



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

PEDRO HENRIQUE DE ALMEIDA BIONE

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A DESUMANIZAÇÃO DE PESSOAS E
APLICAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**JOÃO PESSOA
2020**

PEDRO HENRIQUE DE ALMEIDA BIONE

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A DESUMANIZAÇÃO DE PESSOAS E
APLICAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.

JOÃO PESSOA
2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

B615d Bione, Pedro Henrique de Almeida.

DIREITO PENAL DO INIMIGO: A DESUMANIZAÇÃO DE PESSOAS E
APLICAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO /
Pedro Henrique de Almeida Bione. - João Pessoa, 2020.
69 f.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito Penal do Inimigo. 2. Expansão Penal. 3.
Desumanização. 4. Seletividade Penal. 5. Princípios e
Garantias Fundamentais. 6. Estado Democrático de
Direito. I. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita. II.
Título.

UFPB/CCJ

PEDRO HENRIQUE DE ALMEIDA BIONE

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A DESUMANIZAÇÃO DE PESSOAS E
APLICAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.

DATA DA APROVAÇÃO: 21 DE MARÇO DE 2020.

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
(ORIENTADOR)**

**Prof. Me. Eduardo de Araújo Cavalcanti
(AVALIADOR)**

**Prof^ª. Dra. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
(AVALIADORA)**

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo e de todos, agradeço a Deus pelo amor imensurável e por ter me concedido inúmeras bênçãos. Por meio dEle eu encontrei a paz e a inspiração necessárias para seguir um caminho de luz e de positividade. O pouco que tenho é exatamente tudo o que preciso e muito mais do que eu pudesse imaginar que mereço.

Eu ingressei na Universidade Federal da Paraíba com 16 anos de idade, em 2015, no Curso que sempre sonhei. O caminho percorrido foi de altos e baixos, envolvendo viagens de ida e volta para o interior, horas de espera pelo ônibus, praticamente “fechando as grades da Universidade” todos os dias. Desistir nunca foi um dos planos. Sempre tive ciência que esse percurso não seria sempre florido. E foram exatamente as dificuldades que moldaram a forma com que enxergo a minha trajetória, bem como os bons sentimentos vindos dela.

Com 18 anos comecei a trabalhar, já no 4º período da Universidade. Tal conciliação foi ainda mais difícil pelas poucas horas de sono e a exaustão diária, mas me possibilitou mais independência e despertou uma maior maturidade.

Eu sou extremamente grato a minha Mãe, Edineide da Silva Almeida, que dedica a vida a mim, apesar das inúmeras responsabilidades com o trabalho em outra cidade e com a casa. Ela sempre fez e faz tudo o que está ao alcance, buscando me conceder conforto, saúde e amor. Indubitavelmente, ela é meu super-herói e minha heroína em uma pessoa só, a quem eu devo todas as minhas conquistas humanas e profissionais. Minha mãe é uma inspiração de luta e de perseverança. Formou-se em Serviço Social em uma Universidade Pública e tem um emprego vitalício de Assistente Social, conquistado diante de grande esforço. A formação humana dela com certeza influenciou nas minhas escolhas.

A minha Avó, Maria José da Silva Almeida, agradeço por tanto cuidado, preocupação e dedicação. Ela e minha mãe são a minha dupla imbatível, as pessoas mais importantes da minha vida. São meus modelos mais puros de honestidade, bondade, dedicação e amor. Sem uma criação tão exemplar e comprometida, eu jamais teria chegado onde estou.

Posteriormente, agradeço aos meus verdadeiros amigos pelo apoio, afeto, companheirismo, reciprocidade e por serem a minha segunda família.

Agradeço especialmente a Cristiane, por estar do meu lado nessa caminhada antes mesmo do início do Curso. Nossa amizade se manteve firme e inabalável, se fortalecendo a cada dia. Nós aprendemos muito um com o outro. Você foi a primeira pessoa que me

conheceu de verdade e visualizou a minha evolução durante esses 5 anos, da mesma forma que eu vi isso em ti! Foram muitas alegrias, decepções, deboches e aprendizados vividos em conjunto. Desde a aprovação no Sisu, o Remanejamento para o 2015.1, até a Reopção para o CCJ. Tudo isso juntos... Ah, esses anos não teriam sido os mesmos sem você, minha amiga-irmã!

A Rafael e Thamara, minhas amigas mais improváveis, por divergências de pensamentos e comportamentos, agradeço por terem se tornado parte dos meus melhores amigos e pelo amor que vocês demonstram e provam por mim. Vocês ganharam meu coração progressivamente e nossa amizade só cresceu e se solidificou. Não me imagino sem vocês, irmãos! Nossas divergências me ensinaram a ser uma pessoa melhor e mais compreensiva. Nossas semelhanças de coração e caráter me fazem valorizar vocês cada vez mais, a cada dia.

Agradeço a Fernanda, Jackcyane Vitória, Laryssa, Luciana, Isaú, dentre outros amigos próximos, que não vou conseguir enumerar nesse momento, mas que sabem do meu apreço e amor. Vocês representam muito para mim. Agradeço por todo acolhimento e pelos bons sentimentos que plantaram em meu coração durante esses anos.

Meus amigos são os presentes mais importantes que conquistei durante o Curso. Eles sabem a tamanha importância na minha vida e o quanto os valorizo. Sem dúvidas, minhas amigas marcaram a minha vida e extravasam tudo o que há de melhor em mim.

Agradeço também ao meu Chefe, o Secretário de Planejamento e Administração (e também Professor) Osmar Anízio da Silva. Ele é um exemplo de ser humano humilde e de bom coração, tratando a todos com máximo respeito e compreensão. Agradeço a ele por todo apoio no meu desenvolvimento profissional e por não fazer objeção às inúmeras vezes que precisei me ausentar mais cedo do trabalho para estar na Universidade. Ele é, além de Chefe, um grande líder e amigo.

Esse Trabalho de Conclusão de Curso representa uma percepção sobre uma estrutura social, legislativa e histórica visivelmente desumana e opressora. Sem meu passado, eu não teria a sensibilidade necessária para reconhecer tal realidade e almejar a mudança dela.

RESUMO

O trabalho desenvolvido visa, através do método científico hipotético-dedutivo e do levantamento bibliográfico, analisar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, introduzida na Doutrina Penal Europeia por Günther Jakobs e debatida por diversos outros juristas e teóricos. Objetivando-se atestar a existência desse fenômeno no arcabouço legislativo brasileiro e questionar a legitimidade do mesmo frente à Ordem Constitucional vigente, o caminho traçado passa pela análise das características do Direito Penal do Inimigo, especialmente na dicotomia entre cidadãos e inimigos, além dos efeitos decorrentes dessa distinção, que envolvem o desrespeito de garantias fundamentais e processuais, bem como a exacerbação e antecipação da punibilidade contra os inimigos estatais, os quais são taxados segundo uma periculosidade presumida. Nesse sentido, as tendências expansionistas e o clamor por uma segurança ideal moldam a aplicação do Direito Penal do Inimigo, que se manifesta no contexto latino-americano e, conseqüentemente, na realidade brasileira. Para elucidar as raízes do fenômeno em tela, busca-se abordar a desumanização histórico-social de indivíduos e grupos segregados e taxados como inimigos ao longo do tempo. Nessa perspectiva, destacam-se os exemplos históricos e as contribuições da criminologia crítica, elucidando uma seletividade evidente e contínua da persecução penal. Por conseguinte, parte-se para a análise pormenorizada de dispositivos legais presentes no regramento penal brasileiro, que se adequam fielmente às características de um modelo próprio do Direito Penal do Inimigo, a exemplo da personalidade como circunstância judicial, a prisão preventiva, o abate de aeronaves, o regime disciplinar diferenciado, as disposições sobre tóxicos, crime organizado e terrorismo, assim como a recente Lei Anticrime, em vigor no Brasil a partir do ano de 2020. Vislumbradas tais premissas, ressalta-se a essência do Estado Democrático de Direito, além dos princípios e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, que denotam a incongruência, a incompatibilidade e a inconstitucionalidade da aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil, por meio de seus deslindes legislativos.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Expansão Penal. Desumanização. Seletividade Penal. Princípios e Garantias Fundamentais. Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	10
2.1 SURGIMENTO, CARACTERÍSTICAS E APONTAMENTOS TEÓRICOS	10
2.2 EXPANSÃO PENAL E APLICAÇÃO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO	15
3 A FABRICAÇÃO DE INIMIGOS: CONTROLE, COMBATE E SEGREGAÇÃO	21
3.1 INIMIGOS INUMANOS	22
3.2 A SELETIVIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL	28
3.2.1 O enfoque criminológico	31
3.3 HEGEMONIA DO DIREITO PENAL DO AUTOR SOBRE O DO FATO	34
4 O INIMIGO AOS OLHOS DO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO	37
4.1 ARCABOUÇO LEGAL	37
4.1.1 Circunstâncias Judiciais na Dosimetria Penal (Decreto-Lei Nº 2.848/1940).....	39
4.1.2 Prisão Preventiva (Decreto-Lei Nº 3.689/1941).....	40
4.1.3 Lei do Abate de Aeronaves (Lei Nº 9.614/1998)	43
4.1.4 Regime Disciplinar Diferenciado (Lei Nº 10.792/2003)	45
4.1.5 Lei Antitóxicos (Lei Nº 11.343/2006).....	47
4.1.6 Lei do Crime Organizado (Lei Nº 12.850/2013).....	48
4.1.7 Lei do Terrorismo (Lei Nº 13.260/2016)	50
4.1.8 Lei Anticrime (Lei Nº 13.964/2019).....	52
4.2 VIOLAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL.....	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, engendrada pelo Jurista e Professor Günther Jakobs, na Alemanha, em meados dos anos 1980, ganhou notoriedade no contexto do combate à criminalidade e abriu espaço para novas percepções das tessituras do Direito Penal e dos fenômenos sociais e políticos que envolvem os delitos.

Ao reconhecer-se esse fenômeno arraigado na raiz criminal de vários ordenamentos jurídicos, vinculado à expansão penal e à ascensão do punitivismo e do anti-garantismo, vislumbra-se a forma diferenciada desenvolvida pela produção legislativa no tocante à tipificação de crimes e à cominação de penas, em busca de uma redução de riscos.

Tal percepção de uma engrenagem, focada na eliminação de perigos e na exclusão de pessoas por meio da punibilidade, tornou-se um dos pontos de grande relevância para entender o contexto histórico-situacional que marca a atuação Estatal frente à construção de inimigos.

A reação à periculosidade e o clamor pela segurança pública tomam proporções práticas vivenciadas por inimigos declarados silenciosamente, diante de uma guerra velada promovida pelas instituições do Estado. A elasticidade e a expansão de traços inquisitoriais prejudicam as expectativas comuns de um fiel Processo Penal, no qual a pena deveria ser uma exceção, mas se torna, todavia, um instrumento para banir pessoas.

Determinados delitos, por representarem maior gravidade, são marcados com a tendência crescente do incremento quantitativo de penas, de modo que o Estado executa seu combate de forma singular, diferenciado o tratamento entre seus cidadãos e seus inimigos.

Nesse sentido, o Funcionalismo Radical de Günther Jakobs, do qual resulta o Direito Penal do Inimigo, foi pensado diante do contexto Alemão, perante a forma com que os Países Europeus operam suas atividades e traçam incrementos legislativos em combate aos seus inimigos.

Sendo assim, atestar a aplicação desses fundamentos teóricos no Brasil implica a adoção de um modelo próprio e peculiar à realidade local. Vislumbra-se, dessa forma, uma identidade marcante das características que circundam o Direito Penal do Inimigo, em adequação à conjuntura brasileira, que segue as tendências expansionistas e a formação de um

Direito Penal Máximo, apontando e desumanizando inimigos, os quais ameaçam a norma posta e a “segurança nacional”.

No contexto brasileiro, reconhecer a existência dessa Teoria implica o entendimento do *modus operandi* da tratativa penal pelo poder legislativo e como esses processos corroboram com a segregação e a estigmatização de indivíduos e de grupos. Em consequência, o Estado retira das pessoas a sua condição inata de dignidade.

Essa análise é envolta de elementos exemplificativos históricos e sociais (como o nazifascismo), que apontam a desumanização de pessoas e de grupos ao longo do tempo, além dos fatores criminológicos que circundam esses fenômenos.

À luz da Teoria do Direito penal do autor, em contraposição ao Direito penal do fato, nascem problemáticas com relação ao tratamento diferenciado de indivíduos, cujo norte está no que eles representam/são e não nos fatos cometidos, gerando um óbice constitucional e humanitário.

Ademais, os desenhos teóricos e característicos do Direito Penal do Inimigo refletem a forma violadora com que o Estado, por meio do ordenamento legal, promove a relativização de garantias constitucionais, indicando o combate de inimigos na processualística penal.

Nesse sentido, o abalo aos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, da privacidade, da proporcionalidade, etc. fazem emergir um debate acerca da legitimidade de muitas disposições infraconstitucionais brasileiras em matéria criminal, observado o uso excessivo do *ius puniendi* para conter a criminalidade e recrudescer as penas.

Tais manifestações são percebidas no ordenamento penal pátrio, tanto em Diplomas antigos em vigência, a exemplo do Código Penal (tendo em vista à utilização da personalidade do agente na dosimetria das penas), do Código de Processo Penal (com a Prisão Preventiva) e da Lei de Execuções Penais (acerca do Regime Disciplinar Diferenciado), quanto nas legislações mais recentes, tratando do Abate de Aeronaves, Tóxicos (Drogas), Crime Organizado, Terrorismo, etc.

Perante a colisão com a Ordem maior Constitucional, percorre-se no trabalho um caminho que passa pela abordagem contextual e doutrinária do Direito Penal do Inimigo, bem como o reconhecimento da expansão penal e a aplicação de tal Teoria na realidade Latino-Americana (e, conseqüentemente, na brasileira).

Posteriormente, materializa-se a alusão às condições histórico-sociais na desumanização de indivíduos, excluídos do *status* de cidadãos pelo perigo gerado à vigência da ordem jurídica, o que se entrelaça à criminologia crítica e ao Direito Penal do Autor. Por conseguinte, em um momento final, analisam-se detalhadamente as manifestações legislativas brasileiras com os traços mais notórios da formação de inimigos, atestando a existência do Direito Penal do Inimigo no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, para serem analisadas a compatibilidade e a legitimidade dessas disposições com base no paradigma constitucional.

Reconhecidos tais fenômenos, remete-se à doutrina para o questionamento dos direcionamentos dos dispositivos penais e processuais que excedem os limites constitucionais, atingindo fins diversos aos de um Estado Democrático de Direito.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Inimigo, compreendido como aquele que atua em campo contrário, seja como uma pessoa ou como um grupo, é o cerne de uma densa análise jurídica que tece ligações com consagradas áreas do ensino, a fim de se estruturar um entendimento consolidado sobre algumas das relações desenvolvidas pelo Estado para com os indivíduos que o integram, e, mais precisamente, para com aqueles que subvertem sua ordem.

A clareza da definição do que é o inimigo do Estado surge na percepção de uma guerra velada, silenciosa, que expõe com nitidez os passos que devem ser seguidos para que se possa gozar de prerrogativas essenciais, ou seja, agindo dentro de um padrão comportamental, que viabiliza a circunscrição dentro dos limites do “tratamento igualitário”, performado pelo próprio Estado, através de seus agentes.

Assim, o Direito Penal, como método de controle, prevenção da criminalidade e punição de (grupos de) pessoas, passa a ser visto como não apenas mais um ramo do Direito em suas diferentes manifestações em Países e variados ordenamentos jurídicos, mas como o instrumento de oposição aos inimigos. É o que se passa a abordar em seguida.

2.1 SURGIMENTO, CARACTERÍSTICAS E APONTAMENTOS TEÓRICOS

O Direito Penal do Inimigo, enquanto teoria e conceito, foi pensado e explanado por Günther Jakobs, Jurista e Professor alemão, em meados da década de 1980, sob reflexão do contexto interno vigente em território Europeu, essencialmente na Alemanha.

Cabe ressaltar que a teoria foi abordada por Jakobs de diferentes formas no passar dos anos. Em um momento inicial, ele dispunha o Direito Penal do Inimigo como uma contradição em relação aos regimes democráticos, de modo que este seria incompatível com as garantias e liberdades individuais, e que o tratamento diferenciado e o uso de medidas repressivas seriam cabíveis apenas em situações emergenciais (SILVA, 2013).

O autor, com o passar dos anos, passou a defender a aplicação dos preceitos do Direito Penal do Inimigo, a exemplo de uma de suas explicações, alegando que quem se comporta de forma desviada “não oferece garantia de um comportamento pessoal, por isso,

não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo [...]” (JAKOBS, 2015, p. 47), sendo esse posicionamento criticado amplamente na Doutrina, sobressaltando aspectos democráticos e constitucionais sobre a temática.

Uma das abordagens conceituais a respeito dessa Teoria é a de Luis Gracia Martín (2007, p. 75-76), que define do Direito Penal do Inimigo como uma manifestação de traços do Direito Penal moderno, como uma tendência expansiva do Direito Penal, gerando as incidências de intervenção desse âmbito e uma evidente flexibilização de princípios e de garantias jurídico-penais no Estado de Direito.

Em essência, essa Teoria ganha força ao exprimir a realidade das fontes legislativas penais, que ganham um aspecto extremamente repressivo. Tal repressão exacerbada não se manifesta amplamente a todo momento, mas em situações específicas, contra indivíduos ou grupos específicos, o que denota a atenção inadequadamente abrasiva a certas condutas, destoando dos princípios e garantias fundamentais, como a presunção de inocência e a intervenção mínima.

Nas palavras de Günther Jakobs (2015, p. 36), em sua obra com Manuel Cancio Meliá “Direito Penal do Inimigo: noções e críticas” (na qual ambos trazem perspectivas distintas sobre esse mesmo fenômeno):

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

O percussor da conceituação do Direito Penal do Inimigo destacou a dicotomia entre o cidadão e o inimigo, usando de termos essenciais à compreensão do tema, como guerra, periculosidade e pena.

A forma com que o Estado se prolonga no combate a determinadas condutas penalmente típicas demarca a existência de uma guerra implícita, pautada na “certeza” de uma periculosidade “ficta”, ganhando na pena a resposta desenfreada contra a criminalidade.

Com efeito, Antônia Elúcia Alencar (2010) afirma que:

Jakobs fundamenta sua teoria sob três argumentos: O Estado tem direito a procurar segurança em face de indivíduos que reincidam persistentemente por meio de aplicação de institutos juridicamente válidos; os cidadãos têm direito de exigir que o Estado tome medidas adequadas e eficazes para

preservar sua segurança diante de tais criminosos; é melhor delimitar o campo do Direito Penal do Inimigo do que permitir que ele contamine indiscriminadamente todo o direito penal.

Esse direito penal a que se refere Jakobs é contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos [...]

Desse modo, destaca-se que a incidência do Direito Penal do Inimigo é a marca de um avanço da punibilidade e dos movimentos antigarantistas, estando os “cidadãos” protegidos desse movimento punitivista. Chamam-se cidadãos, pois são considerados sujeitos comuns no ordenamento penal, com pleno gozo de garantias fundamentais e de prerrogativas comuns, como o devido processo legal e a dignidade.

Meirelle Delmas-Marty (2014, p. 87-88) discorre, especialmente no que tange ao Direito Penal do Inimigo, que:

Inspirado numa análise dos sistemas de política criminal, o modelo totalitário retorna ao modelo do direito penal do inimigo, inspirado nas teorias políticas de Carl Schmitt sobre a distinção entre amigo e inimigo no Estado total. Com efeito, esse termo apareceu entre os penalistas alemães para traduzir a ideia de que o Estado só conseguirá sobreviver se aceitar, em nome das exigências da segurança nacional, o desaparecimento das garantias penais tradicionais de procedimento e de fundo.

Ademais, Marcelo Silveira (2012, p. 12) explana que:

A doutrina de Günter Jakobs divide o Direito Penal em dois seguimentos, um deles aplicável ao cidadão, de cunho simbólico, com o intuito de apenas reprimir aquele que rejeita a norma, qual a infração não resulta em ofensa grave a sociedade, e outro destinado ao inimigo, caracterizado pelo aspecto físico da custódia de segurança, para evitar que este pratique futuros crimes, que aqui atingem a harmonia da sociedade, ou seja, destinada a eliminar um perigo.

Assim, a sociedade temerosa, impulsionada pela mídia clama por leis penais mais rígidas, e o legislador no intuito de atender os anseios de seus representados – obter votos – elabora projetos de lei, quais visam aumentar a pena abstrata cominada nos delitos praticados pelo inimigo social [...]

Desse modo, o “cidadão” pode subverter a norma jurídica, porém não representa uma ameaça à manutenção de uma ordem vigente, merecendo, portanto, a concessão de garantias basilares no Processo Penal. Já o inimigo, por suas características ou mesmo pelo tipo de conduta desenvolvida, é visado e taxado desde a cogitação de um crime, sendo punido preventivamente, ou excessivamente repreendido (penas desarrazoadas). Preconiza-se, assim, que o inimigo representa um perigo, um fator de risco ao equilíbrio buscado pelo Estado para a conservação da paz. É o adversário na guerra.

O inimigo, enquanto infrator, é diferenciado no ordenamento jurídico, sendo flexibilizados os seus direitos frente à reprimenda estatal desenvolvida pela exclusividade do *ius puniendi*.

Quanto às características fundamentais do chamado Direito Penal do Inimigo – elencadas por Jakobs –, tem-se a antecipação da punição (como a prisão preventiva), a exacerbação das penas, a criação de legislação específica para regular as condutas “perigosas” (a exemplo: criminalidade econômica, terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de drogas, etc.) e, como já supracitado, a flexibilização ou supressão das garantias constitucionais e processuais.

Cancio Meliá (2015, p. 90) as confirma:

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

Tal fenômeno também abrange a quebra de privacidade dispendida nas investigações policiais e a mitigação da presunção de inocência, que, apesar de resguardada constitucionalmente, é amplamente violada para fins de prisões cautelares e para o próprio encarceramento definitivo antes do trânsito em julgado.

Quanto à antecipação da pena, temos o claro exemplo da Prisão Preventiva, também discorrida por Jakobs (2015, p. 38), que se esgota em uma coação física. Assim, o imputado é obrigado a participar do processo mediante seu encarceramento. A coação não é dispendida contra a pessoa “em Direito”, como expõe o autor, mas contra a pessoa que põe em perigo a tramitação ordenada do processo que o envolve, por conduzir-se como um “inimigo”.

Na eliminação de perigos, Jakobs (2015, p. 34) afirma que a punibilidade avança para o âmbito da preparação, de modo que a pena resguarda a segurança contra fatos futuros e não contra fatos cometidos. Nesse quesito, o crime de organização criminosa é o exemplo adequado, visto que o indivíduo será punido pela cogitação ou pela preparação e não por um ato efetivamente desempenhado, que lese um bem jurídico materialmente.

Observa-se nos arcabouços penais vigentes no ocidente que a punibilidade abarca com afinco a antecipação da pena, de modo que a abstração é aplicada nos perigos positivados, como crimes de mera conduta e o exemplo disposto anteriormente: a organização criminosa.

Nessa análise, o conceito de segurança pública é angular na caracterização do inimigo. A norma não precisa ser violada por ele, mas o perigo do planejamento de um fato futuro é suficiente para a reprimenda por parte do Estado

Jakobs (2015, p. 41) cita exemplos como o do Código Penal Prusiano de 1851 e o Código Penal de *Reich* de 1871 e o posterior enlace do conceito de preparação de delitos gravíssimos, que passaram a ser combatidos.

Muito se citou por Jakobs (2015, p. 35) o terrorismo, especialmente quanto ao atentado de 11 de setembro de 2001, de modo que está imbricado em uma organização a necessidade de reagir ao perigo que emana da conduta contrária à norma, o que se finaliza no terrorista, que seria aquele que “rechaça a legitimidade do ordenamento jurídico” e “destrói a ordem” vigente.

Os atentados terroristas mencionados embasaram um embrutecimento penal e uma atenção de vários ordenamentos jurídicos, reforçando ainda mais o Direito Penal do Inimigo, uma vez que as características dessa teoria se afiliaram às tendências de combate desse fenômeno delituoso (Terrorismo), que ganhou atenção da mídia e do empenho estatal em sua eliminação.

A respeito desse acontecimento, explana Eugenio Zaffaroni (2007, p. 65) que:

No 11 de setembro de 2001, esse sistema penal encontrou um inimigo de certa substância no chamado terrorismo. Ao mesmo tempo, tomou emprestada a prevenção do discurso penal legitimante e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque como preventiva. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca desesperada do inimigo.

Salienta-se, desse modo, que a forma de combate do Estado frente ao terrorismo revela o exemplo mais claro do desmonte à ideia de um Direito Penal do Cidadão, vinculado à noção de Estado de Direito, para ser um Direito Penal do Inimigo, consubstanciado em uma guerra, silenciosa para aqueles que não participam dela, mas ferrenha aos que dela têm ciência.

2.2 EXPANSÃO PENAL E APLICAÇÃO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

O Direito Penal do Inimigo é a “terceira velocidade” do Direito Penal, observado o contexto de expansão penal que envolve a temática. O idealizador dessa teoria foi o doutrinador espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, vislumbrando a existência da flexibilização de princípios político-criminais no “Direito Penal Moderno”.

Nesse diapasão, Silva Sánchez (2013, p. 193) afirma que a primeira velocidade é “representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais” e, no que se refere à segunda velocidade, “por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção”. A terceira velocidade, *a posteriori*, seria aquela em que o “Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.

Silva Sánchez (2013, p. 193) ainda ressalta que o Direito Penal de Terceira velocidade “não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que é expressão de uma espécie de “Direito de Guerra” com o qual a sociedade lida diante da gravidade de situações excepcionais. Desse modo, esse Direito renuncia o suporte dos custos da liberdade de ação pelos indivíduos.

Nota-se a primeira velocidade, vislumbrada anteriormente, como aquela afiliada à legalidade firme e de matriz constitucional, a exemplo do fiel cumprimento aos direitos e garantias fundamentais, como a ampla defesa e contraditório, o que desemboca em penas privativas de liberdade quando cumpridas as formalidades necessárias.

Na segunda velocidade do direito penal, é aplicada uma forma mais branda de reprimenda perante um conjunto determinado de condutas, não havendo espaço para penas privativas de liberdade. Para tal, há a adoção de penas alternativas e a mudança na punição em âmbito penal, garantindo maior celeridade ao andamento processual.

Para melhor análise da Terceira Velocidade, exemplos de delitos como Tráfico de Drogas, Terrorismo e Organização Criminosa são trazidos tanto por Silva Sánchez quanto por Günther Jakobs, pois revelam a incidência do Direito Penal do Inimigo, que acompanha o

clamor social, a gravidade em abstrato e o estado de emergência ao qual se vê o maquinário estatal frente a essas condutas.

A periculosidade dos sujeitos e a insegurança gerada por suas condutas resulta na exploração dos recursos penais repressivos para resgatar uma “falsa ordem vigente”.

A pedra angular desse debate é a expansão penal. A expansão explicada por Silva Sánchez (2013, p.28), consubstanciada na tendência dominante do aparato legislativo de introduzir novos tipos penais e agravar os existentes, utiliza-se da reinterpretação de garantias clássicas na Processualística Penal e no Direito Material.

Para tanto, a criação de novos bens jurídicos de interesse penal, a ampliação dos espaços de riscos relevantes, a flexibilização de tipos incriminadores, bem como a relativização de princípios político-criminais passam a ser os aspectos mais evidentes dessa expansão.

Jakobs (2015, p. 76) explana que:

O ponto de partida de qualquer análise do fenômeno, que pode denominar-se a “expansão” do ordenamento penal, está efetivamente, em uma simples constatação: a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de **tipos penais** que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de **“criminalização no estado prévio”** a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem **sanções desproporcionalmente altas**. [...] na evolução atual, tanto do Direito penal material, como do Direito penal processual, pode constatar-se tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte político-criminal os traços de um **“Direito penal da colocação em risco”** de características antiliberais. (grifos nossos)

Esse fenômeno expansionista é dotado de motivações específicas, destrinchadas por Sánchez, que são: os “novos interesses”, o efetivo aparecimento de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”, a identificação da maioria com a vítima do delito, o descrédito de outras instâncias de proteção, etc.

Para a atual abordagem, é relevante a noção do aparecimento de novos riscos, relacionados aos avanços tecnológicos e a dinâmica dos fenômenos econômicos, como bem explana Silva Sánchez (2013, p.35). Isso resulta em um deslocamento para a marginalidade dos riscos pessoais e patrimoniais.

Como exemplo dessa expansão refletida na tecnologia, temos os crimes cibernéticos e as novas formas de criminalidade organizada, o que impulsiona as novas tipificações e deslindes legislativos.

A criminalidade das massas, como delineado por Silva Sánchez (2013, p. 40), faz com que o “outro” seja mostrado como um perigo, partindo-se de uma dimensão não tecnológica da “sociedade do risco” vivenciada por todos, o que impacta em preocupações clássicas como Lei e Ordem.

A sensação social de insegurança, por sua vez, possui um enfoque subjetivo e ligado aos riscos, sendo corroborada pelo papel dos meios de comunicação (Silva-Sánchez, 2013, p.47-48), que, ao transmitirem uma “imagem da realidade”, geram, por vezes, percepções inexatas, conduzindo a uma insegurança que normalmente não condiz com o risco objetivo dos delitos.

Nesse sentido, segundo Pastana (2003, p. 97):

Paradoxalmente, o medo e a insegurança neste período democrático permitem ao Estado medidas simbólicas cada vez mais autoritárias, leis cada vez mais punitivas, legitimadas por demandas sociais de proteções reais e imaginárias, principalmente da elite. Além disso, justificam a criação de empresas de segurança e apoio à privatização da polícia. Criam, ainda, uma indústria de segurança – grades, seguros, alarmes – que, na maior parte das vezes, fornece mais proteção simbólica do que real. Por fim, legitima discursos oficiais de políticos, da imprensa, de chefes religiosos, de “personalidades” diversas, sobre o aumento da violência e da criminalidade como resultado de uma sociedade em decadência.

Destaca-se, dessa maneira, a atuação empenhada das instituições públicas de repressão à criminalidade, bem como a produção em âmbito legislativo, no incremento de penas e criação de novos tipos, o que gera a difusão ainda maior da insegurança, reforçando medos já existentes. Silva Sánchez (2013, p.50) ensina que “a *segurança* se converte em uma pretensão social a qual se supõe que o Estado, e em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”.

É na ampliação da esfera de alcance do Direito Penal que se espera o fim da insegurança. Para tanto, o Estado apela ao desrespeito das garantias processuais, se legitimando na pretensão de atender a um clamor social, traduzido na máxima represália criminal às pessoas que subvertem as normas penais.

Para Alexandre Moraes (2008, p. 09):

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o direito penal do inimigo, desconsiderando-se as contrariedades internas da teoria é uma proposta voltada a impedir a destruição do ordenamento jurídico (concepção funcionalista) e, conseqüentemente, da sociedade. É uma teoria concebida como resposta à criminalidade que, em razão do seu teor ofensivo, põe em risco as estruturas sociais.

O âmbito penal, como detentor dessa resposta à criminalidade, sendo o ramo do Direito que se preocupa com bens jurídicos relevantes e condutas tipificadas, não consegue suprir a demanda social e midiática na garantia da segurança dos cidadãos.

É importante frisar que o respeito aos direitos fundamentais e ao devido processo legal seguem uma racionalidade inerente ao dever de atuação estatal. A violação desse dever racional retira do Estado a maestria do seu papel de detentor do *ius puniendi* e concede a ele o *status* de retrato dos anseios populares. Eis que se chega a um fato: a institucionalização da formação dos inimigos penalmente combatidos.

Como vislumbrado, o posicionamento do autor que deu forma à Teoria do Direito Penal do Inimigo (Jakobs) por vezes legitimou o fenômeno frente a diversos fatores, como a segurança nacional. Como exemplo opinativo, Jakobs (2015, p. 64) discorre que o Direito Penal do Inimigo: “deve ser limitado ao necessário, e isso com completa independência do mandato racional preexistente de limitar a violência física, por seus efeitos secundários corruptores”. Em contraste com essas premissas, há um forte respaldo doutrinário que critica esse tipo de violação ao Estado de Direito, a exemplo do Jurista e Magistrado argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, que dedica uma de suas obras ao tema debatido neste trabalho.

A concepção de Zaffaroni, ao analisar o contexto latino-americano, demonstra a proximidade das codificações de onde se originou a Teoria do Direito Penal do Inimigo às manifestações dos países latinos, o que insere a realidade brasileira.

Salo de Carvalho (2016), nesse diapasão, leciona que:

A resignificação do inimigo, não apenas como metarregra mas alçado a signo oficial de interpretação e aplicação do direito penal, entra em sintonia com o projeto político criminal de beligerância. Nos países periféricos latinos, em face das inconsistências de percepção do fenômeno terrorista, a criminalidade organizada do narcotráfico abre espaço para a recepção do estigma legitimador do direito penal de emergência.

Ressalta-se, desse modo, que as características que orbitam em torno da formação de inimigos pelo Direito Penal ocorrem com fiel semelhança em território brasileiro e latino-americano. Diante disso, ressalta-se a identidade na forma de atuação estatal perante determinadas tipificações penais, resultando em violações de garantias constitucionais e exacerbações punitivas.

Segundo os ensinamentos de Zaffaroni, (2007, p. 109) na obra “O Inimigo do Direito Penal”:

[...] na América Latina as medidas de contenção para os inimigos ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo, por via da chamada prisão ou detenção preventiva, provisória, ou seja, o confinamento cautelar, a que estão submetidos $\frac{3}{4}$ dos presos da região. De fato e de direito, esta é a prática de toda a América Latina para quase todos os prisioneiros. Este dado é fundamental para extrair conclusões acerca do alcance da proposta de legitimação de um eventual tratamento penal diferenciado na América Latina, pois esta seletividade é praticada em nossa região por efeito da criminalização. Porém, uma vez posto em marcha este processo, todos passam a ser tratados como inimigos, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos.

Ainda nessa linha de pensamento, conforme Zaffaroni (2007, p. 82):

Na América Latina opera-se com uma generalizada medida de segurança por periculosidade presumida (sob a forma de prisão preventiva pervertida) e só excepcionalmente com penas. Com isso, toda proposta de destinar penas ou medidas de mera contenção para os inimigos perde muito de seu sentido, uma vez que estas são empregadas desde o começo mesmo do processo de criminalização secundária e indiscriminadamente [...]

Salienta-se que a penalização, no que concerne à América Latina, é dotada de traços punitivistas e antecipadores de pena, a exemplo da prisão preventiva, instituto que tem o papel de proteção do inquérito/processo, mas que tem sido contaminado e desvirtuado por um ideal de neutralização da periculosidade dos indivíduos acusados/processados.

Observam-se traços do autoritarismo advindos do contexto latino-americano ao longo da história, além da belicização e exacerbação punitiva contra inimigos historicamente construídos – revelados de diferentes formas com o passar dos séculos.

A seletividade imposta pelo sistema punitivo estatal, como será mais abordado em um momento oportuno, revela a subversão dos fins da pena e define os limites e excessos desenhados pela atuação do judiciário e das instituições investigadoras em matéria penal.

A expansão do Direito Penal abarca todo o ocidente e revela os mecanismos sociais e políticos que envolvem a produção legislativa e a persecução de inimigos construídos e legitimados erroneamente em “Estados Democráticos de Direito”.

A segregação do “outro” mediante a punição e a ampliação da atuação do Direito Penal são peças fundamentais na elucidação da verdadeira finalidade do encarceramento. Assim, o Direito Penal “*ultima ratio*” dá lugar à sua caracterização como “*prima ratio*”, sendo considerada, equivocadamente, como a forma por excelência de combate a pessoas perigosas e socialmente excluídas, onde a prisão e a privação de direitos são convoladas em mandamentos essenciais frente aos “inimigos”.

3 A FABRICAÇÃO DE INIMIGOS: CONTROLE, COMBATE E SEGREGAÇÃO

A linha histórica que embasa as correntes jusfilosóficas e sociais na análise dos fenômenos estatais de domínio dos indivíduos é dotada de uma lógica predominantemente seletiva quanto à desumanização de pessoas.

O termo em destaque que se sobressalta é a *vulnerabilidade* e tal condição não é necessariamente quantitativa, ou seja, que se vislumbra na análise de minorias. Pelo contrário, muitas vezes uma coletividade numerosa de indivíduos é demarcada com o *status* do inimigo/inumano.

Observa-se nesse traço histórico uma marcação combativa contra diversos “tipos” de cidadãos, a exemplo dos negros, pobres, indígenas, mulheres, homossexuais, transgêneros, etc.

O inimigo ganhou diferentes manifestações, de modo que suas características serviram de fundamento para abusos e aniquilamentos históricos. Além disso, determinadas condutas foram ganhando cada vez mais notoriedade e preocupação pelos Estados afora, de modo que o aparato legislativo penal serviu de instrumento para segregar pessoas do convívio social “harmônico”. Nesse contexto, a ideologia da segurança e da normalidade serviram de base para gerar a ideia de necessidade do combate de indivíduos.

As várias manifestações de Estados e formas de administração de territórios utiliza(ra)m-se artifícios quase padronizados para controlar, combater e segregar os inimigos que rompem com os padrões de normalidade.

Controlar para que seus atos e sua existência não ofereçam perigo aos cidadãos “comuns”. Combater para mostrar a capacidade e legitimidade do ente estatal em punir. Segregar para, além do que foi exposto, mostrar que há dois lados não compatíveis dentro de um conjunto, de modo que um deles deve ser privado da convivência comum e do tratamento digno.

Nesse sentido, Crespo (2009, p.3) ressalta que que:

Jakobs estrutura sua teoria na opção do indivíduo de não se submeter ao sistema normativo, decidindo por uma ruptura com o contrato social de modo que, não se submetendo ao sistema, a este não pertence. A consequência é que as normas do sistema não se aplicam ao “dissidente”, aplicando-se outras. Aquele que não é fiel ao sistema, rejeitando-o por total,

não é pessoa, pelo contrario, é uma “não pessoa”, ou seja, o conceito puramente normativo de dignidade humana leva a classificar pessoas e “não pessoas”. Estes representam um perigo aos demais, justificando-se o tratamento diferenciado a ele dispensado.

Diante disso, discorrer-se-á sobre a desumanização de pessoas, principalmente no aspecto voltado à criminalidade, debate que ganha aproximação com os deslindes da criminologia crítica e da seleção da persecução penal, além dos aspectos doutrinários e históricos que solidificam tais premissas.

3.1 INIMIGOS INUMANOS

A priori, cumpre salientar que a discussão do que é um inimigo e dos fatores que o segregam e retiram sua condição de humanidade passa pela construção do “outro”. Essa é uma preocupação marcante na área da antropologia, relacionada a fatores culturais, biológicos e linguísticos.

Ao se afirmar a inumanidade de alguém ou de um grupo, é criada uma categorização que divide dois lados em um sistema: ora quem está dentro dos padrões ou age dentro de modelos e limites estabelecidos, ora aqueles que fogem da aceitabilidade comum da vivência social, dos quais são retirados os atributos basilares humanos.

É essencial a observação de que ocorre uma seletividade de pessoas em conjunto para representar os aspectos indesejados por um Estado. O papel da criminalidade e as consequências/inseguranças advindas sempre foram fatores de grande relevância nessa conceituação. Já as características físicas e biopsicológicas também ganham destaque, uma vez que a história da população negra revela séculos de violações, que perduram até os dias atuais.

O ser “inumano” foi refletido de tal forma que lhe foi atribuído um grau absoluto de inferioridade e, conseqüentemente, legitimou-se a erradicação do mesmo por meio das autoridades estatais. O “outro” ganhou várias roupagens, como criminosos, judeus, bruxas, negros, homossexuais, indígenas, etc.

A formação dos padrões de normalidade e de discursos firmados pelas classes e instituições de influência foram decisivos para o banimento social desses indivíduos com características ou comportamentos “desviantes”.

Assim, a mencionada atribuição de inferioridade dada a determinados grupos sociais gerou uma marginalização tão notória, que seguem ignorados quaisquer fatores humanos e igualitários que compõem a identidade dos sujeitos.

Como exemplo fático, é cabível ressaltar a controvérsia de Valladolid, nome de uma cidade Espanhola. Na ocasião, em meados do Século XVI, foi convocada uma audiência para debater a legitimidade da guerra e a consequente escravização dos indígenas, em um contexto de colonização espanhola na América (TRINDADE, 2018, p.25)

De um lado, Juan Ginés de Sepúlveda, historiador da Corte Espanhola, sustentava a legitimidade por parte da coroa espanhola na dominação das terras indígenas e na união de interesses econômicos e catequéticos, de modo que, na opinião do mesmo, caso houvesse necessidade, poder-se-ia recorrer ao uso das forças das armas para os fins pretendidos.

No entanto, Bartolomeu de Las Casas, Clérigo, se inclinava a favor dos povos indígenas, bem como da sua autonomia e humanidade, questionando o direito desses colonizadores de mover uma guerra com aquele fim de dominação, escravidão e ideais lucrativos. Essa posição a favor dos indígenas é tida, segundo Trindade (2018, p.26), como a:

[...] expressão de uma nova concepção de justiça e direito natural que no bojo das concepções jurídicas teológicas dos pensadores ibéricos do século XVI representa uma nova perspectiva para se pensar a ideia de direitos humanos, de liberdade e autonomia.

A violência dispendida contra os indígenas foi, acima de tudo, um chamado à análise dos valores humanos, o que, à época, gerou uma série de críticas, pensamentos e debates sobre a “desumanização” desse grupo, decorrente dessas violações. Eis uma problemática intimamente ligada ao contexto de guerra que circunda a formação do Direito Penal do Inimigo, foco deste estudo.

Outro acontecimento histórico marcante foi a ascensão de Adolf Hitler ao poder na Alemanha, observados os ideais nazistas que acompanharam sua atuação à época. Utilizando da abordagem de Rogério Greco (2009, p.21), salienta-se que o partido nacional-socialista reorganizou o Estado alemão com seus critérios escusos, editando o projeto nacional-socialista, a respeito do tratamento de “estranhos à comunidade”, informações essas obtidas pela pesquisa de Francisco Muñoz Conde.

Dessa forma, o projeto, que foi tido como um dos mais terríveis na história do Direito Penal, propôs a castração de homossexuais, prisão de associas (pessoas de

comportamento antissocial, como exemplo: prostitutas, alcoólatras e praticantes de infrações penais, etc.), além da esterilização “para evitar a propagação” dos considerados sociais e inúteis à sociedade.

Esse projeto revela a mais pura forma de combate do Estado às pessoas, ainda que inofensivas, que fogem da normalidade desejada e dos padrões de condutas considerados aceitáveis e dignos. O projeto representa uma forma embrionária do Direito Penal do Inimigo, uma vez que esse conceito, à época, não havia sido criado ainda.

A atual teoria, vislumbrada por Jakobs, mostra a identificação de perigos nas pessoas que representam uma mancha indesejada à ordem do Estado, o qual executa seu poder criminalizando e culpabilizando sem qualquer razoabilidade plausível. A consequência primária, além das violações e mortes ocasionadas nos exemplos anteriores, foi uma destruição completa do conceito universal de dignidade da pessoa humana, uma vez que das pessoas foi retirado qualquer resquício de humanidade, respeito e tratamento digno.

Ademais, outro evento já deslindado em momento anterior, mas que embasa grande parte das análises sobre o fenômeno discutido, é o relativo aos fatos de 11 de setembro de 2001, ou seja, os atentados terroristas envolvendo a organização islâmica “Al-Qaeda” e os Estados Unidos da América, que responderam com a chamada “Guerra ao Terror”. Segundo Salo de Carvalho (2016), a partir dos eventos de 11 de setembro de 2001, que desencadearam a publicação pelo Governo dos Estados Unidos do *USA Patriot Act* e demais *Military Orders*, “a estabilização da exceção não regrada parece ser o novo fato da política criminal planetária”.

Desse acontecimento, gerou-se um incremento legislativo em muitos países, focado no terrorismo, especialmente na expansão quantitativa e qualitativa do alcance dos preceitos legais e das penas cominadas.

Diante disso, destaca-se a análise de Günther Jakobs (2015, p. 38-39):

O que pode suceder, a margem de um processo penal ordenado, é conhecido em todo o mundo desde os fatos do 11 de setembro de 2001: em um procedimento em que a falta de uma separação do Executivo, com toda certeza não pode denominar-se um processo judicial próprio, mas sim, perfeitamente, pode chamar-se um procedimento de guerra. Aquele Estado em cujo território se cometeram aqueles atos, tenta, com a ajuda de outros Estados, em cujos territórios até o momento - e só até o momento - não tem ocorrido nada comparável, destruir as fontes dos terroristas e dominá-los, ou, melhor, matá-los diretamente, assumindo, com isso, também o homicídio de seres humanos inocentes, chamado dano colateral. A ambígua posição dos

prisioneiros - delinquentes? Prisioneiros de guerra? - mostra que se trata de perseguição de delitos mediante a guerra.

O contexto no qual se encontram todas as manifestações do “inimigo” é o de guerra, seja ela declarada ou implícita. É a forma dos Estados retirarem qualquer resquício de humanidade e dignidade das pessoas, para neutralizá-las na esfera social.

Conforme os apontamentos de Delmas-Marty (2014, p. 83):

[...] as respostas do direito em face dos massacres, os esforços do direito para tentar fazer retornar à medida a desmesura do massacre, parecem hesitar entre dois modelos: de um lado, o “direito penal do inimigo”, inspirado no direito penal nacional e atualizado pelos atentados de 11 de setembro de 2001; de outro, o “direito penal do inumano”, proveniente do direito internacional penal. O primeiro modelo, caracterizado pelo *slogan* da “guerra contra o crime”, parece particularmente adaptado ao critério quantitativo. Seria mais fácil e mais eficaz eliminar os culpados, sob o risco de levar a uma guerra sem limite, sem começo nem fim. Em compensação, o modelo do “direito penal do inumano”, que simboliza o paradigma do crime contra a humanidade, responderia melhor ao critério qualitativo.

Cabe ressaltar que esses conceitos de inimigo e inumano estão intimamente ligados, ainda que em proporções e contextos diferentes, diante da consequência comum aos indivíduos e aos grupos, ou seja, o massacre. Por um lado, observa-se uma guerra contra o crime consubstanciada no terrorismo, atribuindo-se um incremento penal quantitativo. De outro, qualitativamente, encontra-se a desumanização de pessoas exemplificada nos crimes contra a humanidade, como o genocídio.

Delmas-Marty (2014, p.46) distingue o crime de guerra da guerra contra o crime, em que o primeiro é categoria jurídica de direito interno e internacional e o segundo é como um *slogan* político, advindo de certo “populismo penal”, diante da “metamorfose de uma inquietude democrática”, que declara a chegada do “tempo das vítimas”.

Observa-se aqui a opinião pública e o alcance midiático criando alvos específicos de incidência, a exemplo do tráfico de entorpecentes, crime organizado, e o terrorismo, carregando consigo os discursos de ódio a respeito dos criminosos, o que gera maior repressão sistêmica contra eles.

Nesse sentido, o sistema penal tem papel instrumental na neutralização dos indivíduos como pessoas (dignas), corroborando com o ideário da segurança nacional. É a forma legal que o Estado adota para a promoção da segregação.

Delmas-Marty (2014, p. 87-88) explana que:

O endurecimento do direito penal interno repousa na convicção de que as **exigências da segurança nacional impõem a supressão das garantias penais tradicionais de procedimento e de fundo**. A corrente de pensamento da qual ele procede alimenta-se de uma confusão característica, em política criminal, do modelo denominado “totalitário”, entre a noção de crime, como uma transgressão da normatividade, compreendida no sentido de dever ser, e a de periculosidade, concebida como um afastamento em relação à *normalidade*, entendida como média dos comportamentos. **Essa confusão, que começa pela ampliação das incriminações e da responsabilidade, chega a dissolver o direito penal numa lógica de guerra: a punição do culpado acaba por ser substituída pela eliminação do inimigo perigoso.** (grifos nossos e do autor)

Nota-se com clareza uma inversão de valores operada pelos Estados, tendentes a subverter os fins de uma efetiva punição a condutas criminosas, transformando a persecução penal em uma guerra contra indivíduos perigosos que colocam em risco a segurança ficta existente no âmbito da vivência social.

Essa noção de segurança nacional passa por um viés ideológico de conservação da paz e abrandamento de riscos. Joseph Comblin (1978, p. 226) denota com primazia a cadeia sistêmica que percorre a segurança, uma vez que esta é insaciável e sempre descobre novos inimigos. Em consequência, se autodestrói, já que se revela uma inimiga dos cidadãos, aumentando a quantidade de pessoas hostis ao Estado, o que suscita, posteriormente, a repressão multiplicada, gerando desconfiança do povo e do Estado, até que se percorra um ciclo sem fim.

Esse ciclo de repressão e respostas entre a sociedade e o Estado acaba por gerar uma insegurança ainda maior. O aparato legislativo não foge dessa lógica. Pelo contrário, ele oferece a resposta de acordo com os interesses do Estado e diante das situações e pessoas a serem combatidas.

Comblin (1978, p.226) leciona, nesse sentido, que:

[...] o conceito de Segurança Nacional unifica e reduz a um mesmo critério todas as formas de ameaça. Qualquer ato suspeito por parte de um país vizinho, qualquer ato de anti-conformismo de um cidadão, vistos à luz da Segurança Nacional, contêm um germe de destruição da Nação. No mais leve delito a semente do Mal absoluto está presente: a sobrevivência do Estado está em jogo e é invocada para reprimir o malfeitor. Uma vez adotada como critério, a Segurança Nacional tende a aumentar indefinidamente a gravidade de qualquer ameaça.

Em suma, a Segurança Nacional tende, por todos os lados, para o absoluto, e os Estados baseados nesse conceito tendem a fazer um emprego absoluto da violência. Eles multiplicam, de fato, o número de inimigos.

A busca da segurança de forma desenfreada, fugindo de qualquer razoabilidade e racionalidade, implica em consequências que beiram o absolutismo e a seleção e formação de inimigos.

Como bem leciona Vera Regina Pereira de Andrade (2013, p. 339):

Essa superposição entre os conceitos de ordem e criminalidade faz com que o sistema de segurança pública e o sistema de justiça penal, que deveriam atuar com sinergia, muitas vezes também se superponham. As estruturas de segurança pública figuram, dessa forma, como as responsáveis pela intervenção mais direta e imediata nos problemas que dizem respeito à criminalidade e à criminalização.

A partir, então, da visão combativa e bélica do Estado por parte de seus (grupos de) cidadãos, o uso da violência, principalmente na forma de privação da liberdade, com consequências psicológicas e físicas, se torna a arma principal no controle da criminalidade e dos riscos que assolam a manutenção da paz de uma nação, ainda que o problema esteja sendo combatido de forma equivocada e excessiva.

Sendo assim, partindo do exemplo ideal de uma ordem jurídica que aplica a legalidade e respeito às garantias dos indivíduos perante o monopólio punitivo estatal, a prisão preventiva, por exemplo, seria uma rara excepcionalidade. Porém, a realidade é oposta a isso.

No contexto ocidental, e especialmente no latino-americano, a falsa percepção quanto à segurança nacional desencadeou um modelo dotado de traços totalitários, que ao tentar garantir a segurança dos seus cidadãos, acabou gerando uma profunda insegurança social, onde a supressão da dignidade humana se torna um risco maior do que se pretendia amenizar.

Para execução do maquinário estatal de opressão aos inimigos, recorre-se ao tratamento indiscriminado e diferente entre os indivíduos. Assim, como discorre Zaffaroni (2007, p. 18), a essência desse tratamento diferenciado atribuído ao inimigo reside na negação da condição de pessoa pelo direito. O inimigo só é analisado, assim, sob a característica de ente perigoso.

Dessa maneira, quando se estabelece uma diferença entre cidadãos e inimigos (pessoas e não pessoas), estamos tratando de seres humanos privados de alguns direitos individuais, sendo esse o motivo da desconsideração deles como pessoas.

Salo de Carvalho (2016) aduz que:

Importante perceber, pois, que o processo de naturalização da exceção, com a minimização de direitos e garantias a determinadas (não) pessoas, adquire feição eminentemente punitiva, atingindo diretamente a estrutura do direito e do processo penal, os quais passam a ser percebidos como instrumentos e não como freio aos aparatos da segurança pública.

Por certo, há uma quebra da noção de Estado de Direito, ferindo a igualdade inerente às pessoas. Nesse sentido, conclui Zaffaroni (2007, p. 18) que quando se trata um ser humano como algo meramente perigoso e que necessita de uma pura contenção, dele é retirado seu caráter de pessoa, mesmo que outros direitos sejam reconhecidos, a exemplo do matrimônio e testamento. A quantidade de direitos anulados não é o que retira do indivíduo sua condição humana, mas é razão que embasa tal privação de direitos, ou seja, por ser considerado simplesmente um ser meramente perigoso.

Desse modo, é cabível atestar a inconsistência e anti-democratização ao se analisar o bloqueio/mitigação de direitos e garantias, com base na conduta pessoal dos indivíduos e em riscos fictícios à ordem vigente. É extremamente perigoso para qualquer Estado de Direito apontar qualquer cidadão, ainda que indiretamente, como inferior ou “inumano”. O conjunto de direitos e prerrogativas dados de forma natural às pessoas, portanto, é basilar a territórios onde imperam a liberdade e a dignidade da pessoa “humana”.

3.2 A SELETIVIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL

Especificamente na esfera penal, todo o processo de seleção de inimigos está envolto por questões jurídicas e políticas que revelam problemáticas enraizadas no âmago da sociedade, como a exclusão social, a má distribuição de renda, a acumulação e a marginalização de pessoas/grupos.

Nesse sentido, bem coloca Zaffaroni (2015, p. 32) que há a tendência em conservar e aumentar privilégios daqueles que se beneficiam com a distribuição desigual de renda, em prejuízo das classes desfavorecidas, o que acarreta em uma demanda por um controle maior delas, através da expansão do poder punitivo.

O Estado opera controlando esses grupos socialmente excluídos, expandindo a punibilidade contra eles, retirando seletivamente os atributos humanos dos sujeitos. Esse processo se molda através da seletividade.

Preleciona Leonardo Sica (2002, p. 51), que:

A seletividade é uma marca histórica e indissociável do sistema penal. O *ius puniendi*, longe de sua conformação contratual, tem sido exercido em função dos interesses de grupos dominantes ou de Estado (se e que ambos estão distantes).

Dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontam que: 2/3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semi-alfabetizados; 95% são absolutamente pobres; 98% não tem condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são por roubo e furto. (grifos do autor)

Os dados atualizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), na realidade brasileira, em 2017, apontam que a população presa é predominantemente composta por pretos e pardos (63,6% da população carcerária nacional), diante de um total geral de 726.354 pessoas encarceradas. No geral, a imensa maioria da população encarcerada reside em áreas periféricas e são pessoas de baixa renda. Tais dados não revelam informações aleatórias, mas sim constatações da permanência desses mecanismos de seleção histórica para a punição e isolamento da população marginalizada.

Criando estereótipos e características próprias, a própria mídia impõe papéis e padrões de um contexto que rotula pessoas como perigosas. Do mesmo modo que também cria esse mesmo olhar para determinadas localidades. A exemplo disso estão as periferias, que correspondem, para a grande maioria das pessoas, a um ambiente em que a criminalidade é regra, onde os indivíduos são expostos como criminosos e subversores da ordem.

A seletividade inerente ao Direito Penal é dada em momentos diversos, chamados de criminalização primária e secundária, segundo Greco (2009, p. 137). A primeira se refere à seleção pelo Estado de comportamentos no meio social que ofendem os bens jurídicos. Dessa forma, são proibidos os comportamentos e imposta a ameaça de uma sanção, criada por lei. Por outro lado, quando descumprida a norma, possibilita-se a execução da criminalização secundária, em que o Estado, por meio do seu *ius puniendi*, investiga e processa o acusado, levando-o a cumprir sua pena.

Observa-se que esses processos de seleção estão atrelados ao poder das classes influentes e dominantes. Assim, quando a lei está vigente, indaga-se quais indivíduos deverão ser punidos. Greco (2009, p. 137) responde que, em tese, serão punidos todos os que descumprirem a lei penal e afrontarem a autoridade do Estado/Administração. Porém, não é o que acontece, pois, nas palavras dele, o “Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado”.

Esse fenômeno obtém sustentáculo no totalitarismo e na definição da normalidade seletiva, uma vez que as pessoas que desviam dos regramentos normativos e dos comportamentos padronizados e aclamados, dentro de um modelo totalitário (que busca fundamentação em um “Estado de Perigo”) são neutralizados pelo encarceramento.

Nesse sentido, aduz Michel Foucault (1975, p. 229), que:

[...] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.

Esse caminho, portanto, percorre a necessária exclusão ou mitigação de prerrogativas essenciais e um embrutecimento do ordenamento jurídico em matéria penal, colocando em risco o Estado Democrático de Direito e a sistemática internacional de proteção dos Direitos Humanos.

Na perspectiva de Manuel Cancio Meliá (2015, p. 96-98), na obra conjunta com Jakobs:

Com efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, à primeira vista, uma qualificação do <<outro>>, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declará-lo um fenômeno natural e neutralizar, mas, ao contrário, é um **reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização**. [...]. Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do inimigo, ou, dito de outro modo, o direito penal do inimigo constitui uma nova fase evolutiva sintética destas duas linhas de desenvolvimento. (grifos nossos)

Extraí-se do contexto abordado que enquanto o endurecimento e a seleção arbitrária de indivíduos pelo Direito Penal forem constantes, as preocupações com os fatos serão repetidamente transferidas para os autores, constante às suas características físicas e sociais. Assim, com a enorme quantidade de leis e de presos (preventivos ou definitivos), o aspecto cruel e repressivo do sistema penal continuará sendo seu maior destaque. A seleção das pessoas que merecem a reprimenda estatal continuará recaindo sobre as camadas vulneráveis e historicamente injustiçadas.

3.2.1 O enfoque criminológico

Na identificação, combate e segregação de inimigos pelo Estado, vários são os fatores intrínsecos e extrínsecos utilizados, de modo que determinadas áreas do conhecimento acrescentam contribuições elementares para que tais fenômenos sejam melhor compreendidos.

Nesse diapasão, os desdobramentos decorrentes da criminologia (crítica) dão suporte à constatação da desenvoltura da criminalidade e das características das pessoas frente ao contexto social e cultural que os circundam.

No tocante à Criminologia, o aporte teórico dos Professores Alessandro Baratta e Vera Regina Andrade ganham destaque. A noção de Criminologia (crítica) remonta às condutas desviantes performadas por sujeitos, levando em conta, principalmente, a rotulação inerente a eles, que, na prática, ganha aproximação com a classe negra, pobre e periférica, a qual é etiquetada previamente, ganhando todos os holofotes da punibilidade.

Com o intuito da construção de uma realidade diversa, observadas as condições objetivas, estruturais e institucionais desses processos, a criminologia crítica apresentada por Baratta (2002, p. 197) se dirigiu principalmente para o processo de criminalização, identificando nele um grande impasse teórico e prático nas relações sociais de desigualdade, tendo como um de seus objetivos principais, a extensão ao campo do direito penal, rigorosamente, da crítica do direito desigual.

A criminalidade, dessa forma, funciona como um “carimbo” aplicado a indivíduos socialmente selecionados, tendo como base os bens penalmente relevantes e protegidos, além dos fatores biológicos e sociais de estigmatização.

As desigualdades sociais envolvendo questões econômicas e a própria conjuntura social ganham papel de relevância na forma com que o Estado combate a criminalidade, e, principalmente, quem ele combate, pois isso revela uma seletividade na persecução penal.

Esse contexto é marcado pela Teoria do “*Labeling Approach*”, na qual a definição de criminalidade é uma construção da realidade social que rotula pessoas por processos de seleção em âmbito penal. Segundo Baratta (2002, p. 86) “o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade.” A rotulação e estigmatização de

criminosos/delinquentes são instrumentalizadas, dessa forma, pelas instituições de aplicabilidade da justiça criminal, por meio dos seus agentes.

Enquanto antes se questionava quem era o criminoso, como se tornava desviante e como se exercia controle sobre o mesmo, os criminólogos interacionistas, que se baseiam na *labeling approach*, perguntam-se quem é definido como desviante, quais os efeitos que decorrem dessa definição e em que condições esse indivíduo se torna um objeto para essa definição, bem como quem define quem (BARATTA, 2002, p.88).

Nesse contexto, Baratta (2002, p. 89) leciona que:

A pergunta relativa à natureza do sujeito e do objeto, na definição do comportamento desviante, orientou a pesquisa dos teóricos do *labeling approach* em duas direções: uma direção conduziu ao estudo da formação da "identidade" desviante, e do que se define como "desvio secundário", ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de "criminoso" (ou também de doente mental) sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação e, por isto conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detém, e maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social.

A criminalidade, em um olhar aprofundado, seria fruto de um *status* definido por sujeitos de poder sobre a criação e aplicação de tipos penais (lei penal), através de mecanismos seletivos embasados em uma estratificação social e na própria luta de classes. Tal realidade, por sua vez, não é dotada de legitimidade frente aos princípios de um Estado democrático de direito.

Baratta (2002, p. 95) aduz, nesse sentido, que:

O que é a criminalidade se aprende, de fato, pela observação da reação social diante de um comportamento, no contexto da qual um ato é interpretado (de modo valorativo) como criminoso, e o seu autor tratado conseqüentemente. Partindo de tal observação pode-se facilmente compreender que, para desencadear a reação social, o comportamento deve ser capaz de perturbar a percepção habitual de *routine*, da "realidade tomada-por-nada" (*taken-for-granted reality*), ou seja, que suscita, entre as pessoas implicadas, indignação moral, embaraço, irritação, sentimento de culpa e outros sentimentos análogos. Tal comportamento é, antes de tudo, percebido como o oposto do comportamento "normal", e **a normalidade é representada por um comportamento predeterminado pelas próprias estruturas, segundo certos modelos de comportamento, e correspondente ao papel e à posição de quem atua.** (grifos nossos)

Esse é um processo de qualificação de sujeitos, que após definir as condutas socialmente repreensíveis, se aproxima da pessoa e de suas características quando se chega no

processo legal e na aplicação da punição. Tal ideologia positivada e executada na prática promove a manutenção dos interesses de grupos dominantes em detrimento de camadas marginalizadas e socialmente vulneráveis.

Vera Regina Pereira de Andrade (2013, p. 339-340) destaca que, por meio da seletividade estrutural dos sistemas de justiça penal e de segurança pública nas sociedades capitalistas, consubstanciada no controle e criminalização das condutas individuais “visíveis” contra o patrimônio (mas secundariamente contra a vida), a criminalidade passou por um processo de construção e identificação como a “criminalidade de rua e pobreza”. Ou seja, seria essa a criminalidade das camadas inferiores do estrato social, majoritariamente determinada por uma seletividade de gênero e raça, somada à ideia de periculosidade de sujeitos e grupos.

Dessa maneira, são firmados no ideário social e midiático os estereótipos relativos aos grupos socialmente vulneráveis e detentores do *status* da criminalidade inata. Os grupos marginalizados, conforme Vera Regina Andrade (2013, p. 441) são transformados em “potenciais infratores e, como tal, tornam-se os clientes do controle social, seja da política da pena e da criminalização (estigmatizados como criminosos), seja da política social e do assistencialismo (estigmatizados como ‘grupos de risco’)”.

Nesse sentido, como dispõe Alessandro Baratta (2002, p. 177):

Têm sido colocadas em evidência as condições particularmente desfavoráveis em que se encontra, no processo, o acusado proveniente de grupos marginalizados, em face de acusados provenientes de estratos superiores da sociedade. A distância linguística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiosos, desfavorece os indivíduos socialmente mais débeis.

Diante disso, as tipificações penais reduziram a amplitude de acesso da punibilidade às camadas dominantes. A consequência é uma zona de marginalização que acomete pessoas economicamente frágeis e desamparadas. Eis uma inversão nos valores isonômicos e imparciais que, de forma utópica, pautam a legitimidade e validade das normas penais.

É notável, portanto, a verdadeira significação do sistema penal, que não proporciona as garantias fundamentais ao indivíduo, mas que seleciona aqueles que vão ser segregados e restringidos de sua liberdade, algo intimamente ligado a classes marginalizadas.

A dicotomia entre sujeito e inimigo se faz cada vez mais presente, uma vez que esses mecanismos sistêmicos se encarregam de rotular pessoas com base nos bens protegidos por tipificações penais, definindo os adversários do Estado institucionalmente, para combatê-los, segregá-los e por fim, encarcerá-los.

3.3 HEGEMONIA DO DIREITO PENAL DO AUTOR SOBRE O DO FATO

Em sequência à abordagem criminológica da realidade estudada, na formação de inimigos, é de relevância a apresentação do conflito entre direito penal do autor e direito penal do fato, tendo em vista que esses conceitos, em forma de teorias, acabam surtindo efeito no que diz respeito à produção legislativa no contexto global, ou mesmo, de forma específica, na realidade brasileira, como será melhor debruçado em momento posterior.

Para a devida conceituação, salienta Roxin (2002, p.60) que:

Por Direito Penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Ao contrário, se tratará de um penal do autor quando a pena se vincule à personalidade do autor e seja a sua antissocialidade e o grau da mesma que determinem a sanção.

Quando se entrelaça à personalidade do indivíduo algum delito, como se fosse uma decorrência de seus caracteres, há uma distância da racionalidade e neutralidade na análise dos fatos penalmente relevantes. Assim, o julgamento antecipado do autor enquanto pessoa parece mais importante do que a preocupação com os fatos realmente cometidos.

Manuel Cancio Meliá (2015, p. 108), na obra conjunta com Günther Jakobs, ressalta a incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o princípio do direito penal do fato, de modo que o primeiro o machuca em diversos pontos. À vista disso, na doutrina tradicional, o direito penal do fato se entende como um princípio genuinamente liberal, em que são excluídos da responsabilidade penal meros pensamentos, ou seja, repelindo o Direito penal orientado em uma atitude interna do autor. Meliá ainda ressalta que a esfera de intimidade dada ao cidadão não pode ficar limitada aos impulsos dos neurônios. Há, então, a necessidade estrutural da manifestação de um fato como centro do tipo penal, consubstanciado no direito penal do fato.

Cabe destacar que no direito penal do autor, o fato delituoso praticado por um cidadão comum (ou inimigo) não é visto por si só, de forma objetiva. Ou seja, seu delito é fruto de algo “mais importante”, que corresponde às características e à vida do indivíduo desviante. Assim, os traços do agente são determinantes na atribuição da periculosidade e da reprovabilidade de seus atos.

Como destaca Roberto Delmanto Júnior (2008, p. 457):

[...] o retrocesso, como têm inúmeros outros autores enfaticamente alertado, é terrível, aproximando-se de um 'direito penal do autor', típico de regimes totalitários como da Escola de Kiel, durante o nazismo [...] com a agravante de que este 'Direito penal do inimigo' estaria sendo admitido em Estados tradicionalmente democráticos, como os Estados Unidos e a Inglaterra, sobretudo após os ataques às torres gêmeas do World Trade Center em Nova Iorque, no dia 11.09.2001.

Tal realidade enfrentada após o nazismo (como a condenação à morte dos negros, homossexuais, judeus e prostitutas, etc., pelo rótulo que carregavam consigo) e diversos episódios históricos de caráter desumanizador, até a reafirmação com a figura do terrorista nos atentados do ano de 2001, mostra que as premissas do direito penal do autor (e do inimigo) perduram até hoje, ainda que com intensidades diferenciadas ou novas roupagens.

Um grande exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, que será mais detalhadamente vislumbrado, é o que diz respeito às circunstâncias judiciais analisadas na dosimetria de pena do acusado, que têm o condão de aumentar a pena base conforme a vida pregressa do indivíduo, além dos maus antecedentes e demais questões ligadas à personalidade.

Outrossim, vale salientar que o direito penal do autor também se mostra presente na atribuição da tendência criminosa às pessoas negras e periféricas. Tal premissa se exprime na realidade carcerária, especialmente no Brasil, seja por meio da prisão cautelar ou da definitiva.

Meliá (2009, p.81) frisa, todavia, que não há um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato, o que ocorre em outros âmbitos da antecipação de barreiras punitivas, “mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os <<inimigos>> – mais que na definição de um fato”.

Há uma divergência, então, no quesito culpabilidade quando comparadas as disposições das duas teorias supracitadas (autor x fato), uma vez que a reprovabilidade no

direito penal do fato não revela, pelo menos diretamente, a preocupação com a personalidade do agente e sim o que ele cometeu e as consequências decorrentes.

Da obra de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003, p. 133), aprende-se que:

[...] o novo direito penal do autor que, sob a forma do novo direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios [...] aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento.

Ocorre, dessa maneira, uma notável incompatibilidade do princípio do direito penal do fato com as disposições constitucionais e humanizadoras que permeiam os Estados Democráticos de Direito, de modo que devem ser repensadas tanto a produção legislativa quanto a aplicação concreta das disposições legais.

Isso não leva ao abandono da necessidade de averiguar e ponderar sobre o agente que comete um crime, já que o Direito Penal se utiliza da subjetividade e das intenções envolvendo o delito. Todavia, esse processo é feito de forma racional e com fulcro em todos os princípios constitucionalmente resguardados, o que se coaduna com o direito penal do fato.

Diante do que foi abordado, fica elucidada a ligação entre o Direito Penal do Inimigo, abordado até o momento, e a teoria do direito penal do autor, que é predominante no contexto brasileiro (e também mundial), destoando com as funções essenciais e ressocializadoras da pena e da persecução penal.

Dessa forma, a legislação brasileira será mais bem deslindada, a fim de que se possa analisar e questionar acerca da constitucionalidade desses aspectos jurídico-sociais que circunscrevem a criminalidade e a seleção de inimigos pelo Estado.

4 O INIMIGO AOS OLHOS DO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO

Após uma análise envolvendo os aspectos conjunturais que permeiam a formação do Direito Penal do Inimigo, abre-se espaço a uma exposição contextual e focada na realidade do Brasil, utilizando-se das premissas clássicas da teoria introduzida por Günther Jakobs, fazendo analogia às manifestações legislativas brasileiras, que seguem um modelo próprio de atuação.

Destarte, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, que contempla o respeito à democracia e à dignidade da pessoa humana, além das garantias penais-constitucionais, de forma “igualitária”, é notada uma incongruência com as disposições legais que regem a aplicação da reprimenda estatal contra a criminalidade, uma vez que os direitos fundamentais são flexibilizados em face de uma periculosidade ficta dos inimigos, construída historicamente, com influências midiáticas, além do papel do clamor social na produção das leis.

A realidade brasileira é relatada de diversas formas, passando por altos índices de encarceramento, pela sensação de insegurança pública e, principalmente, pela disparidade entre as classes, o que reflete nos caminhos trilhados pelo Poder Legislativo na tipificação de condutas.

Todos esses aspectos são repercutidos pela mídia, pela opinião pública e o resultado se espalha sobre a atuação legislativa e as instituições de persecução criminal, lugares onde a exacerbação punitiva é pensada como método efetivo de controle da criminalidade, descurando-se, todavia, de investimentos de cunho social e político.

Como será visto, há uma estruturação legal no Brasil que carrega os traços do Direito Penal do Inimigo, o que deve ser questionado e repensado principalmente no âmbito constitucional.

4.1 ARCABOUÇO LEGAL

O ordenamento jurídico brasileiro, em matéria penal, conta com os aspectos do Direito Penal do Inimigo, observados desde as codificações mais antigas em vigência, como o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais, até as recentes leis

federais, as quais foram sancionadas em diferentes contextos, mas dotadas de intenções semelhantes.

Em determinados diplomas, o Estado não protege seus cidadãos e demais bens jurídicos essenciais, mas define e segrega os seus inimigos. Greco (2009, p. 23), nesse sentido, aduz que:

[...] quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em sequestros para fins de extorsões... E quem mais? **Quem mais pode se encaixar no perfil do inimigo? Na verdade, a lista nunca terá fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais.** [...]. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido pelas garantias conquistadas ao longo dos anos. (grifos nossos)

A forma como Direito Penal do Inimigo está atrelado a um contexto de guerra e combate de inimigos, por meio do poderio estatal, mostra que a periculosidade é moldada e consolidada de forma progressiva, fugindo de uma racionalidade principiológica cogente, ao buscar métodos de aniquilamento da insegurança.

Para tanto, as características da teoria do Direito Penal do Inimigo, explicadas por Jakobs, são o norte concedido para a análise da legislação brasileira. São elas: a antecipação da punibilidade, que transfere um fato futuro para um presente recriminável, sem haver um fato concreto; a exacerbação punitiva na forma de incremento de penas, fugindo da proporcionalidade; e a flexibilização/anulação de garantias constitucionais e processuais, etc.

Tais traços são notadamente pontuados e regulamentados em muitas disposições infraconstitucionais brasileiras, que revelam questões políticas e governamentais frente aos crimes que assolam a vivência social.

O Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei do Abate de Aeronaves, a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado, a Lei de Crimes Hediondos, a Lei Antitóxicos, a Lei do Crime Organizado, a Lei do Terrorismo, a recente Lei Anticrime, etc., são alguns dos exemplos que serão deslindados singularmente, a fim de se atestar um forte e presente Direito Penal do Inimigo no Brasil.

4.1.1 Circunstâncias Judiciais na Dosimetria Penal (Decreto-Lei Nº 2.848/1940)

Cabe, precipuamente, destacar que o Código Penal vigente carrega traços de um período histórico de graves consequências, o nazifascismo, de influência alemã e italiana, que inspirou as disposições que se conhecem até hoje nesse diploma legal.

O primeiro traço vislumbrado é a análise das circunstâncias judiciais na dosimetria penal (quantificação penal estabelecida na primeira fase do cálculo da pena). É um exemplo de como o contexto de vida do indivíduo e suas características pessoais e comportamentais são, até hoje, determinantes para criminalizá-lo e endurecer a pena cominada.

O princípio da individualização da pena, disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, é alcançado em 3 etapas. Com fulcro no Código Penal, o juiz observará o texto do artigo 59 (a seguir) para auferir as circunstâncias judiciais. Em seguida, as causas atenuantes e agravantes. Por fim, as causas de diminuição e aumento de pena.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]

Interessa, nesse debate, a personalidade do agente e a sua conduta social, possuindo um alto grau de subjetividade. Tais critérios, ainda que não sejam apropriados para se definir a reprovabilidade do agente, foram criados para esse fim. Desta feita, o juiz analisa e delibera, conforme seu livre convencimento, a respeito da pena-base do indivíduo, que pode ser elevada em razão de sua “personalidade” voltada ao crime.

Boschi (2002, p. 211), alude que:

Definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito temerosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Por isso, constata-se, na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, que do ponto de vista técnico, nada dizem.

Tal critério é de extrema complexidade. Na prática, dada a realidade que enfrenta o Brasil, o peso dessa circunstância recai sobre a figura dos grupos sociais marginalizados, que detêm o estigma social da atribuição da criminalidade inerente às suas vivências.

Desse modo, o critério da personalidade do agente acaba sendo um traço do Direito Penal do Inimigo não superado pela Constituição Federal de 1988 e ainda em vigência, dando impulso às arbitrariedades dos magistrados na elevação da pena-base dos acusados.

Segundo os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 460), uma concepção voltada exclusivamente ao autor e distanciada do fato em si, pode levar, assim como levou na Alemanha nazista, a um arbítrio desenfreado do Estado. Assim, pune-se o indivíduo por ser determinada pessoa e apresentar características personalidade e não porque fez algo, em última análise. Tal noção legitimaria intervenções cada vez mais contrárias aos direitos e garantias individuais.

É essencial ter a objetividade como base para análise proporcional de todo um contexto que envolve o crime, garantindo o cumprimento das garantias constitucionais.

Cabe ressaltar que a individualização da pena enquanto princípio não se confunde com as características do Direito Penal do Inimigo. Individualizar a pena, segundo Nucci (2014), é eleger a justa e adequada sanção penal, em relação ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, fazendo dele único e distinto dos demais. Tal medida garante a não padronização da pena, afastando a mecanização da aplicação da sanção penal.

A análise por parte do juiz sobre a personalidade do agente revela sim, um traço marcante do Direito Penal do Inimigo, de modo que este busca rotular indivíduos avessos aos interesses estatais, os quais carecem das garantias comuns dos cidadãos, tendo em vista suas características. Por sua vez, o princípio da individualização da pena busca tratar cada pessoa, dentro do contexto do crime em específico, de forma singular.

4.1.2 Prisão Preventiva (Decreto-Lei Nº 3.689/1941)

Primeiramente, há de se reiterar as influências nazistas/fascistas que guiaram a edição do Diploma Processual Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689/1941), à sua época. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2019, p. 351) aponta que:

Quando se está diante de uma lei processual penal como a nossa, que remonta a uma racionalidade do final do século XIX, início do século XX, e que possui uma inspiração assumidamente fascista, além de exalar um ranço autoritário, os princípios constitucionais são imprescindíveis para, através de uma (re) leitura pelo foco constitucional, tentar compatibilizá-la com as exigências atuais. Trata-se de uma complexa alquimia para que o CPP tente sobreviver a uma filtragem constitucional [...]

O autor, em nota explicativa a essas passagens, explica que basta ser lida a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, o qual idolatra o Código de Rocco, constatando o que foi dito. Passagens como “O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades [...]” mostram a aspiração autoritária que tal Código adota, sendo incongruente com a democracia vigente.

Destaca-se aqui a Prisão Preventiva como o exemplo mais claro do Direito Penal do Inimigo dentro da sistemática processualística brasileira. Ela está prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Para a explanação, vale citar o texto do artigo 312:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Como características desse instituto relacionadas ao Direito Penal do Inimigo, tem-se a antecipação da punição e a existência de conceitos penais em branco (preceitos genéricos e incompletos, dando margem à arbitrariedade).

No que tange à antecipação da punição, segundo Luiz Regis Prado (2009):

O Direito Penal do inimigo tem como uma de suas marcantes características o combate a *perigos*, por isso representa, em muitos casos, uma antecipação de punibilidade, na qual o “inimigo” é interceptado em um estado inicial, apenas pela periculosidade que pode ostentar em relação à sociedade. Para ele, não é mais o homem (= pessoa de ‘carne e osso’) o centro de todo o Direito, mas sim o sistema, puramente sócionormativo.

Tal característica é diversas vezes abordada por Günther Jakobs (2015, p. 37-38), que em sua obra já mencionada, leciona que:

[...] frente a esse lado pessoal, de sujeito processual, aparece em múltiplas formas uma clara coação, sobretudo na prisão preventiva (§§ 112, 112 a StPO); do mesmo modo que a custódia de segurança, a prisão preventiva também nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física. Isso, não porque o imputado deve assistir ao processo – também, participa no processo uma *pessoa* imputada, e por convicção -, mas porque é obrigado a isso mediante seu encarceramento. **Esta coação não se dirige contra a pessoa em Direito – esta nem oculta provas nem foge -, mas contra o indivíduo, que com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo.** (grifos nossos)

Observa-se, desse modo que a prisão preventiva, como medida cautelar, constitui uma antecipação da punição em que o trâmite processual está em andamento e ainda não há um juízo definitivo a respeito da culpabilidade do acusado, mas por este “colocar em risco” o processo e ser – perigoso – é encarcerado.

O perigo da liberdade do “inimigo” ao inquérito ou tramitação processual, somado aos indícios de autoria e materialidade, dão fundamento a tal medida prisional no sistema brasileiro, que é regra (ao invés de exceção). Dados do Conselho Nacional de Justiça revelam que, do total da população carcerária, 41,5% (337.126) são presos provisórios, que ainda não possuem condenação definitiva.

A motivação da Prisão Preventiva no artigo 312 do Código de Processo Penal, como exposto anteriormente, é fundada na garantia da ordem pública e na ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou então para assegurar a aplicação da lei penal.

Por sua vez, uma das características que tecem as disposições legais ligadas à teoria do Direito Penal do Inimigo é justamente a existência de conceitos vagos, que dão ao julgador um arbítrio além do razoável para interpretar a legislação, o que facilita a decretação de prisão ao indiciado. Na Prisão Preventiva, a ordem pública e ordem econômica são alguns desses conceitos imprecisos e subjetivos.

Assim, como expõe Aury Lopes Jr. (2019, p. 648):

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despidido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

Esses traços autoritários, historicamente ligados a regimes em que não vigorava a democracia e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, ainda estão presentes na realidade brasileira até o momento. Eles não foram declarados inconstitucionais após a Carta Magna de 1988 e ainda produzem efeitos grandes na realidade prisional do Brasil.

Aury Lopes Jr., em continuação, também denota o papel do clamor social como fundamentação das Prisões Preventivas, bem como a exposição midiática, envolvendo o vazamento de informações, gravações telefônicas e provas correspondentes, a fim de se discutir publicamente o fato.

Nesse sentido, Odone Sanguiné (2001, p. 114) afirma:

[...]quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o **clamor público criado pelo delito** etc. **que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição**, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico -constitucional como da perspectiva político -criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza”. (grifos nossos)

Sendo assim, há de se ressaltar a forte presença do Direito Penal do Inimigo no Diploma Processual Penal brasileiro, uma vez que há uma antecipação indevida da punibilidade, além do uso de artifícios linguísticos para a exacerbação do poder de punir, o que gera a necessidade de se questionar a constitucionalidade dessas disposições, buscando sempre o seguimento da ordem democrática no contexto brasileiro.

4.1.3 Lei do Abate de Aeronaves (Lei Nº 9.614/1998)

A Lei 9.614, de 5 de março de 1998, foi sancionada para modificar o artigo 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), incluindo a medida de destruição de aeronaves.

Tal mudança resultou no texto descrito abaixo:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:
(omissis)

§ 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório.

Essas disposições foram regulamentadas através do Decreto 5.144 de 16 de julho de 2004, que prevê em seu artigo 4º que:

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.

Luiz Flávio Gomes (2010) opina, utilizando o princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem por significação a necessária proporção entre o sacrifício de bens e os males a evitar. [...] A chamada lei do abate viola flagrantemente o princípio citado. Não existe nenhuma proporcionalidade na ação de matar o ocupante (ou ocupantes) de um avião, suspeito de tráfico de drogas. Se outro bem jurídico de igual relevância estivesse em jogo seria diferente.

A teoria do Direito Penal do Inimigo é vislumbrada nessas disposições legais, pois foram sancionadas e publicadas após a vigência da Constituição Federal de 1988, que veda expressamente a pena de morte, no inciso XLVII do artigo 5º, excetuando-se apenas o caso de guerra declarada, nos termos do seu artigo 84, XIX.

Dessa maneira, as aeronaves consideradas hostis são sujeitas à medida de destruição, o que se equipara a uma permissão à pena de morte no contexto brasileiro. Observa-se, assim, a falta de proporcionalidade na oficialização dessas condutas.

Essa situação acaba por violar o Direito à vida, antecipando a punibilidade antes da existência de um processo adequado, com os métodos de defesa inerentes ao mesmo. E, diga-se de passagem, ainda que o processo fosse realizado, a pena conferida (de morte) é avessa ao Estado de direitos e garantias fundamentais.

O poder legislativo, por sua vez, nomeou um dos inimigos do Estado na Lei do Abate, prevendo o aniquilamento de Aeronaves e de sua tripulação, sem averiguar devidamente a culpa dos indivíduos.

4.1.4 Regime Disciplinar Diferenciado (Lei Nº 10.792/2003)

Como mais uma manifestação do Direito Penal do Inimigo, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) está previsto na Lei nº 10.792/2003, que incidiu na LEP (Lei de Execuções Penais - Lei nº 7.210/1984) e no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941).

Esse instituto é uma das sanções disciplinares previstas no artigo 53 da Lei de Execuções Penais, na qual há o isolamento do apenado perante os demais presos. Quanto ao cabimento desse Regime, destaca-se o artigo 52 desse Diploma Legal, que foi fruto de modificação pela Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime (que alargou o tempo do regime para até dois anos e as visitas, que passam de semanais para quinzenais, além das comunicações monitoradas e correspondências fiscalizadas):

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

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para **impedir o contato físico e a passagem de objetos**, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV - **direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol**, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

V - **entrevistas sempre monitoradas**, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência;

(*omissis*)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I - que apresentem **alto risco para a ordem e a segurança** do estabelecimento penal ou da sociedade;

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

(*omissis*)

§ 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com **alta segurança interna e externa**, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.

§ 6º A visita de que trata o inciso III do caput deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário.

(omissis)

(grifos nossos)

A princípio, constata-se que o Regime Disciplinar Diferenciado não se constitui como uma sanção (de cunho administrativo-disciplinar), mas como uma resposta à periculosidade ficta do preso, o qual é submetido a um estilo mais rigoroso de cumprimento de pena, além de serem mitigadas suas garantias fundamentais.

Isso se dá pela forma com que ganha destaque a segurança e a ordem interna do estabelecimento em que o preso está cumprindo sua pena. Tais disposições legais não representam a punição a um fato cometido, mas sim ao que autor representa.

Cabe ressaltar os ensinamentos de Mirabete (2014, p. 150):

Pela lei nº 10.792, de 1º-12-2003, foi instituído o regime disciplinar diferenciado, que não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.

Em muito o Regime Disciplinar Diferenciado se interliga às características do Direito Penal do Inimigo, de modo que há um embrutecimento das penalidades e providências legitimadas pelo Estado que apontam a existência de inimigos dentro do sistema prisional, o qual, para além das falhas constantes, ainda é espaço de disparidades entre os indivíduos encarcerados.

A utilização de conceitos imprecisos e vagos, como: “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, convolam em uma margem de arbitrariedade que é prejudicial ao preso.

A simples suspeita de participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ainda que não tenha praticado a falta grave, é suficiente para a imposição do regime. Ou seja, as premissas que regem o Direito Penal do autor se interligam às previsões do Regime Disciplinar Diferenciado, dado que o fato cometido deixa de ser relevante e se reparam classes determinadas de autores.

As pessoas que se enquadram nos requisitos para esse regime são aquelas que revelam um perigo/risco ao sistema, sendo segregadas. Nesse sentido, neutralizam-se uma série de garantias constitucionais dos apenados, como a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF/88), além da presunção da inocência (art. 5º, LVII), como expõe Natalia Berti (2011), uma vez que a mera suspeita já justifica um tratamento diferenciado.

Cabe ressaltar, ainda, a crueldade da pena característica do Regime Disciplinar Diferenciado, que é vedada constitucionalmente no artigo 5º, XLVII, “e”, além do tratamento desumano, que é abolido no art.5º, III, da Carta Constitucional de 1988. O isolamento do preso por 22 horas diárias acarreta uma coação física e moral além do que já ocorre no encarceramento comum.

Ademais, outras violações decorrentes desse regime dizem respeito à privacidade do apenado (uma vez que as visitas são gravadas e monitoradas) e a inviolabilidade das correspondências, resguardadas no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal de 1988.

Assim, dadas as supressões nas garantias fundamentais e a atribuição do *status* de inimigo dentro dos sistemas prisionais com o Regime Disciplinar Diferenciado, há uma manifestação da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, considerando os conceitos de perigo, garantia da ordem, segregação, mitigação de direitos fundamentais e arbitrariedades que circundam a aplicação desse instituto, com incrementos punitivistas que não se coadunam com os dispositivos da Constituição Federal brasileira.

4.1.5 Lei Antitóxicos (Lei Nº 11.343/2006)

Outro exemplo no ordenamento jurídico brasileiro é o do Tráfico de Drogas, regulado pela Lei 11.343/2006, que estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, dando ao traficante um estigma de inimigo ao prever inúmeros tipos mistos alternativos para a incriminação deste, além de não definir o quantitativo de tóxicos para a diferenciação entre tráfico ou uso pessoal (dando margem de arbitrariedade às autoridades policiais).

Há de se ressaltar que no artigo 288 do Código Penal já é previsto o crime de associação criminosa, formado pela união de 03 ou mais pessoas, com objetivo de praticar delitos, sendo a pena de 1 a 3 anos. Todavia, na Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos) a

pena é de 3 a 6 anos de reclusão, quando tal associação se relacionar aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Posteriormente, surge a Lei 11.343/2006 que, em seu artigo 35, prevê uma pena de reclusão de 03 a 10 anos para a associação de duas ou mais pessoas para praticarem de forma reiterada, ou não, o(s) tipo(s) do artigo 33 da referida Lei.

Desse modo, a Lei de Tóxicos incrementa a punibilidade referente à associação para o tráfico, mostrando um tratamento ainda mais severo com o tráfico de entorpecentes. Dessa maneira, o Estado está preocupado cada vez mais em reforçar a reprimenda penal e ampliar tipos penais, além de aumentar as penas para sanções já previstas.

Nesse sentido, Salo de carvalho (2016), leciona que:

[...] a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 5 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

Fundamental perceber, portanto, para que se possa dar a real dimensão às novas respostas punitivas trazidas pela Lei 11.343/06, que, apesar da crítica criminológica relativa ao fracasso da política hemisférica de guerra às drogas, não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas variáveis é mantida, como são aumentadas substancialmente as penas e restringidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais.

Ficam observados, então, traços da seletividade e das características performadas pelo Direito Penal do Inimigo no contexto das drogas no Brasil.

4.1.6 Lei do Crime Organizado (Lei Nº 12.850/2013)

O contexto de inserção dentro da Teoria do Direito penal do inimigo na Lei nº 12.850/2013 diz respeito à antecipação da punição e à relativização de princípios e garantias constitucionais.

No que tange à precipitação da punibilidade, a associação à organização criminosa é por si só um crime (de perigo), de modo que não é necessária a prática de outro crime em concreto para a incidência o tipo penal de associação.

Uma pena de reclusão cominada entre 03 a 08 anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas parece desproporcional para um

crime de periculosidade abstrata. Tal incremento legislativo revela o temor social refletido na intenção do legislador em repreender com afínco os atos de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, uma organização criminosa (artigo 2º - Lei nº 12.850/2013).

Conforme as noções introduzidas por Jakobs (2015, p. 34,41-42):

[...] não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.
[...] o ponto de partida ao qual se ata a regulação é a conduta não realizada, mas só planejada, isto é, não o dano à vigência da norma que tenha sido realizado, mas o fato futuro. [...]

Verifica-se que, sendo um dos elementos caracterizadores do Direito penal do inimigo, a punição prévia/antecipada está interligada ao enquadramento ao contexto descrito. Além do mais, vale frisar a exacerbação punitiva, diante da quantidade de pena aplicável aos verbos do artigo 2º da Lei em tela, que demonstra mais uma das formas de manifestação da formação dos inimigos combatidos pelo Estado.

Tal embrutecimento punitivo declara implicitamente a gravidade e relevância social dos agrupamentos voltados ao crime.

Segundo Salo de Carvalho (2016):

A inevitável ampliação do conceito de inimigo, ao ultrapassar o marco dos integrantes de grupos terroristas para agregar as demais organizações criminosas, fornece condições de expansão das malhas de punitividade a partir da radical ruptura com os sistemas de garantias constitucionais. A beligerância do discurso penal do inimigo reloca as ações de desrespeito à legalidade penal e as ilegalidades toleradas contra os direitos individuais exercidos pelas agências repressivas (direito penal subterrâneo) no plano fático ao discurso de legitimação. Abre espaço, portanto para a justificação do terrorismo de Estado (direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo).
Nesse quadro de apontamento de exceções que se tornam duradouras, a categoria organizações criminosas adquire fundamental importância, visto ser o conceito que possibilitará agregar sob o mesmo estilo repressivo condutas de natureza absolutamente diversas como o terrorismo, o comércio de drogas ilícitas, a imigração ilegal, o tráfico de pessoas os crimes econômicos entre outros.

A normativa em análise introduziu formas de obtenção de prova (no seu artigo 3º) como o acesso a registros de ligações telefônicas, a dados cadastrais de bancos de dados (públicos ou privados) e a informações eleitorais ou comerciais, bem como prevendo a

interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, além do afastamento dos sigilos financeiro, bancário e a infiltração, por policiais, em atividade de investigação.

Ocorreram mitigações às garantias constitucionais no que concerne à privacidade e ao sigilo, além de um embrutecimento da punibilidade e um deslocamento da preocupação com fatos cometidos para o âmbito da preparação. Isso acaba sendo considerado comum frente às tendências expansionistas que continuam ganhando força e aplicabilidade, de modo que o avanço repressivo penal vai do estágio de cogitação, preparação e execução até os métodos investigativos.

4.1.7 Lei do Terrorismo (Lei Nº 13.260/2016)

O terrorismo é um tema recorrente quando se discute o Direito penal do inimigo, uma vez que essa teoria ganhou maior proliferação e destaque após os atentados terroristas de setembro de 2001, os quais já foram citados em momento oportuno, e que geraram um incremento legislativo radical em vários países, no combate (guerra) ao terror.

Tal incremento impôs restrições penais e serviu como base à formação de um verdadeiro palco para comportar a guerra entre o Estado e o terrorismo, seja ele individual ou em grupo, de modo que o direito à vida e às prerrogativas humanas essenciais ganharam notória relativização.

Nas palavras de Jakobs (2015, p 38-39):

[...] as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas. Nesse contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa. [...]

O que se pode suceder, a margem de um processo penal ordenado, é conhecido em todo o mundo desde os fatos do 11 de setembro de 2001: em um procedimento em que a falta de uma separação do Executivo, com certeza não pode denominar-se um processo judicial próprio, mas sim, perfeitamente, pode chamar-se de um procedimento de guerra.

No Brasil, o Terrorismo é um crime hediondo (revelada, de antemão, a reprovabilidade e gravidade dessa conduta) junto à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XLIII). A Lei nº 13.260/2016 foi sancionada para tratar de forma específica sobre os atos terroristas e os conceitos decorrentes, regulamentando o mencionado dispositivo constitucional.

Cabe destacar a existência da figura do terrorista individual, uma vez que os atos terroristas podem ser praticados por “um ou mais indivíduos”. Além disso, a Lei tipificou como puníveis os atos de preparação, anteriores à consumação do delito, conforme o artigo 5º, com pena correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. Ressalta-se que a pena para o delito consumado é de doze a trinta anos, considerada alta.

Ademais, o artigo 3º prevê como crime a promoção, constituição, integração ou prestação de auxílio à organização terrorista, cuja pena é independente das outras (efetivação dos atos terroristas, bem como os atos preparatórios). Não há, todavia, uma conceituação expressa na Lei do que vem a ser uma organização terrorista, o que dá às autoridades uma larga e perigosa legitimidade para essa interpretação.

Tais características revelam uma alta reprovabilidade social ao terrorismo, captada pelo legislativo e transformada em dispositivos legais imperativos.

A mera possibilidade do acontecimento de algum dos atos de terrorismo, sem um efetivo dano ou qualquer ato materialmente realizado, ainda que sem tentativa, já é o suficiente para punir o(s) indivíduo(s).

Opina Ruchester Barbosa (2016), nesse sentido, que:

A lei 13.260/16, portanto, está em consonância com a teoria funcionalista radical de Gunter Jakobs, ou seja, o crime deve ser a conduta que destrutura o sistema normativo e a pena deve ser a necessária para a manutenção da credibilidade das instituições com o fim de assegurar a estabilidade social que um sistema em equilíbrio proporciona. Desta forma, para o sistema não ser atingido e o desequilíbrio não transparecer insegurança social, as normas penais devem antecipar a punição aos atos preparatórios sem redução quantitativa da punição, por não ter sido iniciados os atos executórios, conforme art. 5º da lei antiterrorista.

A lei, portanto, declara o sujeito ativo dos crimes previstos nela como uma pessoa perigosa, portanto, inimigo, nas exatas concepções de Jakobs, razão pela qual, a sua condição pessoal já revela a necessidade da intervenção penal, caracterizando assim, o recrudescimento e retrocesso do Direito Penal do autor e não do fato.

Está-se diante das características do Direito penal do inimigo, quais sejam, a antecipação da punição, a existência de conceitos incertos e a exacerbação quantitativa nas penas. Quanto ao terrorismo, a gravidade do perigo abstrato é o elemento inicial motivador da reprimenda estatal. É o palco da guerra semi-velada fundada no perigo de um dano futuro.

4.1.8 Lei Anticrime (Lei Nº 13.964/2019)

Como último exemplo, O Pacote “Anticrime” (Lei Nº 13.964/2019), que entrou em vigor em 24 de janeiro de 2020, com 25 vetos, modificou muitas disposições em âmbito penal, processual penal, assim como na execução das penas. Algumas das transformações vislumbradas por tal instrumento normativo alargam o poder punitivo estatal e promovem maior rigor na aplicação da punibilidade.

Segundo Dante D’Aquino (2020), utilizando-se das premissas consolidadas de Günther Jakobs e Jesús-Maria Silva Sánchez:

A nova legislação, na maior parte de suas alterações, concretiza uma significativa expansão do direito penal e impõe regras de execução penal diferenciadas para os delitos que tenham violência à pessoa, teoricamente justificado pelo discurso difundido de que em tais hipóteses o agente “desprezou a sociedade comportando-se como um ‘inimigo’, podendo ser combatido de maneira diferente dos demais”. A nova legislação, em grande escala, adota uma política criminal do inimigo, aplaudida pela sociedade e alinhada com a ideia de neutralizar condutas, difundir a segurança da norma pelo exemplo punitivo em detrimento de políticas de ressocialização.

Como mudanças proporcionadas pela Lei em pauta, destacam-se o aumento do tempo máximo do cumprimento de pena de 30 para 40 anos, bem como o embrutecimento das disposições relativas à progressão de regime no cumprimento de pena. Conforme a nova redação do artigo 75 do Código Penal: “O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos”.

O aumento no tempo máximo permitido de cumprimento de pena pode levar, em muitos casos, à prisão perpétua, que é vedada no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição Federal de 1988.

Há de se ressaltar, antes de tudo, a necessidade do seguimento do princípio da humanidade do Direito Penal, que nas palavras de Bitencourt (2019, p. 75):

O *princípio de humanidade* do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da *prisão perpétua*. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a *dignidade da pessoa humana* ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são corolários do princípio de humanidade. (grifos do autor)

Nesse sentido, a análise dos fatores constitucionais é essencial, uma vez que os institutos valiosos ao ordenamento, como a dignidade da pessoa humana e as vedações ao tratamento desumano e cruel são limitadores principiológicos a intervenções legislativas que tendam a suprimir direitos internacionalmente resguardados ao indiciado, réu e apenado.

O aumento do limite máximo de encarceramento para 40 anos desconsidera a expectativa de vida dos presos e a degradação física-psicológica advinda do isolamento social e confinamento nos estabelecimentos prisionais.

Ademais, outras mudanças na legislação, como a progressão de regime na Lei de Execuções Penais também merecem destaque, por ocorrer um notório prejuízo ao preso. Por exemplo, a nova redação do inciso VII do artigo 112 da Lei 7.210/1984 prevê o requisito de 70% de pena cumprida para que o apenado que for reincidente em crime hediondo com resultado morte progrida de regime, vedado ainda o livramento condicional.

Por fim, outra alteração relevante é a do § 4º do artigo 492 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo”.

Tal determinação legal possibilita a execução provisória da pena após decisão condenatória do Tribunal do Júri, o que se choca diretamente com a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVII, que impõe a necessidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a certificação da culpa do réu.

Salienta-se, portanto, que tais mudanças na estrutura processual, penal e executória se inclinam à tendência formadora do Direito Penal do Inimigo, embrutecendo as penas e mitigando as garantias fundamentais constitucionais, resultando em um desrespeito aos direitos humanos consagrados em âmbito nacional e internacional.

4.2 VIOLAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A INCOMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO ININIMIGO NO BRASIL

Na ordem constitucional brasileira, ampla é a regulação das matérias nas quais o legislador e o aplicador da lei devem se respaldar de forma cogente. As disposições de cunho

Penal são basilares na essência das garantias constitucionais, uma vez que há um contato direto com a liberdade dos indivíduos e a dignidade a eles inerente.

A respeito do Estado Democrático de Direito, Bitencourt (2009, p. 46) leciona que este pode ser concebido sob diferentes perspectivas, a depender do Sistema Político adotado por um Estado para organizar as relações entre as pessoas, bem como a forma como exerce o seu poder sobre elas. O Direito Penal, assim, pode ser instaurado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, servindo como instrumento de persecução aos inimigos, ou a partir de uma concepção Democrática de Estado, a fim de exercer um papel de controle social limitado e legitimado por meio do consenso entre os cidadãos.

Para Bitencourt (2009, p.46), ao tomar como referência o sistema político atribuído pela Constituição Federal de 1988, pode-se constatar que o Direito Penal no Brasil deve ser estruturado a partir de uma concepção democrática de Estado de Direito, promovendo o respeito aos princípios e garantias reconhecidos na Constituição, ou seja, submetendo o exercício do *ius puniendi* ao império da lei, elaborada de acordo com as regras do consenso democrático. Assim, o Direito Penal é posto aos interesses sociais, no sentido de proteger os bens jurídicos fundamentais e alcançar uma justiça equitativa.

Vale ressaltar, ainda, os ensinamentos de Luigi Ferrajoli (2002, p. 687-688):

O termo “estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados [em sentido forte, estrito ou substancial]; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado : a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes[...]. b) **no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes**, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.(grifos nossos).

Capez (2018, p.52-53) afirma, outrossim, que a expressão “Estado de Direito”, por si só, caracteriza a garantia de que todos estão submetidos ao império da lei, cujo conteúdo fica em aberto, limitado apenas à impessoalidade e à não violação de garantias individuais mínimas. Por essa razão, o constituinte brasileiro foi além, afirmando que o Brasil não é apenas um Estado de Direito, mas sim um Estado Democrático de Direito. Dessa forma,

sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, por reflexo, seu direito penal deve ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que o sustentam. Os tipos penais, então, devem ser guiados pelos princípios derivados do perfil político-constitucional.

Em um país como o Brasil, em que vigora um Estado Democrático de Direito, o poder punitivo é regulado pelos ditames constitucionais, seguindo um aparato principiológico vasto, a fim de se coibir eventuais abusos.

O princípio basilar, norteador de toda a sistemática e imprescindível à democracia, é o da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal de 1988, art. 1º, III), que ordena o seguimento, principalmente em âmbito penal, do dever de promoção da valorização dos indivíduos como pessoas dignas. É consolidado que em um Estado Democrático de Direito há uma racionalidade inerente à aplicação da resposta acusatória e punitiva, o que é regulado por meio de princípios e garantias.

Desta feita, a Carta Magna brasileira não abre espaço para a construção de inimigos e demais violações à forma de desumanização de pessoas pelos agentes do Estado. Ou seja, existem garantias aplicadas a todos, sem critérios distintivos. Para essa proteção, são dispostos princípios norteadores na processualística penal, como o devido processo legal, a presunção de não culpabilidade, a ampla defesa e contraditório, a proporcionalidade, etc., que serão mais bem abordados.

As garantias penais, por sua vez, estão dispostas nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

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

O Direito Penal possui uma natureza subsidiária frente a outros ramos do Direito, ou seja, é *ultima ratio*, de modo que ele deve dispor apenas sobre os bens de maior importância à tutela Estatal, seguindo tais garantias supracitadas.

A análise da realidade revela uma inversão de valores, uma vez que prepondera o Direito Penal do inimigo, com influências nazifascistas e com uma seletividade que é refletida

no *modus operandi* das instituições de controle de criminalidade e no conteúdo das leis promulgadas no Brasil.

Entretanto, é necessário haver uma harmonia das garantias fundamentais constitucionais com o processo penal, visto que os dois são intimamente ligados. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2019, p. 37) atesta que:

[...] o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. **O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas** (as regras do devido processo legal). (grifos nossos)

A partir disso, cabe sobrelevar a importância dos princípios, em detalhes, para o cumprimento dos ditames constitucionais.

O princípio da Legalidade, enquanto limitador do poder de punir, é o mandamento que garante tipos incriminadores e penas apenas por meio de lei. Segundo Bitencourt (2019, p. 54), utilizando-se das contribuições de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de ultima ratio que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.

Bitencourt (2019, p. 55) aduz que, para que o princípio de legalidade seja efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo usar expressões vagas, equívocas ou ambíguas.

Desse ensinamento, faz-se menção aos conceitos imprecisos que envolvem o instituto da Prisão Preventiva e o Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, por exemplo, que trazem conceitos como “garantia da ordem”, alargando a incidência da arbitrariedade pelas autoridades na persecução penal.

Outro princípio inerente à existência do Direito Penal é o da intervenção mínima, em que devem ser tipificadas criminalmente as condutas que não possam ser sanadas por outros ramos do Direito, como o cível. Isso garante que, diante da gravidade das

consequências impostas pelo encarceramento, só as violações aos bens jurídicos mais preciosos sejam tipificadas, a exemplo da vida.

De forma similar, há o princípio da ofensividade. Bitencourt (2019, p. 66) aduz que para a tipificação de algum crime, em sentido material, é necessário que haja um perigo real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Assim, somente se justificaria a intervenção estatal na forma de repressão penal quando ocorresse um efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que decorra, pelo menos, um perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Bitencourt (2019, p. 67) ressalta, diante disso, que:

[...] são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. [...] Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.

Para o seguimento dos ditames constitucionais, dessa maneira, os crimes tipificados devem visar às condutas de verdadeira lesividade.

Posteriormente, destaca-se o princípio da proporcionalidade, que se consubstancia nos ditames da Constituição de 1988, na individualização da pena (art. 5º, XLVI) e na proibição de tipos específicos penais, como a de morte e de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII).

Sobre tal princípio, Bitencourt (2019, p. 72) leciona que:

O campo de abrangência, e por que não dizer de influência do **princípio da proporcionalidade**, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente **a aplicação desse princípio atinge inclusive o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar**. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é função privativa do Parlamento. Na verdade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do “poder de fazer leis ad hocs”, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o vício de inconstitucionalidade. (grifos nossos)

Desta feita, a produção legislativa brasileira e seu conteúdo devem estar pautados no princípio da proporcionalidade, de modo que a existência de penas desproporcionais e a tipificação de normas destoantes das garantias constitucionais sejam consideradas inconstitucionais.

Como último princípio deslindado, já mencionado em momento anterior, conta-se com o princípio de humanidade. Segundo Capez (2018, p.53-54), do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, o qual orienta toda a formação do Direito Penal. Assim, qualquer construção típica em que o conteúdo contrarie e afronte a dignidade humana será materialmente inconstitucional, uma vez que atenta ao próprio fundamento do Estado Democrático de Direito.

Tal princípio foi consagrado após uma história repleta de violações, como explana Marcelo Novelino (2013, p. 446):

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelas constituições em diversos países ocidentais tiveram um vertiginoso aumento após a Segunda Guerra Mundial, como forma de reação às práticas ocorridas durante o nazismo e o fascismo e contra o aviltamento desta dignidade praticado pelas ditaduras ao redor do mundo. A escravidão, a tortura e, derradeiramente, as terríveis experiências feitas pelos nazistas com seres humanos, fizeram despertar a consciência sobre a necessidade de proteção da pessoa, com o intuito de evitar sua redução à condição de mero objeto. Tempos depois, com a queda do comunismo, a partir do início da década de 1990, diversos países do leste europeu também passaram a consagrar a dignidade da pessoa humana em seu texto constitucional.

As violações ainda ocorrem de diversas formas no ordenamento jurídico penal, como na análise das circunstâncias judiciais quando utilizadas para captar na personalidade do indivíduo os motivos para o aumento da pena-base a ele atribuída. Outros exemplos são o do aumento da quantidade máxima de execução da pena para 40 anos, promovido pela Lei 13.964/2020, além da possibilidade de abate de aeronaves pela Lei 9.614/1998.

É imprescindível ressaltar que qualquer inovação legislativa deve seguir os mandamentos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, de modo que a teoria do Direito Penal do Inimigo não ganhe ainda mais espaço do que já ocupa no ordenamento jurídico brasileiro. A violação das garantias penais, processuais e executórias convola, consequentemente, numa manifestação de ilegitimidade.

O Direito Penal do Inimigo, por meio da atividade legislativa, aliado à expansão penal e à ideologia da segurança nacional, coloca os direitos fundamentais em segundo plano, subvertendo o valor da dignidade da pessoa humana. Os discursos emergentes e emergenciais, por sua vez, viabilizam a cada dia o incremento penal na busca do aniquilamento da criminalidade.

Dessa forma, surge a necessidade veemente de se adotar um modelo humano no âmbito penal. Assim, Bitencourt (2019, p. 46) pondera que:

[...] levaremos sempre em consideração esse desiderato; ou seja, o propósito de defender um Direito Penal humano, legitimável por meio do respeito aos direitos e garantias individuais, mesmo quando nos vejamos frustrados, na prática, com a falta de recursos ou a má gestão na administração da Justiça.

A realidade brasileira, entretanto, dificulta esse processo. Rogério Greco (2009, p.157) alude que os legisladores são colecionadores de tipos penais. Diante de um processo nocivo de inflação legislativa, a cada dia novas infrações penais são tipificadas, proibindo ou impondo novos comportamentos sob a ameaça de sanção penal.

Há de se buscar, então, um equilíbrio, conceito que circunda os ensinamentos de Rogério Greco. Nesse sentido, ele afirma (2009, p. 24) que na concepção equilibrada situa-se o Direito Penal Mínimo. O discurso mais coerente com a realidade social demonstra ser a finalidade do Direito Penal na proteção apenas dos bens necessários e vitais à convivência social. A adoção do Direito penal Mínimo implica a valorização dos princípios (já relatados anteriormente), que orientam o legislador na criação e revogação dos tipos penais, devendo nortear também os aplicadores da lei penal, a fim de se obter uma correta interpretação.

Greco (2009, p. 24) afirma que o Direito Penal do Equilíbrio tem como princípio central, orientando os outros, o da dignidade da pessoa humana. Assim, “o homem, aqui, deve ocupar o centro das atenções do Estado, que, para a manutenção da paz social, deverá somente proibir os comportamentos intoleráveis, lesivos, socialmente danosos”. Para tanto, só os bens mais importantes devem ser objeto de tutela.

Essas premissas suscitadas apontam que há uma incongruência na relativização das garantias fundamentais realizadas no modelo do Direito Penal do Inimigo, adotado de maneira peculiar no Brasil, seguindo um modelo próprio.

Luiz Gracia Martín (2007, p.156) entende pela incompatibilidade entre o Estado de Direito e o Direito Penal do Inimigo, vista a seguir:

Na medida em que o Direito Penal do Inimigo for apenas força e coação físicas para imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser invalidada e deslegitimada de modo absoluto. **O horizonte da democracia e do Estado de Direito não pode abarcar nenhuma coexistência entre um Direito Penal para cidadãos e um Direito Penal para inimigos.** O Direito Penal do inimigo não tem lugar no horizonte da democracia e do Estado de Direito,

porque só no horizonte de uma sociedade não democrática e de um Estado totalitário é imaginável a emergência de um Direito Penal do inimigo. (grifos nossos)

Como vislumbrado, um Estado democrático em que vigoram garantias fundamentais não pode conceder legitimidade a tratamentos excepcionais degradantes e que ferem a dignidade humana e a igualdade material.

Segundo Ferrajoli (2002, p. 446), não há qualquer provimento judicial e demais atos dos poderes públicos que provoquem tanto medo e insegurança e abalem tanto a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, muitas vezes por anos, sem um devido processo. É um paralogismo aduzir que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* (a pena não pode ser aplicada sem processo anterior) uma vez que não se trata de uma pena, mas de medida cautelar ou processual ou, seja como for, algo não penal.

A antecipação da punibilidade que ocorre indevidamente como regra no Brasil acaba sendo uma disparidade com o Estado de Direito vigente e uma das maiores aproximações com a Teoria de Jakobs (Direito Penal do Inimigo).

Inferre-se, a partir disso, a necessidade de compatibilização política e jurídica com os princípios processuais penais, a fim de se efetivarem os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Cristiane Corrêa (2006, p. 225) assenta que:

É necessário, portanto, que se conciliem na persecução penal os escopos de segurança e justiça, indissociáveis em uma concepção atual de processo penal. O processo não deve servir à sobreposição dos direitos do Estado contra o cidadão, mas sim como garantia do cidadão, até mesmo contra o Estado. O Estado deve ser o maior interessado na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e de outros valores cuja preservação é imposta pela ordem constitucional, além do simples interesse em que o processo se desenvolva e encontre o seu termo de forma satisfatória.

Dessa maneira, as mudanças estruturais no contexto brasileiro passam, imprescindivelmente, pela adoção de políticas adequadas em matéria penal.

Para tanto, Luciano Santos Lopes (2008, p. 76) estabelece que a segurança e a proteção social pouco têm relação com o aumento de um Direito Penal repressivo. O controle real da criminalidade deve sair do sistema penal e buscar amparo em políticas públicas sociais. Segundo ele, um Estado Democrático de Direito que promove o respeito à cidadania,

aos direitos humanos e ao combate às desigualdades sociais não pode usar do controle penal de forma abusiva, o que significaria uma institucionalização da violência e da arbitrariedade.

Outro aspecto, referente à seletividade penal, é essencial a essa linha de raciocínio. Salo de carvalho (2016) sustenta que:

Ao definir grupos com potencialidade delitiva, reinstituindo no direito penal dimensões de periculosidade próprios da criminologia etiológico-positivista, e ao destruir seus componentes do *status* de pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de direito. Apenas nos projetos políticos totalitários (Estados de exceção) a ideia absolutizada de segurança pública se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A destituição da cidadania transforma o sujeito (de direitos) em mero objeto de intervenção polícial. (grifos nossos)

Resta confirmada a incompatibilidade do Estado Democrático de Direito com o Direito Penal do Inimigo, que contamina grandes e importantes manifestações legislativas no Brasil.

A fiel persecução penal não pode dispensar a observação da dignidade humana e dos princípios/garantias inerentes às pessoas. A tendência expansiva punitivista, nesse sentido, é repelida, uma vez que é acompanhada da supressão de direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Portanto, assevera-se o antagonismo presente no Direito Penal Inimigo com a Constituição Federal Brasileira, que é a base incontestável para qualquer produção legal. Tal incongruência demonstra a ilegitimidade das disposições que abrem espaço para arbitrariedades, bem como daquelas que são tendentes à mitigação e aniquilamento de garantias e direitos fundamentais conquistados historicamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, cabe precipuamente destacar a construção do Direito Penal do Inimigo como uma Teoria que reflete a tendência do incremento punitivo em contraposição aos riscos da criminalidade, sendo a Terceira Velocidade do Direito penal. Dessa forma, a coincidência com a realidade latino-americana e as influências legislativas advindas possibilitaram a análise desse fenômeno na realidade brasileira.

Partindo-se das lições de Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, Eugenio Zaffaroni, Jesús-Maria Silva Sánchez, dentre outros teóricos, chegou-se à constatação das características que circundam a Teoria em análise, como a antecipação da punibilidade (sem a necessidade de um fato concreto materializado, ou seja, um Direito Penal da colocação em risco), a desproporcionalidade nas penas e a mitigação/supressão de garantias constitucionais perante os inimigos construídos e combatidos pelo Estado.

O *modus operandi* dos Estados modernos está alinhado à separação entre cidadãos e inimigos, uma vez que há um tratamento diferenciado aplicado pelas instituições dotadas do *ius puniendi*, que penalizam o “cidadão” de forma compatível com um processo penal ordenado, mas segregam os “inimigos”, retirando deles atributos essenciais à condição de humanidade. Nesse sentido, a expansão penal e a influência midiática/social moldaram ainda mais esse processo, impondo o embrutecimento das penas e o tratamento repressivo contra os inimigos.

A ideologia da segurança nacional e da necessidade de recrudescimento da tratativa à criminalidade legitimaram uma atuação estatal deveras violadora, promovendo uma seletividade da persecução penal em combate à periculosidade e aos danos futuros.

O tratamento indigno e a desumanização de pessoas são processos construídos e solidificados historicamente, mostrando-se presentes até os dias de hoje, com marcas características de regimes totalitários, no sentido de marginalizar indivíduos e grupos que não se enquadram nos padrões desejados pelos Estados ao longo do tempo.

O Direito Penal e a produção legislativa decorrente, enquanto meios válidos e legitimados, se desvirtuam dos seus fins originais e passam a ser instrumentos de segregação, marginalização e desumanização de indivíduos, tendo em vista o tratamento indigno dispendido às pessoas ou grupos.

As contribuições da criminologia crítica no atestado de existência de grupos marginalizados socialmente e etiquetados à condição de criminalidade, além das disposições concernentes à Teoria do Direito penal do autor foram de grande importância para a demarcação contextual que pauta a construção e banimento de inimigos pelo encarceramento.

Diante disso, o presente trabalho frequentemente atestou a aplicação do Direito Penal do Inimigo, especialmente na realidade brasileira, que tende cada vez mais a expandir os ideais punitivistas e antigarantistas.

Em contraponto, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, resguardado constitucionalmente e internacionalmente, como garantia de proibição a métodos de diferenciação que tendam a relativizar a igualdade de tratamento entre as pessoas. O modelo de Direito Penal do Inimigo, por sua vez, é condizente com esse desrespeito e promove uma verdadeira desumanização de pessoas, sendo avesso ao que representa um Estado democrático de Direito.

No Brasil, fica evidente a manutenção dos ideais do Direito Penal do Inimigo, uma vez que não foi feita a filtragem constitucional de disposições anteriores à Carta Magna de 1988, validando-se certos institutos controversos. Não bastasse isso, várias normas infraconstitucionais sancionadas em momento posterior continuaram aplicando maior rigor penal, conservando incongruências com princípios e garantias da Constituição.

O palco de guerra contra o crime, vislumbrado na legislação brasileira, parte-se de manifestações legislativas, como o Código Penal e Código de Processo Penal (ambos de influência nazifascista) e demais institutos promulgados após a Constituição de 1988, a exemplo da Lei de Abate de Aeronaves, o Regime Disciplinar Diferenciado (fruto de modificação na Lei de Execuções Penais), assim como a Lei Antitóxicos, Lei do Crime Organizado, Lei do Terrorismo, até a recente Lei Anticrime, em vigor a partir do ano de 2020, que marcou mais uma vez a tendência ao embrutecimento penal.

Tais legislações analisadas minuciosamente se coadunam com as características do Direito Penal do Inimigo, partindo da antecipação da punibilidade, além da visível relativização de garantias fundamentais e princípios, como a presunção de inocência, proporcionalidade, humanidade, devido processo legal, etc.

A realidade mostrada é fruto da busca desenfreada pelo controle da criminalidade, sem considerar os fatores sociais e estruturais, além da discrepância de classes, conceitos

essenciais para se promover uma atuação em direção à mudança efetiva. Desse modo, deve-se buscar um Direito Penal mínimo e equilibrado, somado à construção de políticas que não desrespeitem os ditames constitucionais, em busca da dignidade da pessoa humana.

Salienta-se, assim, que a expansão mencionada, além do constante aumento de penas e de métodos punitivos, em vez de proporcionar a “segurança e paz social”, coloca em risco as garantias constitucionais, cujo valor é inestimável ao ordenamento jurídico e à conservação do Estado Democrático de Direito.

Reconhecida, então, a existência e aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo nas legislações sancionadas no Brasil, em contraposição aos princípios e garantias presentes na Constituição de 1988, que preza pela supremacia da dignidade da pessoa humana, restam incompatíveis muitos dispositivos legais em vigor até os dias atuais. Não é passível de legitimidade, portanto, qualquer manifestação legislativa que ocasione a lesividade à dignidade humana e às garantias penais e constitucionais basilares à ordem jurídica vigente.

Portanto, tal aplicação no contexto brasileiro manifesta traços de inconstitucionalidade e incompatibilidade com a essência de um Estado Democrático de Direito, o que carece de legitimidade principiológica e legal. Cabe ressaltar que tal retrocesso não coíbe perigos. Pelo contrário, macera a dignidade humana, fragilizando os resultados conquistados por meio de lutas históricas a fim do reconhecimento da igualdade e das garantias inerentes à pessoa humana, em âmbito penal, processual penal e executório.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 895, ano 99, maio de 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Mudança do Paradigma Repressivo em Segurança Pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1ª Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. **Seqüência**, Florianópolis, v. 34, n. 67, p. 335-356, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p335>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. **G1**, Brasília, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 13 fev. 2020.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Lei antiterrorismo e Direito Penal do Inimigo**. Canal Ciências Criminais, [s.l.], 14 abr. 2016. Acesso: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-antiterrorismo-e-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BERTI, Natalia. **O regime disciplinar diferenciado como expressão do direito penal do inimigo**. Diritto.it, [s.l.], 28 luglio 2011. Disponível em: <https://www.diritto.it/o-regime-disciplinar-diferenziado-como-espressao-do-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. [Código Penal]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Constituição (1988)]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. [Lei Anticrime]. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. [Lei Antitóxicos]. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. [Lei do Abate de Aeronaves]. **Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998**. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9614.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. [Lei do Crime Organizado]. **Lei nº 12.850, de 2 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 [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e segurança pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização junho de 2017. Consultor: Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto 5.144, de 16 de julho de 2004**. Regulamenta os §§ 1o, 2o e 3o do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 8.072, 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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **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, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998**. Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9677.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. *Ebook*.

COMBLIN, Joseph. **A Ideologia da Segurança Nacional**: O Poder Militar na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

CORRÊA, Cristiane da Rocha. O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 60, p. 223–253, maio-jun., 2006.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. Direito Penal do Inimigo: sobre o que estamos falando? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 196, mar. 2009. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3828-Direito-Penal-do-inimigo-sobre-o-que-estamos-falando. Acesso em: 15 dez. 2019.

D'AQUINO, Dante. A Lei Anticrime e a política criminal do inimigo: para além do juiz de garantias. **Estadão**, São Paulo, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticrime-e-politica-criminal-do-inimigo-para-alem-do-juiz-de-garantias/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Do iluminismo ao “direito penal do inimigo”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, p. 453-464, mar. 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Direito penal do inumano**. Tradução de Renata Reverendo Vidal Kawano Nagamine. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Coleção Fórum de Direitos Humanos, v. 6).

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1975.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do abate**: inconstitucionalidade. Jusbrasil, notícias, [s.l.], 29 out. 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>. Acesso em: 13 fev. 2020.

GRACIA MARTIN, Luis. **O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea).

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. *Ebook*.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo: Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Inimigo**. [Entrevista concedida à] **Carta Forense**, São Paulo, 3 mar. 2009. Disponível em: www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624. Acesso em: 13 fev. 2020.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, p. 113-119, 2001.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Ivan Carlos da. **O direito penal do inimigo**. Página da *web* do Núcleo de Direitos Humanos, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 29 jul. 2013. Disponível em: <http://unisinos.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 09 dez. 2019.

SILVEIRA, Marcelo Eron Rodrigues da. Os meios de comunicação como difusão do Direito Penal do Inimigo usurpação dos atributos do Poder Judiciário. **Informativo Jurídico Consulex**, Brasília, ano 26, n. 11, n.p., 12 mar. 2012. Disponível em: https://marcelo-eron-rodrigues-da-silvei.webnode.com/_files/200000003-5d0ba5ff70/Informativo%20Jur%C3%ADdico%20Consulex%20-%20Ano%20XXVI%20-%20n%2011.pdf. Acesso em: 1 dez. 2019.

TRINDADE, Célio Juliano B. A “Controvérsia de Valladolid”: A virada ontológica do direito a partir do debate da escravidão e da guerra justa no século XVI. **Revista Projeção, Direito e Sociedade**, v. 9, n. 1, p. 25-36, 2018. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/viewFile/1019/904>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito penal humano ou inumano? **Rev. secr. Trib. perm. revis.**, ano 3, n. 6, p. 27-47, ago. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.27>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2007. (Pensamento criminológico, v.14).

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.