



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

BRIENNE GUILHERME SANTOS

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEU CORRELACIONAMENTO
NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**

**JOÃO PESSOA
2021**

BRIENNE GUILHERME SANTOS

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEU CORRELACIONAMENTO
NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**

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: Prof. Me. Eduardo de Araújo Cavalcanti

**JOÃO PESSOA
2021**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

S237d SANTOS, Brienne Guilherme.

Direito penal do inimigo e seu correlacionamento na legislação penal brasileira / Brienne Guilherme Santos.

- João Pessoa, 2021.
76 f.

Orientação: Eduardo de Araújo Cavalcanti.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito Penal do Inimigo. 2. Correlacionamento.
3. Legislação. I. Cavalcanti, Eduardo de Araújo. II.
Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

BRIENNE GUILHERME SANTOS

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEU CORRELACIONAMENTO
NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**

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: Prof. Me. Eduardo de Araújo Cavalcanti

DATA DA APROVAÇÃO: 01 DE DEZEMBRO DE 2021

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Me. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(AVALIADOR)**

**Prof^a. Dra. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)**

In memoriam

**Antônio Guilherme da Silva e
Cícera dos Santos Silva**

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Federal da Paraíba por proporcionar-me o estudo e a conclusão do Curso de Direito, como também, pelo aperfeiçoamento profissional, ético e humano.

Agradeço à Kelma Ramalho, servidora do CCJ/UFPB, pelas palavras decisivas e norteadoras que num momento de imensa dúvida, orientou-me no retorno para o curso, fornecendo o combustível inicial para essa grande jornada.

Agradeço aos Professores do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, Campus I, João Pessoa, pelas aulas de Direito e visão crítica de justiça social.

Agrade à Coape/Prape - UFPB por fornecer as condições materiais para o estudo e permanência na Universidade, sem os quais este projeto seria inviável e, sobremodo, a assistente social Klécia Mônica por abrir as portas da Residência Universitária naquela temerária seleção de Outono de 2015, e, ao Prof. João Wandemberg pela sensibilidade e humanismo no tratamento cordial e assistência aos estudantes auxiliados pela instituição.

Agradeço ao CRAS - UFPB pelos tratamentos e consultas com seus médicos especialistas e o devido restabelecimento de saúde, especialmente a Dr^a. Danielle Medeiros Marques e ao Dr. João Dehon Franca pelos inestimáveis e humanísticos atendimentos médicos.

Agradeço ao meu orientador deste Trabalho de Conclusão de Curso, Prof. Dr. Eduardo Cavalcanti, pelas precisas e rápidas orientações que impulsionaram a confecção desta dissertação jurídica.

Agradeço ao advogado Dr. Evaldo Neto e a advogada Dr^a. Gardênia pelas excelentes aulas de advocacia criminal e, especialmente, às lições de defesa no Tribunal do Júri.

Agradeço aos Irmãos Yamazaky, Janine, Mirabeau e Amenemá pelo apoio moral e familiar.

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos. (Rudolf von Ihering, 2000).

RESUMO

O presente opúsculo objetiva analisar a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs e sua possível aplicação no ordenamento jurídico-penal brasileiro, ou seja, se há uma correlação de natureza jurídica entre a Teoria em questão e a legislação penal extravagante pátria. É analisado, inicialmente, no primeiro capítulo deste trabalho a vinculação entre a Teoria de Niklas Luhmann sobre sistemas sociais e o funcionalismo-sistêmico, derivando, daí, o Direito Penal do Inimigo e seu núcleo essencial, o conceito de inimigo, tanto a definição doutrinária usual como uma possível conceituação trazida pelo próprio Autor e, por óbvio, sua oposição ao conceito de cidadão, fixando-se parâmetros e características. Observar-se-á, também, a base jusfilosófica-sociológica da Teoria em questão, seguindo-se uma breve investigação da Teoria do Direito Penal do Inimigo em seus aspectos materiais e processuais, finalizando com considerações acerca da legitimidade da Teoria num Estado Democrático de Direito. Para o Segundo Capítulo, far-se-á uma descrição e análise acurada da Lei sobre Identificação Criminal, do Regime Disciplinar Diferenciado, da Lei sobre Organização Criminosa, seus históricos processos de formação, as influências midiáticas e sociais, seus projetos, suas características e objetivos, os aspectos gerais que se assemelham ao simbolismo e punitivismo penal, resultando, destarte, naquilo que Manuel Cancio Meliá aponta como a gênese do Direito Penal do Inimigo, sendo esta arquitetura jurídica feita em consonância com as velocidades do direito penal, as quais Silva Sánchez denomina de Expansão do Direito Penal. No Terceiro Capítulo, será feito uma análise de correspondência entre a natureza jurídica da Teoria do Direito Penal do Inimigo e as respectivas naturezas normativas das Leis expostas no Segundo Capítulo, observando-se, paulatinamente, se há sobreposição normativa do conceito de inimigo da Teoria aos tipos penais, objeto intrínseco do estudo, além de outros elementos normativos em seus aspectos materiais e processuais, se há relativização de direitos e garantias processuais e penais fundamentais, e por último, o comportamento jurisprudencial das cortes brasileiras acerca do Direito Penal do Inimigo.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Correlacionamento. Legislação Penal Brasileira.

SUMMARY

This booklet aims to analyze the Theory of Criminal Law of Enemy of Günther Jakobs and its possible application in the Brazilian legal-penal system, that is, if there is a correlation of legal nature between the theory in question and the extravagant criminal legislation. It is analyzed, initially, in the first chapter of this work the link between Niklas Luhmann's Theory on social systems and systemic-functionalism, deriving from it, the Penal Law of the Enemy and its essential core, the concept of enemy, both the usual doctrinaire definition as a possible conceptualization brought by the Author himself and, of course, his opposition to the concept of citizen, setting parameters and characteristics. It will also be observed the *jus philosophical-sociological* basis of the theory in question, followed by a brief investigation of the Theory of Criminal Law of the Enemy in its material and procedural aspects, ending with considerations about the legitimacy of the theory in a Democratic State of Law. In the second chapter, a detailed description and analysis of the Criminal Identification Law, the Differential Disciplinary Regime, the Criminal Organization Law, their historical processes of formation, media and social influences, their projects, characteristics and objectives, the general aspects that resemble the symbolism and penal punitivism, resulting, from this, in what Manuel Cancio Meliá points out as the genesis of the Penal Law of the Enemy, being this legal architecture made in accordance with the speeds of criminal law, which Silva Sánchez calls Expansion of Criminal Law. In the Third Chapter, an analysis of the correspondence between the legal nature of the Enemy Criminal Law Theory and the respective normative natures of the Laws exposed in the Second Chapter will be made, observing, gradually, if there is a normative overlapping of the concept of enemy of the Theory to the criminal types, intrinsic object of the study, besides other normative elements in their material and procedural aspects, if there is relativization of fundamental procedural and criminal rights and guarantees, and finally, the jurisprudential behavior of the Brazilian courts about the Enemy Criminal Law.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Correlation. Brazilian Penal Legislation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	11
2.1 DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E O FUNCIONALISMO-SISTÊMICO DE GUNTHER JAKOBS	11
2.2 DO DIREITO PENAL DO CIDADÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO	13
2.3 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEU ELEMENTO CENTRAL: O INIMIGO	17
2.4 DO DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO.....	23
2.5 FILOSOFIA, LEGITIMIDADE E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO DIREITO PENAL DO INIMIGO	24
3. DO EXPANSIONISMO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: SIMBOLISMO E PUNITIVISMO COMO ORIGENS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL	28
3.1 DO SIMBOLISMO PENAL E PUNITIVISMO NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL PELO PERfil GENÉTICO: CARACTERÍSTICAS GERAIS.....	32
3.2 DO SIMBOLISMO PENAL E PUNITIVISMO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: CARACTERÍSTICAS GERAIS	37
3.3 DO SIMBOLISMO PENAL E PUNITIVISMO NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: CARACTERÍSTICAS GERAIS	42
4. DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESPECIFICIDADES E CORRELAÇÃO JURÍDICA.....	47
4.1 DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL PELO PERfil GENÉTICO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESPECIFICIDADES E CORRELAÇÃO JURÍDICA	48
4.2 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESPECIFICIDADES E CORRELAÇÃO JURÍDICA	54
4.3 DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESPECIFICIDADES E CORRELAÇÃO JURÍDICA	60
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS:	71

1 INTRODUÇÃO

Quando se observa através da História e do Direito as narrativas e conceitos acerca do inimigo, estes tornam-se demasiadamente complexos, chegando-se até a perversão da Alemanha nazista ao instituir as Leis de Nuremberg em 1935 e que institucionalizam os povos semitas, ciganos e negros como inimigos do Estado Alemão e, por fim, a solução final, nome dado ao genocídio do povo judeu durante a Segunda Guerra Mundial.

Com o fim do Grande Conflito e um novo paradigma, centrando o pensamento na dignidade da pessoa humana, inaugurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e fixada pela ONU, instituíram-se, assim, os direitos humanos elementares como fundamentos básicos dos Estados Modernos. Disto, observa-se que o outro enquanto inimigo é uma constante na História da humanidade, e precisamente este aspecto do comportamento humano será a impressão básica da temática em estudo enquanto instituto jurídico examinado na Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

Neste sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs e sua possível aplicação no ordenamento jurídico-penal brasileiro, ou seja, se há uma correlação de natureza jurídica entre a Teoria em questão e a legislação penal extravagante pátria.

Tendo em vista que, como anota Jakobs, o Direito Penal Clássico se mostra inadequado ou insuficiente no combate à complexa criminalidade, pois seus preceitos não acompanham a dinâmica evolutiva do crime na sociedade de risco, por isso, justifica-se o estudo da Teoria do Direito Penal do Inimigo que traz novos instrumentos capazes de minimizar os efeitos e fortalecer o combate às figuras delitivas atuais, resguardando a liberdade do cidadão e protegendo a paz social.

Para a fundamentação teórica, tem-se que o Direito Penal do Inimigo é uma exceção ao Direito Penal do Cidadão, proposto também por Jakobs, sendo este último o sistema jurídico que objetiva garantir a vigência da norma jurídica, buscando, desta forma, estabilizar e institucionalizar as expectativas sociais e servindo de orientação de conduta para os cidadãos no meio social. Sobre o enfoque jusfilosófico-sociológico, a Teoria do Direito Penal do Inimigo tem por fundamentos os pensadores Hobbes, Kant e Luhmann, os quais Günther Jakobs postula, a partir daqueles autores, não apenas a defesa da sociedade e as instituições, mas fazendo um chamamento ao Legislador ordinário quanto às consequências da intricada produção de leis penais de modo acrítico, assinalando a necessidade de diferenciação daquela Teoria com o

Direito Penal do Cidadão, assumindo o caráter democrático e humanístico de sua proposta teórica.

Assim, será analisado no Primeiro Capítulo a vinculação entre a Teoria de Niklas Luhmann e o funcionalismo-sistêmico, e a exceção a esta teoria e objeto precípuo deste opúsculo, isto é, o Direito Penal do Inimigo, adentrando no núcleo essencial desta Teoria de Jakobs, ou seja, o conceito de inimigo. Observar-se-á, também, a base filosófica, sociológica e jurídica da Teoria.

Para o Segundo Capítulo, farar-se-á a análise acurada da Lei sobre Identificação Criminal, do Regime Disciplinar Diferenciado e da Lei sobre Organização Criminosa em seus aspectos gerais que se assemelham ao simbolismo penal e punitivismo hodierno, resultando, destarte, naquilo que Manuel Cancio Meliá configurou como a gênese do Direito Penal do Inimigo.

No Terceiro Capítulo, será feito uma verificação de correspondência entre a natureza jurídica da Teoria do Direito Penal do Inimigo e as respectivas naturezas normativas das Leis expostas no Segundo Capítulo, observando-se se há sobreposição normativa do conceito de inimigo da Teoria aos tipos penais.

A metodologia empregada será de natureza jusfilosófica, conquanto parte de uma crítica do próprio Jakobs ao interrogar se o Direito Penal Comum é capaz de controlar a máxima e complexa criminalidade atual e pacificar a sociedade. Já o método de abordagem será o dedutivo, fazendo-se uma comparação entre os fatores históricos que propiciaram a produção normativa das leis em análise, e posterior comparativo dessas normas com a Teoria em estudo; e quanto aos meios de procedimento, será utilizado o histórico, o comparativo e o interpretativo. Por último, as técnicas de pesquisa serão a bibliográfica, a legal e, por último, a virtual.

Decerto, será traçado um panorama normativo da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs e sua incidência na legislação penal extravagante, concluindo-se se a natureza jurídica da Teoria coincide com as naturezas das leis penais e processuais periciadas, ou ainda, se o Art. 5º, Parágrafo único da Lei nº 12.037/ 2009, Lei de Identificação Criminal, combinado com o Art. 9-A da Lei de Execução Penal, ambos sobre identificação criminal pelo perfil genético; o Art. 52, da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, sobre o Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei nº 12.850/2013 sobre Organização Criminosa possuem suas naturezas jurídicas verossímeis a da Teoria de Jakobs, adicionando-se a isto, o comportamento jurisprudencial das principais cortes jurídicas do País, assinalando as principais medidas legislativas na atualidade e apontar alguns paradigmas sugeridos por Günther Jakobs.

2 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Tomando como viga mestra a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, Günther Jakobs constrói um dos emergentes modelos de direito penal da atualidade, um dos arquétipos da prevenção geral positiva fundamentadora e denominado de funcionalista-sistêmico. Esta teoria visa passar a sociedade uma forte ideia de vigência da ordem jurídica e que mesmo diante de sua violação diante de um crime, a norma jurídica será reafirmada através da aplicação da pena, demonstrado que ela continuará válida, correspondendo às expectativas sociais e jurídicas, fixando, desta forma, padrões razoáveis e respeitáveis de comportamento e cumprindo suas finalidades de política penal.

Trazendo nitidez a vertical ideia sobre a Teoria funcionalista-sistêmica de Günther Jakobs, afirma Cesar Roberto Bitencourt que:

As normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a infração de uma norma, convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora.

[...] A pena serve para destacar com seriedade, e de forma cara para o infrator, que sua conduta não impede a manutenção da norma (BITENCOURT, 2015, p.150).

Esta forma de pensar o direito, diferente do Direito Penal Clássico em que parte de postulados abstratos num juízo apriorístico de conduta e só após ação realizada subjetivamente é que esta espécie de direito se realiza, traduzida no funcionalismo-sistêmico é expressa objetivamente em termos comunicativos de conduta, só então será realizado o direito.

2.1 DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E O FUNCIONALISMO-SISTÊMICO DE GUNTHER JAKOBS

Uma exposição de razões sociológicas e jurídicas da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann faz-se pertinente, pois embasará os fundamentos do funcionalismo-sistêmico de Günther Jakobs e, decerto, o Direito Penal do Inimigo, também denominado de Direito Penal de Exceção.

Na sociedade pós-moderna, a configuração social tornou-se demasiado diluída, complexa, contingencial nos diversos campos, exigindo esforços cada vez maiores no sentido de coordenação, controle, concretização de políticas públicas, proteção ambiental, promoção cultural, entre tantas outras demandas que os Estados buscam para assegurar o Estado de Bem

Estar-social numa economia de mercado. Nisto também se insere o combate à complexa criminalidade e os temas de política criminal, mostrando-se insuficiente e ultrapassado a dogmática penal do finalismo neste contexto de globalização, assinalando uma busca no Direito Penal por moldes epistemológicos de características pragmático-sistêmicos, como aponta Winfried Hassemer, ultrapassando as fronteiras do Direito Penal Clássico na aquisição de um Direito funcional adequado aos novos tempos:

O modelo tradicional é insuficiente para resolver os conflitos atuais e demandas alçadas ao Direito Penal: ou se renova o equipamento, ou se desiste da esperança de incorporar o Direito Penal na orquestra das soluções dos problemas sociais.

Se o Direito Penal, funcional, ocupa seu lugar entre os instrumentos de solução de conflitos, adaptado e ajustado aos demais fins políticos; se sua produção científica atual se dedica a produzir setores funcionais ao sistema e a eliminar as disfunções, então, tudo isto só faz sentido em estrita conformidade com as funções do sistema e dos respectivos subsistemas relevantes. De outra forma não pode ser, pois somente as funções do sistema podem assegurar a funcionalidade do conjunto e oferecer os critérios do que seja adaptado e do que seja inadaptado, do que reproduza e do que perturbe o sistema. Desde modo, a tradicional concepção do Direito Penal, que (ainda?) desconhece a diferença entre “função” e “fim”, chega à temática dos fins da pena (HASSEMER, 1993 apud, MORAES, 2006, p. 105-112).

Disto decorre a urgência na construção de novos modelos de Direito Penal, sendo um desses o funcionalismo-sistêmico de Günther Jakobs, concretado a partir da Teoria de Luhmann que, para este, observa a sociedade complexa como um conjunto dinâmico formado por inúmeros subsistemas como a política, a cultura, a economia, e, por óbvio, o Direito, mutuamente excludentes entre si nos quais buscam um equilíbrio em sua totalidade. Dessa forma, classifica o subsistema do Direito como autorreferente (autopoietico), cujas soluções para os problemas jurídicos são encontradas dentro do próprio sistema e, por isso, protegendo-se de valorações externas, afastando-se de categorizações dogmáticas clássicas e tendendo a estabilização e equilíbrio sistêmico, absorvendo a fluidez e dinâmica sociais ou, em outras palavras, a complexidade e a contingência das experiências sociais.

Nesse sentido, Eduardo Cavalcanti assevera a assertiva de Niklas Luhmann acerca do Direito ao arquitetá-lo de forma sistemático nas tratativas da sociedade, esclarecendo que:

Não através da constância de uma dada qualidade original do ‘dever ser’, nem através de um determinado mecanismo fático, por exemplo, a ‘sanção estatal’.

[...] O direito não é propriamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática (CAVALCANTI, 2005 apud MORAES, 2006, p. 76).

Desta feita, Jakobs vê as expectativas normativas do Direito senão como um processo comunicacional de normas jurídico-penais transmitidas eficientemente a coletividade e, portanto, o fato criminoso é auferido em termos de ação objetivamente típica e condenável, sobremodo pela defraudação comunicativa, sendo a pena um revide do corpo social juridicamente estável.

Nesse passo, Günther Jakobs afirma de forma bastante objetiva o processo de apreensão do crime e sua interação com a sociedade sob um olhar sociológico:

O Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor como a vítima e como o juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas da sociedade. A principal condição para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização de sujeitos. Não se trata de afirmar que deve ser assim, mas que é assim. O delito será, portanto, “falha de comunicação”, enquanto a pena é a própria manutenção da identidade social (JAKOBS, 1998 apud MORAES, 2006, p. 107).

Vê-se, portanto, que o ângulo de abordagem do fenômeno do Direito para Jakobs é uma perspectiva nitidamente sociológica ao passo que a ação do indivíduo é expressa comunicativamente, corrompendo mandamentos sociais e legais sem considerar necessariamente sua subjetividade, mas sua conduta concreta em si mesma, isto é, o crime é um recado para a sociedade em termos de comunicação e quebra de uma ética social para um bom comportamento, emitido de forma consciente e materialmente injustificado.

2.2 DO DIREITO PENAL DO CIDADÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Conforme apontado, Günther Jakobs encontra na teoria sobre sistema sociais de Niklas Luhmann, da qual deriva o Direito Penal como subsistema social, o meio inovador de sua teoria da imputação objetiva denominada de funcionalista-sistêmica, fornecendo novas ferramentas paradigmáticas para a modernização do Direito Penal e política criminal contemporânea, sendo ainda denominado de Direito Penal do Cidadão, quando o Autor fixa uma ruptura dentro de sua própria Teoria para desta criar um direito excepcional, exterior e antagônico aquele, o qual ele denomina de Direito Penal do Inimigo.

Com eloquência, Günther Jakobs descontem o Direito Penal do Inimigo do Direito Penal do Cidadão:

A existência de um direito penal de inimigos, portanto, não é sinal da força do Estado de liberdades, e sim um sinal de que dessa forma simplesmente não existe. Certamente são possíveis situações, que talvez ocorram inclusive nesse momento, em que normas imprescindíveis para um Estado de liberdades perdem seu poder de vigências se se

espera com a repressão até que o autor saia de sua esfera privada. Mas então o direito penal do inimigo também só pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente. Os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal de cidadãos, preferivelmente em sua apresentação externa (JAKOBS, 2003, p.143).

Como o teórico funcionalismo-sistêmico é um modelo de Direito Penal com seus conceitos, categorias, meios processuais, dentre outros institutos ainda em debate, mas com fins de pacificação social através da vigência da norma jurídica pela ação comunicativa, este projeto intitulado de Direito Penal do Cidadão pode ser equiparado ao Direito Penal Clássico fundamentado no finalismo welzeliano quando Jakobs defende o Estado de Liberdades e a proteção dos direitos humanos, verificando-se para isto que ambos os modelos possuem um núcleo de direitos e garantias penais e processuais num Estado Democrático de Direito.

Com bravura, Jakobs chancela as características do Direito Penal do Cidadão mostrando que a interação da norma jurídica com o cidadão é um processo comunicativo e que o crime é uma defraudação das expectativas normativas dessa comunicação, sendo a pena uma reação dirigida ao dano passado e, portanto, a confirmação de vigência da norma. Adiciona-se, ainda, a conduta criminosa a intencionalidade por parte do agente de descontinuidade ou ausência de destruição das instituições estatais ou sociedade, ou melhor, a ação que se exaure em um simples crime ocasional.

Nessa Teoria, o delinquente, mesmo diante da corrupção da ordem jurídica, não perde sumariamente o seu *status* de pessoa, pois continua sendo cidadão, porém será preciso reparar o dano causado à sociedade e demonstrar potencialmente que se ajustará à ordem social no que tange à capacidade cognitiva de aceitação das regras de convívio social, evidenciando, logicamente, para o conglomerado político que as expectativas normativas continuarão vigentes e fortes na relação da ordem jurídica. A condição de pessoa, logo de cidadão, é irrenunciável mesmo diante de um simples ou atroz ato criminoso, evidenciando o caráter democrático e humanístico da Teoria.

Desta feita, reafirma Günther Jakobs a função e fim do funcionalismo-sistêmico ou Direito Penal do Cidadão que é a prevenção geral positiva fundamentadora:

A coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 22).

Projeta Jakobs que ao cidadão infrator é reservado no Direito Penal do Cidadão o disciplinamento de pessoa com todos os atributos de direitos e garantias tal como ocorre no Direito Penal Clássico, desde as medidas cautelares até a restauração de todos os direitos inerentes a condição de cidadão, estipulando-se, consequentemente, uma relação unívoca para fins desta pesquisa entre os sistemas jurídicos, isto é, o funcionalismo-sistêmico como equivalente ao Direito Penal Clássico.

Nesse diapasão, afirma Günther Jakobs:

[...] Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 25).

Disto decorre que, como já assinalado, o Direito Penal do Cidadão constitui apenas uma das parcelas do sistema jurídico proposto por Günther Jakobs, sendo a outra parte formada pelo Direito Penal do Inimigo, existindo, entretanto, uma intersecção normativa entre ambas as espécies de Direito, em outras palavras, ao sistema funcionalista-sistêmico em que busca estabilização de suas normas, correspondendo às expectativas normativas, existiria, conforme Jakobs, outro tipo de Direito, o qual ele denomina de Direito Penal do Inimigo, exterior ao primeiro e com outras categorias funcionais, sendo o principal elemento diferenciador o agente tido por inimigo, embora haja uma área cinzenta entre os institutos onde existem resquícios de ambos os institutos. Esta Segunda Teoria opera-se no sentido de conduzir estabilização ao sistema funcionalista-sistêmico, Direito Penal do Cidadão ou Clássico, preservando consecutivamente a ordem jurídica de maiores danos sociais e estatais.

Nisto, Günther Jakobs deixa claro em suas palavras e justifica, apontando os motivos para tal desagregação normativa:

Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais.

[...] um Direito penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes. Ademais, um Direito penal do inimigo implica, pelo menos, um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 21-22).

Nesse interim, Jakobs aponta as razões de fato e de direito pelas quais promove uma ruptura em sua Teoria social do Direito, quanto evidencia uma inevitável contaminação do Direito Penal do Cidadão ou Clássico por normas penas mais agressivas e de combate para com os criminosos mais perigosos e violentos na complexa sociedade de risco da pós-modernidade, para isso traz uma advertência de se adotar esta espécie de legislação combativa de forma acrítica e apressada, pois dantescamente poder-se-ia tratar o cidadão como inimigo e o inimigo como cidadão, quando não evidente a separação das entidades normativas.

Expõe Günther Jakobs acerca do paradoxo normativo de dois antagônicos sistemas jurídicos:

Os delitos seguem sendo delitos, ainda que se cometam com intenções radicais e em grande escala. Porém, há de ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos *guerra* e *processo penal* (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 35-36).

Desta confusão normativo-penal que se apresenta numa produção acelerada e acrítica, se impõe um intrincado acervo de leis penais que quando de sua aplicação provocam inúmeros constrangimentos, como ocorre, por exemplo, na legislação penal brasileira que em suas atualizações frequentemente se inserem dispositivos estranhos ao espírito garantista dos referidos códigos, uma discrepância que destoa do conjunto de pensamento normativo e que geralmente é direcionada para indivíduos com histórico criminal diferenciado, causando enormes diferenças jurisprudenciais em suas aplicações.

É, portanto, desse contexto histórico específico que leis repressivas são produzidas a partir de fatores que culminam num fenômeno legislativo criminal calcado num punitivismo exacerbado pautado pela mídia e o simbolismo penal como medida urgente para apaziguar as tensões sociais, surgindo, desse modo, uma proliferação de leis verossímeis ao Direito Penal do Inimigo como elucida Manuel Cancio Meliá:

A carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombinha 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 (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 97-98).

Formula Silva Sánchez uma cadeia dinâmica evolutiva do Direito Penal ao emprestar uma inércia que vai desde o Direito Penal Clássico, representando uma primeira velocidade; em segundo momento, uma segunda velocidade, ainda dentro das regras de direito comum, variando apenas levemente os parâmetros de dogmática penal e flexibilização de execução penal; e, por fim, a terceira velocidade, representada pelo Direito Penal do Inimigo. Esse trato permite visualizar o comportamento de uma Teoria Penal e sua práxis na política criminal e, por óbvio, como dar-se a transmutação de um estado penal para outro, sempre numa escala maior de punibilidade, esta apontada por Meliá, na finalização do Direito Penal do Inimigo.

Arquiteta Silva Sánchez seu desenho dinâmico das velocidades penais:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de delitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade de sanção; e, por fim, a terceira velocidade, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais (SÁNCHEZ, 2013, 193).

Pelo disposto, tanto pela advertência de Günther Jakobs quanto pelas anotações de Meliá, pula-se aos olhos que a Legislação Penal brasileira encontra-se, pelo menos supostamente, exatamente entre a segunda e terceira velocidades, já que possui um leque de direitos e garantias fundamentais relativizados, convivendo com uma legislação penal extravagante de arcabouço de Direito Penal do Inimigo como se evidenciará neste trabalho.

2.3 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEU ELEMENTO CENTRAL: O INIMIGO

Salientando-se mais uma vez, o Direito Penal do Inimigo é um sistema jurídico exterior e oposto ao Direito Penal Clássico, orientando o posicionamento estatal frente aos autores, digam-se inimigos, aquém da ideia da *ultima ratio*, passando-se a uma relativização dos direitos e garantias fundamentais; fixação de tipos penais mais severos e abertos, com normas penais em branco; prolongamento do tempo em cárcere; driblagem dos meios de obtenção de prova somado a isso a flexibilização da jurisprudência consolidada; dentre outros mecanismos jurídicos, usando-se as medidas de segurança como meio antecipatório preventivo de prováveis ações criminosas diante de agentes perigosos e que traz enormes riscos para a sociedade, o

Estado e suas instituições e do próprio processo penal, chegando-se, em casos extremos, até mesmo a guerra.

Axiomaticamente, Günther Jakobs extrai de sua Teoria elementos que traçam um conceito primordial de Direito Penal do Inimigo:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do Inimigo.

[...] O Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 28-40).

Disso decorre que, o Direito Penal do Inimigo apresenta algumas características notáveis como o fato das medidas de segurança serem projetadas prospectivamente para neutralizar o indivíduo perigoso, diante do qual a pena perde paulatinamente sua eficácia, pois tem-se um sujeito autocontraditório em seu comportamento criminoso, disposto ao cometimento de crimes infundáveis, porém se for preso, deseja ser tratado com todos os direitos de um homem médio. Nestes casos, em lugar de uma simples comunicação normativa de afirmação do Direito, o Estado procede com medidas de segurança de maneira fisicamente efetiva contra o malfeitor, protegendo a ordem social de futuros fatos danosos.

A esse respeito, Günther Jakobs informa que:

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. Dito de outro modo, o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito Penal do Inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 41-42).

Ao comentar as características das legislações com traços de Direito Penal do Inimigo, isto é, remetido à Teoria de Exceção de Günther Jakobs, Luis Gracia Martin indica quais seriam esses parâmetros impressos nessas normas:

a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato; b) desproporcionalidade das penas; c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de “leis de luta ou de combate”; d) restrição de garantias penais e processuais penais; e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil. (Martín, 2007 apud LEONELLO; MARQUES, 211, p. 34)

Nesta mesma toada, Manoel Cancio Meliá aponta essas mesmas características pertinentes ao Direito Penal do Inimigo, elucidando as fronteiras normativas desse espécime de Direito Penal:

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 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. (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 90)

Mas é em torno daquele conceito nuclear de inimigo que o próprio Günther Jakobs delimita as características do Direito Penal do Inimigo, delimitando-o e justapondo a fronteira deste com o Direito Penal do Cidadão, ou, ainda, o quanto essas normas típicas do Direito de Exceção destoam daquelas garantias penais e processuais fundamentais, relativizando estas ou mesmo contrariando-as em seu teor normativo, afirmado que aqueles parâmetros são:

Particularidades típicas do Direito de oposição são: (1) ampla progressão dos limites da punibilidade, vale dizer, a mudança de perspectiva do ato praticado pela do ato que se vai praticar, sendo aqui exemplificadores os tipos de criação de organizações criminais ou terrorista, ou de produção de entorpecentes por grupos organizados; (2) falta de uma redução da pena proporcional a essa; por exemplo, a pena para o dirige uma organização terrorista é igual à de um autor de um homicídio tentado, aplicando logicamente a diminuição de pena pela tentativa e supera de maneira ostensiva na maioria dos casos as penas reduzidas de tentativa previstas para os demais crimes de associação terroristas; (3) passagem da legislação de Direito Penal à legislação de combate à criminalidade [...]; (4) supressão de garantias processuais, em que a incomunicabilidade do acusado constitui-se em exemplo clássico (JAKOBS, 2003, p. 55-57).

O inimigo como sujeito ativo dos crimes dessa espécie de direito criminal apresenta-se como conceito fundamental e funcional do Direito Penal do Inimigo, o que veicula toda a dinâmica de direito material e processual penal proposto por Günther Jakobs, incidindo na disjunção entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito de Exceção, sendo, ainda, o critério desestabilizador do funcionalismo-sistêmico. Dito isto, apresenta-se o conceito de inimigo penal, fixando seus parâmetros, forma de comunicação do Estado com o autor, fins e finalidades das medidas de segurança.

Partindo dessas primeiras apreensões, Silva Sánchez, por sua vez, traz sua contribuição esclarecendo que:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização,

abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse *déficit* por meio de sua conduta.

[...] A transação do “cidadão” ao “inimigo” iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas (SÁNCHEZ, 2013, p. 194, 195).

Manifesta-se Gabriel Habib acerca do Direito Penal do Inimigo e a interação dinâmica com seu elemento estruturante, o inimigo, delimitando-o juridicamente:

O Direito Penal do Inimigo dirige-se àquelas pessoas que defraudam as expectativas normativas e, além disso, não oferecem garantias cognitivas suficientes de um comportamento pessoal adequado ao direito e que, não só não podem esperar ser tratados como pessoas, como também o Estado não deve tratá-los como tal, já que do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Assim, na criminalidade econômica, no terrorismo, na criminalidade organizada, e nos delitos sexuais, o delinquente se afasta do Direito de maneira duradoura, não proporcionando uma garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. Em relação a essa criminalidade, a reação do ordenamento jurídico se caracteriza pela neutralidade do delinquente, na eliminação de um perigo, e não para a compensação de um dano causado à vigência da norma. A punibilidade segue para o âmbito da preparação e a pena se destina a garantia de segurança contra fatos futuros, e não à sanção de fatos passados, pois um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.

[...] O perigo que os inimigos representam para a vigência do ordenamento jurídico é um problema que não pode ser resolvido pelo Direito Penal Comum (do cidadão), nem através de meios policiais. Daí surge à necessidade de um Direito Penal do inimigo diferenciado em seus princípios e regras. O Direito Penal do Inimigo constitui um tipo de Direito Penal que não respeita o autor como pessoa e neutraliza-o como fonte de perigo (HABIB, 2013 apud OLIVEIRA, 2017, p. 17, grifo nosso).

Essas construções assinaladas pelos autores supracitados trazem um delineamento do indivíduo delinquente na Teoria Radical de Jakobs, isto é, o inimigo, e, mais especificamente, a colaboração de Gabriel Habib fornece uma visão sintética. Assim, nessa perspectiva, esse contributo é abrangente acerca do personagem no teatro criminal em análise, clarificando as especificidades apontadas por Günther Jakobs, concatenando seus parâmetros e características.

Nesse sentido, Günther Jakobs não conceitua o inimigo em sua Teoria do Direito Penal do Inimigo, contudo fornece elementos capazes de orientar e estabilizar este objeto, apresentado da seguinte forma:

Aquele indivíduo que comete crimes por princípio, não oferecendo nenhuma garantia cognitiva de se readequar ao ordenamento jurídico, isto é, possui personalidade puramente contrafática, e ameaça constantemente à sociedade e instituições, vulnerando o direito à segurança das pessoas. Dito com outras palavras, o inimigo é o malfeitor capaz de causar gravíssimos danos, quebrando as expectativas normativas de um comportamento apreciável, sendo por isso, conotado de agente perigoso,

gerando instabilidade social ou mesmo emergência de destruição das instituições estatais, devendo, desta forma, ser tratado com medidas de segurança, prevenindo-se crimes futuros, e, em último caso, quando todos os métodos jurídicos de coação física são insuficientes no tratamento do autor, parte-se para o confronto em sua forma mais radical, quando o Estado assume a letalidade de guerra frente ao inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 34 et. seq.)

Resta evidente, portanto, que os elementos básicos que identificam o inimigo na Teoria de Jakobs é a falta de garantia cognitiva de um comportamento justificável, expresso comunicativamente através de uma personalidade contrafática ou autocontraditória, quando o criminoso ao cometer o delito de certa gravidade, espera os benefícios do Estado de Direito, isto é, acredita que possui o direito subjetivo de exigir do Estado todos os seus direitos e garantias, não demonstrando qualquer interesse em respeitar essas mesmas obrigações legais e éticas para com a sociedade em que vive; e a reiteração delitiva, na medida que o criminoso demonstra uma aptidão no cometimento de infinitos crimes, defraudando incessantemente as expectativas normativas do ordenamento jurídico, fazendo-o como um modo particular de vida, de profissão. A partir dessas características apresentadas pelo indivíduo, aparece o criminoso perigoso, frente ao qual as normas penais, processuais e de execução são mais rígidas, num verdadeiro procedimento de combate sob a forma de custódia de segurança, quando aquele indivíduo perigoso é encarado não mais como pessoa, mas como um inimigo com direitos tendendo a zero, relativizando os direitos e garantias constitucionais.

Nesse diapasão, convém destacar que a ação criminosa na Teoria de Jakobs é objetiva e expressa em comunicação normativa, ou ainda, é uma comunicação de comportamento danoso que o indivíduo transmite em termos de comunicação para a sociedade, infringindo o direito posto, sem uma análise subjetiva de sua conduta pessoal.

Contribui Claus Roxin esclarecendo a conduta delitiva apresentada por Jakobs em sua Teoria, trazendo o seguinte:

Para Jakobs, só será objetivamente típica a ação que, de um ponto de vista objetivo, isto é, com independência do que pense ou deseje o autor, viole um papel; este papel traduz-se, dogmaticamente, através da figura da posição de garantidor.

[...] No tocante ao conteúdo, a mais controvertida peculiaridade de sua teoria do crime está em deixar Jakobs à culpabilidade ser completamente absorvida pelo conceito de prevenção geral, em consonância com sua teoria dos fins da pena. Para Jakobs, a culpabilidade não é algo objetivamente dado, mas simplesmente “adscrito” ao autor sem qualquer consideração às suas capacidades concretas, na medida daquilo que seja necessário para o “exercício de fidelidade ao direito” (ROXIN, 2002, p. 125-209).

Não obstante, o garantidor é o indivíduo que orienta-se cognitivamente consoante as normas de direito, sendo o inverso deste, o “mal elemento”, diga-se, o sujeito perigoso que

apresenta uma disfunção social expressada em cometer delitos, o “dolo de Jakobs”, que a medida que cresce reiteradamente, faltando justificativa apreciável de respeito às leis, fornece o “dolo do inimigo de Jakobs”, significando que sua comunicação real é de destruição irrefreável pelo crime, verificado em casos reais com gravíssimos danos sociais, infringindo medo e insegurança em constante desafio as forças estatais, sem que para aferição destes inimigos se faça quaisquer análise de sua intencionalidade. Há de se perceber que, segundo Günther Jakobs, levanta-se a hipótese de que a partir de um segundo crime o Estado passaria a olhar o indivíduo com desconfiança e saltando, daí, ao uso de uma legislação punitivista mais dura e uma tendência de vigilância ou, em outros termos, o indivíduo já começaria a apresentar os primeiros traços de inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p.21).

Para a configuração de periculosidade do inimigo na Teoria de Jakobs no sentido objetivo de perigo concreto aferível de situações de risco, um conceito jurídico-penal é delineado de forma plausível por José Francisco de Faria Costa:

Há situação de perigo concreto, jurídico-penalmente relevante, quando, relativamente aos resultados possíveis descritos na lei penal, a probabilidade do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção, quer dizer, é superior à probabilidade da produção do resultado valioso.

[...] O perigo é uma noção normativa e relacional cuja concreta determinação se faz, interessadamente e em primeira linha, enquanto pressuposto dogmático para um juízo objetivo de imputação. Noção que, para além disso, se revela por meio de um juízo de dupla referência (*ex ante* e *ex post*), aperfeiçoado pela doutrina do âmbito da proteção da norma e cujo núcleo central do seu critério determinador se afirma através do cânones das regras da experiência, conquanto ligado ao referencial de haver probabilidade, jurídico-penalmente compreendida, de um resultado desvalioso se vir a produzir (COSTA, 2000, p. 597- 620).

Esta conceituação de perigo, aferível pela experiência do juízo em combinação com os requisitos fornecidos pelo conceito de inimigo, isto é, a obrigação de fundamentar as tomadas de medidas de segurança, se coaduna com a noção do agente perigoso, o inimigo da Teoria Penal Excepcional de Jakobs, fornecendo um enquadramento jurídico-pragmático que devem revestir-se nas políticas criminais, relegando fatores antropológicos ou psicológicos, conquanto tem-se que a aferição do criminoso contumaz é estritamente objetiva, inferindo-se do perigo concreto de gravíssimos danos sociais à norma penal.

2.4 DO DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

Paralelamente ao aspecto material proposto por Jakobs em sua Teoria Penal de Exceção, convém destacar, como faz o próprio Autor, que há uma estrutura legal processual de combate que viabiliza a política criminal vinculada à dogmática penal do inimigo, articulando, desta feita, a relativização das garantias materiais e processuais na persecução criminal como, por exemplo, das organizações criminosas envolvendo crimes econômicos ou o narcotráfico, ou ainda, grupos terroristas transnacionais, os quais os meios de investigação tradicionais, obtenção de provas, a punição, dentre outros, são de difíceis acessos ou mesmo impossíveis quando do uso das regras clássicas de Direito Processual Penal e, portanto, para se instrumentalizar a eficiência policial e jurídica diante desses agentes perigosíssimos e antever-se aos gravíssimos danos que podem advir de seus crimes, presume-se o mal com anterioridade, antecedendo a culpabilidade e, por isso, buscando eficiência nos programas de enfrentamento a complexa criminalidade, sendo esse arsenal normativo denominado por Günther Jakobs como Processo Penal do Inimigo.

Esclarece Silva Sánchez sobre a real e urgente necessidade de a sociedade adotar a relativização de direitos e garantias fundamentais de forma excepcional:

Nesses âmbitos, em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente à da relativização das garantias substantivas e processuais. Porém, em todo caso convém ressaltar que o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação (SÁNCHEZ, 2013, p.196).

Examinando os instrumentos processuais que viabilizam a materialidade do Direito Penal do Inimigo nas tratativas de política criminal, tanto na fase de inquérito policial, quanto na fase de instrução e execução penal, buscando eficiência das medidas de segurança, meios de obtenção de provas, infiltração de agentes e outros mecanismos processuais que relativizam normais penais e constitucionais no enfrentamento daqueles ora denominados de inimigos.

Sobre o Processo Penal do Inimigo, Günther Jakobs comunica que:

Como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas. Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, a 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 (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 38).

Essas normas instrumentais processuais viabilizam tanto as normas materiais quanto os procedimentos administrativos penais, mostrando-se suplementares ao Direito Penal do Inimigo em seu aspecto substantivo, como, por exemplo, a extração de sangue de forma compulsória do agente, as investigações secretas, as interceptações telefônicas, as transferências prisionais sem comunicação ao defensor, sanções administrativas na fase de execução, dentre outras, as quais distanciam-se enormemente do modelo clássico de Direito Penal, e, portanto, flexibilizado os direitos e garantias processuais fundamentais.

2.5 FILOSOFIA, LEGITIMIDADE E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Para trazer um acabamento ao estudo da Teoria de Günther Jakobs em análise, faz-se imprescindível observar os fundamentos filosóficos e sociológicos, a legitimidade e, finalmente, o comportamento do Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito.

Günther Jakobs ao examinar o liame de transição da condição de cidadão para o de inimigo em sua Teoria, segue orientação dos postulados de Thomas Hobbes e Immanuel Kant e, portanto, não o faz nos moldes assinalados por Rousseau e Fichte, já que para estes a transcendência jurídica penal ocorreria imediatamente ao crime cometido, num absurdo e radical fatalismo legal, afirmando que:

Não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso.

[...] Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do Cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do Inimigo contra quem se desvia por princípio (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 25-28).

Decerto, numa primeira tratativa, Günther Jakobs usa o argumento de Hobbes para justificar filosoficamente a cisão entre cidadão e inimigo em sua Teoria Penal Excepcional:

De maneira plenamente coerente com isso, Hobbes, em princípio, mantém o delinquente em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 26).

Esticando o dito, Jakobs propõe a cidadania como uma condição jurídica da pessoa que através de expressa comunicação normativa harmoniza seu comportamento com as expectativas jurídico-sociais, participando do contrato social e obtendo os beneméritos advindos da sua personalização diante do Estado, mas que só se mantém em concreto pela realização da norma jurídica e, este preceito fundamental não se perde com um simples delito, conquanto ainda seja cidadão, necessitando apenas sua reabilitação social mediante a pena.

No entanto, a relação com o inimigo é de outra espécie, fixando-se que aquele que renuncia ao contrato social e jurídico através de intermináveis crimes, atenta constantemente contra as instituições estatais, com o fito claro de destruição deste Estado e sem ofertar nenhuma garantia de se readequar a ordem social, demonstrando que sua máxima criminal deve prevalecer, promove inexoravelmente sua autoexclusão e, portanto, retorna ao estado de natureza, ambiente no qual prevalece às regras do mais forte, com teor nitidamente beligerante, num verdadeiro estado de guerra. Nestes casos limítrofes não haveria razão pela qual o Estado deveria agir de outra maneira senão visualizar o malfeitor como um mero objeto destituído de qualquer personalidade e combatê-lo como inimigo.

Numa segunda argumentação filosófica, Günther Jakobs se alinha a Kant para embasar sua Teoria de Exceção e configurar o inimigo, mencionando o seguinte trecho:

Quem não participa na vida em um estado comunitário-legal, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado como um inimigo.

Na posição de Kant não se trata como pessoa quem “me ameaça ...constantemente”, quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 27-28).

Com este artefato argumentativo, Günther Jakobs categoriza além do comportamento de alta traição proposto por Hobbes, como também o liame de inserção ou não do facínora na ordem jurídica ou, em outros termos, se o meliante não se subordina aos mandamentos sociais por princípio, ou é um fora da lei que ameaça constantemente a justiça social de enormes danos através de sucessivos e intermináveis crimes, então não poderá ser tratado pelo Estado como cidadão, mas sim como inimigo.

Neste balanceamento entre o indivíduo estar dentro ou fora da comunidade jurídica, Niklas Luhmann fornece um pensamento sociológico alinhamento aos de Hobbes e Kant, sopesando sobremaneira a construção da Teoria de Jakobs:

Na verdade existe um âmbito da pura divergência, que se vê como imune e isenta de normas, orientando suas expectativas pela ordem normativa dominante apenas

cognitivamente, só para melhor poder transgredi-la. Mas, frente à necessidade de comunicação, também o transgressor tem que explicar-se plausivamente, desenvolvendo valores próprios ou até mesmo normas próprias, pois de outra forma ele não pode se expressar, não pode ter nenhum futuro no sistema (LUHMANN, 1983, p. 133).

Após esse panorama jusfilosófico-sociológico, declara Günther Jakobs sintetizando que:

O Direito Penal do Cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar a guerra.

[...] O Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 28-29).

Pelo exposto, a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs é de base nitidamente sociológica e defendido em um Estado de Liberdades que apenas é concreto se há vigência real nesse Estado de Direito, derivando-se, disto, que a questão da legitimidade não faz parte do cerne das postulações no que tange a Teoria de Exceção, afastando argumentos valorativos com excessivo garantismo penal.

Com certo ceticismo, afirma Jakobs:

O Estado não tem porque colocar em jogo, de forma negligente, a sua configuração. Quando se fala em Direito Penal do Inimigo, isto não significa “Lei do menor esforço”, “penas por meros indícios ou suspeitas” ou, inclusive, “esquartejamento público para intimidação”, ou coisas similares (ainda que isso, obviamente, não resolva o problema de como fazer a delimitação). A inferência de uma resposta à questão da legitimidade do conceito abstrato de Estado de Direito carece de valor.

[...] Paralelamente ao que se expôs em relação ao conceito de pessoa, e também ao da vigência do Direito, tampouco um Estado de Direito é real por ser pensado, postulado (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 63-64).

No que tange aos direitos humanos, Günther Jakobs assinala a interrelação entre Estado Democrático de Direito e os direitos humanos e a proteção de ambos os institutos frente aos inimigos, com ligeira diferença ao abordado anteriormente, quando a configuração de inimigo se daria antes da positivação em direitos fundamentais, ou melhor, mesmo não havendo um contrato social fixando normas de direitos humanos, mas apenas postulados, a defesa se faria apenas sobre o conjunto de fatores que comungam para a positivação jurídica nos Estados e, como não haveria ainda pessoa nesse sentido, o sujeito seria tratado imediatamente como inimigo.

Confirmando a defesa dos direitos humanos em sua Teoria, Günther Jakobs chancela que:

Não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial (comunitário-legal), deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso, deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito Penal do Inimigo.

[...] Em todo caso, não existe uma personalidade assegurada. Por isso, frente aos autores de vulnerações dos direitos humanos, os quais, por sua parte, tampouco oferecem uma segurança suficiente de ser pessoas, de per si permite-se tudo o que seja necessário para assegurar o âmbito comunitário-legal, e isto é de fato o que sucede, conduzindo primeiro uma guerra, não enviando como primeiro passo a polícia para executar uma ordem de detenção (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 45-46).

Feito este delineamento teórico sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, será levantada nos próximos capítulos a identificação criminal pelo perfil genético constante nos Art. 5º, Parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009 e Art. 9-A, da Lei nº 7.210/84 incluído pela Lei nº 12.654/2012, e alterada pela Lei nº 13.964/2019; o Regime Disciplinar Diferenciado presente no Art. 52 da Lei nº 7210/1984, Lei de Execução Penal; e a Lei sobre Organizações Criminosas, Lei nº 12850/2013 sobre Organização Criminosa, analisando-se genericamente o processo de formação dessas normas, ou seja, a expansão penal em termos de simbolismo penal e punitivismo hodierno, visualizando as bases sociológicas, políticas jurídicas que culminaram na produção legislativa dessas normas, constituindo uma formação típica da proposta da Teoria de Exceção de Jakobs. Nisto, depurando a análise, também será arrolada uma exploração detalhada e específica desse conjunto normativo, comparando essas normas jurídicas com a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, verificando a compatibilidade das naturezas jurídicas da Teoria e das respectivas normas ou, ainda, se há correlacionamento normativo entre a Teoria em estudo e normas supraditas, constituindo o objeto precípuo deste trabalho.

3. DO EXPANSIONISMO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: SIMBOLISMO E PUNITIVISMO COMO ORIGENS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

Adentrando no objeto em análise e levando em consideração o panorama internacional e nacional das políticas criminais, observa-se um recrudescimento dos principais institutos e teorias que visam implementar uma modernização no Direito Penal nesses tempos hodiernos, trazendo à sociedade de risco uma inovação e incremento substancial de normas punitivas, tanto em novas leis penais aprovadas no calor das emoções das massas populares e forte apelação dos meios de comunicação diante de crimes de grande repercussão, assim como em leis já existentes quando do superdimensionamento do preceito secundário de tais leis, isto é, um aumento na punição de maneira desproporcional, evidenciando um Direito Penal simbólico para fins meramente políticos, atropelando consideravelmente princípios básicos de política criminal. Nisto, surge desta junção do simbolismo penal aliado ao punitivismo emergente, como informa Manuel Cancio Meliá, o Direito Penal do Inimigo, que será o vetor de análise em seus aspectos gerais no que se refere aos Art. 5º, Parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009, Lei de Identificação Criminal, combinado com o Art. 9º-A, da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal; Art. 52, da Lei nº 7.210/1984, que fixa o Regime Disciplinar Diferenciado; e, por último, a Lei nº 12.850/2013, Lei sobre Organização Criminosa, propugnando-se que em seus contextos históricos, políticos e jurídicos fazem-se perceber que estas linhagens normativas estão inseridas num simbolismo e punitivismo típicos do Direito Penal do Inimigo proposto Günther Jakobos.

Desde meados das décadas de 60 e 70 vem-se formulando novas teorias de abordagem do fenômeno criminal, traçando-se modelos que visam adequar à nova realidade de alta produção industrial, ao avanço de novas tecnologias, como a *internet*, por exemplo; a ascensão de enormes conglomerados empresariais; o elevado consumo de drogas; o fluxo financeiro de pessoas e empresas nos Estados e fora dele; o crescimento populacional, trazem, consigo, novos e complexos delitos, tanto causados por indivíduos como aqueles perpetrados por grupos nacionais e internacionais que são assim as denominadas organizações criminosas e os grupos terrorista. Nisto, aliada a exasperação da insegurança de crimes veiculados nos meios midiáticos e sua dramaticidade habitual em torno de determinados crimes, contando-se, ainda, as altas taxas de criminalidade, há aquilo que Luhmann exterioriza como sendo a sociedade de risco, na qual o indivíduo vive em meio a sensação constante de insegurança e forte necessidade de proteger seus bens, compelindo-os a um alinhamento discursivo de demanda cada vez maior de

leis penais, propiciando um robusto instrumento de ação política instrumentalizada em legisladores com pouco interesse de resolver os reais problemas sociais. É neste cenário que surgem as novas teorias criminais, dentre estas a de Günther Jakobs, sendo, mais precisamente e objeto desta análise, o Direito Penal do Inimigo.

Diante disto, das observações de Jesús-María Silva Sánchez e Manuel Cancio Meliá, destoando do modelo clássico de Direito Penal, infere-se que aqueles aspectos presentes na sociedade de risco, o Direito Penal simbólico combinado com o punitivismo, alinhados com uma frequente produção acrítica de leis penais para proteção de novos bens jurídicos, estão culminando em tutela em estágio prévio e penas desproporcionalmente altas para crimes de perigo abstrato ou elevação substancial das penas para crime já existentes. Assinalam, portanto, que a acrítica produção legislativa atual em diversos países ocidentais com os moldes do simbolismo penal alinhado com o punitivismo são as origens do Direito Penal do Inimigo, traços esses que serão analisados e verificados nas incidências no objeto deste trabalho.

Assim, declara Manuel Cancio Meliá acerca do fenômeno expansivo e sua conexão com o Direito Penal do Inimigo

O Direito penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também (ou, sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como o outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como outros, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do outro. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, **o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. A Seguir, pode ser examinado o que surge de sua união: o Direito Penal do Inimigo** (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 88, grifo nosso).

Assim, parcela deste expansionismo penal se espraia sobre os novos delitos, para os quais vem sendo projetados, pelo menos nos crimes mais graves, a concatenação do simbolismo penal com o punitivismo, mirando o outro enquanto inimigo a ser combatido com leis duras e cada vez mais distantes de princípios humanísticos e, como supracitado, é denominado de Direito Penal do Inimigo, uma exceção ao Direito Penal do Cidadão.

Para o simbolismo penal, há de se pensar equivocadamente num Legislador honesto e consciente dos dramas sociais, quando, em verdade, é calculista e mercantilista, usando o móvel das comunicações que exploram aqueles dramas, notadamente aqueles de enorme violência e perseguição policial, num instrumento para afirmação do Direito Penal com fins eleitorais,

conquanto satisfazem as demandas sociais por criminalização de condutas de forma rápida e econômica, afastando-se dos reais problemas sociais, obtendo, com isso, ganhos eleitorais a baixo custo e dispersando a falsa ideia de segurança.

Como salienta Adalberto Narciso Hommerding sobre o uso do Direito Penal simbólico:

O Direito Penal, dessa forma, é “pervertido” em uma *soft law*. Como atende aos fundamentos do risco, está próximo à irracionalidade, consistindo, na leitura de Pérez Cepeda, em um “Direito Penal simbólico-enganoso”, que busca obter uma boa imagem na sociedade, acionando demandas iracionais de segurança, bem como intentando angariar votos, até porque resulta mais barato na hora de articular soluções, já que os programas sociais tendem a ser mais onerosos.¹²² É o campo do “eficientismo penal”, no qual se pretende, por meio de reformas legislativas incriminadoras, obter ganhos políticos imediatos de ordem integradora da confiança social. Todavia, as instâncias de poder isentam-se de suas responsabilidades no que diz com problemas sociais importantes, que ficam sem solução, até porque reclamam demasiados esforços políticos e gastos. Enfim, como salienta Maqueda Abreu, “legislar é barato”.¹²³ (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 64)¹

No punitivismo, um dos fatores desse Direito Penal do Inimigo, deve-se atentar em seu sentido *latu sensu*, visto que não é apenas um aumento substancial da pena, mas um incremento também nas leis processuais e nas leis de execução, como, por exemplo, o processamento mais rápido para espécimes de crimes graves, regimes mais severos de cumprimento de pena, incomunicabilidade do detento, restrição aos benefícios penais, dentre outros, dificultando a ressocialização do preso e violando princípios básicos de política criminal.

Para Manuel Cancio Meliá, destoando sobre o punitivismo na expansão penal, diz:

Neste sentido, percebe-se a existência, no debate político, de um verdadeiro *clima punitivista*: o recurso a um incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal; um ambiente político-criminal que, desde logo, não carece de antecedentes.

[...] Parece evidente, no que se refere à realidade do Direito Positivo, que a tendência atual do legislador é a de reagir com “firmeza” dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da “luta” contra a criminalidade, isto é, com um incremento das penas previstas (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 82-86, grifo do autor).

Nesta resultante, indubitável a manifestação expansiva penal em termos de simbolismo penal e punitivismo, espraiando em setores sensíveis, tanto para cidadão, como para empresas, organizações e, inclusive, para o próprio Estado, marcando em situações específicas e delicadas

¹ Os índices 122 e 123 citados no referido parágrafo e devida obra são indicativos dos seguintes autores, respectivamente: (CEPEDA, 2007) e (ABREU, 2004).

de criminalidade perante a insuficiência do Direito Penal clássico, adentrando, destarte, o Direito Penal do Inimigo.

No cenário internacional, esse fenômeno de expansão penal ganha impulso a partir dos ataques terroristas aos Estados Unidos da América em 11 de setembro de 2001 e, em escala menor, em outros países como os atentados em Londres, Inglaterra, em 07 de julho de 2005; ataque terrorista em Paris, França, em 13 de novembro de 2015, aprovando-se, a partir de então, uma série de leis de combate nestes países, como, por exemplo, as leis do *Patriot Act* aprovadas em 2001 pelo Congresso Americano, restringindo direitos fundamentais dos cidadãos americanos e suprimindo todo e quaisquer direitos aos agentes considerados suspeitos ou terroristas, os inimigos aos olhos do Estado Americano, com um regime legal considerado o mais próximo de um Direito Penal do Inimigo puro.

Caso emblemático diz respeito a prisão de Guantánamo, em Cuba, criada em 2002 pelos Estados Unidos da América para custodiar presos suspeitos de terrorismo, não só aqueles suspeitos domésticos como de diversos outros países como Afeganistão, Iraque, países ocupados pelos americanos. Nesta prisão, os presos, sem qualquer julgamento ou condenação prévio, eram submetidos as mais severas condições de tratamento humano, com tortura, interrogatórios sucessivos, espancamentos, afogamentos e outras degradantes formas de tortura, tudo em nome do “combate ao terrorismo”, numa ausência total de direitos, mostrando evidente perfil de Direito Penal do Inimigo nas novas legislações americanas voltadas exclusivamente para este público por eles intitulados de “terroristas”.

Opera, nesta decadência do Direito, o testemunho do mauritaniano Mohamedou Slahi, 42 anos, suspeito considerado terrorista na prisão de Guantánamo:

Um deles me bateu na cara. Vendaram meus olhos. Amarraram meus pulsos e tornozelos com correntes. Comecei a sangrar. Eu achei que eles fossem me matar. Fui proibido de ver a luz do dia. Pelos 70 dias seguintes, eu não saberia o que era dormir. Interrogatórios três vezes, às vezes quatro vezes por dia. Subitamente um grupo de três soldados entrou. Me socou violentamente, o que me fez cair de cara no chão, e o segundo cara continuou a me socar em todo o corpo, principalmente no rosto e nas costelas. Todos estavam mascarados. Ele trouxe água gelada e encharcou todo o meu corpo. Minhas roupas grudaram em mim. Era horrível, eu tremia como um paciente de Parkinson. Eu não conseguia mais falar (SOFIO, 2015).

É plausível em se afirmar pelo exposto que a aceleração do expansionismo penal a partir dos ataques de 11 de setembro aos Estados Unidos da América e seu revide com promulgação de leis que flexibilizam direitos e garantias para o típico cidadão americano e outras extremamente rígidas para aqueles considerados “suspeitos”, seja no âmbito doméstico ou de países estrangeiros ocupados,

representam uma manifesta legislação de Direito Penal do Inimigo. Inúmeros outros países aprovaram leis com teor de Direito Penal do Inimigo, inclusive na América Latina e Brasil, como a Lei nº 13.260/2016, Lei Antiterrorismo.

No Brasil, dentro deste contexto mundial de expansão penal, há uma produção normativa fragmentada e espalhada na legislação, dentro do Código de Direito Penal Clássico e de outros códigos com características do simbolismo penal e do punitivismo, notadamente sobressaindo as leis de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/1990; Lei nº 13.260/2016, Lei Antiterrorismo; as leis supracitadas e que são objeto desta análise; e, mais recentemente, a Lei nº 13.964/2019, Lei do Pacote Anticrime, cunhada no âmbito da operação Lava Jato, cuja espetacularização promovida pela mídia criaram a atmosfera para aprovação desta lei com teor mais punitivista, alterando várias outras leis e que denotam um latente Direito Penal do Inimigo.

Por este caminho, portanto, esclarecer-se-á em linhas gerais a correlação de natureza jurídica que há entre o Art. 5º, Parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009, Lei de Identificação Criminal, combinado com o Art. 9º-A, da Lei nº 7.210/1984, da Lei de Execução Penal; Art. 52, da Lei nº 7.210/1984; e Lei nº 12.850/2013, Lei sobre Organização Criminosa, através do simbolismo penal e do punitivismo, com a Teoria do Direito Penal do Inimigo ou, dito de outro modo, se aquelas leis são produzidas num contexto de expansão penal, apresentando os traços do simbolismo penal e do punitivismo e com isso, corroborando num primeiro momento a moldação à Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

3.1 DO SIMBOLISMO PENAL E PUNITIVISMO NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL PELO PERFIL GENÉTICO: CARACTERÍSTICAS GERAIS

Um dos valores fundamentais para o ser humano é sua personalidade, consubstanciada em seu estado psicológico, biológico, físico, estético, princípios morais, valores sociais, sua honradez perante seus pares e dentre outros atributos subjetivos e objetivos que o individualiza e identifica no meio social, expressados por meio do nome, idade, sexo, altura, cor, estado civil, local de nascimento, profissão, dentre outros. Para isso, o homem concebido em si mesmo perante os demais membros da sociedade e do Estado há de ser sua individualidade reconhecida e respeitada por esse mesmo Estado através de sua identificação, mormente a identidade civil.

Nestes termos, Genival Veloso de França conceitua a identidade como o “conjunto de caracteres que individualiza uma pessoa ou uma coisa, fazendo-a distinta das demais. É um

elenco de atributos que torna alguém ou alguma coisa igual apenas a si próprio” (FRANÇA, 2014, p. 48).

Além desta, há outra identificação, quando o indivíduo está sob persecução criminal, seja na condição de investigado ou quando diante de uma sentença condenatória criminal, podendo, desta forma, ser submetido a identificação criminal conforme o Art. 5º da Lei nº 12.037/2009. E, ainda, ser identificado geneticamente, por requisição de autoridade competente ou compulsoriamente, consoante e respectivamente os Art. 5º, Parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009, Lei de Identificação Criminal; e Art. 9-A, da Lei nº 7210/84, Lei de Execução Penal, ambos acrescidos pela Lei nº 12.654/2012, objeto de análise deste título e que serão avaliados em suas características gerais, simbolismo penal e punitivismo, visualizando as bases sociais, políticas e criminais que se configuraram num estágio preparatório para produção dessas normas que como se evidenciará, possui teor da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Para visualização do objeto em estudo, faz-se necessário a transcrição do Art. 5º, Parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009 e Art. 9-A, da Lei nº 7.210/84 incluído pela Lei nº 12.654/2012, e alterada pela Lei nº 13.964/2019, *in verbis*:

Art. 5º, Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, **a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.** (Brasil, 2009, grifo nosso)

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, **será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.** (BRASIL, 1984, grifo nosso)

Nesse sentido, devido a brevidade deste trabalho, serão desconsiderados dados históricos e análise das identidades datiloscópica e o fotográfica, concentrando-se apenas na identidade criminal de perfil genético indicado neste Parágrafo único do Art. 5º, da Lei nº 12.037/2009 e Art. 9-A, da Lei nº 7210/84, cuja obtenção dá-se pela extração do DNA, ácido desoxirribonucleico, do investigado ou condenado por sentença transitado em julgado, individualizando-o para fins processuais e penais.

Esclarece Renato Brasileiro acerca da identidade Criminal de perfil genético:

A identificação criminal não se confunde com a qualificação do investigado. **A identificação criminal tem por finalidade tornar a pessoa humana exclusiva, e diz respeito à identificação datiloscópica, fotográfica e genética, sendo possível apenas nos casos previstos em lei quando o indivíduo se identificar civilmente**

(CF, art. 5º, LVIII). A Identificação criminal também não se confunde com o reconhecimento de pessoas. Naquela, notadamente nas hipóteses de identificação datiloscópica e do perfil genético, há o emprego de técnica científica de elevada complexidade, sendo que o ato de identificação pressupõe conhecimentos técnicos por parte do identificador. Tendo por objeto uma variedade de características físicas e biológicas, a identificação prioriza o estabelecimento de critérios científicos que permitem excluir um indivíduo do universo de pessoas, de modo objetivo e seguro (LIMA, 2016, p. 117, grifo nosso).

Dados estes esclarecimentos, a identificação criminal pelo perfil genético somado ao Art. 5º-A da mesma lei, ambos combinados com o Art. 9º-A da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, condicionam a extração do material do DNA ao armazenamento em banco de dados genético e que, em seu conjunto, trazem contrariedade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal como o do Art. 5º, LXIII, dando-se a impressão desses dispositivos normativos fornecerem teor típico de Direito Penal do Inimigo, para tanto, averígua-se o momento produtivo da Lei nº 12.654/2012 originária daqueles institutos processuais.

A Lei nº 12.654/2012 foi produzida numa atmosfera social, política e criminal controvertida, com crimes de repercussão nacional, espetacularizados por grandes meios de comunicação de massa que exploraram incansável e incessantemente e com forte apelo emocional por punição, sempre afirmando que o problema estaria na lei por não punir adequadamente, que seria branda para tais criminosos, conclamando o Congresso para aprovação de novas leis.

Nesse período, dois casos emblemáticos chamaram a atenção, o processo criminal do homicídio da advogada Mércia Nakashima, tendo como réu o ex-policial e advogado Mizael Bispo de Souza, ocorrido 2010 e finalizado em 2013; e o caso do homicídio e estupro da estudante universitária Bianca Consoli, cujo réu foi Sandro Dotta, motoboy e cunhado da vítima, finalizado em 2013. Detalhe, não havia no crime de homicídio a qualificadora de feminicídio.

Sobre o caso do homicídio de Mércia Nakashima e réu Mizael Bispo, este fora julgado pelo Júri Popular no Fórum de Guarulhos de São Paulo, sendo o primeiro julgamento no Tribunal do Júri transmitido ao vivo para todo o País, quando houvera intensa divulgação televisiva e pela internet. Decorreu exploração do caso desde o inquérito policial, com filmagem do interrogatório e posterior entrevista do delegado Antonio Assunção de Olim e dos advogados de defesa, filmagem da cena do crime e reconstituição, do julgamento no Tribunal do Júri pela emissora Band TV em tempo real, com chamadas do telejornal e comentários de

seu apresentador, tendo-se, ainda, ampla a exibição do caso pelas demais emissoras como a Rede Globo em seu Jornal Nacional, numa verdadeira espécie de jornalismo de terror, trazendo a sensação de insegurança e inflando as massas populares a exigirem leis mais punitivas.

No segundo caso, morte e estupro de Bianca Consoli, cujo réu foi Sandro Dota, o espetáculo promovido pelas emissoras fora semelhante ao primeiro caso, diferenciando-se que havia a suspeita de estupro da vítima durante o inquérito policial e recusa do suspeito em fornecer material genético para investigação e exclusão dessa suspeita. Sendo ainda, para este fato, o investigado afirmando inocência em entrevistas nessas emissoras, mas negado peremptoriamente o fornecimento de material genético para perícia.

Ambos os casos terminaram com as condenações dos réus Mizael Bispo e Sandro Dota. Esses crimes causaram grande perplexidade e sentimento de revolta na população, exigindo-se, por intermédio desses apresentadores de jornais policiais e que associam esses tipos de crimes aos altos índices de criminalidade no País, leis mais duras a serem aprovadas pelo Congresso Nacional, só assim apaziguaria os corações da população, distraindo esta de suas reais necessidades.

Noutro giro, quando sopesados os altos índices de criminalidade que batia a uma “taxa de 27,45 homicídios/100 mil habitantes em 2011 no Brasil” (IPEA, 2020, p. 18), uma das maiores do mundo, ocupando o “16º lugar no Ranking mundial em taxas de homicídio” (SOUZA, 2014); de “26,3 estupros/100 mil habitantes em 2012” (BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013, p. 21) e a exploração midiática de casos específicos de homicídios como os supracitados, o ambiente político estava propício para a aprovação do Projeto de Lei nº 93/2011 no Senado sobre identificação pelo perfil genético e de Autoria do Senador Ciro Nogueira, que na Câmara Federal fora tratada no Projeto de Lei nº 2.458/2011, então, convertido na Lei nº 12.654/2012.

O Deputado Federal Vicente Cândido (PT-SP), relator do Projeto de Lei nº 2.458/2011, emitiu parecer favorável para aprovação, utilizando-se para este, argumentos do Juiz Federal Carlos Henrique Borlido Haddad, doutor em ciência penal, que se expõe:

A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado. **A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais**

lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. (NOGUEIRA; CÂNDIDO, 2011, grifos nossos)²

No mesmo sentido e comentando a Projeto de Lei nº 2.458/2011 já aprovado, o Deputado Federal João Campos (PSDB-GO) elucida os detalhes da identificação pelo perfil genético, afirmando que:

Nesse espectro, os crimes sem solução criam uma sensação de impunidade na sociedade, que clama por justiça e dá seu grito de medo. Por sua vez, criminosos impunes se encorajam para novas investidas, ceifando vidas, dilapidando patrimônios, numa clara afronta ao Estado e seus órgãos de segurança pública. A sociedade quer mais e seus reclames são justos, pois não almeja nada mais do que ver criminosos pagando pelos seus crimes. É preciso entender as razões da sua inquietude diante das preocupações de vivenciar diariamente cenas de crimes cada vez mais repugnantes e reprováveis.

Como relator do projeto na Câmara Federal, vi tornar realidade agora um dos mais importantes projetos para a área da segurança pública brasileira, o Banco Nacional de Perfis Genéticos. É, sem dúvida, um dos maiores avanços da investigação criminal no Brasil, pois permitirá a coleta e armazenagem de material biológico de condenados para os casos de futuras investigações de criminosos reincidientes (CAMPOS, 2013, grifos nossos).

Notadamente exposto, a extração do DNA dos investigados ou criminosos condenados e sua guarda em bancos genéticos demonstra uma via processual de antecipação de tutela para eventuais medidas de segurança diante de bens jurídicos sensíveis, ou como anota Günther Jakobs, bens jurídicos especialmente vulneráveis, concatenando, para isso, uma constante vigilância sobre o criminoso diante de sua periculosidade e reincidência delitiva, como anota o Deputado João Campos. Há de se perceber, também, o claro conteúdo simbólico penal deste projeto e reivindicação punitiva da sociedade.

Quanto a matéria punitivista da Lei nº 12.654/2012, esta remete ao Art. 9-A da Lei de Execução Penal, conquanto a extração compulsiva de DNA já é direcionada para criminosos cometidos com alta punição ou aqueles condenados imediatamente com as agravantes dos crimes hediondos, que com a nova redação do Art. 9-A, ficou restrito a apenas aos crimes de natureza grave e sexual.

² Citação no referido Projeto constante na Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, - v. 10 n. 39 – 2007, p. 216 (HADDAD, 2007, p. 37). Disponível em: [Revista39.pdf\(tjrj.jus.br\)](http://Revista39.pdf(tjrj.jus.br))

Veja-se, portanto, que diante das elucidações, a ambiência social, política e criminal do período de aprovação do referido projeto fora algo típico de movimento de expansão penal, cuja resultante jurídica foi esta norma de nítido teor simbolista penal e punitivista. Corrobora essa apreensão, segundo Cássio Bruno, os indicativos de baixa taxa de solução de homicídios no Brasil que é de 8%, segundo dados do Ministério de Justiça, semelhante ao da taxa da época do período de aprovação do projeto, e que para Julio Jacobo Waiselfisz, coordenador da pesquisa Mapa da Violência 2011, o real problema na solução de homicídios é a falta de estrutura e investimento na segurança pública (BRUNO, 2011).

Nestes fatores, é fidedigna a Lei de Identificação Criminal com aspectos gerais do Direito Penal do Inimigo, sendo certo que fora produzida num contexto de expansão penal e possui conteúdo normativo típicos do simbolismo penal e do punitivismo.

3.2 DO SIMBOLISMO PENAL E PUNITIVISMO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: CARACTERÍSTICAS GERAIS

A principal forma da sociedade reagir frente ao crime dá-se pela prisão, significando que a segregação celular do indivíduo que comete um delito de certa gravidade, passando-se, previamente, por um processo judicial até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, culmina, finalmente, na execução penal ou aplicação da pena, cerceando-se a liberdade do indivíduo em centros prisionais. Ocorre que, quando se há determinados indivíduos criminosos que demonstram potencialidade de cometerem outros delitos e desestabilizar o próprio sistema carcerário, entra-se uma nova espécie de prisão mais rigorosa, numa escala de aprisionamento máximo, isto é, uma prisão dentro de outra prisão, assim denominado de Regime Disciplinar Diferenciado.

Dentro desse contexto de política criminal e prisional, observa-se que a expansão penal no Brasil pontificado na Lei nº 10.792/2003 que inseriu o Art. 52 na Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, objeto de estudo deste tópico, modificado pelo Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/2019, é também resultante de um simbolismo penal e punitivismo estatal, concatenado em claros elementos de Direito Penal do Inimigo, seja em termos gerais ou no seu núcleo, o inimigo, que com seus traços sociológicos, políticos e criminais, fornecerá os itens gerais de comparação com a Teoria de Günther Jakobs e esta norma de repressão delitiva e prisional.

Esta nova modalidade de prisão ou sanção administrativa prisional, a depender do ponto de vista doutrinário, é regulamentada pela Lei nº 10.792/2003, cujo objetivo é conter aqueles criminosos de alta periculosidade que, ao cometarem novos crimes graves, podem insuflar outros presos a se insurgirem contra o sistema prisional, logo, denotando poder de comando dentro e fora dos presídios sobre outros delinquentes, sendo capazes de organizar e promover com seus subordinados desordens, mortes de outros detentos, de civis extra prisão, guerra entre facções e inclusive, tomada das estruturas internas dessas unidades prisionais; ou, ainda, possíveis atentados orquestrados além dos muros prisionais, nos centros urbanos, em que mesmo com suas liberdades cerceadas no sistema prisional, organizam crimes em escalas que ultrapassam enormemente os delitos de natureza simples. Visa-se, portanto, por intermédio desta Lei nº 10.792/2003, resguardar a ordem e disciplina administrativa prisional de possíveis rebeliões ou motins, tanto em relação aos líderes de grupos criminosos quanto aos seus principais aliados, assim como proteger a sociedade das investidas criminosas perpetradas por esses indivíduos.

Esclarecem Salo de Carvalho e Christiane Freire acerca do Regime Disciplinar Diferenciado que:

O isolamento celular de até 360 dias , sob a aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, inaugura uma nova modalidade de cumprimento da pena – com ênfase na inabilitação e na exclusão – que não apenas redefine o significado do controle disciplinar no interior da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais. A ressignificação normativa da disciplina consiste na possibilidade de impor o regime diferenciado a determinados presos não apenas pela prática de falta grave, mas, sobretudo, pelo juízo acerca de sua conduta pessoal no cárcere ou fora dele (CARVALHO; FREIRE, 2005, p. 7-8).

Nesta Lei nº 10.792/2003 há também o comando de restrição mais severa da clausura prisional, o Regime Disciplinar Diferenciado, para aqueles criminosos especialmente perigosos, individualmente considerados, provisórios ou condenados, que pairem informações ou suspeitas de participação em grupos criminosos, como as organizações criminosas.

Este nova espécime de prisão ou sanção administrativa tem sua origem em eventos criminais historicamente bem determinados, quando, em primeiro lugar, em 18 de fevereiro de 2001 o Estado de São Paulo é surpreendido com a maior rebelião da História brasileira e liderada pelo grupo criminoso denominado Primeiro Comando da Capital – PCC, motivada pela transferência de cinco líderes da facção do Complexo Prisional do Carandiru, com saldo nefasto

de 28 mil rebelados e revoltas em 29 unidades prisionais, contando-se, ainda, 16 morte entre detentos e policiais.

Diante deste atípico fato prisional, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo – SAP/SP emite uma série de resoluções a partir de maio de 2001 com fins de tornar mais rígida o disciplinamento e ordenação no cumprimento de pena para detentos que apresentassem maior periculosidade e liderança capaz de causar rebeliões. Foram editadas as Resoluções nº 26, que inaugura o Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, e que apresenta como consequência, por exemplo, no seu Art. 4º, o isolamento celular do detento por pelo tempo de 180 dias, podendo ser ampliado para 360 dias; a Resolução nº 49 que restringia a visitação e acesso a defesa via advogado; e a Resolução nº 59 que ampliava o Regime Disciplinar Diferenciado para presos provisórios que fossem acusados de crimes dolosos ou que apresentasse altíssimo risco a ordem e segurança a unidade prisional.

O outro fato prisional que influenciou na aprovação da Lei nº 10.792/2003 e do Regime Disciplinar Diferenciado, Art. 54 da Lei de Execução Penal, fora a rebelião no Estado do Rio de Janeiro, ocorrido em dezembro de 2002 no Presídio de Bangu I, cuja liderança fora de autoria de Fernadinho Beira-Mar, quando face a este fato editou-se em 2003 o Regime Disciplinar Especial de Segurança – RDES pela Secretaria da Administração Penitenciário do Rio de Janeiro, sendo este semelhante aquele aprovado em São Paulo.

Para o então Secretário de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, Astério Pereira dos Santos:

No que pertine ao Regime Disciplinar Especial de Segurança ora implantado, tanto aqui no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, está ele em consonância com o que se acabou de expor, deixando certo que se trata de um imperativo de disciplina, mas muito mais que isto, de uma medida destinada a afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade, do convívio com os demais presos, que eles subjugam e usam como massa de manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome, como se pode ver na semana passada.³

Por meio desse quadro de rebeliões prisionais dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro e a ineficiência nas operações de controle e manutenção da ordem nos presídios por suas respectivas Secretarias de Segurança e Administração Penitenciárias, além da veiculação destes fenômenos criminais em rede nacional com dramatização, entrevista com familiares de presos,

³ Comentário incluído em (CARVALHO; FREIRE, 2005).

explicações de secretários e outras autoridades; operando-se, desta forma, um catálogo de exigências mediante o protagonismo dos meios de comunicação e da população expectante, como demonstrado em reportagem do Programa Fantástico da Rede Globo à época dos fatos. Este catálogo de ação política exigidas dos governadores e de suas Secretarias de política criminal vem com pulso firme traduzido nas sanções disciplinares dos Regimes Disciplinares e que culminaram na aprovação pelo Congresso Nacional da Lei nº 10.792/2003, demonstrando tanto o simbolismo penal adjacente no afã da aprovação das resoluções supracitadas e da lei ora descrita, como um punitivismo estatal exagerado ao enquadrar certos criminosos de altíssima periculosidade no mais rígido sistema de privação de liberdade da legislação pátria.

Salo de Carvalho e Christiane Freire sintetizam o fenômeno prisional das rebeliões experimentado pelos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro naquele período com imediata influência do papel das mídias televisivas e o efeito produzido nas massas populares com o simbolismo penal e o casualismo do punitivismo marcado no Regime Disciplinar Diferenciado:

A partir das iniciativas das administrações penitenciárias dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, densificadas pelo forte apoio da imprensa, o Parlamento foi instigado a universalizar o regime diferenciado através de alteração na Legislação Federal. O projeto de generalizar o novo regime penitenciário atingiu seu ápice quando os veículos do *mass media* passaram a difundir e vincular a imagem do advogado, e subliminarmente a idéia de direitos e garantias, com a do réu/condenado preso – principalmente nos casos de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de armas –, comunicando a falsa associação entre direito de defesa e conivência com o crime. Assim, o elo do advogado com o criminoso passou a reforçar, no senso comum teórico do homem da rua (every day theories), a obrigação de restringir os “exorbitantes” direitos do preso (provisório ou condenado) possibilitados pela “frágil” e “condescendente” legislação penal e processual penal em vigor.

[...]O fértil solo discursivo, propício para irromper a legislação de pânico, estava cultivado: cultura de emergência fundada no aumento da violência e a vinculação da impunidade ao “excesso de direitos e garantias” dos presos (provisórios e condenados). A resposta contingente seria consequência natural. Em 02 de dezembro de 2003 foi publicada a Lei 10.792, alterando a LEP e o Código de Processo Penal (CPP) (CARVALHO; FREIRE, 2005, p. 17-18).

Desta feita, com as categorias gerais expressadas no simbolismo penal e punitivismo supracitado e a Lei Expansionista do Regime Disciplinar Diferenciado, denota-se que o bem jurídico tutelado é um bem transindividual consubstanciado na paz pública, no ordenamento normativo administrativo prisional e a própria ordem jurídica, assegurados através dos institutos de segurança pública e política criminal. Neste instante, observa-se que a norma do Art. 52 é direcionada para aqueles criminosos que apresentam distinta e alta periculosidade,

condenado ou custodiado, ou demonstra perfil de liderança criminosa sobre outros detentos, ou seja, o Regime Disciplinar Diferenciado é norma jurídica que objetiva garantir a higidez do sistema prisional, isolando aqueles indivíduos com a mácula de afronta as instituições estatais, ou que seja um párea do mundo do crime, almejando-se a manutenção de todo o resto do regime de execução penal para outros detentos menos perigosos, e mesmo dentro dos presídios, manter a paz e os programas de ressocialização e, antes de qualquer contaminação malévolas, é uma incidência cirúrgico-normativa no indivíduo com caracteres de inimigo frente aos demais presos comuns, ocorrendo, destarte, como a previsão da Teoria do Direito Penal do Inimigo e do Direito Penal do Cidadão, enquanto aquele tutela e estabiliza o segundo.

Há de se esclarecer que desde as Resoluções das Secretarias de Segurança para política penitenciária de São Paulo e Rio de Janeiro e com a Lei nº 10.792/2003 que inseriu o Art. 52 na Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal e ainda, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 neste referido artigo penal, há uma progressão ascendente na punibilidade do regime em comento, ao passo que as modificações recentes ocorreram na atmosfera da Operação Lava Jato, uma condensação do simbolismo penal e do punitivismo na demanda típica do expansionismo penal, mantendo-se semelhante a redação do *caput* deste artigo, mas ampliando consideravelmente a punição do Regime Disciplinar Diferenciado, como ocorre incidentalmente no inciso I deste mesmo artigo em que o isolamento celular do preso passou de uma sanção máxima de 360 dias para dois anos.

Outrora, no período de regulamentação do Regime Disciplinar Diferenciado pela Lei nº 10.792/2003, este instituto era implementado apenas pelas secretarias estaduais da administração penitenciária, não havia penitenciárias federais, de modo que, com a instalação em 2003 e operacionalização em 2006 dessas unidades federais de aprisionamento, vinculadas ao Departamento Penitenciário Nacional/Depen do Ministério da Justiça, criou-se uma espécie de Regime Disciplinar Diferenciado federal, ou, em outras palavras, criou-se este Regime para toda uma prisão, não estando restrita a setores determinados dentro de uma penitenciária ou numa penitenciária estadual, conquanto pode-se agregar presos de qualquer região do País.

Pelo exposto, o Regime Disciplinar Diferenciado criado pela Lei nº 10.792/2003 e que inseriu o Art. 52 na Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, modificado pela Lei nº 13.964/2019, fora produzido e alterado num ambiente de patente expansionismo penal, com características gerais do simbolismo penal e punitivismo, coadunando neste aspecto com o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

3.3 DO SIMBOLISMO PENAL E PUNITIVISMO NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: CARACTERÍSTICAS GERAIS

No cenário atual de criminalidade de massa, passa-se, também, a uma criminalidade moderna figurada em criminalidade organizada, consubstanciada em formas de crimes mais complexos com envolvendo de criminosos hábeis que direcionam suas sapiências para bens de altíssimos valores, com técnicas de empresabilidade e alta tecnologia, corrompendo agentes estatais, adentrando em grandes contratos com o Estado, fraudes em sistemas financeiros, comercialização de grandes quantidades de drogas, dentre outros, tanto em território nacional quanto em âmbito transnacional, distanciando-se, na maioria das vezes, de eventos violentos que causam mortes, preferindo-se, desse modo, certa discrição. Disto resulta, em seu conjunto, uma nova espécie criminal denominada de Organização Criminosa, objetivando, sobremodo, a aferição de riqueza ilícita.

É fenômeno criminal hodierno denotado pelas organizações criminosas e que promovem danosidade social aquém do indivíduo, transbordando para a sociedade e ameaçando a própria estrutura estatal e, como resposta a essa delinquência associativa, dada a insuficiência das regras de Direito Penal e Processual Penal no controle dessa espécime criminal como anota Günther Jakobs, o Estado e a própria sociedade estende e ultrapassa a fronteira do Direito Penal Clássico para um expansão penal mais adequada no enfrentamento desses círculos criminais, numa promoção que perpassa pelo simbolismo penal e maior dureza na punibilidade, desaguando em estruturas de Direito Penal do Inimigo e que será abordado em linhas gerais neste tópico.

Neste aspecto, Guaracy Mingardi informa e conceitua a organização criminosa como:

Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção do território. (MINGARDI, 1998 apud VIANA, p. 45).

Com este conceito, é possível verificar alguns elementos que caracterizam o conceito legal de organização criminosa presente na Lei nº12.850/2013, tanto expressos, como a

empresalidade, como implícitos, demonstrando a complexidade e extensividade lesiva destes elementos delitivos e normatizado no tipo penal em estudo. Este conceito normativo do §1º, Art. 1º, da Lei de Organização Criminosa quanto combinado com a totalidade normativa desta mesma Lei, apresenta o conceito latente de inimigo apresentado por Günther Jakobs, assim como, os meios processuais e punitivismo típicos de um Direito Penal do Inimigo e que será abordado em momento oportuno.

Para a nítida compreensão do fenômeno em estudo, faz-se urgente a exposição do conceito normativo de Organização Criminosa, cunhado no Art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/2013:

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

Há alguns aspectos neste conceito que demonstram a relevância e danosidade da espécie criminal a qual incide este instituto normativo, conquanto é crime de perigo abstrato ou presumido, formado por um número mínimo de quatro membros que se agrupam de forma empresarial, objetivando crimes ou contravenções de qualquer tipo ou natureza perpetrados contra bens jurídicos importantes, cujas penalidades dessas infrações penais em concreto serem superiores a quatro anos, tratando-se de crimes que exigem inteligência e planejamento na execução, com intuito de aferição de valores consideráveis e, consequentemente, diferenciando-se daqueles crimes simples de criminalidade de massa.

Esta Lei de Organização Criminosa, como as demais já abordadas, foi produzida num momento político criminal de acelerada expansão penal, com cobertura midiática em tempo real dos inúmeros crimes perpetrados sob forma de ataque em massa ao Estado de São Paulo e promovida por uma única e poderosa organização criminosa, o Primeiro Comando da Capital, impulsionando o Congresso Nacional na produção de mais uma lei de nítido teor simbolista penal e exasperação punitiva, numa dinâmica em que há incidência máxima desta Lei sobre membros participantes de organização criminosa cujos delitos subsequentes são violentos, normalmente envoltos de mortes; enquanto outras formas de organizações criminosas, por exemplo, organização criminosa no sistema financeiro, há uma certa complacência na punição dos agentes, principalmente, os chefes de grandes corporações financeiras ou conglomerados empresariais.

Atenta-se para o adendo que a espécie de organização criminosa abordada neste trabalho será do tipo de criminalidade organizada estruturada por poderes criminais privados, dos quais são exemplos o Primeiro Comando da Capital – PCC e o Comando Vermelho – CV, segundo classificação estipulado por Luigi Ferrajoli e mencionado por Luis Flávio Gomes, destacando este que:

Esse primeiro grupo corresponde ao que a PF (consoante entrevista de Oslain Santana, para o Estadão) chama de “grupos agressivos”, visto que “apelam para ações armadas, como ocorre no Rio [CV] e São Paulo [PCC]. Eles são violentos (possuem inclusive Tribunais ‘internos’, que fazem uso largamente da pena de ‘execução sumária’) e contam com substancial poder econômico. Sua infiltração no aparelho estatal não é profunda” (O Estado de S. Paulo de 30.12.2012, p.A3), mas é praticamente impossível que não aconteça (GOMES, 2013, p. 28).

Nessa pegada, haveria outras duas formas de criminalidade organizada, ainda apontada por Ferrajoli, a estruturada por poderes econômicos privados (criminalidade organizada das empresas), como algumas empresas construtoras, por exemplo; e a estruturada por agentes públicos (dos poderes públicos, dos políticos, dos parlamentares e prefeitos, dos juízes, policiais, fiscais, etc..), optando-se, entretanto, pela supracitada para melhor visualização e análise do fenômeno criminal em estudo.

Concomitante a este enquadramento, a construção sociológica e criminal da Lei de Organização Criminosa perpassa por um evento emblemático e de enorme vulto delituoso experimentado pelo Estado de São Paulo em 2006, e toda a exploração midiática e sensacionalismo típico para o fenômeno, culminando na produção legislativa da idiossincrática Lei nº 12.850/2013, presumindo-se para esta um latente estado de perigo de dano social e um punitivismo em estado prévio, institutos normativos típicos de um Direito Penal do Inimigo, conforme apontamentos de Günther Jakobs.

O arcabouço normativo da Lei de Organização Criminosa foi instituído, como já salientado, neste tempo presente de franca expansão penal, tendo-se em destaque no cume da criminalidade organizada o gigantesco ataque promovido pelo Primeiro Comando da Capital – PCC a partir de 12 de maio de 2006 no Estado de São Paulo que, em reação a transferência de 765 presos para a Penitenciária de Presidente Venceslau, prisão de segurança máxima no interior do Estado, executou uma ofensiva criminal de enormes proporções e sob a liderança Marcos Willians Herba Camacho, o Marcola, atacando a sociedade, policiais, bombeiros e agentes penitenciários, causando incêndios em inúmeros ônibus e, diante disso, espalhando o caos e medo na sociedade paulista e nacional, consequentemente, desestabilizando o Estado de

São Paulo momentaneamente. As forças de segurança implementaram uma forte e violenta contraofensiva, circunstância que houvera baixas tanto do lado dos criminosos quanto das forças de segurança pública, além de civis, contabilizando um total de 564 mortes.

Diante desse desastre de política criminal do Estado de São Paulo, houvera intensa cobertura midiática, tomando a pauta de quase todos os telejornais, como o Jornal Hoje e o Jornal Nacional da Rede Globo e suas filiais; Brasil Urgente da Bandeirantes e tantos outros, mostrando a cidade em estado de sítio e difundindo o medo e desordem que passara, naquele momento, o Estado e a Cidade de São Paulo, sempre focados na dramaticidade do crime como se qualquer indivíduo fosse o próximo a ser atingido pelos criminosos, disseminando o sentimento geral de insegurança. Seguiu-se a esse evento a produção de documentários, como o do *Discovery Channel* intitulado São Paulo sob Ataque e PCC-Primeiro Cartel da Capital produzido pelo *UOL*; filmes, reportagens completas em revistas; artigos científicos e livros; e um noticiário constante sobre crimes e punições sobre membros dessa Organização Criminosa.

É neste dantesco cenário midiático-criminal do ataque do Primeiro Comando da Capital ao estado de São Paulo que Mônica Fort e Luís Oliveira salientam o papel da imprensa e da mídia na apreensão do medo e violência sobre a sociedade e autoridades do Estado:

No mesmo dia encontram-se também as manchetes: “Clima de pânico se espalham em São Paulo”(O Globo), “PCC ataca ônibus e fóruns, promove megarebelião e amplia o medo no Estado (Folha de São Paulo), “O Medo”(Folha de São Paulo). Instaura-se a noção de horror, que longe de procurar soluções para o problema, reforça o medo que já se encontra na sociedade.

[...]O jornal reproduz o mesmo clima de guerra civil que os veículos de eletrônicos exibiram desde o começo dos atentados. O juízo de valores da enunciação acentua a revolta da população com respeito aos atentados. Ao apontar todos como vítimas e citar a sociedade brasileira e os poderes da República, transmite a sensação de que os presos estariam excluídos desse grupo. (FORT; OLIVEIRA, 2007, 140)

É perante quadros sociais, políticos e criminais como este que emergem novas leis combativas como a Lei nº 12.850/2013, impulsionadas pelos meios de comunicação em massa e obtendo como resposta mecanismos normativos com nítido teor simbolista penal e punitivista, buscando apaziguar a sociedade e normalizar o funcionamento estatal, esquecendo-se os reais problemas sociais. Há de se afirmar o simbolismo dessa Lei de Organização Criminosa, haja vista que desde os atentados de 2006 e mesmo após a edição Lei nº 12.850/2013, o Primeiro Comando da Capital se tornou a organização criminosa mais poderosa do País e, além disso, uma empresa narcotraficante que já se afirma como o primeiro cartel brasileiro de drogas.

Nesta linha, Cesar Robert Bitencourt afirma ao analisar a produção de leis voltadas para o combate dessas associações criminosas e, por óbvio, das organizações criminosas que:

Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governantes utilizam o Direito Penal como panaceia de todos os males (direito penal simbólico); [...]Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios de políticos serve apenas como “discurso legitimador” do abandono progressivo das garantias fundamentais do direito penal da culpabilidade, com a desproporção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência, do devido processo lega, etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato (BITENCOURT, 2017, p. 449-453).

Denotado o simbolismo penal e o punitivismo ou exasperação da punibilidade desses novos crimes como o da Lei de Organização Criminosa, esta sinaliza os bens jurídicos metaindividuals a serem protegidos como a paz social, o ordenamento jurídico e o próprio Estado, mudando-se, inclusive, a perspectiva de responsabilidade de um tipo subjetivo para um objetivo, concluindo-se, portanto que a supracitada Lei possui, em termos gerais, elementos característicos de um Direito Penal do Inimigo.

4. DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESPECIFICIDADES E CORRELAÇÃO JURÍDICA

Neste último capítulo, após a exploração das bases sociológicas, políticas e criminais que propiciam uma expansão penal e a formatação de normas com teor de Direito Penal do Inimigo emoldadas em termos gerais por um simbolismo penal e punitivismo, expõe-se agora de maneira mais detalhada o conceito nuclear da Teoria de Günther Jakobs, o inimigo, considerando-o de forma unissubjetivo e plurissubjetivo sob a perspectiva do par binomial, ou seja, a falta de garantia cognitiva de um comportamento justificável demonstrado por sua personalidade contrafática ou autocontraditória; e a reiteração delitiva, evidenciado pela quebra das expectativas normativas em termos comunicacionais, configurando-o como o delinquente perigoso, cujos procedimentos processuais e penais ocorrem em estágio prévio como forma de medida de segurança, tendo em vista a importância dos bens jurídicos envolvidos.

Estes elementos caracterizadores do conceito de inimigo da Teoria de Jakobs serão comparados com os institutos normativos delineados nos capítulos precedentes, verificando-se se os caracteres elementares daquele conceito estão presentes nas leis ou se são pressupostos da conduta criminal emanada com fins de atingimento de bens jurídicos específicos e, ainda, outros aspectos importantes que fazem parte do arcabouço daquela Teoria em termos processuais e de execução penal, como a desproporção das penas, antecipação de tutela em forma de medida de segurança e relativização de direitos e garantias constitucionais.

Não obstante, explorar-se-á a jurisprudência dos principais tribunais do País acerca da aplicação ou denegação da Teoria do Direito Penal do Inimigo, fornecendo uma noção da dinâmica do pensamento jurídico nacional sobre a Teoria de Günther Jakobs, seja na condução de decisões mais duras sobre determinados réus que se veem na obrigatoriedade de extração de DNA ou aqueles sujeitos transgressores do sistema prisional e que será compelido ao Regime Disciplinar Diferenciado ou, ainda, aqueles chefes ou membros de organizações criminosas que atentam contra o Estado de Direito, ou outros fatores que imprimem a marca de “inimigo” frente aos quais a Justiça aplica aquelas Leis com viés mais rigoroso que aos demais criminosos e que não carregam o *status* de periculosidade.

4.1 DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL PELO PERFIL GENÉTICO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESPECIFICIDADES E CORRELAÇÃO JURÍDICA

Adentra-se nas especificidades da Lei sobre Identificação Criminal pelo Perfil Genético, transcrevendo-se os principais artigos que trazem a impressão da noção de inimigo, para posterior levantamento normativo do conceito na Teoria de Günther Jakobs, verificando-se as hipóteses de incidência do objeto em estudo, isto é, a correlação da norma à Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

Desta proposta, colam-se os Art. 3º, IV; Art. 5º, Parágrafo único, 5º-A; 7º-A, da Lei nº 12.037/2009 e Art. 9-A, da Lei nº 7.210/84 ambos introduzidos pela Lei nº 12.654/2012, e alterada pela Lei nº 13.964/2019, *in verbis*:

Art. 3º, IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

Art. 5º, Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Art. 5º- A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

Art. 7º - A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá:
I - no caso de absolvição do acusado; ou
II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. (BRASIL, 2009, grifos nossos)

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (BRASIL, 1984, grifo nosso)

Como se percebe, não há um conceito apriorístico de inimigo consoante a Teoria de Jakobs no texto destas Leis, porém poderá ser deduzida a partir do conjunto normativo quando for considerado os artigos supracitados e a redação original destes, fornecendo uma série de impressões que tendem a uma conclusão inevitável que o sujeito ativo do crime é aquele

encarado pelo Estado e a sociedade como inimigo, um pressuposto de aplicação de toda a normatividade incidental da Teoria de Exceção de Jakobs.

Neste Inciso IV do art. 3º remetido a obtenção de perfil genético do investigado apontado no Parágrafo único do Art. 5º, as expressões “essencial às investigações policiais” e “decidirá de ofício”, há uma sinalização de um juízo *a priori* de periculosidade do agente, impressões latentes do inimigo que se afere pela experiência do magistrado ou autoridade policial numa valoração negativa acerca do indivíduo sob investigação, numa avaliação de “periculosidade” do agente como sinônimo de inimigo, como apontado por José Francisco de Faria Costa no primeiro capítulo deste estudo, afastando-se a vedação de iniciativa probatória do juiz e incidindo fácil justificação no art. 156, I, do Código de Processo Penal. Para o Art. 5º, Parágrafo único, cerne normativo mandamental para obtenção do perfil genético, o raciocínio é semelhante ao anterior, ao passo que dependerá da natureza do crime praticado, personalidade e periculosidade do agente e uma análise ponderada de experiência da autoridade policial. Neste aspecto, a facultatividade de obtenção do DNA em inquérito policial traz à tona uma pré-seleção de quem deve ser tratado como inimigo ou como cidadão, trazendo, por tudo, as primeiras noções de inimigo da Teoria de Jakobs.

Quando paream-se o Art. 5º- A e o Art. 7º, existe incidência aqui, também, da noção de inimigo, posto que supõe-se haver dois bancos de perfis genéticos em uma mesma unidade de gerenciamento oficial, sendo um primeiro banco para o suspeito ou cidadão, em que a tensão da Lei nº 12.037/2009 cai com a absolvição deste indivíduo, excluindo o perfil genético e que poderia ser denominado “banco do cidadão”; e um outro banco voltado para condenados ou inimigos, quando o regramento é muito mais rígido para a exclusão do perfil genético, 20 anos após o cumprimento da pena, extendendo-se a culpabilidade além do cumprimento da reprimenda, criando um estado de constante vigilância sobre o indivíduo numa espécie de tutela antecipada para a sociedade e prováveis medidas de segurança, haja vista o alto risco do sujeito cometer novos delitos, criando, portanto, a estigmatização de inimigo sobre o agente, relativizando, destarte, o Art. 5º, X; LV; XLVII, b; e, inclusive, os princípios da proporcionalidade e culpabilidade, Art. 5º, LVII, todos da Constituição Federal.

Na mesma onda expansionista penal do Pacote Anticrime, Lei nº13.964/2019, este Art. 7º da Lei nº 12.037/2009 sofreu um endurecimento punitivo, pois antes a redação deste artigo presumia apenas a prescrição do crime para exclusão do perfil genético, agora só após vinte anos do cumprimento da pena, algo simétrico aos fatores que dão origem ao Direito Penal de Exceção de Günther Jakobs.

Essas primeiras impressões trazidas pela Lei nº 12.037/2009 fornecem as noções de periculosidade do agente, reiteração delitiva e tendência criminal, o “dolo em Jakobs”, todos num estágio prévio de qualquer medida judicial, na fase de inquérito policial, como postula em diversos momentos a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Informa Günther Jakobs acerca dessas primeiras impressões sobre o criminoso e a tendência de ser tratado como inimigo devido a sua periculosidade:

Ao menos nos casos das normas de certo peso, nas quais se pode esperar a fidelidade à norma, necessita-se de certa confirmação cognitiva para poder converter-se em real.

[...] Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente susceptível de ser vivida.

[...] já se tem mencionado o exemplo da custódia de segurança como medida de segurança. Há muitas outras regras do Direito Penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa.

Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no caso dos delitos sexuais e outras infrações penais perigosas.

A situação é idêntica a respeito de qualquer coação a uma intervenção, por exemplo, a uma retirada de sangue (§81 a StPO). [...] Como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado (JAKOBS; MELIÁ, p. 32-38, grifos nossos).

Decorrendo disto, e dando-se mais um passo na análise dos artigos precedentes e especificamente no Art.9º-A da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, com as alterações vinculadas pela redação da Lei nº13.964/2019, Pacote Anticrime, em um juízo *a posteriori* de periculosidade do criminoso, a noção de inimigo ganha pulso, tornando-se sólida na medida em que há uma condenação transitada em julgado e, por isso, mais elementos caracterizadores do conceito de inimigo. Veja-se que, a anterior redação deste artigo é reveladora, imprimindo o mesmo sentido a nova roupagem do artigo, modificando apenas no que tange aos crimes hediondos, tornando-o mais restrito. Nesta pegada, fazendo um paralelo entre a antiga redação e a atual, nota-se que o dolo da ação criminosa não é do tipo que se exaure numa única conduta, não se tratado, por exemplo, de um homicídio simples, mas do “dolo em Jakobs” que nesse parâmetro, seria impregnado de crueldade e sadismo, e, daí, a expressão “violência de natureza

grave” ou “violência grave contra a pessoa”, na medida que o condenado não vira a vítima enquanto pessoa, sem apresentar remorso ou arrependimento e, além disto, haveria uma tendência de reiteração delitiva infinita, sendo expressada comunicativamente através da grave violência empregada objetivamente, demonstrando sua ruptura com o tecido social. Em sentido invertido, o Estado passaria de uma posição de justiça para uma de combate, porque já não haveria razão para o Estado tratá-lo como pessoa, taxando-o imediatamente como inimigo.

Reforça a gravidade da ação criminosa “contra a pessoa” ou sobre o corpo da vítima quando se equipara ou se soma aos crimes hediondos, delitos repulsivos por natureza e que por si sós já conotam criminosos como inimigos, quando as consequências da punição são mais graves que outros delitos. Na redaçãoposta pela Lei nº13.964/2019, Pacote Anticrime, houvera apenas uma mera limitação de incidência aos incisos I, V e VI da antiga redação.

Indubitável, portanto, que no Art.9º-A da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, apresenta os pressupostos do conceito de inimigo da Teoria de Jakobs, isto é, a falta de garantia cognitiva de um comportamento aceitável, devido a descomunal violência empregada, demonstrado uma personalidade autocontraditória, autoadministrada; e uma forte tendência de reiteração delitiva infinita expressa comunicativamente ao mundo.

Esta configuração de pré-seleção, afirmação de dualidades de agentes, cidadãos e criminosos, e a eleição destes últimos como inimigos é uma *praxe* quando se refere a bancos de perfis genéticos em vários países, o que poderá ocorre também no Brasil, que segundo Claudia Fonseca, o uso da identificação do perfil genético poderá, certamente, ser usado para excluir a responsabilidade criminal de inocentes, mas a política criminal e as falhas na apuração de crimes fazem com que esse efeito primário seja irrigório e, sobretudo, a adoção de banco genético é uma forma de meio de prova para fatos criminais pretéritos, crimes sexuais e hediondos, mas, também, uma perspectiva de prova para o futuro, elegendo de antemão inimigos e mantendo constante vigilância sobre estes como forma de custódia de segurança, vulnerando sensivelmente os direitos fundamentais do cidadãos (FONSECA, 2013).

Outra peculiaridade das expressões “essencial às investigações policiais”, “decidirá de ofício” e “violência de natureza grave” ou “violência grave contra a pessoa” dos art. 3º, IV e 9º-A, respectivamente, das Leis supras, são normas penais em branco ou cláusulas abertas, típicas de normas penais de Direito Penal do Inimigo, conquanto conferem um alto poder discricionário às autoridades sobre criminosos com traços de inimigo, decidindo em cada caso

concreto as medidas de segurança a serem tomadas em um estágio prévio aos crimes frente a periculosidade do sujeito tido por inimigo.

No que tange a compulsoriedade da extração do material genético do condenado, reclamado pela expressão “será submetido, obrigatoriamente”, não há que se falar em direito fundamental do preso ao silêncio ou de não produzir prova contra si mesmo, fórmula fundamental insculpida no Art. 5º, LXIII da Constituição Federal e também conhecido pela expressão latina *nemo tenetur se detegere*, pois é pertinente ao condenado um pico de periculosidade e o *status* de inimigo, disto decorrendo que devido sua personalidade contraditória, este não é detentor de direitos do cidadão, não goza da valoração de pessoa, não pode exigir do Estado um tratamento em termos de direitos, o qual aquele nega peremptoriamente com sua autoadministração. Deste modo, é um imperativo estatal a retirada de material orgânico do preso para extração do perfil genético, haja vista a obrigação do Estado de proteger a comunidade de graves danos futuros, relativizando ou mesmo afastando o referido mandamento constitucional.

Salta aos olhos o teor normativo do art. 9º-A, perpassando a ideia que existira até mesmo um terceiro tipo de banco genético, como se aqueles criminosos fossem ultraperigosos, inimigos máximos, para serem monitorados ininterruptamente, acautelando-se de medidas assecuratórias na descoberta de crimes pretéritos e posterior ampliação de condenação, tutelando-se antecipadamente a sociedade de danos futuros.

Esta segregação prisional de criminosos e a relativização de direitos quando se refere ao banco de dados genéticos e a obrigatoriedade de obtenção do perfil genético é esclarecida quando Eugênio Pacelli afirma:

Já a obrigatoriedade de coleta de material em Execução Penal, e, sobretudo, a instituição de um cadastro geral genético de condenados, sem prazo de duração (definitivo, portanto), parece-nos de duvidosa constitucionalidade. A medida, para além de seu caráter estigmatizante, viola o verdadeiro direito daquele que, após o cumprimento de sua pena, deve retornar ao estado pleno de cidadania e de inocência em relação a fatos futuros – ressalvada apenas a possibilidade de valoração da condenação para fins de nova imposição penal (reincidência) [...]. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do *estado (situação) de inocência para o estado de suspeição* [...] (grifos do autor). (PACELLI, 2014 apud BRUM, 2016, p. 29, grifos do autor)

Disto, fica evidente que o objeto em análise não é apenas um procedimento para a obtenção de meio de prova, vai além, contando o perfil genético verdadeiro “certificado de inimigo” do criminoso fornecido pelo Estado, delimitando o *habitat* de atividades do indivíduo

ao mundo da criminalidade, uma oposição ao Estado de Direito do cidadão e o inóspito mundo dos criminosos, que segundo Günther Jakobs, uma certidão que lança o malévelo homem ao estado de natureza, pois quem vence a guerra dita as regras (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 35).

Foi reconhecida a repercussão geral em recurso extraordinário (RE n. 973837) ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Art.9º-A da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução, porém, vislumbra-se uma tendência jurisprudencial de sua constitucionalidade, como afirma a desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) em sede de mandado de segurança nº 8000211-90.2019.8.24.0000 impetrado pelo Ministério Público (MPSC) de Joinville e julgado em 19 de maio de 2020:

Busca-se tão apenas aprimorar a técnica investigativa em determinados crimes cuja identificação da autoria delitiva demonstra-se, não raras vezes, de difícil esclarecimento, fornecendo aos agentes estatais um acesso a possibilidade de constituir arcabouço probatório mais robusto, apto a prover à sociedade, a um só tempo, uma maior proteção face a condenações criminais injustas e um combate mais qualificado contra práticas criminosas das mais abomináveis.

Nesse passo, a coleta regulamentada no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, por ser indolor, não carrega consigo nenhum vício de inconstitucionalidade, sobretudo por tratar de procedimento em que a mais severa observância à dignidade humana do condenado está submetida à fiscalização do Juízo da Execução Penal (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, 2020).

Portanto, enquanto a norma fixada nos Art. 3º, IV; Art. 5º, Parágrafo único, 5º-A; 7º-A, da Lei nº 12.037/2009 são normas de natureza híbridas, ao passo que possuem teor de Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo em termos materiais, processuais e de execução, operando a segregação entre cidadãos e inimigos, quando restaura a condição de pessoa daquele ao excluir o perfil genético após absolvição e imprime-se a “alcunha” no outro como inimigo durante um tempo desarrazoável para exclusão de seu perfil genético. Noutro lado, a norma colada no Art. 9-A, da Lei nº 7.210/84 é puramente de Direito Penal do Inimigo, resultante de uma certeza da periculosidade do criminoso e o potencial delitivo a longo prazo e, logo, a falta de compromisso com a sociedade e o Estado, numa fidedigna amoldação à Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

4.2 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESPECIFICIDADES E CORRELAÇÃO JURÍDICA

Na fatídica escalada criminalposta pelas rebeliões nos presídios de São Paulo em 2001 e no Rio de Janeiro em 2002, ambos os eventos mencionados no tópico precedente, deram origem ao Regime Disciplinar Diferenciado e normativizado pela Lei nº 10.792/2003, instituindo o Art. 52 na Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, mas a ascensão criminal continuada representada por outros dantescos eventos como o ataque do Primeiro Comando da Capital ao Estado de São Paulo em 2006; a tomada de territórios nas comunidades do Complexo do Alemão e Vila Cruzeiro no Rio de Janeiro em 2010; e a proliferação de inúmeras outras Organizações Criminosas privadas ou na Administração Pública ou privada, impulsionaram um rigorismo punitivista pautado por um simbolismo penal perante esses eventos criminais, mas, também, no âmbito da Operação Lava Jato, referendando a nova Lei nº 13.964/2019, que redefiniu a redação do Regime Disciplinar Diferenciado, tornando-o demasiado severo, principalmente para aqueles criminosos de altíssima periculosidade e que possuem influência em facções delituosas do tipo associativas, num verdadeiro processo histórico de expansão do Direito Penal.

Assim, aqui analisar-se-á simultaneamente as normas do art. 52 sob a perspectiva das normas estipuladas pela Lei nº 10.792/2003 e Lei nº 13.964/2019, Lei do Pacote Anticrime, dando-se, por óbvio, prioridade a esta última. Nisto, o procedimento analítico dar-se-á quanto ao preso perigoso, provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, que encontra-se num estágio transitivo para a alta periculosidade e que devido o seu comportamento e estratégia de corromper e influenciar os demais detentos, poderá causar enormes danos ao sistema prisional e a sociedade e, por isso, paira sobre este a reputação de inimigo em grau mais complexo do que o verificado no estudo da identificação criminal pelo perfil genético, e que será analisado, correlacionando-o com a Teoria da Exceção de Günther Jakobs.

Desta feita, destaca-se o texto legal do Art. 52, da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, com nova redação determinada pela Lei nº 13.964/2019, Lei do Pacote Anticrime, considerando a análise dos parágrafos no desenvolvimento deste estudo:

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;
 - VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.
- (BRASIL, 1984)

Dissecando-se a norma contida neste art. 52, *caput*, da Lei nº 7.210/1984, com redação semelhante a dada pela Lei nº 10.792/2003, percebe-se, de cara, que é uma norma híbrida ao promover uma incisão entre criminosos simples que ainda guardam a condição de pessoa e, portanto, de cidadão, resguardado com quase todos os direitos e garantias fundamentais, não sendo reservado a estes o Regime Disciplinar Diferenciado, que apesar de possível a cometimento de novo crime doloso dentro do sistema prisional, não apresenta a intencionalidade extensiva criminal de instigar outros detentos em uma cruzada criminosa, enquadrando-se no Direito Penal do Cidadão; e os criminosos de alta periculosidade, os inimigos, que estão no vértice oposto daqueles outros criminosos simples, quando configuram-se com essa forte impressão ao cometerem a falta grave caracterizada como fato previsto como crime doloso combinado com a subversão da ordem ou disciplinas interna do sistema prisional, isto é, para a atiração do preso ao Regime Disciplinar Diferenciado deve haver a junção daqueles dois elementos, expressada pela conjunção aditiva “e”, só então o preso possuirá a potencialidade de alta periculosidade, isto porque, como esclarecido anteriormente, deve haver o “dolo em Jakobs” e, consequentemente, a falta de garantia de ajustar-se às normas disciplinares prisionais e a reiteração delitiva.

Depreende-se que este dolo do crime constante no art. 52 para o Regime Disciplinar Diferenciado é o “dolo em Jakobs”, expresso objetivamente, devendo-se haver indícios mínimos via comunicação que este indivíduo orquestra um plano com intenções de subverter a ordem ou disciplinas, em outras palavras, que o criminoso ao cometer novo delito o faz erigido por uma consciência malévola expansiva, demonstrando uma superioridade hierárquica pelo crime perpetrado e influindo na mente dos demais presos ou intimidando-os em sua empresa

criminosa, seja num estágio de pré-formação de associação de tipo criminosa ou quando formada, apresentará real iminência de uma extensa danosidade frente a sociedade, a segurança pública e ao Estado e, logo, uma impossibilidade de um estrago social simples. Nestes aspectos estariam presentes os elementos nucleares do conceito de inimigo da Teoria de Jakobs, que são a falta de garantia cognitiva inflamada pela subelevação da ordem e disciplinas no sistema prisional e a reiteração delitiva visualizada desde o cometimento desse novo crime e a tendência na realização de infinito outros delitos.

Desta feita, reafirma Günther Jakobs os traços elementares que ora postos e que traçam o conceito de inimigo:

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de vai se comprometer como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa se ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário (JAKOBS, 2003b, p. 55).

Tanto a enunciação do Regime Disciplinar Diferenciado no “*caput*” do Art. 52 quanto nos seus incisos e parágrafos há como consequências medidas sancionatórias desproporcionais quando comparadas a outros criminosos comuns quanto às medidas de segurança num estágio extremamente prévio calcado em evidências iminentes e prospectivos danos graves para a sociedade, antecipando-se, inclusive, a culpabilidade pela falta grave e novo crime, elementos caracterizadores e consequentes de puro Direito Penal do Inimigo.

Com a nova redação do Regime Disciplinar Diferenciado promovido pela Lei nº 13.964/2019, houve um incremento e rigorismo substancial na punição em relação ao texto da lei anterior, acrescentando-se mais três novos incisos, castigando-se cada vez mais com a cláusula prisional e reduzindo vertiginosamente a atuação e influência do criminoso de alta periculosidade, tendendo a uma custódia de segurança máxima. A mais grave consequência, constante nos incisos I e II foi o aumento de duração máxima em cela individual que passou de 360 dias (trezentos e sessenta dias) para 02anos (dois anos), sem possibilidade de limitação em relação a pena, que antes era até um sexto daquele total, significando que poderá ocorrer o cumprimento integral da pena no Regime Disciplinar Diferenciado, esvaziando o conteúdo normativo fundamental do Art. 5º, III, da Constituição Federal que veda a prática da tortura. Nos incisos III e IV, o intervalo tanto das visitas como o contato com terceiros foram ampliadas

para cada 15 dias (quinze dias), algo mais dificultoso em relação a pretérita redação quando as visitas eram semanais, e sempre com meios bloqueadores de contato físico e intercâmbio de objetos para fins de quebrar da comunicação e instrução criminosas, isto é, o poder de comando do delinquente altamente perigoso; uma verdadeira medida de segurança num estágio prévio frente o inimigo penal, algo adstrito ao Direito Penal do Inimigo e que afronta o Art. 5º, X, XLIX, XLVII, b, e, da Constituição Federal. Além destes, há mais uma relativização de direito fundamental, ocorrendo sobre a correspondência destes elementos de alta periculosidade sob custódia, fiscalizando-se o conteúdo destas cartas em nítido dispositivo do Direito de Exceção de Jakobs, uma contrariedade ao Art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Nestes termos, Busato ao comentar o Regime Disciplinar Diferenciado, apreende este criminoso com aquela ideia de suspeito, ou seja, inimigo, informando que:

[...] Não estão dirigidas aos fatos e sim à determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometem um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são ‘suspeitas’ de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta nova fórmula de execução da pena centrada nas características do autor “suspeito” de participação na criminalidade de massas, desconsidera determinada categoria de cidadãos, taxando-as como não-portadores de direitos como os demais (BUSATO, 2004 apud CARVALHO; FREIRE, 2005).

Avançam-se nos parágrafos as normas preventivas do Regime Disciplinar Diferenciado quando no §1º, do Art. 52, da Lei de Execução Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 13.964/2019, Lei do Pacote Anticrime, e semelhante a fornecida pela Lei nº10.792/2003, a alta periculosidade do preso é detectada num estágio extremamente embrionário, antecipando-se a culpabilidade com custódia de segurança sobre indivíduos que indicam alto risco para a ordem e segurança da unidade prisional numa forma de perigo abstrato objetivo cautelosamente expressiva em termos de comunicação, que dizer, é o sujeito que “por si” e seu histórico criminal é um inimigo de alta periculosidade e, à vista disso, não há ação de deflagração de crime doloso como falta grave, basta a “suspeita”, diga-se, o histórico criminal e poderio de dano social e estrutural nos presídios, sejam individualmente ou dentro de uma organização criminosa ou outra facção criminosa, a qualquer título, nacional ou estrangeiro. Exemplo deste criminoso de alta periculosidade e preso provisório na Penitenciária Federal em Campo Grande, no Mato Grosso do Sul, uma espécie de Regime Disciplinar máximo, fora o narcotraficante colombiano Juan Carlos Ramírez Abadía, que mesmo não sendo chefe de organização criminosa no Brasil, associou-se ao líder do Comando Vermelho, Fernando Beira-Mar, e

planejaram uma fuga, usando para isso o provável sequestro de juízes e seus familiares, dentre outras autoridades, fato ocorrido em 2008. Nessa fase, adentra-se no último estágio de perigo, tornando-se o criminoso de altíssima periculosidade, evidenciado nas medidas de segurança realizadas com urgência e antecedência, sendo verdadeiros procedimentos de combate, ou, em termos jakobsianos, um procedimento de guerra frente ao inimigo, nisto resultando a praticamente zero de direitos fundamentais do preso.

Neste aspecto, Salo de Carvalho é claro nessa postura que o Estado apreende e passa a tratar o preso perigoso como inimigo, reservando para este um severo enquadramento prisional, afirmindo que:

A probabilidade, mesmo genérica de dano, legitimaria a intervenção penal desde os atos preparatórios da conduta (antecipação da punição), a supressão das garantias processuais (v.g. incomunicabilidade e ausência de publicidade) e a imposição de sanções rígidas de caráter inabilitador (preventiva de condutas futuras) [...]

No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. Sua assimilação resta ainda mais fácil se estes direitos e garantias a suprimir integram o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outrem considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ninguém (não-ser) (CARVALHO, 2007 apud POMBO, 2016, p. 13-40).

Nesse último estágio da criminalidade, porquanto circunscrito aos §§3º, 4º e 5º, em que o criminoso de altíssima periculosidade está inserido em grupos criminosos, principalmente em organizações criminosas, consolida a ruptura deste indivíduo com o ordenamento jurídico, a sociedade e contra o próprio Estado, examinado pelo comportamento de não se comprometer com regras mínimas da convivência social, a falta de garantia cognitiva e a vinculação constante com o crime, seu estilo de vida e, consequentemente, a reiteração criminal, estando totalmente autoadministrado, é um excluído e desterrado como um inimigo, como alerta Günther Jakobs em sua Teoria Penal do Inimigo.

É neste liame de conduta individual e posterior ruptura com o tecido social que o criminoso é autoexcludente, demonstrando sua periculosidade para o Estado, afirmando Günther Jakobs que:

É preciso privar o terrorista precisamente daquele direito do qual seus planos abusam, quer dizer, especificamente, o direito a liberdade de conduta. Desta maneira, a situação não é diferente da de custódia de segurança, ainda que, no âmbito desta instituição, de maneira geral, esta privação pareça suficiente – quando o autor de uma série de ações delituosas é custodiado de modo seguro, a série é interrompida -, enquanto que, por um lado, certamente é pouco frequente que o autor terrorista esteja

isolado e, por outro, a associação terrorista (ou outra organização criminal) não será desmembrada quando se neutraliza um membro isolado. Portanto, no caso da custódia de segurança, é fácil limitar-se à privação da liberdade, pois não é preciso nada mais para que se atinja o objetivo buscado.

[...] Esse é o caso, particularmente, quando se impõe uma pena com objetivos de prevenção geral negativa, quer dizer, por exemplo, quando o terrorista é penalizado com extrema dureza pela sua participação em uma associação terrorista (§129^a StGB) unicamente com o objetivo de intimidar outros participes, sendo assim, portanto, heteroadministrado não pela sua periculosidade, mas sim pela tendência delitiva de outras pessoas. Em outras palavras: quando é tratado não como pessoa potencial, mas sim como parte do coletivo dos inimigos (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 64-68).

Nesse momento da criminalidade, a punição está em seu auge, no liame da loucura sobre o criminoso de altíssima periculosidade, o inimigo máximo, imputado a este apenas um procedimento de execução penal instrumental e com baixíssima densidade normativa fundamental.

A jurisprudência segue essa linha de pensamento quando deduz que a impressão transmitida pelo criminoso é de alta periculosidade e, portanto, incidindo sobre este uma relativização dos direitos e garantias fundamentais, algo típico na visão de Günther Jakobs acerca do inimigo em sua Teoria, como pode-se verificar na decisão do Superior Tribunal de Justiça ora posta:

HABEAS CORPUS Nº 390.276 – SP (2017/0043321-6). RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA. IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ADVOGADO: GUSTAVO PICCHI. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PACIENTE: EVANDRO HENRIQUE CLEMENTINO (PRESO)

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em benefício de EVANDRO HENRIQUE CLEMENTINO contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais de Presidente Prudente/SP determinou a inclusão do paciente no regime disciplinar diferenciado, pelo período de trezentos e sessenta dias, com fundamento no art. 53, inciso V, da Lei n. 7.210/1984, por falta grave correspondente a crime doloso movedor de subversão da ordem consistente em **agressão física ao agente penitenciário** (e-STJ fls. 251/255). Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 360/374): **Agravio em execução penal. Sentenciado incluído no regime disciplinar diferenciado em razão da prática de falta grave consistente em crime doloso. 1. O regime disciplinar diferenciado, tal como previsto no artigo 52, da Lei de Execução Penal, não afronta a Constituição Federal. Embora se cuide, designadamente, de uma medida rigorosa, não se qualifica como uma pena cruel, não submetendo o preso a tratamento desumano ou vexatório. Trata-se de providencia reservada para situações excepcionais, em que uma maior restrição da liberdade se faz necessária para salvaguardar a ordem ou a disciplina do presídio, da sociedade,**

ou para combater organizações e associações criminosas (artigo 52, "caput", parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 7.210/84). Neste contexto, atende ao princípio da proporcionalidade. 2. Ausência de extemporaneidade do pedido de inclusão no RDD, na medida em que o procedimento levou o tempo necessário para a apuração da falta grave, resguardando o devido processo legal, considerando, ainda, a gravidade da conduta. 3. Inocorrência de nulidade do procedimento judicial de imposição da medida. 4. Não caracterização de eiva no procedimento administrativo disciplinar de apuração da falta disciplinar. 5. Hipótese que justifica a imposição do regime disciplinar diferenciado, não se mostrando desarrazoada, dada a elevada reprovabilidade da conduta, a fixação do prazo máximo previsto em lei. Recurso improvido.

[...] Ante o exposto, indefiro a liminar. Solicitem-se informações ao Tribunal de origem e ao Juízo das Execuções Criminais. Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal. Publique-se. Intime-se. Brasília (DF), 07 de março de 2017. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator

(STJ - HC: 390.276 SP 2017/0043321-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 14/03/2017) (BRASIL, 2017, grifos nossos)

Disto, deduz-se, consequentemente, que desde o *caput* do Art. 52 da Lei nº 7.210/1984 houve um tendência punitivista estatal, numa transmudação de um Direito Penal subjetivo para um Direito Penal objetivo devido a ascendência de periculosidade, passando o criminoso comum de uma prisão simples para o Regime Disciplinar Diferenciado mínimo de penitenciária estadual numa escalada de periculosidade simples para uma de alta periculosidade, prevalecendo, ainda, numa culpabilidade subjetiva, para num segundo degrau entrar num Regime Disciplinar Diferenciado máximo nos presídios estaduais ou federais quando a culpabilidade é objetiva, bastando meros indícios de envolvimento ou liderança em organização criminosa para o delinquente extremado passe a ser reputado como inimigo máximo, partindo-se nessa dinâmica criminal de um Direito Penal do Cidadão ou Direito Penal Comum Constitucional para o Direito Penal do Inimigo numa correlação normativa verossímil com a Teoria de Günther Jakobs.

4.3 DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESPECIFICIDADES E CORRELAÇÃO JURÍDICA

Enuncia-se neste momento o estudo normativo das organizações criminosas, contudo, análises operadas no tópico precedente serão aqui consideradas, de modo que abordar-se-á outros elementos de forma extensiva àqueles de outrora. Nisto, observados os fenômenos delitivos ocorridos em 2001 e 2002, ou seja, as rebeliões nos presídios de São Paulo e Rio de

Janeiro, respectivamente, e a consequente instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, além de novas estruturas normativas e estruturais, como a mencionada lei que definiu identificação criminal pelo perfil genético, e a construção de penitenciárias federais de segurança máxima, houve, paradoxalmente, um crescimento substancial da criminalidade, tanto a criminalidade de massa como a organizada, sobremodo as organizações criminosas do tipo privada, espalhadas nas diversas unidades federativas do País como, por exemplo, a Família do Norte no Estado de Amazonas, Guardiões do Estado no Estado do Ceará, Okaida e Estados Unidos no Estado da Paraíba, dentre outras. Destaque-se, sobremaneira, o pinçamento desde o início deste estudo o Primeiro Comando da Capital e o Comando Vermelho, que naquele primeiro momento foram o pontapé para a adoção de algumas leis e uma especificamente para o enfrentamento dessa complexa criminalidade, a Lei nº 12580/2013, Lei de Organização Criminosa, e que será a última fração do objeto deste estudo.

Entrando imediatamente no teor da Lei nº 12580/2013, esta traz o conceito normativo de Organização Criminosa no §1º, do Art. 1º, que de modo a facilitar a visualização do objeto em estudo, transcreve-se, *in verbis*:

Art. 1º, § 1º Considera-se **organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.** (BRASIL, 2013, grifo nosso)

Neste conceito normativo de Organização Criminosa pertine elementos que necessitam ser extraídos para posterior análise com aqueles específicos do conceito de inimigo da Teoria de Günther Jakobs, trazendo em momento subsequente outras características intrínsecas do Direito Penal do Inimigo que se espraiam nos artigos e parágrafos da citada Lei nº 12580/2013.

Para isso, é interessante e esclarecedor o conceito doutrinário de organização criminosa calcado por Ana Luiza Ferro, complementado o entendimento do conteúdo normativo do §1º, do Art. 1º, Lei nº 12580/2013:

a organização criminosa pode ser conceituada como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidatórios, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de

conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção - para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal -, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa. (FERRO, 2009 apud VIANA, 2017, p. 46-47, grifo nosso).

Analizando simultaneamente o conceito normativo e doutrinário extraem-se os principais elementos das organizações criminosas que são: a estabilidade da associação criminosa de no mínimo quatro membros; estrutura empresarial, informada pela expressão “estruturalmente e caracterizada pela divisão de tarefa”; objetivo de vantagem econômica ilícita ou qualquer outra forma de ganho, como o político e o territorial, dito pela expressão “vantagem de qualquer natureza”; e crimes diversos, expresso por “infrações penais”, que pela gravidade dos ataques aos bens jurídicos transindividuais, afirmado em tópico precedente, que são, por exemplo, a paz pública, o ordenamento jurídico, o Estado, e que não são crimes simples, pois suas penas são relativamente altas e superiores a quatro anos.

Destes elementos, é possível deduzir e delimitar o implícito conceito elementar de inimigo, núcleo da Teoria de Exceção de Jakobs, assim como as características desta teoria no arrolado conjunto normativo, reforçando a totalidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo neste ponto normativo.

Disto, é imprescindível verificar as colocações de Günther Jakobs acerca das organizações criminosas, lembrando que essas observações valem também para grupos terroristas, quando aquele iguala ambas entidades criminais. Veja-se, portanto, as lições de Jakobs sobre organização criminosa:

Isso está imbricado em uma organização – a necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano – e finaliza no terrorista, denominação dada a quem recharça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem.

[...]Pela circunstância de que 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. (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 34-35)

Das impressões constantes dos conceitos de Organização Criminosas supracitados e observando o Art. 2º, da Lei nº 12.580/2013, depreende-se o delineamento do conceito de inimigo, percebendo-se que o dolo presente nos Art. 1º, §1º e Art. 2º é o “dolo em Jakobs”, expansivo, na medida que existe um ânimo delinquencial permanente entre os membros da associação, porém com uma verticalização de comando subentendido pela hierarquia criminal, quando o chefe apresenta este “dolo” de maneira peculiar, donde há uma consciência criminal superior a qualquer outro membro da facção, além de enorme capacidade de planejamento e influência sobre os demais e, claro, efetividade executiva das infinitas empreitadas criminosas.

A forma de atuação dessas facções reflete substancialmente a maneira que este líder pensa e age, isto é, se é mais violento ou possui mais destreza na aquisição de territórios e mercados, dentre outros. Disto decorre a estruturação empresarial criminal, visto que abaixo do líder sempre há subchefes, posições conquistadas pela antiguidade, fidelidade, articulação e, por óbvio, a habilidade no cometimento de crimes, coordenando-se, consequentemente, com a divisão de tarefas, pois cada talento criminal ocupará um posto, aproveitando-se ao máximo o desempenho do criminoso e possível ascensão na escalada da empresa.

Pelo volume dos objetivos almejados nas práticas criminais, considerando que são bens jurídicos caríssimos e que podem causar graves danos a sociedade e ao Estado, deduz-se que é preciso um contingente considerável de agentes e que não se atingiria a finalidade com um único crime, mas inúmeros e de grandes proporções, daí o número mínimo de quatro criminosos para a perpetração de “infrações penais”, no plural. Nisso, o Estado antecipa-se com as medidas de segurança para tutelar a paz pública, o ordenamento jurídico, as instituições e o próprio Estado, consubstanciando os bens jurídicos do instituto normativo em análise, os quais são indicados como os bens jurídicos essencialmente tutelados na Teoria de Exceção de Jakobs.

Neste sentido, o tipo penal de organização de criminosa é um crime de perigo abstrato, quando se efetiva num estágio extremamente prévio a qualquer execução, e os demais crimes realizados é apenas o exaurimento daquele complexo espécime criminal. Note-se que esse perigo é um estado de alta tensão e iminência de dano grave, um paralelo ao poder criminal das organizações criminosas, ou seja, o poderio armamentista, financeiro, de pessoal e de organização, podendo-se, por isso, o cometimento de crimes inimagináveis, que de tão graves, podem ser equiparados aos crimes perpetrados por organizações terroristas, conforme preleciona o Art. 1º, §2º, II, da Lei nº 12580/2013, equiparando ambos os institutos normativos.

Por tudo, fica claro os elementos fundamentais do conceito de inimigo de Günther Jakobs na Lei de Organização criminosa, Lei nº 12.580/2013, posto que falta garantia cognitiva expressa pelos criminosos autoadministrados, cuja maior símbolo é o chefe da organização e sua estrutura empresarial; e a reiteração delitiva, assinalada pela quantidade infinita de crimes, inclusive pela proporção e gravidade desses delitos, somando-se o número de membros que na maioria das vezes ultrapassa consideravelmente o de quatro indivíduos. Disto, é patente o alinhamento normativo destes primeiros elementos presentes nos Art. 1º, §1º e Art. 2º, da Lei de Organização Criminosa com a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

Para eficiência observacional do fenômeno das organizações criminosa, é possível verificar a os elementos postos na operação de segurança pública ocorrida 2019 no Estado de São Paulo para a transferência para presídios federais de segurança máxima do líder Marcola e 21 subchefes do Primeiro Comando da Capital que naquele contexto planejavam uma megaoperação de fuga da Penitenciária 2 de Presidente Venceslau e Presidente Bernardes e ameaçavam de morte o Promotor de Justiça Lincoln Gakiya e outras autoridades, na reportagem do Jornal Hoje:

Uma grande operação envolvendo a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a polícia de São Paulo, e até a Força Aérea Brasileira faz nesse momento a transferência de 22 presos considerados altamente perigosos. Eles estavam nas Penitenciárias de Presidente Venceslau e Presidente Bernardes, no interior de São Paulo. O grupo vai ficar agora em penitenciárias federais.

[...] As penitenciárias federais, que são diferentes das outras prisões brasileiras, nelas nunca forma registradas fugas ou rebeliões. Nos Presídios federais não há superlotação de presos, a taxa de ocupação é de 59%, bem menor que na maioria dos presídios do País, as vagas são reservadas para presos de acordo com o grau de periculosidade e com a liderança na facção criminosa. (BACHEGA; PADOVAN, 2019)

Sobre os fenômenos criminais referidos acima, operam-se mecanismos normativos processuais específicos, com o fito de antecipação de custódia de segurança num estágio extremamente prévio perante a iminência danosa provocada pelo estado de periculosidade das possíveis ações das organizações criminosas. Daí, a instituição tanto na fase de inquérito policial quanto na instrução criminal das medidas de investigação e dos meios de obtenção de prova previstos no Art. 3º da Lei nº 12580/2013, como, por exemplo, a ação controlada, a interceptação telefônica e a infiltração de agentes, representando uma invasão na esfera privada dos indivíduos; haja vista não apresentarem por si só um crime associativo *in concreto* numa espécie de bando criminoso bem definido, porém na maioria das vezes apenas uma dispersão

de agentes com liames subjetivos criminais bastante ténues ou meros indícios; adentrando, assim, numa mera suposição delitiva calcada num estado de perigo, aspecto que é recaído sobre as figuras dos criminosos enquanto inimigos pertencentes àquela sociedade empresarial ilícita e excluída do Direito Penal Comum, isto é, num antagonismo entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal e Processual Constitucional, conforme a previsão da Teoria de Günther Jakobs, relativizando os Art. 1º, III; Art. 5º, X, XXXIX, LIV, LV LVI, XLVI, XLIX, LVI, LVII da Constituição Federal.

É nessa estratégia de combate de inimigos que as leis e direitos fundamentais são relativizados ou cedem diante da periculosidade destes agentes, afirmado Jakobs que:

[...] O tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por trás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a correspondente ao autor de uma tentativa de homicídio, já quando se funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta (p 129 a StGB), isto é, eventualmente anos antes de um fato previsto com maior ou menor imprecisão.

[...] Neste sentido, há que mencionar a intervenção nas telecomunicações (§100 a StPO), outras investigações secretas (§100 c StPO, e a intervenção de agentes infiltrados (§110 a StPO). (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 36-38)

Este é um outro forte sinal de que a norma intitulada Lei de Organização Criminosa é direcionada para um tipo específico de sujeitos criminais, e que a pena cominada para a espécie instituída no Art. 2º, no qual os verbos para a configuração da organização, ou seja, promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por pessoa interposta, acarreta uma pena de reclusão de 3 a 8 anos, reprimenda relativamente alta para um crime de perigo abstrato, ainda se considerando o início da execução que é o regime de reclusão. Há um agravamento dessa pena para o líder ou subchefes, não mencionando-se o quantitativo da reprimenda, ficando a critério do juiz, que pela periculosidade e tendência delitiva supõe-se que seria alto o adicional punitivo, num cálculo cujas impressões sobre o criminoso são altamente reprováveis.

Esta pena pelo presente crime e se considerando a liderança da organização criminosa seria superior a de um crime de homicídio simples, algo demasiado e, portanto, contrariando o Princípio da Proporcionalidade, reforçando que não se trata apenas de uma pena, mas de uma medida de segurança num estágio prévio com objetivo de isolar a liderança da organização, desarticulando-a, evitando, assim, os danos futuros provenientes dos crimes dessa organização criminosa, uma verdadeira ação de combate para aqueles criminosos tidos por inimigos máximos, exalado, por exemplo, pelos institutos do Regime Disciplinar Diferenciado, abordado

precedentemente, vetores estes típicos de penas voltadas para o inimigo descrito na Teoria de Günther Jakobs.

Naquele mesmo episódio de transferência do líder e subchefes do Primeiro Comando da Capital acima mencionado, o Governador do Estado de São Paulo, João Doria, afirma categoricamente a necessidade do ato administrativo prisional dizendo que:

O isolamento de lideranças é estratégia adotada pelo Governo Federal e pelo Governo de São Paulo para o enfrentamento e o desmantelamento de organizações criminosas.

[...] O cumprimento do dever do Estado de garantir a segurança pública dos seus cidadãos e obediência a lei. O trabalho da Segurança Pública em São Paulo estabelece, claramente, “o Estado, aqui, não vai ser refém do crime, o crime será refém do Estado”. (SÃO PAULO, 2019)

Nesse mesmo contexto punitivista e simbolismo penal, afora o instituto da colaboração premiada, a Lei de Organização Criminosa não sofreu deveras alterações com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, Lei do Pacote Anticrime, mas no mesmo ritmo da expansão penal, acrescentou-se maior rigor em relação às organizações criminosas do tipo privada, quando da execução da pena pelas suas lideranças ou por seus integrantes, incidindo o cumprimento da reprimenda obrigatoriamente em presídios de segurança máxima e a vedação de benefícios como a proibição de progressão de regime prisional, acrescentando os §§ 8º e 9º no Art. 2º da Lei nº 1.2580/2013, reafirmando, portanto, os aspectos processuais e de execução direcionadas ao detento de altíssima periculosidade enquanto inimigo máximo, e, consequentemente, são regras pertencentes a um Direito de Exceção, apartado das normas de Direito Penal Comum, conforme previsão e verossímil correlacionamento entre a norma posta na Lei nº 12580/2013, Lei de Organização Criminosa, e a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aplicando em suas decisões não o Direito Penal do Inimigo em si, mas os parâmetros associativos que identificam o inimigo e a Teoria de Jakobs com a Lei de Organização Criminosa, Lei nº 1.2580/2013. Veja-se, portanto, a seguinte decisão do Min. Ricardo Lewandowski:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESENTES OS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NEGADO SEGUIMENTO. I - A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva utilizou fundamentação idônea para demonstrar a periculosidade do paciente e a gravidade concreta do delito, evidenciadas pelo fato do mesmo fazer parte de articulada organização criminosa e possibilidade de reiteração delituosa, circunstâncias que justificam a necessidade do cárcere para garantia da ordem

pública. II - A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva. III - Habeas corpus denegado.

(STF - HC: 136298 SC - SANTA CATARINA 4003347-25.2016.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/12/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-267 16-12-2016) (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Neste sentido, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, expõem-se os elementos adjacentes e caracterizadores do crime de Organização Crimiosa, que são: a periculosidade do criminoso; a reiteração delitiva consubstanciada num grave crime em concreto e participação em facção criminosa, além de tendência ao cometimento de novos crimes, evidenciando a falta de garantia cognitiva de adequação social; a necessidade de tutela de um bem jurídico transindividual, no caso, a ordem pública; e, por último, a antecipação de custódia de segurança em forma de prisão preventiva. Disto, fica claro que esses parâmetros são também elementos intrínsecos do conceito de inimigo e da Teoria de Exceção de Günther Jakobs, restando evidente a correlação de natureza jurídica entre a Lei nº 1.2580/2013 e aquela Teoria, isto é, há uma amoldação normativa entre a Lei de Organização Crimiosa e a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levantado a hipótese sobre a possível aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs com leis penais brasileiras, isto é, se a natureza jurídica desta Teoria apresenta correlacionamento com a natureza jurídica de normas penais extravagantes como, por exemplo, a Lei de Organização Criminosa, haja vista que a ideia de inimigo realisticamente considerado é uma constante histórico-jurídica, e, sobremodo, no período hodierno da sociedade em há uma proliferação substancial de normas penais em plena expansão penal, observando-se que algumas leis destoam significativamente em termos de punibilidade dos modelos clássicos de Direito Penal, tratando-se determinados criminosos como inimigos, sendo este o aspecto precípua de análise na Teoria de Exceção de Günther Jakobs enquanto modelo emergente para enfrentamento dos novos riscos sociais representados por crimes complexos que causam enormes traumas sociais, desestabilizam as instituições e o próprio Estado.

Neste sentido, foi analisado e delimitado a Teoria do Direito Peal do Inimigo em relação ao funcionalismo-sistêmico, diga-se em outros termos, ao Direito Penal do Cidadão, equiparado este ao Direito Penal Constitucional Clássico, traçando-se, desta forma, os parâmetros que identificam o conceito de inimigo e as características daquela Teoria. No primeiro momento, ficou claro que o inimigo na Teoria de Günther Jakobs é o criminoso que não apresenta nenhuma garantia cognitiva de um comportamento justificável em termos jurídicos e ético-sociais, evidenciado por uma personalidade autocontraditória e emitida em forma de comunicação delitiva para a sociedade; e que possui reiteração delitiva expressa pela quebra das expectativas normativas com o cometimento de infindáveis crimes num verdadeiro profissionalismo criminal e ruptura com o tecido social. Deduzido destes parâmetros nucleares do conceito de inimigo, presume-se um terceiro fundamento deste cerne teórico, no caso, o “dolo em Jakobs”, no qual a conduta delituoso não se exaure numa única ação, mas é expresso objetivamente e consubstanciado na tendência do perigoso criminoso no cometimento de intermináveis crimes sobre bens jurídicos importantes e sensíveis, como a paz social e o Estado.

Apontado, ainda, naquele primeiro capítulo os outros intrínsecos elementos característicos à Teoria de Exceção e direcionadas ao criminoso perigoso que, na espécime, são a criação de tipos penais de perigo abstrato com previsão ou extrema antecipação de medidas de segurança ou punibilidade; desproporcionalidade das penas cominadas; transmudação de uma legislação garantista para uma legislação de combate, ou seja, um conjunto de leis voltadas para o enfrentamento de indivíduos tidos por perigosíssimos, ou “de combate aos inimigos”;

relativização e até anulação de direitos e garantias fundamentais; sendo estes elementos comparativos nas leis em análise.

Num segundo tópico, foi estabelecido os critérios extrínsecos de averiguação apontados por Manuel Cancio Meliá que rastreiam as raízes do processo de formação histórico-sociológico e jurídico-legislativo do Direito Penal do Inimigo no Expansionismo Penal, e que são expressas em leis com teor de simbolismo penal e punitivismo. Para o processamento histórico-sociológico da Teoria, há de pensar em crimes de enorme repercussão nacional numa atmosfera já impregnada de enorme violência urbana e, com isso, uma forte exploração midiática, cujos chamamentos impelem o Poder Legislativo ao incremento de leis mais duras e urgentes. No aspecto jurídico-legislativo, evidenciou-se um legislativo que baseado na apelação midiática sobre as massas populares, aprova leis sem objetivo de efetividade, mas com teor penal extremamente rígido, acalmando o público e afastado a atenção dos reais problemas sociais e, daí o simbolismo penal e punitivismo, cujos efeitos são meramente ilustrativos em termos de eficácia de política criminal.

Na sequência, fornecendo as iniciais impressões sobre os suspeitos ou “inimigos” no processo formativo do Direito Penal do Inimigo, notadamente envolto na Lei de Identificação criminal, quando crimes sexuais notáveis e uma alta taxa de criminalidade, muitos dos quais de expressiva violência e, por outro lado, um baixo percentual de soluções de crimes, tornaram a atmosfera social e política propícia para a aprovação da Lei nº 12.654 de 2012 que inseriu a identificação criminal pelo perfil genético na Lei supra e a extração compulsória desse material genético quando o criminoso condenado inicia a fase de cumprimento da reprimenda pena, inserido o dispositivo na Lei de Execução Penal. O Regime Disciplinar Diferenciado foi originado de eventos criminais significativos e bem definidos, ora as rebeliões nos presídios paulistas e cariocas em 2001 e 2002 foram decisivos para a adoção desse regime mais duro de cumprimento de pena. Para a Lei de Organização Criminosa, assim como as demais, foi produzida numa ambiência de complexa criminalidade quando dos atentados promovidos pelo Primeiro Comando da Capital a partir dos presídios paulistas e que causaram uma onda de violência e crimes com mortes sem precedentes na história do Estado, provocando a perda da paz pública e desestabilização das instituições estatais no Estado de São Paulo. Todos esses eventos criminais formam explorados e superdimensionados pelas mídias locais e nacionais, impelindo o Poder Legislativo na adoção de leis mais duras e combativas, com claros sinais de simbolismo penal e punitivismo em evidente cenário criminal de expansão penal, dando-se, desse modo, origem aquelas normas penais com aparente teor de Direito Penal do Inimigo.

Avançando-se nas especificidades do objeto em análise, depreendeu-se que o teor normativos do dispositivo que instituiu a extração do perfil genético de criminosos é uma norma penal híbrida, que quando incide na fase de persecução penal, é uma norma que preserva os direitos e garantias do cidadão, diga-se, o criminoso comum, pois há uma mera suspeita de crime; por outro lado, a norma apresenta teor de nítido Direito Penal do Inimigo, ao passo que após a condenação o criminoso é tratado como inimigo, preservando seu perfil genético aquém do cumprimento da pena, numa verdadeira relativização e até anulação de direitos e garantias fundamentais. Para o Regime Disciplinar Diferenciado, a norma do Art. 52 da Lei de Execução Penal também é uma norma híbrida, ao passo que o criminoso que comete falta grave e que não apresenta tendências de periculosidade preserva seus direitos enquanto cidadão, não sendo submetido àquele regime; no ângulo oposto, o criminoso de alta periculosidade que comete falta grave e é capaz de influir liderança sobre os demais presos ao ponto de causar uma rebelião ou outras atividades delitivas dentro ou fora do sistema prisional é visto como inimigo. Para a norma contida na Lei de Organização Criminosa tem-se um teor puramente de Direito Penal do Inimigo, cujas lideranças são tidas como criminosos de altíssima periculosidade e, portanto, como os inimigos máximos do sistema de segurança e de justiça no ordenamento penal brasileiro. Todas essas entidades legais apresentaram os parâmetros de inimigo e características do Direito Penal do Inimigo, com a afirmação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal ao mencionar esses requisitos em suas decisões, ou seja, indicam todos os elementos de inimigo, sem, no entanto, mencioná-lo diretamente, além dos aspectos gerais da Teoria de Exceção de Günther Jakobs.

Evidenciado as origens normativas das Leis em análise, verifica-se que estas possuem teor simbolista penal e um punitivismo claro, produzidas num contexto histórico de franca expansão penal; e, principalmente, que há verossimilhança entre os parâmetros do conceito de inimigo e as características da Teoria do Direito Penal do Inimigo com os elementos normativos dos Art. 5º, Parágrafo único da Lei nº 12.037/ 2009, Lei de Identificação Criminal, combinado com o Art. 9-A da Lei de Execução Penal, ambos sobre identificação criminal pelo perfil genético; Art. 52, da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal, sobre o Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei nº 12.850/2013 sobre Organização Criminosa, somando-se a isso o respaldo da jurisprudência nacional, concluindo-se que as naturezas jurídicas da Teoria e destas Normas coincidem mutuamente, isto é, correlacionam-se normativamente e, portanto, a Teoria do Direito Penal do Inimigo está contida na legislação penal brasileira ou, de outro modo, que a Teoria de Exceção de Günther Jakobs é aplicada na legislação penal extravagante nacional.

REFERÊNCIAS:

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 7. ed. São Paulo, 2013. Disponível em: [7_anuario_2013-corrigido.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/7_anuario_2013-corrigido.pdf). Acesso em: 24 de out. de 2021.

BACHEGA, Bruna; PADOVAN; Vivian. **Jornal Hoje**: Marcola e 21 integrantes de facção de SP são levados para presídios de Brasília. YouTube. 2019. Disponível em: [Marcola e 21 integrantes de facção de SP são levados para presídios de Brasília, - YouTube](https://www.youtube.com/watch?v=JyfXWzgkOjw). Acesso em: 26 de out. de 2021.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Volume 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, 1º de out. de 2009. Disponível em: [L12037 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12037.htm). Acesso em: 26 de out. de 2021.

BRASIL. 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; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: [L12850 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2013/lei/L12850.htm). Acesso em: 27 de out. de 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, 11 de jul. de 1984. Disponível em: [L7210 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/1984/lei/L7210.htm). Acesso em: 27 de out. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. HC: 390.276 SP 2017/0043321-6/SP. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. JusBrasil, Brasília, DJ 14 de mar. de 2017. Disponível

em: Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS : HC 0043321-38.2017.3.00.0000 SP 2017/0043321-6 (jusbrasil.com.br). Acesso em: 26 de out. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 136298/SC - SANTA CATARINA 4003347-25.2016.1.00.0000**. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. JusBrasil, Brasília, Data de Julgamento: 06/12/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-267 16 de dez. de 2016. Disponível em: HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESENTES OS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NEGADO SEGUIMENTO. Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS : HC 4003347-25.2016.1.00.0000 SC - SANTA CATARINA 4003347-25.2016.1.00.0000 (jusbrasil.com.br). Acesso em: 26 de out. de 2021.

BRUM, Beatriz Lage. **Identificação Criminal Mediante Extração do DNA (Ácido Desoxirribonucleico)**: Um confronto necessário entre Direito Penal do Inimigo e o Estado de Direito. 2016. 40 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016. Disponível em: Repositório Institucional - UFJF: Identificação criminal mediante extração do DNA (ácido desoxirribonucleico): um confronto necessário entre Direito Penal do Inimigo e Estado de Direito. Acesso em: 26 de out. de 2021.

BRUNO. Cássio. **Mapa da Violência**: De 50 mil homicídios, só 8% são esclarecidos. Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, 9 de maio de 2011. Disponível em: ConJur - Somente 8% dos 50 mil homicídios cometidos no país são esclarecidos. Acesso em: 25 de out. de 2021.

CAMPOS, João. **O DNA do crime**. O Popular. Goiânia, 22 de mar. de 2013. Disponível em: O DNA do crime. Título do artigo do Deputado João Campos publicado no jornal O Popular | Policia Civil do Estado de Goiás Policia Civil do Estado de Goiás. Acesso em: 25 de out. de 2021.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado**: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Pelotas, v. 4, n. 1, jan./dez. 2005. Anual. Disponível em: RDD - SALO DE CARVALHO.pdf (usp.br). Acesso em: 25 de out. de 2021.

COSTA, José Francisco de Faria. **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FONSECA, Claudia. **Mediações, tipos e figurações: reflexões em torno do uso da tecnologia DNA para identificação criminal.** Anuário Antropológico, v.38 n.1, Jan./Jun. 2013. Disponível em: Mediações, tipos e figurações | Anuário Antropológico (unb.br). Acesso em: 26 de out. de 2021.

FORT, Mônica Cristine; OLIVEIRA, Luís Ronaldo Vaca Alvarez. **Medo e horror na cobertura jornalística dos ataques do PCC em São Paulo.** LOGOS 26: comunicação e conflitos urbanos. Rio de Janeiro, Ano 14, 1º semestre. 2007. Disponível em: Medo e horror na cobertura jornalística dos ataques do PCC em São Paulo | Fort | Logos (uerj.br). Acesso em: 26 de out. de 2021.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminalidade Econômica Organizada.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, n. 55, agos./set. 2013.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das Leis Penais e Legislação Penal Simbólica.** 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito.** 2. ed. trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

IPEA. **Atlas da violência 2020.** Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: 3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf (ipea.gov.br). Acesso em: 24 de out. de 2021.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal.** trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal.** Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003b.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo:** Noções e Críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LEONELLO, Caroline; MARQUES, Fernando Tadeu. **O direito penal do inimigo frente ao Estado Democrático de Direito.** Jus Humanum: Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: v. 1 n. 1 (2011) | Jus Humanum: Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais (cruzeirodosul.edu.br). Acesso em: 27 de out. de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada:** volume único. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LUHMANN, Niklas, **Sociologia do Direito I.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal:** o ‘Direito Penal do Inimigo. 2006. 314 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

NOGUEIRA, Ciro; CÂNDIDO, Vicente. **Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania:** Projeto de Lei Nº 2458, DE 2011. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: prop_mostrarintegra;jsessionid=node0o0awvs06x68sfnqx6r9jsxd58592609.node0 (camara.leg.br). Acesso em: 25 de out. de 2021.

OLIVEIRA, Otávio Augusto de. **Uma Crítica Contemporânea Acerca do Direito Penal do Inimigo e sua Relação com a Lei dos Crimes Hediondos.** 2017. 56f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2017.

POMBO, Maisa Guimarães. **A Aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo no Brasil:** Uma análise a partir do Regime Disciplinar Diferenciado. 2016. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: Microsoft Word - monografia final maisa .docx (ufpr.br). Acesso em: 26 de out. de 2021.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Processo – **Mandado de Segurança nº 8000211-90.2019.8.24.0000**. Relatora: Hildemar Meneguzzi de Carvalho. Florianópolis, 19 de maio de 2020. Disponível em: doc_80002119020198240000-DNA.pdf (juscatarina.com.br). Acesso em: 26 de out. de 2021.

SÃO PAULO. Governo do Estado. **Diálogo Digital - Sistema Prisional Governador Dória sobre as transferências de líderes do PCC**. YouTube. 13 de fev. de 2019. Disponível em: Diálogo Digital - Sistema Prisional Governador Dória sobre as transferências de líderes do PCC - YouTube. Acesso em: 26 de out. de 2021.

SOFIO, Luigi. **Preso relata em livro torturas que teria sofrido em Guantánamo**. G1: Fantástico, Rio de Janeiro, 26 de jul. de 2015. Disponível em: Fantástico - Preso relata em livro torturas que teria sofrido em Guantánamo (globo.com). Acesso em: 24 de out. de 2021.

SOUZA, Beatriz. **Os 25 países mais violentos do mundo (Brasil entre eles)**. Exame. São Paulo, 14 de maio de 2014. Disponível em: Os 25 países mais violentos do mundo (Brasil entre eles) | Exame. Acesso em: 24 de out. de 2021.

VIANA, Lurizam Costa. **A Organização Criminosa na Lei 12.850/2013**. 2017. 240f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASHGA3/1/a_organiza_o_criminosa_na_lei_12.850_13_disserta_o_lurizam_costa_viana_.pdf. Acesso em: 25 de out. de 2021.