

# **DIREITO PENAL DO INIMIGO: SUAS FACES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

## **\* RENATO LOPES COSTA**

Advogado e professor de Processo Penal e Direito Penal da Fundação Presidente Antônio Carlos/ Unipac.

## **\*\* BRUNO MARTINS FERREIRA**

Graduação em Direito pela Universidade FUMEC

Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho.

Advogado.

Atualmente é Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana e Adjunto da FADIPA - Faculdade de Direito de Ipatinga - ambas da FUPAC - Fundação Presidente Antônio Carlos.

## **\*\*\* JÔ DE CARVALHO**

Doutora em Ciências Técnicas (Administração, Recursos Humanos e Gestão) pela UMCC, Rio de Janeiro, Brasil pela UnB como Doutora em Educação.

Mestre em Produção e Recepção de Textos pela PUCMINAS,

Coordenadora de bancas de monografia, Psicopedagoga e professora na Faculdade de Direito

Professora de pós-graduação da Unipac Teófilo Otoni e do SENAC/MG.

## **\*\*\*\* DOUGLAS MOREIRA DE OLIVEIRA**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

## **RESUMO**

Este trabalho científico tem por escopo a demonstração da aplicação do direito penal do inimigo nos dias atuais, teoria idealizada por Günther Jakobs. Refere-se a uma nova visão de sociedade, a chamada por sociólogos de “sociedade de risco” e de como se tratar os criminosos modernos e que não manifestam nenhuma vontade em respeitar as regras de convivência em uma sociedade. Desde os tempos remotos a figura do inimigo sempre foi presente em nossa sociedade. O direito penal do inimigo cria duas categorias de seres humanos: o inimigo do direito penal, que para ser combatido, deverá ter suas garantias mitigadas, através de um direito prospectivo (direito penal do autor), levando-se em conta não só a infração penal cometida, mas o risco que ele representa para a sociedade e o cidadão comum, pessoa que aderiu à vigência da norma e que caso venha a delinquir, terá o tratamento penal e processual penal previstos no ordenamento jurídico pátrio. Aqui verifica-se o direito penal do fato, em que se espera a delinquência do cidadão para que, através da aplicação do direito penal, seja mantida a vigência da norma.

**Palavras-chave:** Cidadão. Garantias individuais fundamentais. Repressão criminal. Direito penal do inimigo. Repressão criminal.

## 1 INTRODUÇÃO

Somos conhecedores que a figura do inimigo sempre existiu no nosso meio, tomando nomenclaturas diferentes em determinados momentos de nossa história.

No período bíblico, o inimigo era chamado de anátema, e o crime mais grave cometido era o de heresia, que culminava na morte civil do culpado. No período feudal, pré-iluminista, o inimigo era chamado de delinquente, e contra ele havia um leque de penas, desde as mais brandas, como penas pecuniárias, até a pena capital.

Já na época iluminista, após a revolução francesa, começou-se a humanizar as penas, fato que se comprovou com a queda da Bastilha – Masmorra onde aconteciam as mais diversas atrocidades -, e que foi o marco da revolução francesa.

Nos dias atuais, o infrator é considerado um reeducando, ressocializando, recuperando.

A pergunta que se faz é dúbia: como ressocializar alguém que não foi socializado, já que a palavra ressocializar pressupõe uma socialização primária? Como ressocializar quem nunca perdeu este status?

É natural que após estas indagações, muitas outras surjam. Deve-se ter em mente que a pena não educa e muito menos reeduca, apenas retribui, sacia a necessidade de uma resposta vingativa da sociedade, que o Estado chamou para si (*jus puniendi*), em relação ao condenado.

Só assim pode-se reafirmar a vigência da norma em face das atitudes infracionais cometidas por quem não queira inserir-se no contexto do contrato social, violando normas e garantias dos que aderiram o retrocitado pacto.

Com o arrastar dos anos pode-se perceber que o Direito, em sua incessante vontade de acompanhar as transformações sociais, vem modificando-se, situação observada por vários sociólogos e jusfilosofos.

Essas observações, sob a ótica de Silva Sánchez, foram atermadas numa teoria denominada pelo citado professor de velocidades do direito penal.

Ele procurou estabelecer como o direito penal tem sido aplicado. Para Silva Sánchez, a aplicação da norma penal em sua essência clássica, com direitos e garantias respeitados, com culminação da prisão, seria a primeira velocidade. Na segunda velocidade, aplicada em tempos modernos teríamos um abrandamento dos direitos e garantias, sem, contudo ter-se a previsão de privação de liberdade.

Por uma ótica racional, Güther Jakobs identificou uma nova velocidade, ou seja, a terceira velocidade, que seria um misto da primeira velocidade com a segunda. Referida velocidade tem como pressupostos básicos a mitigação dos direitos e garantias, sem contudo abrir mão das penas privativas de liberdade.

Essa terceira velocidade seria, na verdade, uma forma de o Estado tentar fazer frente aos novos paradigmas sociais advindos da evolução tecnológica em que se verifica um novo perfil de criminosos mais inteligentes, audazes e organizados.

Convém notar que tal ocorrência é fruto de uma sociedade industrial de risco, conforme dito pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, que após abandonar o tradicional paternalismo familiar, vê-se isolada por causa da enxurrada de informações repassadas em curtos espaços de tempo, e da obrigação de escolha entre a família e o trabalho, sujeitando-se a fazer a escolha errada, incorrendo nos riscos sociais.

## **2 A ORIGEM DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEUS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS, FILOSÓFICOS E SOCIOLÓGICOS**

No início da década de 1980, na Alemanha Unificada, começou-se a escrever, por Günter Jacobs, uma teoria de Direito Penal denominada, pelo autor, de Direito Penal do Inimigo.

Tal fato deveu-se à unificação das Alemanhas, por causa da queda do muro de Berlim, e ao medo que se tinha do novo, da situação nova criada, do que poderia vir a acontecer com tal acontecimento, seus reflexos na sociedade, no ambiente jurídico e em especial, na área penal. Na ocasião, os escritos de Jacobs não foram homenageados por juristas, penalistas e estudiosos da área.

Em meados da década de 1990, Jacobs volta com sua teoria e mais uma vez, continuou sem muito reconhecimento. Contudo, no dia 11 de setembro de 2001, um atentado terrorista cometido por radicais religiosos mudaria o mundo. Um avião de voo comercial, cheio de passageiros, é sequestrado por terroristas em pleno voo e levado a se chocar em um dos prédios comerciais mais famosos do mundo, fazendo com que tal edifício, conhecido como World Trade Center, popularmente chamado Torres Gêmeas, desabasse e matasse milhares de pessoas.

Como pudemos ver, a teoria do Direito Penal do Inimigo começou a ser escrita na década de 1980, ganhando força após os atentados de 11 de setembro de 2001, tomando corpo em 2003, através do livro Direito Penal do Inimigo, de Günter Jacobs.

A princípio o que é proposto pela teoria do DPI é que exista tratamento diferenciado, dado pelo Estado, a cidadãos comuns, sujeitos a cometerem infrações penais e para indivíduos que se sirvam do ou utilizam o crime como forma de vida e que não demonstrem que irão realinhar suas condutas e muitos menos se sujeitar ao ordenamento jurídico vigente do Estado.

Segundo Hegel, a ordem jurídica é a manifestação de vontade geral. Quando alguém pratica um delito, esse indivíduo nega a vontade geral. A partir desse momento surge a pena-crime para negar a vontade do delinquente.

Nessa mesma esteira de pensamento, Hegel aduz que “a pena é a negação da negação do direito.”

A pena surge para se manter a vigência do contrato social de Rousseau.

Para Jakobs, pena não é retribuição, sua única função é a de prevenção geral positiva. O que o Direito Penal protege não é um bem jurídico e sim as expectativas normativas para a constituição da sociedade.

Tal Direito Penal cuida de proteger a vigência da norma como bem jurídico mais importante, *id est*, o Direito Penal não tutela a lesão ao patrimônio, honra, vida, economia, e sim que a aplicação efetiva da lei.

Conforme nos ensina Jakobs, o mandato normativo não é não viole um bem e sim não viole o seu papel como cidadão fiel ao Direito, não viole a vigência da norma. Como exemplo prático podemos citar uma tentativa incruenta (branca), em que João efetua seis disparos de arma de fogo contra José, que não é atingido por nenhum disparo, ou seja, o objeto jurídico da infração penal não é atingido, a vida, incolumidade física.

João, sem que tenha sequer lesionado José, responderá por tentativa de homicídio, sendo julgada apenas sua conduta, baseada em sua vontade (*animus*), e não o bem jurídico tutelado pelo Direito.

Num pensamento Güntheriano podemos chegar a seguinte conclusão: “Se o Direito Penal protege a vigência da norma, logo o crime é a negação da vigência da norma, então a pena é negação da negação da vigência. Por conseguinte, a pena-crime estabelece a vigência normativa (JAKOBS, 2012, p. 32).

## **2.1 Arcabouço histórico**

Desde muito tempo, nas antigas sociedades, o inimigo sempre esteve presente na história do Direito Penal e era tratado diferentemente de quem era considerado cidadão. As penas possuíam um caráter de divindade, uma vez que o descumprimento de obrigações para com os deuses gerava castigos terríveis como morte e tortura.

Na antiguidade, vivia-se uma verdadeira desordem social, em que não havia justiça e muito menos um Estado constituído. Os delitos praticados eram reprimidos através da vingança privada, que era feita pela vítima, família do ofendido e toda sua tribo, fato este que gerava intermináveis guerras. O desejo de vingança era desmedido e por isso as penas eram cruéis e desumanas contra o agressor e sua tribo.

Com o escopo de se evitar a dizimação total dos povos, Hamurabi, rei da Babilônia, criou a Lei de Talião, que tinha como premissa maior “olho por olho, dente por dente”, estabelecendo uma forma de regular a vingança privada.

A Lei de Talião previa penas como: lançar o criminoso ao fogo, morte por meios impiedosos, mutilação de membros (arrancar dentes, seios, orelhas, braços, pernas, língua, etc.)

Já o povo Hitita, *a contrario sensu* dos babilônicos, tinha em suas leis o princípio básico da restituição, diferentemente da Lei Taliônica que era da retribuição. Seu código de leis previa penas suaves, entretanto existia dispositivo autorizador da pena de morte em caso de estupro e bestialismo.

Em meados de 1.300 A.C, os Hebreus, chefiados por Moisés, acreditavam em um Direito Canônico, a qual a justiça era dada por Deus. A sanção usada era a de apedrejamento como pena capital. Os delitos eram assim divididos: contra a divindade, seu semelhante, a propriedade, honra e honestidade. Havia outras formas de se executarem as penas. Tais formas eram a lapidação, fogueira, decapitação, flagelação, prisão, internação, *anátema*, pena pecuniária e, outrossim, a pena de Talião.

A pena de lapidação era a mais comum, que consistia em apedrejar o condenado à morte, pelos assistentes que lançavam pedras contra o réu. Como a pessoa suporta muitos golpes fortes sem perder a consciência, a morte era lenta. Exemplificando temos o infracitado enunciado do Livro do Levítico, do antigo testamento: “Também dirás aos filhos de Israel: Qualquer que, dos filhos de Israel ou estrangeiros que peregrinam em Israel, der da sua semente a Moloc, certamente morrerá, o povo da terra o apedrejará com pedras (BIBLIA, Lv. 20, vers. 2).

A prisão servia para encarcerar o acusado até o julgamento ou cumprimento imediato da pena.

O anátema consistia na excomunhão e ocorria nos piores casos de heresias; era a morte civil do culpado. Como exemplo temos a carta do apóstolo Paulo aos Gálatas, que fala sobre a inconstância da doutrina pregada nas igrejas em que utiliza termo anátema:

Maravilho-me de que tão depressa passásseis daquele que vos chamou à graça de Cristo para outro evangelho, o qual não é outro, mas há alguns que vos inquietam e querem transtornar o evangelho de Cristo. Mas, ainda que nós mesmos ou um anjo do céu vos anuncie outro evangelho além do que já vos tenho anunciado seja anátema (BIBLIA, Gl. 1, vers. 6-8).

Nessa época, o Estado, na figura do soberano, já avocara pra si o poder de punir com o intuito de que não se continuasse o uso desenfreado da aplicação das penas: o chamado *jus puniendi*. Tal direito foi delegado pelo grupo social da época e perdura até os dias de hoje, com as modificações que ocorreram ao longo da história da civilização.

A sujeição à norma foi condição para que os homens pudessem conviver em sociedade, tendo em vista que eram independentes e isolados sobre a superfície terrestre. Dessa sujeição iniciou-se a ideia de um estado democrático de direito, em que os homens estariam subordinados a regras de convivência social.

Em Atenas, na Grécia, havia leis que apenavam com pena de morte todos os delitos praticados. Tais normas eram conhecidas como draconianas, referência feita ao imperador Drácon. Posteriormente tal sanção capital passou a ser aplicada apenas a quem atentava contra os deuses.

No Direito Romano não se reconhecia a condição de pessoa para quem praticava um delito contra a pátria. Pôncio Pilatos, Presidente do Império Romano julgou, sentenciou e condenou à morte Jesus, chamado pela plebe de Jesus Cristo de Nazaré, por ir contra a Lei Mosaica e por ser contrário ao Imperador Tibério César (inimigo do Estado). E conforme a peça autêntica do processo de Jesus, existente no museu da Espanha, proferiu a sentença Pôncio Pilatos:

Determino e ordeno que Jesus seja morto na cruz, sendo pregado com cravos como todos os réus. [...] Que seja ligado e açoitado, e seja vestido de púrpura e coroado de alguns espinhos, com a própria cruz nos ombros para que sirva de exemplo a todos os malfeitores, [...] crucificado e morto, ficará seu corpo na cruz, como espetáculo para todos os malfeitores, e que sobre a cruz se ponha, em diversas línguas, este título: *Jesus Nazarenus, Rex Iudeorum* [...].

Vê-se nesta sentença que a crucificação era uma pena comum no Império Romano.

No Brasil, as Ordenações Portuguesas, no livro de delitos praticados por inimigos, previam pena de morte para quem praticasse crime de lesa-majestade. Atualmente, no Brasil, só há previsão de pena de morte no Código Penal Militar, quando em guerra. Qualquer pessoa que cometa um crime militar em tempo de guerra (espionagem, covardia, deserção, traição, etc.), será processada por um Tribunal Militar e dependendo da pena, poderá ser condenada a pena capital, sendo tal sentença condenatória executada por fuzilamento conforme extrato do artigo 56 do diploma penal castrense<sup>1</sup>.

## **2.2 Teoria dos sistemas sociais**

A nossa vivência em sociedade é bastante conturbada e, por vezes, até questionada. Sabemos que o homem só chegou onde está devida a essa vivência e que somos seres que não conseguem sobreviver sozinhos, isolados do universo.

As sociedades modernas são muito complexas. Para que possamos continuar a viver harmoniosamente, faz-se necessário a criação de modelos que possam garantir um mínimo de condições, a fim de que possamos continuar nossa trajetória evolutiva na Terra, ou, no mais, em alguns anos estaremos extintos.

Essa é uma das missões do Direito, ou seja, criar regras visando garantir uma convivência harmoniosa entre os seres humanos e, atualmente, dos seres humanos com a natureza.

---

<sup>1</sup>Art.56. A pena de morte é executada por fuzilamento.

O Direito, através de sua estrutura, orienta a sociedade.

Vislumbrando tal fato, o sociólogo alemão, Niklas Luhmann, criou a chamada Teoria dos Sistemas Sociais. Para esse trabalho, falaremos da parte dos sistemas sociais que se referem às expectativas.

Segundo o dicionário “online de português”<sup>2</sup> expectativa é a condição de quem espera por alguma coisa, algum acontecimento, baseando-se em probabilidades ou na possível efetivação deste.

Isto é, comporto-me de maneira tal que tenho a expectativa de que outras pessoas comportem-se da mesma forma, e o Direito tem de criar mecanismos legitimadores de direito para que os cidadãos possam seguir confiando e cumprindo o contrato social a que todos estamos sujeitos.

Conforme nos ensina Luhmann, coexistem três expectativas: a cognitiva, a normativa e a contrafática.

A expectativa cognitiva é uma expectativa natural, isto é, diz respeito ao relacionamento do homem com a natureza, com o ambiente onde ele vive e se desenvolve. Exemplificando, podemos citar o caso de uma árvore que por causa de uma tempestade cai em uma casa. Não houve, a princípio, interferência humana; o homem em nada pode modificar tal situação ou prever.

Já a expectativa normativa refere-se ao relacionamento do homem com a sociedade. Nessa expectativa, verificamos a interferência do Estado como forma de garantir que o citado relacionamento seja o mais harmonioso possível. Com o escopo de se ver efetivada tal expectativa, o Estado, para o violador de normas de conduta, aplica sanções, em *lato sensu*. Este mesmo Estado tem de garantir que o cidadão quando saia de casa não tenha seus direitos e bens, avocados para a tutela estatal, violados ante as ações delituosas, *id est*, quando saio de casa, o Estado tem

---

<sup>2</sup>[www.dicio.com.br/expectativa](http://www.dicio.com.br/expectativa)

de me garantir que não vou ser furtado, roubado, assassinado. Para isso que o Estado chamou para si a jurisdição, quer seja, o poder para dizer o direito.

Sobre a expectativa contrafática, vemos que é a confiança de que o Estado irá agir quando se ter violada alguma norma imposta ao cidadão, através de uma sanção. Dessa forma os cidadãos podem seguir suas vidas confiando de que o Estado manterá a vigência da norma através de sanções.

### **3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO CONTEXTO EVOLUTIVO**

O Direito como ciência humana em sua essência que é, deve acompanhar as mutações sociais de modo a garantir eficiência e eficácia na prestação jurisdicional por parte do Estado de modo a satisfazer às necessidades e anseios da população.

O professor espanhol Jesus-Maria Silva Sanches, com o propósito de explicar como o Direito Penal deveria manifestar-se em nossa sociedade pós-industrial, criou a terminologia velocidades do direito penal, evitando assim, a modernização generalizada pela expansão e flexibilização dos princípios políticos-criminais e normas referentes à imputação de penas privativas de liberdade.

Para ele existem três velocidades de direito penal, sendo direito penal de primeira velocidade, de segunda velocidade e terceira velocidade, que serão descritas em momento oportuno. Uma quarta velocidade surge na Itália e se relaciona com o neopunitivismo, devendo as infrações cometidas serem julgadas no Tribunal Penal Internacional, uma vez que se refere a crimes cometidos por Chefes de Estado.

#### **3.1 Direito Penal de primeira velocidade**

O Direito Penal de primeira velocidade faz uso das penas privativas de liberdade, contudo não abandona as garantias processuais fundamentais. Ele afirma o Direito Penal liberal-clássico, trazido para nossa sociedade através da revolução francesa.

É um direito que possui como características os longos prazos para recursos até que se efetive a sentença penal.

### 3.2 Direito Penal de segunda velocidade

O Direito Penal de segunda velocidade adota penas alternativas à prisão, entretanto existe um abrandamento das garantias processuais, *verbi gratia*, sob o regime da Lei 9099/95, se o indiciado aceitar a transação penal<sup>3</sup>, que é medida alternativa à prisão, não haverá o processo penal e nem denúncia, tendo em vista a transação ser uma espécie de pena. Temos também o art.28 da Lei 11.343/06<sup>4</sup>, em que o usuário de drogas ilícitas sofre sanções diferentes da prisão. Ele é um direito penal, que apesar de não ter a pena de privação de liberdade como meta, abranda direitos e garantias processuais, valoriza a verdade negociada em detrimento da verdade real, conforme palavras do Professor Alexandre Rocha de Moraes. Aqui, em vez de se ter um boletim de ocorrência, teremos a figura do Termo Circunstanciado, que em nosso Estado tem nome de Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), consoante preleciona o artigo 69 da Lei dos Juizados Especiais Criminais<sup>5</sup>.

Silva Sanchez, assim afirma:

O direito penal de segunda velocidade é para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar flexibilização proporcional a menor intensidade de sanção (SANCHEZ, 2013, p.188).

---

<sup>3</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

<sup>4</sup> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

<sup>5</sup> Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

### **3.3 Direito penal de terceira velocidade**

No que se refere ao direito penal de terceira velocidade, utilizamos de penas de privação de liberdade e também da mitigação/flexibilização das garantias processuais, ou seja, seria a junção do direito penal de primeira velocidade em sua primeira parte com o direito penal de segunda velocidade em sua segunda parte. É nesse ponto que encontramos o lastro para se formar o Direito Penal do Inimigo.

Nesse contexto, Oliveira assevera com brilhantismo que:

A terceira velocidade representa o chamado “Direito Penal do Inimigo”, um conceito criado com a intenção de coagir e neutralizar pessoas que não oferecem respaldo cognitivo de suas condutas, pois romperam com o ordenamento jurídico em prol de outros vínculos que se sobrepõem a ele como a religião, a cultura estrangeira do imigrante, uma ideologia política ou uma organização criminosa (OLIVEIRA, 2012).

Essa velocidade começou a se fortalecer após uma onda de atentados terroristas em todo o mundo. Cria-se então a denominada sociedade de risco, fomentada pela onda de violência, sendo difundida com maior velocidade através dos meios de comunicação, mais modernos e precisos, nascendo a necessidade por parte do Estado de uma resposta mais rápida e eficiente frente aos delitos praticados contra seus membros.

Nessa corrente de pensamento, afirma Silva Sanchez:

A sociedade pós-industrial é, além da “sociedade de risco” tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de “objetiva” insegurança. Desde logo, deve ficar claro que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, em última análise, manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social (SANCHEZ, 2013, p.193).

### **3.4 Direito Penal de quarta velocidade**

Em se tratando de DP de quarta velocidade, este foi criado para disciplinar os crimes de lesa-humanidade cometidos por Chefes de Estado que em determinado

momento, por ocasião de sua função de soberano, cometeram delitos violadores de tratados internacionais, merecendo uma reprimenda por parte do Tribunal Penal Internacional, localizado em Haia, na Holanda. Tal tribunal poderá funcionar onde tenham ocorridos tais abusos. O réu terá, conforme o Estatuto de Roma que instituiu o TPI, suas garantias penais e processuais mitigadas. Como exemplo de crimes julgados pela quarta velocidade podemos citar o genocídio, crimes contra os direitos humanos, crimes de guerra e de agressão. Vemos que a quarta velocidade possui ligeira semelhança com a terceira, tendo, contudo, o inimigo diferente, isto é, o inimigo é o governante ou quem, em momento de governo, praticou crimes de lesa-humanidade, julgados pelo TPI.

#### **4 QUEM É O INIMIGO?**

Güther Jakobs para justificar sua teoria, lastrea-se nas obras dos filósofos Jean Jaques Rousseau – O Contrato Social – Immanuel Kant, Thomas Hobbes – O Leviatã. Conforme preconiza Rousseau, qualquer malfeitor que ataque os direitos sociais deixa de ser membro do Estado, tendo em vista que se encontra em conflito com este. Por resultado, temos que ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão.

Nesta esteira, sustenta-se ainda que o indivíduo que vier a deixar de cumprir o pacto social em determinado ponto, abdica de seus direitos como cidadão e como ser humano, passando para um estado de ausência completa de direitos.

No livro Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens, Jean Jaques Rousseau aduz que a maioria dos males da humanidade é obra nossa e poderiam ter sido evitados, conservando a maneira de viver simples, uniforme e solitária que era prescrita pela natureza.

Para Thomas Hobbes, o delinquente é mantido como cidadão, *ab initio*, com todos os direitos e garantias que lhe são inerentes. O cidadão não pode dispor voluntariamente de sua condição de cidadão. Todavia, a situação é distinta quando

se trata de um movimento de revolta, ou seja, considerado como de grande deslealdade. Traduz-se que a origem deste delito está no distanciamento da aceitação da submissão aos preceitos da convivência social, regredindo ao estado natural, e aqueles que cometem tal infração penal devem ser punidos como inimigos, e não como aquiescentes do contrato social.

O modelo de contrato como idéia reguladora na fundamentação e na limitação do poder estatal foi idealizado por Kant.

Em sua construção, toda pessoa está legitimada a coagir a qualquer outra pessoa a fazer parte de uma Constituição Cidadã. Com isso, numa visão geral a maior parcela dos estudiosos da sociedade entendem que o Direito Penal do Cidadão é o direito da coletividade, já a manifestação do Direito Penal do Inimigo é relativa àqueles que se mostram reais inimigos do Estado.

Tal imposição poderá ficar adstrita em sentido dúbio, onde o Estado inicialmente não excluirá obrigatoriamente o inimigo de todos os seus direitos. *A posteriori*, o Estado não deverá necessariamente fazer tudo o que é permitido fazer, *id est*, limitar todos os direitos e garantias, obrigando-se a fazer, unicamente quando se revelar imprescindível em razão da possibilidade de um pacto de paz entre aquele até então considerado inimigo do Estado e o próprio Estado.

Cristalino dizer que, não se modifica em nada o fato de que determinada ação exercida em desfavor do inimigo, presta-se somente para reprimi-lo e aos demais que demonstrem inclinação para o comportamento do inimigo.

O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, já o Direito Penal do Inimigo combate supostos perigos existentes, passíveis de serem praticados pelos “inimigos do Estado”. Hodiernamente, este processo vem sendo utilizado em larga escala nos Estados Unidos, na Europa e na África do Sul.

Segundo Jakobs, seriam inimigos os terroristas, criminosos sexuais, imigrantes ilegais e participantes do crime organizado.

Para Silva-Sanches, a reincidência, habitualidade, profissionalismo, organizações delitivas estruturadas caracterizam o inimigo.

No Brasil a ideia de castração química, chamada de medida de segurança de tratamento químico hormonal, volta a ser debatida através do projeto de lei do Senado Federal 282/2011, de autoria do Senador Ivo Cassol (PP), por falta de apreciação da Comissão de Constituição e Justiça em 2007, alegando ausência de quórum para o debate. O assunto é polêmico, vezes por desconhecimento da sociedade e parlamentares, vezes pelo sensacionalismo promovido por entidades de defesa de direitos humanos.

Nele é prevista a citada medida de segurança em substituição à pena privativa de liberdade, sendo aplicada ao condenado não reincidente que consentir e ao reincidente específico, compulsoriamente, desde que haja avaliação médica atestando a necessidade.

A castração química é adotada desde 1997 pela Califórnia, Estados Unidos da América (EUA), e tem sido instituída por vários Estados e Países como sanção alternativa à prisão para criminosos sexuais.

Conforme estudos da área de psiquiatria, as vontades sexuais compulsivas e anormais são originadas por problemas na formação do caráter, traumas de infância e formas de criação. Há corrente que fala em doença mental ou psicopatia e deficiências incontornáveis.

Para a neuroquímica, entendimento prevalecente é que o criminoso sexual possui hormônios masculinos (testosterona) acima do normal. Em adução científica, citado criminoso é um doente que deve ser tratado com remédios apropriados.

Quando do cárcere, vê-se que o criminoso sexual, em sua maioria, volta a reincidir e que a prisão só serve para que ele fique elaborando fantasias sexuais, que se convertem em realidade quando voltam ao convívio social. Cientistas afirmam que o cárcere cria criminosos mais fantasiosos, sempre intencionando em realizar sua satisfação sexual vil.

Em Estados que administraram a droga Depo-Provera, diminuidora da libido masculina, obteve-se uma queda de 75% para 2% de reincidência dos sexopatas.

#### **4.1 O Direito penal do inimigo e direito penal do cidadão**

A maioria das pessoas não é criminosa, e mesmo as criminosas não deixam de ser cidadão por cometer alguns ilícitos. O que faz com que uma pessoa deixe de ser cidadão e deva ser tratado como inimigo é a habitualidade, a profissionalização da prática infracional, a participação em organizações criminosas e a reincidência, demonstrando que não irá respeitar as normas de conduta impostas através da inserção no pacto social.

Cidadão, segundo Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, é uma pessoa capaz, em cooperação com os outros, de criar ou transformar a ordem social em que quer viver. Ser cidadão implica em entender que a ordem social (as leis, os costumes, as instituições, as tradições, etc.) apesar de não natural e sim uma criação das pessoas dessa sociedade, é necessária para que haja o convívio harmonioso e pacífico entre as pessoas.

Inimigo, para Zafaroni, foi conceituado no Direito Romano, e podemos distingui-lo duas categorias: o *hostis alienígena*, que era inimigo em geral, o que incomodava o poder (insubordinados), os que não tinham disciplina ou o simples estrangeiro; e o *hostis judicatus*, que eram, excepcionalmente, declarados como tal pelo Senado, quando representavam uma ameaça à segurança da República, eram declarados inimigos públicos.

O Direito Penal do cidadão é retrospectivo, ou seja, ele tem uma visão pretérita, com viés para o passado. Seu fundamento é a culpabilidade. Nele, pune-se o agente pelo que praticou ou deixou de praticar e que seja tipificado como infração penal em norma própria. É um direito penal garantista, em que se verifica obediência e

respeito às normas de direito e garantias insculpidas na Constituição de um Estado Democrático. O Estado espera o cidadão agir para reafirmar a vigência da norma.

O Direito Penal do inimigo é aplicável a um número pequeno de pessoas, tendo em vista a apertada classificação que é dada a uma pessoa para que ela possa ser considerada inimiga. Elas demonstram que querem destruir o ordenamento jurídico. O supracitado Direito é prospectivo, uma vez que tem olhos direcionados para o futuro e seu fundamento é a periculosidade, o risco que a pessoa representa para a sociedade. O inimigo, nesse caso, é punido pelo seu grau de periculosidade, pelo que ele pode vir a fazer. É um tipo de prevenção, denominada de prevenção geral positiva.

Para Jakobs, quem não presta uma segurança cognitiva mínima de que vai se adequar às normas sociais, não pode ser tratado como pessoa.

Como vimos acima, o Direito Penal do Cidadão quer evitar o dano à vigência da norma, reafirmando-a. Já o Direito Penal do Inimigo quer neutralizar o inimigo, para se evitar danos futuros. O inimigo é indivíduo e não pessoa.

Nos dizeres de Niklas Luhmann, indivíduo é um resultado natural do nascimento do ser humano. Porém pessoa é um produto social, uma unidade ideal de direitos e deveres. É o destino das expectativas normativas. A pessoa possui papéis na sociedade.

#### **4.2 Características do direito penal do inimigo x legitimação do direito penal do inimigo**

O Direito Penal do Inimigo, conforme já falado, possui a prevenção como essência. É um Direito Penal de precaução, de risco, prospectivo, em que não se espera o dano ocorrer para que se tenha a manifestação estatal.

Inserido dentro dessa nova visão de sociedade, qual seja, a sociedade industrial de risco, o Direito Penal do Inimigo, segundo o Professor e Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Alexandre Rocha de Moraes, apresenta-se com as seguintes características:

Caos normativo, instrumentalização ou simbolismo do Direito Penal, excesso de descodificação ou legislação penal especial, desformalização/flexibilização de garantias penais e processuais penais, explosão carcerária.

Todas essas características citadas pelo supramencionado professor são reflexo dessa sociedade contemporânea, chamada pelo sociólogo alemão Ulrich Bech de sociedade de risco.

Nota-se que por tais características, acaba-se sendo legitimado o Direito Penal do Inimigo, consoante se vê exposto em determinadas leis penais extravagantes do nosso ordenamento jurídico penal nacional, como é o caso da lei de crimes hediondos, crimes ambientais, interceptação telefônica, etc.

## **5 FACES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **5.1 Regime disciplinar diferenciado**

Em 2001 ocorreram episódios graves em São Paulo, envolvendo rebeliões em presídios, sequência de crimes graves que foram cometidos por ordem de indivíduos que se encontravam submetidos ao regime do sistema carcerário à época.

Neste mesmo ano foram feitas resoluções administrativas no âmbito das secretarias que gerenciavam o sistema penitenciário, com intuito de se criar um regime com mais rigor e isolar os presos considerados líderes.

Tais normas foram questionadas por diversos órgãos e profissionais do Direito, inclusive pela Ordem dos Advogados do Brasil, quanto à sua legalidade, uma vez que era um ato administrativo e não uma lei, em sentido estrito, que passa por um processo mais rigoroso para promulgação que um ato administrativo - que é unilateral – que estaria criando tal regime diferenciado.

Já em 2003, foi então publicada a lei 10792/2003, com o viés de por fim ao questionamento acerca da legalidade das normas administrativas relacionadas ao assunto.

Sua finalidade era desarticular as organizações criminosas, impedir que elas pudessem, de dentro dos presídios, continuar controlando o crime e articulando na parte externa, ou seja, no meio de convívio social.

Ele possui como características o isolamento celular do preso provisório ou o condenado que já esteja submetido ao regime carcerário; limitar, restringir a convivência do preso com o mundo exterior; o preso fica em cela individual; sua saída desta cela é reduzida em apenas duas horas para banho de sol que é isolado dos outros presos em regime penal comum e sem contato com o mundo exterior como em qualquer outro regime; o preso só tem direito a duas visitas semanais; não se ouve rádio ou se tem acesso a outro tipo de comunicação, o preso poderá ficar até trezentos e sessenta dias, podendo ter esse prazo prorrogado.

Existem dois tipos de Regime Disciplinar Diferenciado. Um é o punitivo, o outro é o cautelar.

O punitivo é para aquele que cometeu uma falta grave, um crime doloso que implique uma subversão da ordem, que coloque em risco o estabelecimento prisional e/ou a sociedade; uma infração que abale a estrutura administrativa do estabelecimento prisional, a ponto de se cogitar fugas, criar intranquilidade, afetando a paz, o convívio dos demais presos.

Regime Disciplinar Diferenciado Cautelar é utilizado quando o preso representa por si só um perigo acentuado à sociedade ou à ordem dentro do estabelecimento

prisional, considerado de alta periculosidade, quando envolvido a organizações criminosas.

Sua finalidade era desarticular as associações criminosas, impedir que elas pudessem, da parte interna dos presídios, continuar controlando o crime e articulando atentados terroristas na parte externa, ou seja, no meio social.

Muito ainda se discute a respeito a eficácia do Regime Disciplinar Diferenciado. Fala-se que ele é desumano, torturante, que não reeduca, que é direito penal simbólico, que os delinquentes voltam mais líderes em virtude do tipo diferenciado de encarceramento.

Temos que evitar discursos hipócritas e pseudogarantismos/abolicionistas, já que se o indivíduo é submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado, vislumbra-se que ele não demonstrou, no decorrer de sua vida criminosa, garantia cognitiva suficiente de comportamento pessoal de arrependimento ou de mudança em sua conduta em relação à sociedade.

Devemos verificar que se o indivíduo tem direitos constitucionais assegurados, a coletividade também os tem, quer dizer, não seria justo que a coletividade sofresse, privando-se de seus direitos, com escopo único e exclusivo de assegurar direitos a indivíduos que não asseguram qualquer obediência às regras sociais.

Sabemos que o Regime Disciplinar Diferenciado não é a única solução para resolver os problemas sócio penais da sociedade, tendo em vista que o Estado tem a obrigação de garantir o acesso isonômico das pessoas à informação, moradia, educação, saúde, lazer, etc.

Contudo, em São Paulo, por exemplo, onde se tem cerca de noventa por cento da população carcerária filiada ao Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho e Terceiro Comando, há de se convir que se faz necessária uma intervenção mais forte, eficiente, robusta, no que tange ao cumprimento da pena por líderes de facções criminosas, fazendo com que seja desarticulada qualquer manifestação de vontade em delinquir ou ascender no crime.

Temos de ter em mente que o problema carcerário é antigo, complexo e a lei que efetivou o Regime Disciplinar Diferenciado ainda é recente, possuindo apenas dez anos de vigor. Somente a lei não resolverá o problema da delinquência, que é velho. O Estado tem de agir com políticas públicas no sentido de se neutralizar os delinquentes no início de sua empreitada criminosa, através de atividade de inteligência, aparelhamento das polícias, atuação em conjunto dos órgãos de segurança pública, dentre outros.

Diante de tudo isso, vemo-nos mais uma vez diante de princípios pregados pela teoria do Direito Penal do Inimigo, que a cada dia que se passa, torna-se mais presente e necessária em nossa sociedade.

## **5.2 Lei de Crimes Hediondos**

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, passou a ter previsão constitucional para crimes hediondos.

Assim assevera o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art.5º, inc. XLIII: [...] A lei considerará crimes inafiançáveis e insusceptíveis de graça, indulto ou anistia a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 2013).

Fica clara a intenção de se deixar para a previsão em do que poderia vir a ser crime hediondo.

Na década de 1990, alguns acontecimentos fizeram com que o legislador pátrio viesse a criar e publicar a lei 8072 de 25 de julho de 1990. Dentre esses, mereceram destaque a extorsão mediante sequestro de Abílio Diniz, dono do grupo Pão de Açúcar, ocorrida em 11 de dezembro de 1989 e do empresário Roberto Medina, irmão do então Deputado Rubem Medina, em 06 de junho do mesmo ano.

As citadas ocorrências foram o estopim para que se promulgasse a lei de Crimes Hediondos.

Segundo Damásio de Jesus, hediondo é o crime que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva do resultado, provoca intensa repulsa.

Crime hediondo para ser configurado não se necessita que tenha sido cometido com crueldade, violência exacerbada, sem compaixão e sim, que tenha previsão na lei 8072/90. Esta lei, inicialmente, aduzia que o cumprimento da pena deveria ser integralmente em regime fechado, proibindo a progressão de regime. A partir da lei 11.464, de 28 de março de 2007, passou-se a admitir a progressão de regime, conforme positiva o art. 2º, parágrafo 1º, *in verbis*:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado (BRASIL, 2013).

Vê-se claramente a manifestação da doutrina de Jakobs na supramencionada lei, que além de no início de sua vigência tenha tido em seu texto original a não possibilidade de progressão de regime para cumprimento de pena, a obrigatoriedade de justificação, por parte do juiz, quando autorizar apelação do réu em liberdade, elevação do prazo de prisão temporária e alargamento de prazos para que aquele que incida em sua tipificação consiga a progressão de regime, proibição de livramento condicional para os reincidentes específicos, elevação das penas para crimes abstratos que forem considerados hediondos. (organização criminosa, art. 288 do Código Penal Brasileiro, cometendo crime hediondo)

### **5.3 Interceptação Telefônica (Lei 9.296/96)**

Guilherme de Souza Nucci assim esclarece acerca do significado de interceptação:

Em sentido estrito, interceptar algo significaria interromper, cortar, impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão

equivoca de constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia. Portanto, interceptação tem o significado de interferência, com o fito de colheitas de informes (NUCCI, 2011, p. 677).

Estabelece a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XII, *in litteris*:

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

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 2013).

Nos dias atuais, é defendida por boa parte da doutrina a ideia de não existir mais direito ou garantia fundamental de caráter absoluto. Por tal motivo e pela não autorização da existência de norma de viés constitucional que proteja delinquente, evidencia-se a autorização, desde que para fins investigatórios e processuais criminais, de interceptação, se ordenada por magistrado e inculpada na lei.

Mais uma vez estamos diante da teoria Güntheriana, pois no caso da interceptação de meios de comunicação para se descobrir o crime e sua autoria, fica clara a ideia de prospecção investigativa, isto é, o Estado trabalha no sentido de se evitar que o crime ocorra, usando para isso “grampos telefônicos”, com o intuito de se antecipar à prática criminosa e neutralizar o criminoso.

Este recurso judicial é muito usado para se pegar organizações criminosas que cometem os chamados crimes do colarinho branco, em que se tem a dificuldade de se observar o cometimento material da infração penal contra a administração pública. Também é muito solicitado para monitoramento dos traficantes de drogas ilícitas, abrindo mão também de um segundo recurso jurídico que é a ação *controlada*, consistente em esperar o melhor momento para se pegar o chefe da organização. O que se quer com esses recursos é pegar o “peixe grande, e não os pequenos”, a fim de se anular por completo a organização criminosa.

#### **5.4 Lei do Abate - Lei nº 9.614/98**

Criada em 5 de março de 1998, esta lei permite que a Força Aérea Brasileira derrube aviões que não se identifiquem no espaço aéreo brasileiro. O procedimento dá-se da seguinte forma: é ordenada à aeronave invasora para que se identifique e explique o motivo de seu vôo, caso contrário o militar que pilota o avião de caça poderá atirar e eliminar todos do avião.

A lei do Abate tem causado controvérsias no ambiente jurídico, em face de sua classificação. Para alguns doutrinadores, esta lei não seria uma resposta penal com a relativização de garantias, seria uma total suspensão de garantias, seria uma execução sumária.

Nesse caso não verificamos a pena de restrição de liberdade e sim, como consequência de desobediência da ordem, uma penal capital, reafirmando a soberania estatal e seu poder de império, demonstrando a aplicação da teoria de Jacobs.

#### **5.5 Crimes Ambientais - Lei 9.605/98**

Sancionada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a lei de crimes ambientais veio para cumprir o mandamento constitucional insculpido no art. 225 da Constituição Federal, conforme extraído abaixo:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 2013).

Com o viés de se tornar efetiva a aplicabilidade desse direito assim, aduz o parágrafo 1º:

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas (BRASIL, 2013).

Na lei em tela, a princípio, verifica-se várias formas de punição alternativas à prisão, tais como interdição temporária de direito (art.10), suspensão condicional da pena (art. 16), sursis especial (art.17), fiança (art. 19), dentre outras.

Contudo, no art. 31 da referida lei assim está escrito: “ Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

Também diz o art. 52 da mesma lei:

Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente:  
Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa (BRASIL, 2013).

Vê-se a intenção do legislador pátrio em se reafirmar a norma, em claro enquadramento ao Direito Penal do Inimigo, pois naquele pune-se a probabilidade de dano e não o fato ocorrido e neste conforme nos ensina Guilherme de Souza Nucci, os atos preparatórios: “Cuida-se de tipo penal que pune a preparação do delito como, no mesmo enfoque, faz o art. 253 do Código Penal, em relação do art. 251” (NUCCI, 2011, p.685).

## **6 MEDIDAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS**

Conforme Jakobs, algumas medidas utilizadas pelos Estados caracterizam o Direito Penal do Inimigo. Daí surge a necessidade de criação de medidas extraordinárias e excepcionais que deverão estar previstas em lei, ressaltando-se que elas não têm caráter duradouro e sim temporário.

Tais medidas são de natureza penal e processual penal. Conforme preleciona o Defensor Público Federal Gabriel Habib, são elas, primeiro de natureza penal:

Proliferação de crimes de risco desvinculado de qualquer lógica de lesividade; aumento de incriminação de atos preparatórios, com intuito de intervenção prévia para neutralizar o inimigo, pois só se espera agir o cidadão infrator e não o inimigo; agravação das penas independentemente de qualquer ponderação/proporcionalidade entre a pena e a gravidade do fato; desproporcionalidade das penas; numerosas leis que se denominam lei de luta/combate (ex: lei de combate ao crime organizado, lei de combate as drogas) (HABIB, 2012).

Nesse mesmo pensamento, seguem abaixo medidas de natureza processual penal:

Restrição de direitos e garantias processuais aos imputados; Alargamento do prazo de prisão preventiva; Ampliação dos prazos de detenção policial para

fins investigatórios (lei de crimes hediondos, prisão temporária teve prazo alargado para 30 dias); Previsão de crimes sem nenhum motivo; Inversão do ônus da prova (tendência em países europeus, Congresso Português); Generalização de métodos de investigação e de provas excepcionais (escutas, agentes infiltrados (convenção de palermo art. 20), buscas noturnas em domicílio, lei 10217/01); Normas de direito penitenciário que limitam a concessão de benefícios (crime hediondo veda anistia, graça e indulto), ampliam requisitos de livramento condicional (aumentou para 2/3 e proibiu livramento condicional para o reincidente específico para crimes daquela natureza.) (HABIB, 2012).

## 7 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, nota-se que o Direito Penal do Inimigo, apesar de algumas controvérsias, faz-se presente em nossa sociedade e em nosso ordenamento jurídico penal, seja através de suas características relativas ao novo modelo de sociedade atual, seja pela legitimação social promovida pelo povo, através de seus mandatários, que o corporificam com a edição de leis penais extravagantes.

Insta revelar que o supracitado Direito é uma doutrina de direito prospectivo, que trabalha na prevenção do risco, levando em consideração o grau de periculosidade do infrator, defendendo técnicas de investigação como ação controlada, interceptação telefônica, infiltração de agentes, escuta ambiental, *a contrario sensu* do Direito Penal clássico, em que a prova testemunhal é um dos principais meios de prova.

Consoante a teoria trabalhada por Jakobs, percebe-se a necessidade também de uma atualização e modernização no que se refere ao valor que é dado à norma, pois com o avanço técnico-econômico, tem-se percebido mudanças sociais intensas e céleres em nosso meio social, tendo Direito não conseguido acompanhar, face ao arcaísmo e engessamento de normas penais pátrias, herança da antiga doutrina de direito penal do século passado, isto é, aplicação clássica do direito penal em face do crime cometido, traçando todo o *iter criminis* com o intuito de se chegar à aplicação da lei penal (direito penal retrospectivo).

Corroborando como acima exposto, deve-se levar em consideração a teoria tridimensional do Direito, cunhada por Miguel Reale, em sua Lições Preliminares do Direito, em que o autor demonstra através do estudo acerca da filosofia do Direito como é produzida uma norma jurídica.

Devemos, a luz de seus ensinamentos relativos ao fato, valor e a norma, verificar que com as mutações sociotecnológicas muda-se também o comportamento humano, *verbi gratia*, em 1940 se vislumbrássemos em uma praia do litoral brasileiro uma placa com os seguintes dizeres: “É proibido biquíni”, logo chegaríamos a conclusão de que mulheres deveriam usar roupas mais longas. Entretanto, nos dias atuais, se vemos a mesma placa, na mesma praia, chegaremos a conclusão de que se trata de uma praia de nudismo.

Com isso, temos a certeza de que a cada dia faz-se presente a necessidade de se atualizar o nosso ordenamento jurídico, afim de que acompanhe nossa sociedade visando dar garantias aos signatários do pacto social que terão resguardados seus direitos, consolidando assim a segurança jurídica, culminando na pacificação social.

Pois as modalidades criminosas mudaram, aperfeiçoando-se, e por isso nosso direito tem de mudar, aprimorando-se, no escopo de dar uma melhor resposta ante ao enfrentamento da vigência da norma.

Tal mudança só ocorrerá com o uso de tecnologias capazes de prevenir o crime.

## **REFERÊNCIAS**

ANÁTEMA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/An%C3%A1tema>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.1: parte geral**. 16.ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

BRASIL mantém taxa de 20,4 homicídios por 100 mil habitantes. **O Globo**, São Paulo, 06 mar. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mapa-da-violencia-2013-brasil-mantem-taxa-de-204-homicidios-por-100-mil-habitantes-7755783>>. Acesso em: 12 set. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 set. 2012.

BRASIL. **Lei nº 7210, 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9099, 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2013.

CURY, AUGUSTO. **O mestre da vida**. 23. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Direito Penal do Inimigo: controvérsias e sua aplicabilidade**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2009/trabalhos\\_12009/julianabuchas.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/julianabuchas.pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2013.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2011.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LAPIDAÇÃO (Pena de Morte). Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Lapida%C3%A7%C3%A3o\\_%28pena\\_de\\_morte%29](http://pt.wikipedia.org/wiki/Lapida%C3%A7%C3%A3o_%28pena_de_morte%29)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

MARCHIONNO, Daniele Romio. **Direito penal de 4ª (quarta) velocidade**. Disponível em: <<http://www.posgraduacaoemdireito.com.br/2012/10/direito-penal-de-4%C2%AA-quarta-velocidade/>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. **Da sociedade de risco ao direito penal do inimigo: tendências de política criminal**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=10421](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10421)>. Acesso em: 11. abr. 2013.

QUEIROZ, Paulo. A dimensão (des)humana do direito penal . **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n.47, p.188-202. mar./abr. 2004.

SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL. **Bíblia estudo da Hebraico-Grego**. 4 .ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2012.

RODRIGUES, Cristiano. **Temas controvertidos de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega. 2002.

**SENTENÇA de Jesus - Cristo Nazareno**: cópia fiel da peça do processo de Jesus Cristo realizada por Pilatos, que se encontra no Museu da Espanha. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/sentencacristo.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.