sobre o processo e julgamento colegiado em primeira instância. Nela o juiz pode solicitar a formação de um colegiado para atos do processo, como concessão de liberdade provisória,

transferência de preso, sentenças entre outras. Há a possibilidade por meio dessa lei de ser reforçada a segurança dos prédios da justiça, assim como solicitar medidas protetivas para si e seus familiares. Tudo visando a proteção dos magistrados e promotores de justiça que atuam nos casos, onde são ameaçados constantemente pelos membros e líderes dessas organizações, havendo diversos homicídios de juízes que prolataram sentenças contra chefes das facções em decorrência disso foram assassinados.

Sintetizando, observamos na lei que houve a intenção de conter os atos dessas organizações criminosas, permitindo a possibilidade da ação controlada, de interceptação telefônica, abertura de sigilo bancário, proibindo também a liberdade provisória com ou sem fiança, e restringindo os casos de apelação em liberdade, onde também determinou o início de cumprimento de pena em regime fechado, onde todos estes atos vão de contra as garantias constitucionais da pessoa humana.

5.4 Lei Antiterrorismo – 13.260/16

A Lei antiterrorismo, criada sob o comando da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º inciso XLIII, assim como também criou a Lei dos Crimes Hediondos, dispendo:

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

Seu grande reflexo do Direito Penal do Inimigo é exatamente a antecipação da tutela penal, que divide opiniões de doutrinadores e a grande iniciativa foi possibilitar a punição da tentativa antes mesmo da realização do verbo núcleo do tipo penal. Sobre ela, há quem diga que atenta gravemente contra o ordenamento, sendo a aplicação da pena proposta pelo Direito Penal do Inimigo. Já outros defendem ser mais do que necessária nos dias de hoje, e em relação a estes crimes, deve sim ser aplicada punição rígida, decorrente da quantidade de pessoas que são atingidas nesses crimes, onde necessitam de uma punição da mesma proporção.

Em seu artigo 2º parágrafo 1º inciso I, permite a punição daquele que porta explosivos e/ou materiais que são capazes de destruição em massa, sendo uma

típica conduta preparatória. O artigo 3º visa punir quem constitui organização terrorista.

No artigo 5, a lei determina que realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito, e com pena correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. Então observa-se que na forma comum, o agente é punido baseando-se na pena do crime consumado, mas com a redução de um a dois terços, por meio do artigo 14º inciso 2º do Código Penal.

O artigo 6º pune quem mantém valores destinados a planejar e preparar atos terroristas. No artigo 12º permite o juiz agir de ofício na fase investigatória.

Concluimos que o maior enfoque dessa Lei se deu na antecipação da punição, iniciando desde os atos preparatórios para o crime, baseando-se nas teses de Jakobs, mas com a intenção de não permitir que o ordenamento jurídico e o poder estatal sejam atingidos. Com isso, recorrem as penas mais rígidas, e no caso as antecipa para que a sociedade não se sinta vulnerável as ações destes grupos com propósitos de ataques terroristas.

5.5 Tráfico de Pessoas – Lei 13.344/16

A recente lei de número 13.344 de 07 de outubro de 2016, trata do tráfico interno e internacional de pessoas, por força de seu artigo 13º e 16º alterou o Código de Processo Penal, inserindo o artigo 149-A, que carrega a nomenclatura de “tráfico de pessoas”, revogando de forma expressa os artigos 231 e 231-A do Código Penal, tais responsáveis por especificar anteriormente esta matéria. A alteração abordada caracteriza um enquadramento da lei brasileira ao Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas (Protocolo de Palermo), que nosso país é signatário, como vemos abaixo, em seu artigo 3, alínea “a”:

Art. 3 - “a”. A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

É de visível percepção que o novo artigo 149-A, presente no Código Penal, trouxe em seu texto legal as exatas recomendações deste Protocolo:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

A primeira constatação que podemos fazer é a abrangência do novo tipo penal, pois anteriormente era apenas tratada como exploração sexual nos artigos 231 e 231-A, e neste momento, o caput do artigo 149-A traz exatas 8 condutas, sendo o chamado “crime de ação múltipla”. Estão agora abordadas nesses crime, além dos casos mencionados acima, o trabalho ou serviço forçado, servidão ou remoção de órgãos, escravatura ou algo do gênero.

Houve um aumento de pena também, que no tipo anterior descrito no artigo 231-A, especificando que o tráfico interno de pessoas era de reclusão de dois a seis anos, e tornou-se então de reclusão de quatro a oito anos. No crime de tráfico internacional do artigo 231, a pena era um pouco maior, sendo de reclusão de três a oito anos, passando agora a ser uma causa de aumento de pena.

Para que seja configurado o crime, além das novas condutas descritas no tipo (agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa), deve haver também a presença de grave ameaça, violência, fraude ou abuso. Reclamam sob a comentada lei as causas de aumento de pena dispostas no parágrafo 1º da mesma, sendo os casos de o crime ser praticado por funcionário público no exercício de suas funções (inciso I), se cometido contra criança, adolescente, pessoa idosa ou com deficiência (inciso II), também ocorrendo se o

criminoso tiver algum grau de convivência, proximidade à vítima (inciso III) e por último, se a vítima chegar a ser transportada para fora do país (inciso IV).

Em seu artigo 12º, que nos remete ao inciso 5º do artigo 83º, a Lei do Tráfico de Pessoas determinou a concessão de livramento condicional somente após cumpridos mais de dois terços da pena, o enquadrando no rol dos crimes hediondos, juntamente com o tráfico de drogas e tortura, como podemos ver:

Art.12. O inciso V do art. 83 do (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 83 – V. cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Ao analisarmos e estudarmos a Lei 13.344/16 em um paralelo com o Direito Penal do Inimigo, veremos suas fortes influencias sobre ela. Características da tese de Jakobs surgem no momento em que a pena para o referido delito é significativamente aumentada, como observamos anteriormente. Sua punição se torna severa, entrando para a classe dos Crimes Hediondos, e assim sendo de maior dificuldade a concessão de liberdade provisória. Ampliou a abrangência do crime, que antes era destinada a mulher em relação a exploração sexual, e neste momento enquadra outras situações, como adoção ilegal, trabalho análogo a escravo, remoção de órgãos e tecidos, entre outros. Houve também a inclusão das causas de aumento, nas situações do criminoso ter relação próxima com o sujeito passivo, ser funcionário público, etc.

Era de se esperar que o crime de Tráfico de Pessoas houvesse drástica alteração exatamente pela sua gravidade, por ser um crime repugnante e cruel. Sua pena anterior era baixa, pois se assemelhava a crimes menos gravosos. Assim, o aumento da pena e a severidade para adquirir o direito de liberdade provisória, a ampliação do tipo que agora abrange muitas outras condutas, caracteriza os efeitos do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento jurídico interno.

6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios são a base de praticamente todos os ordenamentos jurídicos, inclusive o nosso. São criados com o passar dos tempos, de forma que diversos deles estão dispostos na Constituição Federal de 1988, alguns explicitamente, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e alguns apenas de modo implícito, como o é caso do Princípio da Intervenção Mínima, devendo ser interpretado e da mesma forma aplicado. Abaixo analisaremos alguns destes, que confrontam claramente com o tema abordado até o presente momento.

6.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Trata de um princípio abrangente, havendo vários conceitos e definições. Cuida da qualidade do homem, na qual ele próprio criou e sente.

Este princípio encontra-se no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, inciso III, e no artigo 5º, inciso III:

Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana

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

[...]

III – ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano ou degradante

Nos textos legais acima citados, observamos que no caput do artigo 5º da Constituição Federal há vários outros princípios, tendo como exemplo o da Igualdade. Mas nosso enfoque está no inciso III do artigo 5º, pois determina que ninguém será submetido a tortura e nem tampouco a tratamento desumano, onde podemos ver uma contrariedade ao Direito Penal do Inimigo, que versa sobre tratar esses indivíduos como inimigos, retirando deles o caráter de cidadão e dando o tratamento proporcional a essa sua condição, sendo incoerente com este princípio, não havendo o reconhecimento em certos casos, da dignidade humana.

Em relação ao artigo 1º, inciso III, Guilherme de Souza Nucci (2012, p.46), em sua obra descreve que este princípio parece englobar em si todos aqueles direitos fundamentais, tanto os individuais clássicos, como os de fundo econômico e social. Ele é a base dos demais princípios norteadores, onde os demais giram em torno deste.

Guilherme de Souza Nucci entende neste princípio duas vertentes distintas, conforme abaixo (2012, p. 46):

Segundo nos parece, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art. 7º, IV da Constituição, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de sobrevivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado.

Portanto, continua Nucci (2012, p.46) afirmando que tal princípio é base e meta do estado democrático de direito, não podendo ser contrariado nem suprimido, especialmente no âmbito penal e processual penal, sendo essas as áreas em que mais devem atuar para proteger a pessoa humana.

Conclui Nucci (2012, p.47) que:

Sob o mesmo prisma, o processo penal é constituído para servir de base ao justo procedimento de apuração da existência da infração penal e de quem seja seu autor, legitimando, ao final, garantia a ampla defesa, o contraditório e outros relevantes princípios, a devida punição. Porém, alguns aspectos sobressaem, no cenário processual penal, de modo a dar relevo especial à dignidade da pessoa humana, durante o desenvolvimento do devido processo legal.

Desse modo, com base nas definições de Nucci, vemos que este princípio forma a base do ser humano, garantindo-o o mínimo que necessita para uma vida digna em sociedade. Este também que deve ser observado veementemente nos julgamentos, nas penas e processos, principalmente no âmbito penal.

Encontra-se presente também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de Dezembro de 1948, em seu preâmbulo, especificando que “[...] reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano [...]”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, define em seu artigo 11, parágrafo 1º, que “Toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

Este se trata de um princípio de difícil conceituação, pois são atributos relativos ao homem, a seu sentimento de dignidade como ser humano, ao seu direito de um mínimo existencial. Mas no que tange ao Direito Penal do Inimigo, ela se choca com as penas adotadas por essa teoria, assim como também com a relativização das garantias aos indivíduos concedidas, quais estes portadores da sua dignidade de ser humano, sendo no caso são tratados como inimigos. Tal princípio serve, ou ao menos deveria servir, como norteador das penas privativas de liberdade, e também dos demais princípios.

6.2 Princípio da Individualização da Pena

Este princípio prevê que criminosos não terão penas semelhantes, mesmo que tenham praticado crimes idênticos, e isso ocorre exatamente por que cada indivíduo possui seus antecedentes, personalidade entre outros.

Seu fundamento vem disposto na Constituição Federal de 1988, artigo 5º inciso XLVI:

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

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

Vemos uma relevante frase de Nelson Hungria, descrita na obra de Luisi (2003, p. 52) especificando que, deve se entender por individualização da pena, o retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso.

Nucci, em seu título (2012, p. 175) define que individualizar significa particularizar uma situação ou tornar alguém individual.

Continua ele em sua análise de tal princípio (2012, p. 175):

A junção desses termos, constituindo a individualização da pena, é essencial para garantir a justa fixação da sanção penal, evitando-se a intolerável

padronização e os desgastes da uniformização de seres humanos, como se todos fossem iguais uns aos outros, em atitudes e vivências. Logicamente, todos são iguais perante a lei, mas não perante uns aos outros. Cada um mantém a sua individualidade, desde o nascimento até a morte. Esse contorno íntimo deve ser observado pelo magistrado momento da aplicação da pena.

Neste princípio, há três etapas, conforme descreve Wedsley Ferreira de Paula (2016, s.p) que devem ser seguidas para a individualização da pena, sendo a primeira os limites impostos pelo legislador em cada tipo penal, levando em consideração neste momento a pena abstrata, sendo a fase legislativa.

Na segunda fase há o tempo que deverá ser cumprida a respectiva pena e também seu regime inicial de cumprimento, com fundamento nos artigos 59, 61 e 68 do Código Penal, assim como analisará as fases necessárias para a aplicação da pena, sendo denominada pelo autor de fase de aplicação.

E por último, na terceira fase, essa de execução, estaremos trabalhando na execução da pena, levando em conta as características próprias de cada indivíduo, como sua conduta e bom comportamento.

No referido princípio podemos abordar dentro do tema um fato que, na Lei 8.072/90, seu artigo 2º parágrafo 1º, determinava o cumprimento de pena apenas em regime fechado e não possibilitava a progressão. Frente isso, o Supremo Tribunal Federal discordou de sua inconstitucionalidade em dado momento. Mas após muitas divergências, houve em 2006 o julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP, que declarou a inconstitucionalidade do referido texto penal, afirmando conflitar diretamente com o princípio da individualização da pena.

Com isso, a Lei 11.464 de março de 2007 trouxe mudanças à Lei dos Crimes Hediondos, estabelecendo que as penas para estes crimes seriam cumpridos inicialmente em regime fechado, possibilitando a progressão após cumpridos 2/5 da pena em caso de réu primário, e de 3/5 em caso de reincidente.

Essa é apenas uma das divergências sobre a constitucionalidade ou não que encontramos no que tange ao Princípio da Individualização da Pena, frente a uma lei com fortes traços do Direito Penal do Inimigo, como a Lei de Crimes Hediondos.

6.3 Princípio da Intervenção Mínima

O Princípio da Intervenção Mínima dispõe que o Direito Penal só deve ser aplicado em casos de extrema necessidade para que seja mantido como *ultima ratio*, caracterizando-se por subsidiário.

Subsidiário por que ele deve esperar que os demais ramos do Direito não consigam solucionar o caso. Deve se manifestar portanto de forma mínima da sociedade.

Encontramos na obra de Alberto Jorge Correia de Barros Lima (2012, p. 69) uma antecipada definição de Beccaria, sendo ela, proibir grandes quantidades de ações diferentes não significa prevenir delitos que delas possam nascer, mas cria novos. Conforme afirma o autor acima mencionado (2012, p. 70), o Princípio da Intervenção Mínima decorre do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ambos presentes na Constituição Federal de 1988, mesmo que o primeiro seja encontrado apenas de forma implícita no artigo 5º parágrafo 2º, constatando que os direitos e garantias expressos em nossa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Continua dessa forma o autor determinando a ligação do Princípio da Dignidade Humana ao da Intervenção Mínima, e a não permissão para medidas drásticas, mesmo sendo em caráter emergencial. Alberto Jorge Correia de Barros Lima afirma (2012, p. 70):

Em um Estado Democrático de Direito, que tem como alicerce a Dignidade Humana e como objetivo o bem de todos, não se pode permitir criminalizações de comportamentos arbitrariamente, ao livre talante de quem quer que seja, ainda que em nome de uma suposta maioria e de supostos interesses emergenciais.

Portanto, neste princípio encontramos duas vertentes, a primeira determinando que o legislador não deve criar tipos penais evasivos, que estipulam como crimes as bagatelas e as coisas insignificantes. A outra vertente voltada ao aplicador do Direito, que deve ver a sanção correta para o caso, utilizando também de meios alternativos quando for o caso, indo de contra novamente com o Direito Penal do Inimigo, que prevê penas mais cruéis.

Na obra de Nucci (2012, p. 191) observamos um breve fechamento sobre o que seria tal princípio, e para que este o serve, de forma clara:

Fosse o Direito Penal a primeira opção do legislador para a composição de conflitos e mediações de interesses contrapostos e estar-se-ia vulgarizando a força estatal, privilegiando o império da brutalidade, pois a todos os erros seriam impostas reprimendas máximas. Assim não se dá no dia-a-dia em cenário algum, visto existir a proporcionalidade e a razoabilidade, como mecanismos justos de quantificação da demanda punitiva em face de desvios de toda ordem. Logo não se poderia acolher, especialmente no contexto penal, o abuso e o exagero para a imposição de respeito à lei.

Mesmo não estando expressamente descrito na Constituição Federal, o Princípio da Intervenção Mínima está subentendido no artigo 5º caput, que estabelece dignidade da pessoa humana, liberdade, vida, igualdade entre outros, assim como também no mesmo artigo parágrafo 2º, devendo ser respeitado sempre os princípios mesmo que nela não expressos diretamente.

Como base na interpretação desses dispositivos, vemos que a liberdade é a regra e que, para que haja a punição, deve ser proporcional, na medida que, o direito penal não seja a primeira forma, mas sim a última.

6.4 Princípio da Presunção de Inocência

Este princípio encontra-se descrito na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, prevendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Mas sua primeira apresentação se deu na Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, no artigo 11:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Sabemos que o Estado tem o dever e o direito de punir os indivíduos que praticam atos nocivos à sociedade de modo geral, estes que violam o contrato social de Jakobs. Mas essa punição sempre deve estar pautada no Devido Processo Legal, onde o criminoso será ao final de todo processo dado como culpado, mas, antes desse fim, que ocorre com a sentença, é considerado presumidamente inocente, por força deste princípio.

Na obra de Nucci (2012, p. 264), traz ele o esclarecimentos que, inocência não se caracteriza por uma ingenuidade do ser humano, mas sim pelo estado que o homem nasce, cresce, e permanece com essa característica até que cometa uma infração penal. Continua ainda que, o estado de inocência é indisponível e irrenunciável, pois integra a natureza humana, e vem baseado também no princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Mas Nucci descreve ainda o caso em que o agente perde tal presunção, conforme o segue (2012, p. 264):

Em virtude da condenação, com trânsito em julgado, instala-se a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência, ao menos quanto ao delito em foco. Não se quer dizer seja a condenação eterno estigma social, nem tampouco o estágio de inocência se tenha perdido eternamente. A situação é particularizada e voltada a um caso concreto: neste cenário, o condenado em definitivo é culpado. Noutros campos, em razão de fatos diversos, mantém-se o estado natural e original de inocência.

Na opinião de Nucci, a inocência do indivíduo é a regra, sempre presumida, e a culpa exceção. Supõe-se a todo momento, até seu julgamento que o mesmo é inocente, sendo essa condição alterada com a sentença transitada em julgado. Mas essa condição não é eterna, como afirmado na citação acima, sendo somente no caso específico e enquanto durarem os efeitos da condenação. Nos textos de Nucci (2012, p. 265), vemos que o agente não pode ser prejudicado pela inércia do Estado, pela demora na punição e/ou falta de efetividade em investigações, pois o dever de provar o ocorrido é do Estado, e ao agente, se presume inocência, é o estado natural do ser humano.

Em contraposto com este princípio há a presunção de culpa do Direito Penal. Há uma total contradição, pois no momento que se presume a inocência do indivíduo, outros casos e outros crimes que se presume a culpa.

Guilherme de Souza Nucci, em uma publicação em 05 de agosto de 2015, expõe alguns casos em que ocorre tal presunção, como por exemplo: os aposentados devem comprovar estarem vivos anualmente, sob risco de perderem seus benefícios de previdência social. Mas, muitos desses idosos não possuem condições de se locomover até os locais indicados pelo Estado para apresentação, e assim, arcam com os prejuízos. Portanto, a presunção é que não estão vivos, até que se prove o contrário. Outro caso que esse fato também acontece, segundo Nucci, são em relação aos vendedores de carros, que com a invenção dos reconhecimentos de

firmas por autenticidade, com o fim de encher os cofres do governos pelos cartórios, mas dizendo que visa inibir as fraudes. Só que o dever de apurar as prováveis fraudes é do governo, não do indivíduo que paga taxas para provar que quer negociar seu veículo, sendo mais fácil para o Estado, presumir que todos os vendedores de carros são desonestos.

Na mesma linha de raciocínio, o brasileiro é considerado então desonesto, culpado, e onde fica o estado democrático de direito se há tal presunção de sua culpa. Presume culpa ou inocência?

Este efeito na sociedade, de certo modo pode se dizer como reflexo do Direito Penal do Inimigo, pois neste caso, a culpa é presumida já pela periculosidade do agente, mas nos casos exemplificados acima, são totalmente sem nexos, pois uma pessoa não pode ser dada como presumidamente culpada antes da hora, sem o devido processo de seu caso. Acaba por ir totalmente contra o que a própria Constituição Federal determina como princípio.

6.5 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade é o responsável por determinar que não haverá penas cruéis e nem as que violem a dignidade da pessoa humana. Sua previsão encontra-se na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XLVII:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Humanização da sociedade indica o rumo correto em direção à civilidade, fazendo ressaltar, em comunidade, os valores inerentes ao respeito e a fraternidade, conforme as palavras de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 161).

Luiz Luisi, em sua obra (2003, p. 46) afirma que o princípio da humanidade consiste no reconhecimento do condenado como pessoa. Contudo, Nucci (2012, p. 161) explica como tal instituto deve ser observado:

[...] o princípio da humanidade significa, acima de tudo, atributo ímpar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a

complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte. Viver, civilizadamente, implica em colocar à frente os bons sentimentos, indicando às futuras gerações que o mal se combate com o bem, transmitindo o exemplo correto e proporcionando o arrependimento e a reeducação interior. Ninguém, no universo da natureza humana é infalível; erros existem de todos os naipes, dentre eles as infrações penais. Contra estas, com certeza, pode e deve insurgir-se a sociedade, por seus poderes regularmente constituídos, mas, tendo por limite e por fronteira, a humanização de seus atos e de suas punições.

As penas não devem ser tratadas como vingança do Estado contra o agente cometedor do delito, pois o desejar mal ao infrator decorre da própria natureza humana, mas o controle desses instintos é que diferenciam o homem dos animais, pelas palavras de Nucci (2012, p. 162). Ele mesmo descreve que, retribuir uma conduta maldosa no mesmo nível, acaba por equiparar o Estado à situação do agressor, deslegitimando o direito e a justiça.

Como a descrição de tal princípio encontra-se no artigo 5º da Constituição Federal, a maior razão de tal instituto legal não é vingança (não virando as costas para o sentimento dos familiares e da sociedade frente ao crime), mas sim observando sempre a imparcialidade, aplicando as leis de forma justa e equilibrada, inerentes ao agente como ser humano, como relata Nucci (2012, p. 162).

Fora a previsão constitucional descrita anteriormente (artigo 5º XLVII), consideramos como crime grave a prática de tortura (artigo 5º inciso XLIII), a produção de provas ilícitas (artigo 5º inciso LVI), e pretende-se punir qualquer discriminação atentatória aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º inciso XLI). Pena deve ser cumprida em estabelecimento adequado, com distinção de natureza do delito, idade e sexo (artigo 5º inciso XLVIII), assim como assegurar ao preso o respeito à dignidade física e moral (artigo 5º inciso XLIX). Constata-se também que as presidiárias terão direito de amamentar seus filhos (artigo 5º inciso L), concluindo Nucci (2012, p. 162-163) as formas descritas constitucionalmente do princípio da humanidade das penas.

Assim, vemos que a humanidade das penas busca dar condições necessárias de ser humano aos condenados, não devendo fechar os olhos para o direito, buscando apenas uma vingança contra ele com a maior pena possível. Deve ser observado que o agente é ser humano e passível de erros, como toda e qualquer pessoa um dia pode os fazer. E em uma análise diante do Direito Penal do Inimigo, vemos que tal princípio praticamente inexistente na tese de Jakobs, que parte para lado totalmente oposto ao até agora abordado.

7 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS

Não é de hoje que na doutrina há divergências sobre a aplicação ou não das teses e características elencadas pelo Direito Penal do Inimigo, e tais desentendimentos e falta de um consenso acaba por refletir dos julgados dos Tribunais Superiores, da maneira que se observa a seguir.

7.1 Posições Jurisprudenciais do STF

Tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, veremos que há casos em que são favoráveis e contrários, sendo uma matéria não muito pacífica até os dias atuais.

7.1.1 Contrárias

O seguinte Recurso Ordinário em Habeas Corpus foi julgado no dia 24 de setembro de 2013, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, e exemplifica sobre a não aplicação das teses de Jakobs.

RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – CRIMES HEDIONDOS E DELITOS A ELES EQUIPARADOS – VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO QUE O REGIME FECHADO – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 111.840/ES) – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE HIPÓTESE DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO – RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO . - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, reconheceu a inconstitucionalidade da norma inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, na redação dada pela Lei nº 11.464/2007 . - Atendidos os requisitos de índole subjetiva (art. 33, § 3º) e os de caráter objetivo (art. 33, § 2º, “b” e “c”) previstos no Código Penal, torna-se lícito ao condenado pela prática de crime hediondo ou de delito a este legalmente equiparado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta em regime menos gravoso que o regime fechado.(GRIFO NOSSO).

(STF - RHC: 117144 ES, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 24/09/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-203 DIVULG 11-10-2013 PUBLIC 14-10-2013)

Tal julgado versa sobre a possibilidade de regime inicial de cumprimento de pena semi aberto nos casos de Crimes Hediondos e equiparados, no qual o crime ocorrido fora o de tráfico de drogas. A regra geral que veta tal concessão é a disposta no artigo 2º parágrafo 1º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), mas foi dada como inconstitucional, sendo hipótese de injusto constrangimento, onde na verdade deveria ter sido observadas as regras do artigo 33º do Código Penal, que em seu parágrafo 3º, o qual aborda os requisitos subjetivos, e no parágrafo 2º os objetivos, pois se atingidos estes requisitos, é permitido ao que cometeu Crime Hediondo ou equiparado ter um regime inicial de cumprimento de pena menos severo. Assim, afastaram a aplicação da Lei dos Crime Hediondos, permitindo ao réu iniciar sua pena em regime menos gravoso.

“HABEAS CORPUS” - CONCESSÃO DE “WRIT” CONSTITUCIONAL IMPETRADO, PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM FAVOR DE CO-RÉU - INDEFERIMENTO DO PLEITO DE EXTENSÃO FORMULADO PELO PACIENTE NAQUELA ALTA CORTE JUDICIÁRIA - APLICABILIDADE DO ART. 580 DO CPP - RAZÃO DE SER DESSA NORMA LEGAL: NECESSIDADE DE TORNAR EFETIVA A GARANTIA DE EQUIDADE - DOCTRINA - PRECEDENTES - AUSÊNCIA, NO CASO, DE CIRCUNSTÂNCIAS DE ORDEM PESSOAL SUBJACENTES AO DEFERIMENTO DO “WRIT” CONSTITUCIONAL EM FAVOR DO CO-RÉU - PLENA IDENTIDADE DE SITUAÇÃO ENTRE O PACIENTE E AQUELE EM CUJO FAVOR FOI CONCEDIDA A ORDEM DE “HABEAS CORPUS” - CONDENADO QUE SE ENCONTRA NAS MESMAS CONDIÇÕES DO CO-RÉU QUE TEVE CONCEDIDOS DIVERSOS BENEFÍCIOS (APLICAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL, FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO) (GRIFO NOSSO) - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - PEDIDO DEFERIDO.

(STF - HC: 110835 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 24/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013)

No julgamento do Habeas Corpus acima relatado, julgado em 24 de abril de 2012, no Supremo Tribunal Federal, com relator o Ministro Celso de Mello, foi deferido em favor do paciente o artigo 580 do Código de Processo Penal, por não ser motivo exclusivamente pessoal e com base na equidade.

Neste caso então, pode-se observar um abrandamento de pena concedido pelo presente Habeas Corpus, na equiparação do paciente ao co-réu, que deve diversos benefícios, como aplicação de pena no mínimo legal, fixação em regime inicial menos gravoso e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Notamos no caso uma equiparação de direitos em favor do que se impetrou o Habeas Corpus, não sendo tal fato muito condizente com o Direito Penal do Inimigo, que busca uma maior penalização e relativização de direitos e garantias.

7.1.2 Favoráveis

Nos casos acima os institutos abordados no presente trabalho não houve plena aplicação, por ter prevalecido o entendimento dos Ministros a favor do réu, concedendo-os condições mais brandas. Mas, não é o que veremos nos julgados seguintes, como no caso Habeas Corpus direcionado ao Superior Tribunal Federal, julgado em 26 de Julho de 2010, com relator o Ministro Dias Toffoli.

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Wesley da Silva, buscando a liberdade provisória do paciente. Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que desproveu o HC nº 140.201/MG, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, impetrado àquela Corte. Sustenta a impetrante o constrangimento ilegal imposto ao paciente, pois “alegar que a vedação à liberdade provisória para o delito de drogas advém da própria constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade, mostra-se juridicamente equivocada e político-criminalmente incorreta, porquanto angariada de um punitivismo exacerbado, típico do direito penal do inimigo, que abstém-se do abrigo da proporcionalidade e razoabilidade” (GRIFO NOSSO). Enfatiza, ainda, “que fiança não se confunde com liberdade provisória, vez que os textos restritivos de direitos devem ser interpretados restritivamente, ainda mais quando a Lei nº 11.464/2007 já não proíbe a concessão da benesse a esses delitos” (fl. 6–grifo no original). Por fim, alega que não estão presentes quaisquer requisitos para a manutenção da prisão preventiva, elencados no art. 312 do CPP, tendo o juízo de 1º grau se baseado na gravidade abstrata do delito e no art. 44 da Lei nº 11.343/06 (fl. 8).

[...]

É o relatório Consoante certidão atualizada obtida por meio de minha assessoria, verifico que o paciente foi definitivamente condenado pela prática do crime imputado na denúncia, à pena de quatro (4) anos de reclusão, mais multa, tendo o decisum transitado em julgado aos 30.04.2010, prejudicando a presente impetração. Ante o quadro, fica evidenciada a perda de objeto, razão pela qual, nos termos dos artigos 21, inciso IX, do RISTF e 38 da Lei nº 8.038/90, julgo prejudicado o habeas corpus.

Publique-se. Brasília, 26 de julho de 2010. Ministro DIAS TOFFOLI Relator Documento assinado digitalmente

(STF - HC: 102544 MG, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 26/07/2010, Data de Publicação: DJe-141 DIVULG 30/07/2010 PUBLIC 02/08/2010)

O impetrante do Habeas Corpus acima abordado buscava sua liberdade provisória, ante ter sido denegada perante o Superior Tribunal de Justiça. Argumenta o paciente que o constrangimento ilegal de seu caso advém da própria Constituição

Federal, a qual não permite a concessão de liberdade provisória nos casos de delitos por drogas, prevendo a não possibilidade da aplicação de fiança ao acusado, de acordo com seu artigo 5º, inciso XLIII. Mas afirma o impetrante que tal regra é baseado em exalado punitivismo, se abstendo totalmente das regras de proporcionalidade e razoabilidade, sendo um desfecho do Direito Penal do Inimigo.

Outra vertente abordada é não haver os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal, levando em consideração apenas a gravidade do delito e o artigo 44 da Lei de Drogas (11.343/06), que também não prevê a possibilidade de concessão de fiança aos que pratica tais delitos, descritos no mesmo. E, contudo, teve seu pedido denegado.

Conforme análise do caso, houve uma não aplicabilidade de razoabilidade evidente, por estar este descrito na Constituição Federal sua proibição, com o advento da Lei 11.464/07, essa delimitação fora alterada, cabendo liberdade provisória nos Crimes Hediondos e equiparados, e por ser mais benéfica, ainda havendo efeito retroativo (Luiz Flávio Gomes, Migalhas, 3 de Abril de 2007), mas não foi o que vemos no Habeas Corpus julgado no ano de 2010, ou seja, posterior a tal Lei.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA VEDADA. REPETIÇÃO DE AÇÃO IMPETRADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

[...]

Relatório 1. Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em favor de LUCIMAR MACHADO DA COSTA, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 3 de novembro de 2009, denegou o Habeas Corpus n. 144.113, nos termos seguintes:“(...) PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA.1. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o tráfico ilícito de entorpecentes constitui crime inafiançável.2. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança.3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a vedação imposta pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90 é fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória (HC 76.779/MT, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 4/4/08.4. A Lei 11.343/06, expressamente, fez constar que o delito de tráfico de drogas é insuscetível de liberdade provisória, cuja disposição não foi revogada pela edição da Lei 11.464/07.5. Ordem denegada (...)” (fl. 41). (GRIFO NOSSO).

[...]

.A proibição de concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está prevista no artigo 44,

da Lei nº 11.343/06, o que, por si só, é fundamento suficiente à vedação de outorga do favor legal, por se tratar de norma especial em relação ao parágrafo único, do artigo 310, do Código de Processo Penal, e à Lei nº 8.072/90, com a nova roupagem da Lei nº 11.464/2007, prescindindo de maiores considerações a decisão que indefere o pedido (GRIFO NOSSO). ORDEM DENEGADA (...)

[...]

Irresignada, a Defensoria Pública impetrou Habeas Corpus perante o Tribunal de Justiça de Goiás, o qual denegou a ordem, in verbis: HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 44, DA NOVA LEI DE DROGAS. VEDAÇÃO EXPRESSA DA LIBERDADE PROVISÓRIA. CUSTÓDIA MANTIDA. Supremo Tribunal Federal: "HABEAS CORPUS (...) INVOCAÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DEDUZIDOS QUANDO DA IMPETRAÇÃO DE ANTERIOR PEDIDO DE HABEAS CORPUS - NÃO-CONHECIMENTO DO 'WRIT' - AGRAVO IMPROVIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a inadmissibilidade, em sede de habeas corpus, de impetrações que se limitam a reproduzir, sem qualquer inovação de fato ou de direito, os mesmos fundamentos objeto de postulação anterior, especialmente quando esta resultar não conhecida, por incabível" (HC 80.623-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6.4.2001 – grifo no original).¹⁴ Pelo exposto, nego seguimento ao presente habeas corpus (art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), ficando, por óbvio, prejudicado o pedido de medida liminar. Publique-se. Brasília, 6 de agosto de 2010. Ministra CÂRMEN LÚCIA Relatora

(STF - HC: 102549 GO, Relator: Min. CÂRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/08/2010, Data de Publicação: DJe-151 DIVULG 16/08/2010 PUBLIC 17/08/2010)

Conforme podemos ver no julgamento do Habeas Corpus acima relatado, julgado em 06 de agosto de 2010, no Supremo Tribunal Federal, prevaleceu a ordem descrita na Lei de Crimes Hediondos que o crime de Tráfico, disposto na Lei de drogas (11.343/06) não é suscetível de concessão de liberdade provisória, não aplicando a nova roupagem trazida pela Lei 11.464/07, que prevê a concessão de liberdade provisória nos Crimes Hediondos e equiparados, conforme analisado no caso anterior.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para os casos que tenha a mesma fundamentação e objetos de postulações anteriores, sem nada alterar, e ainda ter o mesmo dado como incabível, será inadmitido.

Entendem também que a Lei 11.464/07 não possui o condão de revogar a norma contida no artigo 2º, inciso II da Lei 8.072/90, sendo o fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória.

7.2 Posicionamentos Jurisprudenciais do STJ

Com semelhança do que vimos no caso acima, abordando as posições do Supremo Tribunal Federal, acontece também com o Superior Tribunal de Justiça, não havendo nada pacífico, onde em certo momento julgam da maneira contrária ao Direito Penal do Inimigo, observando com maior eficácia os direitos e garantias da pessoa como ser humano, e em outro momento as relativizando, sendo favorável a referida tese, da maneira como se pode ver a seguir.

7.2.1 Contrárias

No caso abaixo, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 28 de junho de 2011, nota-se que houve a prevalência dos direitos e garantias do réu, conforme o segue:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIADA PENA. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO ESTRANSITADAS 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 DOUTRINA DENOMINA DIREITO PENAL DO INIMIGO (GRIFO NOSSO). 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 (GRIFO NOSSO). 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 (GRIFO NOSSO). 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.

(STJ - HC: 152144 ES 2009/0212647-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 28/06/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2011)

Está explícito o sobressalto dos princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade, afirmando não poder ser levado em consideração o grau econômico do agente no momento da dosimetria da pena, assim como também é vedado a utilização de inquéritos e ações penais como agravante da pena base, descrito este contexto na Súmula 444 do respectivo Tribunal, pois tais utilizações caracterizariam claramente vestígios do Direito Penal do Inimigo.

Assim, não se pode majorar a pena levando em consideração a gravidade do crime e do agente, ainda mais no caso acima relatado, que houve a restituição dos bens que foram produtos do crime, e também sendo vedada a utilização de investigações de outros crimes e pobreza do agente como forma de aumento da mesma.

No Habeas Corpus abaixo mencionado, julgado em 18 de dezembro de 2006, pelo Superior Tribunal de Justiça, observamos a aplicação de uma exceção:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DOENÇA GRAVE. TRATAMENTO ADEQUADO. PRISÃO DOMICILIAR. INCABIMENTO. USO DE ALGEMAS NO ENFERMO. CONSTRANGIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte, interpretando o artigo 117 da Lei de Execução Penal, somente tem admitido o recolhimento domiciliar do preso portador de doença grave quando demonstrada a necessidade de assistência médica contínua, impossível de ser prestada no estabelecimento prisional. 2. "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral." (Constituição da República, artigo 5º, inciso XLIX). 3. Ordem parcialmente concedida

(STJ - HC: 55421 SC 2006/0043557-0, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 18/12/2006, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26.11.2007 p. 249)

Conforme precedentes do julgamento, a regra é a não concessão de prisão domiciliar, quando for possível seu acompanhamento em ambiente prisional, mas neste caso, por respeito a integridade física e moral do agente, foi permitida sua prisão domiciliar, provavelmente pelo réu se encontrar em uma situação gravosa, não sendo possível seu tratamento no âmbito prisional.

Vale frisar que tal respeito a integridades do agente não condiz com Direito Penal do Inimigo, pois pela tese de Jakobs, os indivíduos tratados como inimigos perde sua condição de cidadão, e o Estado também não presaria com cautela pela não lesão física e psíquica do mesmo, não sendo o que observamos no presente julgado.

7.2.2 Favoráveis

No abaixo citado Recurso em Habeas Corpus, julgado em 23 de março de 2015 pelo Superior Tribunal de Justiça, um dos traços do Direito Penal do Inimigo que pode-se notar é a periculosidade do agente

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 57.145 - PR (2015/0042864-1)
 RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) RECORRENTE : PATRICH JEAN NEVES
 ADVOGADO : ANTONIO PELLIZZETTI RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ DECISÃO Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, com pedido de liminar, interposto por PATRICH JEAN NEVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Extrai-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado no art. 303, caput c/c art. 70, inciso II, alíneas g e l, tendo sido decretada sua prisão preventiva. Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal a quo em acórdão assim ementado (fls. 66-70): HABEAS CORPUS. POLICIAL MILITAR. PECULATO (ART. 303, CAPUT DO CPM). PRISÃO PREVENTIVA. ART. 255, ALÍNEAS A, C E E DO CPPM. PERICULOSIDADE DO AGENTE REVELADA PELA APROPRIAÇÃO OU DESVIO DE OITENTA E UMA ARMAS DE CALIBRE RESTRITO, CUJA QUASE TOTALIDADE ESTÁ À DISPOSIÇÃO DA CRIMINALIDADE. EVIDENTE NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E DAS NORMAS E PRINCÍPIOS DE HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITARES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA NO CASO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. DESNECESSIDADE. GRATUIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E DENEGADO. No presente recurso, alega o recorrente que a prisão carece de fundamentação concreta, uma vez que não estariam presentes quaisquer dos requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal. Aduz que a segregação é resultado da aplicação do direito penal do inimigo, que não encontraria espaço no ordenamento jurídico pátrio (GRIFO NOSSO). Pleiteia, em liminar e no mérito, a expedição de alvará de soltura. É o relatório. Decido. Na hipótese em análise, não vislumbro a presença conjunta do fumus boni iuris e do periculum in mora. Assim, ausentes os requisitos autorizadores, para a concessão da medida liminar. Ademais, a matéria ora ventilada implica o exame da idoneidade e razoabilidade das razões adotadas pelas instâncias ordinárias, providência inviável em análise preliminar dos autos. Por se tratar de antecipação meritória, a alegação deve ser oportunamente analisada pelo douto Colegiado. Diante do exposto, indefiro a liminar. Encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 23 de março de 2015. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) Relator

(STJ - RHC: 57145 PR 2015/0042864-1, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Publicação: DJ 25/03/2015)

Fora argumento para o decreto da prisão a periculosidade do agente pelo desvio ou apropriação de oitenta e uma armas, sendo alegada que para a mesma não houve a fundamentação concreta, não estando presente os requisitos e

fundamentos necessários à decretação da prisão preventiva, e que a aplicação da mesma, caracterizaria Direito Penal do Inimigo, que não é permitido por nosso ordenamento jurídico.

Mas é claro a necessidade do prosseguimento da prisão do agente, pois mantê-lo solto, seria grave perigo a manutenção da ordem pública, mesmo tendo condições pessoais favoráveis.

O Habeas Corpus a seguir, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo Jorge Mussi como ministro Relator, traz em sua fundamentação que houve a utilização do Direito Penal do Inimigo na sentença do órgão coator.

HABEAS CORPUS Nº 170.539 - SP (2010/0075824-0) RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI IMPETRANTE : ANTONIO DONATO IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : CHRISTIAN DAVID TAMAROTI (PRESO) DECISÃO Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de CHRISTIAN DAVID TAMAROTI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu provimento à Apelação Criminal n.º990.09.227948-3, ajuizada pela defesa, declarando nulo o processo a partir da sentença que havia condenado o paciente à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática dos delitos previstos nos art. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06, mantendo, por ora, sua segregação cautelar, originariamente derivada de prisão em flagrante, datada de 8-3-2009, por trazer consigo, para fins de mercancia, a quantidade de 18 (dezoito) invólucros de plástico contendo cocaína em forma de crack, pesando 9,20 gramas, bem como a quantia de R\$ 227,40 (duzentos e vinte e sete reais e quarenta centavos), e por ter em depósito 1 (uma) espada, tipo de artes marciais, 1 (um) talonário de cheques em nome de terceiro, 2 (duas) latas contendo R\$ 942,35 (novecentos e quarenta e dois reais e trinta e cinco centavos) em moedas e notas (e-STJ fls. 68/69). Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a Corte de origem teria mantido a prisão provisória do denunciado sem motivos concretos e idôneos para tanto. Observa que a gravidade abstrata do delito, bem como sua capitulação como crime hediondo, não seriam suficientes para se manter a medida de exceção (GRIFO NOSSO) Salienta que a anulação do título condenatório não implicaria em restabelecimento do decreto construtivo inicial, sob pena de restar malferido o princípio da presunção de não-culpabilidade. Defende que o decisum vergastado teria adotado a teoria do Direito Penal do Inimigo em contraposição à do Direito Penal do Fato, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual estaria carente de fundamentação, violando o art. 93, IX, Constituição Federal (GRIFO NOSSO) Requer a concessão do remédio constitucional para que possa o paciente aguardar em liberdade a prolação de nova sentença.

[...]

É o relatório. Em consulta realizada à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Tribunal de justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que, em 26-10-2010, sobreveio prolação da sentença penal em desfavor do paciente. Assim, diante da superveniência da sentença penal condenatória, tem-se que restou superado o sustentado constrangimento ilegal deduzido, pois, havendo condenação, a segregação é dela agora decorrente, e não mais do flagrante, ou seja, a custódia agora tem novo fundamento.

(STJ - HC: 170539, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 29/03/2011)

Sob argumento de a ordem ter sido mantida sem fundamentos concretos e idôneos, ferindo o princípio da presunção de inocência e não culpabilidade, onde ser capitulado como Crime Hediondo, e a gravidade do delito não seriam suficientes para manter a prisão. Haveria também déficit de fundamentação, pois pela justificativa do réu, há uma aplicação do Direito Penal do Inimigo, que não é permitido por nosso ordenamento, ao invés de utilizar um direito penal do fato, sendo este o adotado em nossa legislação. Mas mesmo assim a ordem de Habeas Corpus foi indeferida pelo Tribunal por ser superado o constrangimento ilegal.

Veremos no último julgado abordado pelo presente trabalho, que houve mais uma vez a aplicação de uma das vertentes do Direito Penal do Inimigo.

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. RES FURTIVA E DE PEQUENO VALOR. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A conduta perpetrada pelo Paciente - furto de 1 (um) aparelho celular, avaliado em R\$ 273,00 (duzentos e setenta e três reais) - não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela. 2. No caso do furto, não se pode confundir bem de pequeno valor como de valor insignificante. Apenas o segundo, necessariamente, excluía crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância. Precedentes. 3. Conforme decidido pela Suprema Corte, "O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal." (GRIFO NOSSO). (STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel.Min. CARMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.) Precedentes. 4. Habeas corpus denegado.

(STJ - HC: 244989 MG 2012/0116901-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 28/08/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2012)

Do modo visto acima, no caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, houve a aplicação do Direito Penal do Inimigo pela não utilização do princípio da bagatela, pois não pode-se confundir valor insignificante com a mesma, pois o princípio que prevê a insignificância não serve para resguardar condutas desfavoráveis que ocorrem com frequência por certo indivíduo, mas sim que condutas isoladas sejam sancionadas pelo Direito Penal.

Dessa forma prevaleceu a aplicação da pena relativa ao crime, e não utilização do princípio da insignificância, perdendo a condição de bagatela, pois se os atos se tornam constantes, se tornam reprováveis, sendo submetido ao Direito Penal normalmente.

8 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Assim como ocorre na Jurisprudência, ainda não há um consenso sobre a utilização e aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico relativo à criação de Jakobs, pois há os que o reprovam, como Rogério Greco e Eugenio Raúl Zaffaroni, e outros que a defendem, total ou em certas vertentes, como Luis Gracia Martín, discorrendo sobre a própria tese do Direito Penal do Inimigo e, Fernando Capez tratando das provas ilícitas, na qual se caracteriza por conter traços da tese, conforme abaixo os segue.

8.1 Doutrinadores Contrários

Em uma abordagem sintetizada, logo percebe-se a presença de doutrinadores e estudiosos de grande renome que são claramente contrários ao que foi criado por Jakobs, especificando que não há cabimento, muito menos possibilidade de aplicação no ordenamento brasileiro.

Rogério Greco, em sua visão minimalista do Direito Penal, na obra “Direito Penal do Equilíbrio”, se vê contrário ao tema ora abordado, da mesma forma que Eugenio Raúl Zaffaroni, por não haver uma conceituação concreta do que vem a ser inimigos, de modo que abarcaria inúmeras situações, colocando em risco na verdade, toda a sociedade.

Partindo então do ponto de vista de Rogério Greco, em sua obra que visa o minimalismo penal, ele acaba por equiparar o Direito Penal do Inimigo ao conceito preconizado na obra intitulada Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo, escrita pelo professor Francisco Muñoz Conde, o qual foi capitaneado por Hitler durante o regime nazista (2011, p. 25, 26). Hitler ao adentrar no poder, começou a “reorganizar” a Alemanha de acordo com seus próprios critérios. Esta obra utilizada por Hitler foi considerada uma das mais terríveis da história, propondo atos monstruosos contra homossexuais, contra os que tiveram comportamentos antissociais, como por exemplo, prostitutas, alcoólatras, vadios, e os considerados inúteis a sociedade. Fazia então recair sobre estes, as chamadas como perigosas, um “tratamento” capaz de curá-las, e os considerados como incuráveis, condenados a morte, segundo o autor (2011, p. 26-27).

Greco sintetiza então sua ideia afirmando (2011, p. 27):

Enfim, as medidas que atropelavam o princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por desconsiderá-la como pessoa, lembrando muito o que Jakobs pretende fazer com o seu Direito Penal do Inimigo, desconsiderando o inimigo como um cidadão.

Continua então Rogério Greco defendendo que o Direito Penal do Inimigo deve ser repudiado por nossa sociedade (2011, p. 28), dizendo que o que não podemos fazer é desistir do homem sob argumento deste ser incorrigível, o impedindo de agir como os outros cidadãos. Para ele, um outro grave problema é definir quem são os inimigos, pois a conceituação seria impossível pelo motivo de cada um possuir seu ponto de vista, e assim definir como inimigo aqueles que lhe causaram algum mal, como o esturpador de sua filha, ou seu rival político.

Desse modo, Greco conclui sua posição totalmente contrária dizendo (2011, p. 29):

Não podemos afastar todas as nossas conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas, ao longo dos anos, sob 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.

Como um dos grandes doutrinadores modernos, e defensor de um direito penal minimalista, Rogério Greco afirma com rispidez que a teoria do Direito Penal do Inimigo é um total retrocesso aos direitos e garantias conquistados com tanto pejejo, colocando em perigo pessoas comuns pela não possibilidade de definição de quem é esse “inimigo”, se equiparando também ao regime nazista de Hitler. Se trata de uma arma extremamente poderosa, que se utilizada em determinado ordenamento jurídico e por algum motivo terminar nas mãos de quem não sabe dela utilizar, ocasionará em grandes catástrofes, dizendo ser o bem.

Outro renomado doutrinador que, em seus estudos e obras explana suas ideias sobre o tema de Jakobs é Eugênio Raúl Zaffaroni. Segundo ele, no percurso da história mostra que o Direito Penal sempre buscou justificar e legitimar sua prudência (ou imprudência), e, no caso do positivismo, propôs que todos fossem tratados como inimigos, menos os amigos. A criminologia também ocasionou o

tratamento desigual entre inimigo ou estranho a todo momento, de acordo com Zaffaroni (2006, p. 189).

Essa categoria de inimigo não há no direito ordinário, pois não há claras especificações a respeito e muito menos compatibilidade com o Princípio de Estado de Direito (2006, p. 189-190). Assim, continua Zaffaroni a afirmar (2006, p.190)

Na medida em que a doutrina penal legitime ou ignore, com o nome que for, o tratamento diferenciado dos *inimigos* ou *estranhos*, esse comportamento está atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo tempo, está invalidando o princípio diretor do Estado de direito, por que toda racionalização doutrinária nesse sentido implica uma quebra do instrumento orientador da função política do direito penal. Não é de se estranhar, portanto, que tantas vezes o direito penal tenha perdido o rumo.

Segundo o mencionado autor (2006, p. 190) o real escândalo é, que por ação ou omissão o direito penal admite e legitima o tratamento de uma pessoa como não pessoa, sem importar conceitualmente, a extensão dos direitos que a pessoa é privada. Em sua obra, explana que (2006, p. 191):

O direito penal permitiu a introdução do inimigo – com o nome que for – e, com isso, confundiu, ao longo de quase toda a sua história, o momento da guerra com o da política. Poucos foram os que, como Feuerbach, se aperceberam do erro; entre eles encontram-se, sobretudo, os pais fundadores do direito penal liberal, cuja percepção deu-se, às vezes, de fora intuitiva do que racional.

Em outra menção, Zaffaroni explica não ser possível aplicar esse Direito Penal do Inimigo ao próprio inimigo, sem reduzir as garantias de todos os demais (2006, p. 191-192):

A admissão resignada de um tratamento penal diferenciado para um grupo de autores ou criminosos graves não pode ser eficaz para conter o avanço do atual autoritarismo *cool* no mundo, entre outras razões, porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos *ab initio* quem são essas pessoas.

O autor, então, de forma conclusiva, argumenta o motivo da total inviabilidade dessa tese, em seu ponto de vista (2006, p. 192):

Consequentemente, o que está efetivamente em discussão é saber de os direitos dos *cidadãos* podem ser diminuídos para individualizar os *inimigos*, ou seja, passe-se a discutir algo diferente da própria eficácia da proposta de contenção. Esta seria a forma concreta e real de formular a pergunta, tendo

em conta o deslocamento que inevitavelmente se opera no poder punitivo cada vez que ele é habilitado. Caso de legitime essa ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isso ocorrer, o Estado de direito terá sido abolido.

Assim, vemos que, segundo ele, não há uma conceituação concreta dos que vem a ser os inimigos, e para que haja tal definição, esbarrar-se-ia nos direitos dos demais cidadãos. Com a aceitação e aplicação do direito penal do inimigo, o Estado de direito, por sua total incompatibilidade com o mesmo, seria plenamente abolido.

8.2 Doutrinadores Favoráveis

Parte de nossa doutrina, mesmo que em certos aspectos, defende a aplicação das medidas propostas pela tese do Direito penal do inimigo, como por exemplo, a utilização de provas ilícitas com ponderação dos princípios protetores do indivíduo. Outros já abordam a ideia de que as críticas à esse tema são meramente emocionais e sem especificação concreta, não sendo capazes de rebater no mesmo nível ao afirmado por Jakobs.

No título de Luis Gracia Martín, denominada “O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo”, traz ele algumas precauções ante a crítica do Direito Penal do Inimigo, sendo vertentes que devem ser observadas e que em muitos casos estão sendo levadas a um outro sentido. Isso por que, conforme sua opinião descrita a seguir (2007, p. 140-141):

Em minha opinião, Jakobs tem nesse ponto toda razão. Uma leitura da literatura produzida até agora contra o Direito Penal do inimigo confirma a advertência que fiz no princípio dessa investigação, isto é, revela que a maior parte – se não a totalidade – das objeções formuladas contra ele não conseguem ultrapassar o umbral do emocional, de que o Direito Penal do inimigo é algo que, simples e absolutamente, não deve existir, e tudo que se diz a partir daí contra aquele não passa de tentativa, meramente retórica, de sua desqualificação, como algo totalitário e contrário ao Estado de Direito, e nada mais.

O Direito Penal do Inimigo, pelos olhos do próprio Jakobs, alcança uma posição na qual o diagnóstico da medo, e é visto como indecoroso. Mas nas palavras do autor, Jakobs ainda não deixa de ter razão, pois o mundo certamente, pode dar

medo, e com isso, o discurso do criador da tese não é efetivamente afetado (2007, p. 141).

Afirma Luis Gracia Martín que (2007, p. 142):

O rechaço do Direito Penal do inimigo pela doutrina majoritária, parece ser explicado somente com base em dispositivos emocionais refratários, isto é, de uma sensibilidade que atualiza imediatamente na consciência a ideia de que algo simplesmente “não pode ser de jeito nenhum”.

Permanece analisando que o contato do homem com os valores é mais emocional que cognitivo, assim, explicando o porque de a pena de morte, a tortura e as penas corporais, a sociedade reagir contra elas com uma atitude absolutista, com plena convicção que não deve ser. Desse modo, diz com ainda mais efetividade, com base nestes aspectos, que nada até o momento que vá contrariamente ao Direito Penal do Inimigo transcorreu as fronteiras do emocional e do retórico (2007, p. 142).

Conclui Martín seu parecer como da forma abaixo (2007, p. 142):

Por essa razão, e na mesma direção que propõe Torío com relação a tudo aquilo que desperta facilmente atitudes emocionais e retóricas por causa de seus conteúdos, também com relação ao tema do Direito Penal do inimigo é preciso superar tais atitudes, mediante uma aproximação analítica e filosófica, já que é assim, precisamente, de modo rigoroso e impecável cientificamente, que procede Jakobs.

Assim, de acordo com Luis Gracia Martín, não há nada que rebata o Direito Penal do Inimigo na mesma proporção da criação e Jakobs, nada que transpasse o emocional e o retórico, que está enraizado na sociedade, com apenas o sentimento de não poder e mais nada.

Fernando Capez também possui seu posicionamento formado sobre tal tema, e segundo ele, em nosso ordenamento jurídico há o Princípio da Proporcionalidade, sendo este de grande relevância e significação do Direito Penal, por estar descrito em várias áreas da Constituição Federal.

Assim, descreve Capez (2011, p. 195):

A sociedade vê limitados certos comportamentos, ante a cominação da pena, mas também desfruta da tutela de certos bens, os quais ficarão sob a guarda do direito penal. Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior que a vantagem, o tipo será inconstitucional, por que contrário ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras: a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade. com efeito, um direito penal democrático não pode conceber uma

incriminação que traga maior temor, mais ônus, mais limitação social do que benefício à coletividade.

[...] Em outras palavras, com a transformação de uma conduta em infração penal impõe-se a toda coletividade uma limitação, a qual precisa ser compensada por uma efetiva vantagem: ter um relevante interesse tutelado penalmente.

Nota-se que de acordo com a opinião de Fernando Capez, pode haver sim transformação de uma conduta em tipo penal, mas desde que o feito traga mais benefícios do que prejuízos, mais vantagens do que limitação. Dessa forma, havendo o contrário ou não atingindo tal fim, será dado como inconstitucional.

Em análise feita no que tange as provas obtidas por meios ilícitos, de acordo com Capez (2011, p. 588) são essas as produzidas mediante crime ou contravenção, que não serão admitidas no processo penal. A título de exemplo, são as obtidas mediante emprego de tortura, captação de uma conversa mediante interceptação telefônica entre outros. Pode ser também que ela não decorra de uma infração penal mas viole um princípio constitucional, como no caso de gravação telefônica que exponha o indivíduo, ocorrendo casos que cabe ambas: prova ilícita ser caracterizada como infração penal e ferir um princípio constitucional. Afirmam Ministros do STF, descrito em sua obra, que (2011, p. 588):

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste de necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade. É um pequeno preço que se pega por viver em um Estado Democrático de Direito.

Na opinião de Capez, segue o descrito a seguir (2011, p. 590):

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deve prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deve ser sacrificado.

Neste momento então que entra o Princípio da Proporcionalidade (2011, p. 590), como diz Capez, no caso de princípios constitucionais contrastantes, o

sistema atua em um sistema de harmonização, que submete princípio de menor relevância ao de maior valor social.

Sintetizando, é claro que o Princípio da Proporcionalidade deve ser utilizado e com grande relevância, principalmente para os casos de embate entre dois princípios constitucionais. Há dessa forma, os que entendem que a prova ilícita não deve ser aproveitada de maneira alguma, por ser grave violação, mas como Fernando Capez, há os que defendem que deve haver uma ponderação, a aplicação do proporcionalidade, verificando qual é de maior relevância e que trará maiores benefícios, e não apenas taxando como algo plenamente proibido, e assim deixar para traz a verdadeira finalidade, de conceder segurança à coletividade, colocando os marginais nos seus devidos lugares.

É uma das vertentes do Direito Penal do Inimigo, pois há uma ponderação das garantias pessoais do indivíduo em prol da sociedade, e vemos clara a opinião do doutrinador positivo a tal relativização.

9 CONCLUSÃO

Com tudo que acima fora analisado, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo possui características próprias, onde vemos a sua aplicação em nosso ordenamento jurídico pátrio, tomando como exemplo as Leis que discorremos no curso do trabalho, como as Leis dos Crimes Hediondos, sendo mais antiga, e a Lei Antiterrorismo, do ano anterior, havendo atrito entre elas e os princípios norteadores do nosso direito, tendo como exemplo o da Dignidade da Pessoa Humana e da Humanidade, onde conflitam-se de forma temeroza.

Uma alternativa a ser proposta, como uma forma de solução deste conflito, seria relativizar ambas as partes. Aplicar o Direito Penal do Inimigo apenas nos casos de extrema urgência e necessidade, mas respeitando os princípios, como por exemplo, um crime grave como hediondo, deve ser punido de forma mais rigorosa sim, como determina o Direito Penal do Inimigo, mas sempre observando o Princípio da Individualização da Pena, não podendo generalizar essa aplicação para todos os crimes considerados hediondos. A pena deve ser referente a cada indivíduo.

Sobre o Direito Penal do Inimigo, não podemos deixar de considera-lo de suma importância nos dias atuais, pois vivemos em um momento de guerras, de alta criminalização em nossa sociedade, tanto nos referindo a criminosos “comuns” como também aos governantes corruptos, que causaram motivação em toda sociedade, buscando que sejam punidos devidamente. Com isso vemos a necessidade de aplicar algo que realmente funcione e de maior rispidez. Não buscamos apenas o Direito Penal do Inimigo, mas sim que haja uma junção de todos os âmbitos do direito nessa mobilização, abrangendo dessa forma, tanto a dureza das penas, mas sempre tendo cuidado com proteger e aplicar os Princípios Constitucionais, pois são eles o ápice do nosso ordenamento jurídico.

No Brasil não há a possibilidade de aplicar a tese do Direito Penal do Inimigo de forma integral, pois não gozamos de estrutura adequada para isso, e muito menos um sistema apropriado para recebê-la e executá-la, pois haveria grande incidência de injustiça, assim como também, o criminoso adentrando ruim no âmbito prisional, sem sombra de dúvidas sairia muito pior, e ainda taxado como ex detento.

Boa parte das revoltas da população, tomando como base nosso próprio país, decorre de influencias da mídia, da forma como citado anteriormente no presente

trabalho, usando também de um simbolismo e punitivismo, instigando terror à sociedade, e exigindo formas rápidas e graves de punição aos criminosos.

Outra vertente é que, a Constituição Federal prevê muitos direitos e garantias aos indivíduos, que acabam por mitigar as formas de punição, e um indivíduo que se encontra preso, atualmente possui maiores resguardos e privilégios que um pai de família que trabalha diariamente, honestamente, buscando uma forma de vida melhor.

De forma conclusiva, a aplicação do Direito Penal do Inimigo se faz necessária sim nos dias correntes, pois o que presenciamos são fatos de alta periculosidade e complexidade, não podendo também deixar de evoluir, pois a cada novo dia novos delitos surgem, devendo o Direito Penal então se precaver. O que deve ser feito é sim um endurecimento de penas, criação de novos tipos penais e mitigação de certas garantias, mas não em um todo, permitindo sempre que possível, uma ponderação de ambos os lados, utilizando as teses de Jakobs em casos de extrema gravidade, e propondo uma adequação das Garantias Constitucionais proporcionais ao caso concreto, em busca de um bem comum, a sociedade e o bem estar social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Ruchester. **Lei antiterrorismo e Direito Penal do Inimigo**. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.com.br/lei-antiterrorismo-e-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 26 abr. 2017

BARROS, Francisco Dirceu. As velocidades do Direito Penal- As teorias do processo de expansão do Direito Penal. **Jus Brasil**. Disponível em:

<<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/180436903/as-velocidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 26 abr. 2017

BERTI, Natália. O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo. **Âmbito Jurídico**. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108>. Acesso em: 26 abr. 2017

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

_____. Decreto nº 5.017, de 12 de Março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. **Planalto**. Brasília, 12 de Março de 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Lei nº 8.072/90, de 25 de Julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Planalto**. Brasília, 25 de julho de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017

_____. Lei nº 10.792, de 01 de Dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. **Planalto**. Brasília, 01 de Dezembro de 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. Lei nº 12.850, de 02 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Planalto**. Brasília, 02 de Agosto de 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. Lei nº 13.260 de 16 de Março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo. **Planalto**. Brasília, 16 de março de 2016. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017

_____. Lei nº 13.344, de 06 de Outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Planalto**. Brasília, 06 de Outubro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. HC 55421 SC 2006/0043557-0. Mauro Márcio Seadi Filho. Rimeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Maria Pereira Gomes (presa). Min. Nilson Naves. Brasília. 18 de Dezembro de 2006. DJ 26.11.2007 p. 249

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 102544 MG. Wesley da Silva, Defensoria Pública da União, Defensor Público-Geral Federal, Superior Tribunal de Justiça. Min. Dias Toffoli. Brasília. 26 de Julho de 2010. DJe-141 DIVULG 30/07/2010 PUBLIC 02/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 102549 GO. Lucimar Machado da Costa, Defensoria Pública da União, Defensor Público-Geral federal, Superior Tribunal de Justiça. Min. Cármen Lúcia. Brasília. 6 de Agosto de 2010. DJe-151 DIVULG 16/08/2010 PUBLIC 17/08/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. HC 152144 ES 2009/0212647-2. Thiago Piloni – Defensor Público. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Anselmo Ventura. Min. Laurita Vaz. Brasília. Brasília. 28 de Junho de 2011. DJe 01/08/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. HC 244989 MG 2012/0116901-3. Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Maria Elizabeth Vitral Amaro, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Flaviano Junior Lino. Min. Laurita Vaz. Brasília. 28 de Agosto de 2012. DJe 05/09/2012

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**. RHC 117144 ES. Sara pereira amorim, defensor público-geral do estado do espírito santo, Ministério Público federal, Procurador- Geral da República. Min. Celso de Mello. Brasília. 24 de Setembro de 2013. DJe-203 DIVULG 11-10-2013 PUBLIC 14-10-2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus**. RHC 57145 PR 2015/0042864-1. Patrícia Jean Neves – Advogada, Antonio Pellizzetti – recorrido, Ministério Público do Estado do Paraná. Min. Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP). Brasília. 23 de março de 2015. RHC 57145 PR 2015/0042864-1. DJ 25/03/2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Tráfico de Pessoas (Artigo 149-A, CP). **Migalhas**. 11 jan. 2017. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251624,91041-Trafico+de+pessoas+Artigo+149+A+CP>>. Acesso em: 01 out. 2017.

_____, Eduardo Luiz Santos. Tráfico de Pessoas (artigo 149-A). **Jus.com.br**. 01/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54869/trafico-de-pessoas-artigo-149-a-cp>>. Acesso em: 01 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Legislação Especial – Volume 4**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. COSTA, Adriano Souza. Lei antiterrorismo inova com tentativa antecipada de crime. **Consultor Jurídico**. 20 de abril de 2016.

Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2016-abr-20/lei-antiterrorismo-inova-tentativa-antecipada-crime>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

CORDEIRO, Taiana Levinne Carneiro. Princípio da presunção de inocência.

Jus.com.br. 09/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42932/principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 01 out. 2017.

DIREITO penal do inimigo e lei dos crimes hediondos. **Site Jurídico High Tech**.

Disponível em:

<<http://www.juridicohightech.com.br/2012/07/direito-penal-do-inimigo-e-lei-dos.html>>. Acesso em: 26 abr. 2017

FARABULINI, Ricardo. Crimes Hediondos: breves considerações sobre a Lei 8072/90. **Âmbito Jurídico**. Disponível em:

<[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4847)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4847](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4847)>.

Acesso em: 26 abr. 2017

GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.464/2007: Liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. **Migalhas**. Abr. 2007. Disponível em:

<[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37493,81042-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37493,81042-Lei+114642007+liberdade+provisoria+e+progressao+de+regime+nos+crimes)

[Lei+114642007+liberdade+provisoria+e+progressao+de+regime+nos+crimes](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37493,81042-Lei+114642007+liberdade+provisoria+e+progressao+de+regime+nos+crimes)>.

Acesso em: 01 out. 2017.

GOUVÊA, Marta Xavier de Lima. Direito Penal do Inimigo e Regime Disciplinar Diferenciado. **JurisWay**. 25/01/2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5355>. Acesso em: 01 out. 2017.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 6 ed. Niterói: Editora Impetus, 2011.

ITAMARATY. Política externa. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>>. Acesso em: 26 abr. 2017

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

JÚNIOR, Cícero José Franzen. Direito Penal do Inimigo. **Monografias Brasil Escola – UOL**. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/direito-penal-inimigo.htm>>. Acesso em 11 out. 2017.

_____. Cícero José Franzen. Direito penal do inimigo. **JurisWay**. Mar. 2013. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421>. Acesso em: 01 out. 2017.

LEIRIA, Cláudio da Silva. A decisão do STF no HC 82.959-7/SP e os crimes hediondos. **Migalhas**. 15 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI36195,101048-A+decisao+do+STF+no+HC+829597SP+e+os+crimes+hediondos>>. Acesso em: 26 abr. 2017

LEMES, Flávia Maria. Manifestações do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Brasil**. Outubro de 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32886/manifestacoes-do-direito-penal-do-inimigo-no-ordenamento-juridico-brasileiro/3>>. Acesso em: 26 abr. 2017

LEMINI, Matheus Magnus Santos. Direito Penal do Inimigo: sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em: 26 abr. 2017

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

LUCAS, Ana Cláudia. **Princípio da Intervenção Mínima ou “ultima ratio”**. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2010/07/principio-da-intervencao-minima-ou.html>>. Acesso em: 26 abr. 2017

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003

MAGALHÃES, Alex Pacheco. A 4ª (quarta) velocidade do direito penal. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11272>. Acesso em: 26 abr. 2017

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. 1 ed. Vol. 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MASCENA, Emmanuel. **As três velocidades do Direito Penal**. Disponível em: <<https://depositariofiel.wordpress.com/2009/03/11/as-tres-velocidades-do-direito-penal/>>. Acesso em: 26 abr. 2017

MATOS, Bruno Florentino de. **Direito Penal do inimigo**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo>>. Acesso em: 01 out. 2017.

MIGUEL, Érika A. **O Direito Penal Simbólico e o Punitivismo**. Disponível em: <http://erikaandrademiguel.blogspot.com.br/2013/06/o-direito-penal-simbolico-e-o_9.html>. Acesso em: 01 out. 2017.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do Inimigo – A Terceira Velocidade do Direito Penal**. 1 ed. Curitiba: Juruá editora, 2011

MORAES, Ana Luisa Zago de. **A Lei 13.344/16 e o enfrentamento ao tráfico de pessoas**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/trafico-de-pessoas/>>. Acesso em: 01 out. 2017.

NEVES, Carlos Eduardo. **O que são as “velocidades” do Direito Penal?** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6820/O-que-sao-as-velocidades-do-Direito-Penal>>. Acesso em: 01 out. 2017

NOVA lei aprimora o enfrentamento ao tráfico de pessoas no Código Penal. **Site do Ministério da Justiça e da Segurança**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/nova-lei-aprimora-o-enfrentamento-ao-trafico-de-pessoas-no-codigo-penal>>. Acesso em: 01 out. 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **Da presunção de inocência a presunção de culpa: este é o Brasil**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/08/05/da-presuncao-de-inocencia-a-presuncao-de-culpa/>>. Acesso em: 01 out. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa – Comentários à Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e processuais penais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos do Humanos. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - USP**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 27 abr. 2017

ORTEGA, Flávia Teixeira. As velocidades do Direito Penal. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/344640749/as-velocidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 26 abr. 2017

PAULA, Wedsley Ferreira de. Princípio da Individualização da Pena. **Jus Brasil**. Outubro de 2016. Disponível em: <<https://ferreiradepaula.jusbrasil.com.br/artigos/393960741/principio-da-individualizacao-da-pena>>. Acesso em: 27 abr. 2017

PINHEIRO, Raphael Fernando. A teoria do direito penal do inimigo sob a perspectiva do contrato social. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11334>. Acesso em: 01 out. 2017.

PINHEIRO, Raphael Fernando. Considerações acerca do direito penal do inimigo. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11086>. Acesso em: 01 out. 2017.

PUREZA, Diego Luiz Victório. **O Crime de Tráfico de Pessoas após a Lei nº 13.344/16**. Disponível em: <<http://blog.projetoexamedeordem.com.br/o-crime-de-trafico-de-pessoas-apos-a-lei-no-13-3442016/>>. Acesso em: 01 out. 2017.

SANTIAGO, Emerson. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). **InfoEscola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/regime-disciplinar-diferenciado-rdd/>>. Acesso em: 01 out. 2017.

SANTOS, Andréia Alves dos. SILVA, Augusto Ferraz da. SOARES, Jordan Diniz Sales. Direito Penal de Emergência: o Simbolismo Penal frente as novas tutelas de emergência. **JusBrasil**. 7 de Novembro de 2016. Disponível em: <<https://jordansales.jusbrasil.com.br/artigos/402263282/direito-penal-de-emergencia-o-simbolismo-penal-frente-as-novas-tutelas-de-emergencia>>. Acesso em: 01 out. 2017.

SASSE, C.S. Sancionada a lei que facilita repressão ao tráfico de pessoas. **Sancionada a lei que facilita repressão ao tráfico de pessoas**. Brasília. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/517772-SANCIONADA-LEI-QUE-FACILITA-REPRESSAO-AO-TRAFICO-DE-PESSOAS.html>>. Acesso em: 01 out. 2017

SILVA, Winicius Faray da. **O princípio da individualização da pena sob uma perspectiva constitucional e penal**. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/winicius-faray-da-s/artigos/o-principio-da-individualizacao-da-pena-sob-uma-perspectiva-constitucional-e-penal-2803>>. Acesso em: 26 abr. 2017

SOUZA, Renata Silva e. **O Princípio da Presunção de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7ao-de-inoc%C3%Aancia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo>>. Acesso em: 24 out. 2017.

WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Saddam_Hussein>. Acesso em: 26 abr. 2017

WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Adolf_Hitler>. Acesso em: 26 abr. 2017

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo do Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007