

UNIABEU CENTRO UNIVERSITÁRIO.

ELISABETE DOS REIS FERREIRA LOURENÇO.

DIREITO PENAL DO INIMIGO.

NILÓPOLIS

2015

ELISABETE DOS REIS FERREIRA LOURENÇO.

DIREITO PENAL DO INIMIGO.

Projeto de Pesquisa de Monografia apresentado como  
exigência parcial para obtenção do Título de Bacharel em  
Direito pela UNIABEU Centro Universitário.

Orientador: Professor. Ms. Rogério Rosa da Cruz.

NILÓPOLIS

2015

ELISABETE DOS REIS FERREIRA LOURENÇO.

DIREITO PENAL DO INIMIGO.

Monografia apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito pela UNIABEU Centro Universitário.

Orientador: Professor. Ms. Rogério Rosa da Cruz.

Tendo sido aprovada em \_\_\_/\_\_\_/2015.

BANCA EXAMINADORA.

---

Orientador: Professor. Ms. Rogério Rosa da Cruz.

UNIABEU Centro Universitário

---

Professor (a):

UNIABEU Centro Universitário

---

Professor (a):

UNIABEU Centro Universitário

Dedico este trabalho ao meu amado esposo, companheiro  
de vida que me inspira a realizar sonhos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por me cingir de forças, conhecimento e sabedoria.

Aos meus pais que são meus amores e verdadeiros mestres da vida, me ensinaram e me ensinam a ser o que sou com dignidade e honradez.

Aos meus irmãos, amigos e familiares que me incentivam e torcem pelo meu sucesso e que de forma amável compreenderam minhas ausências e me deram todo apoio para a realização deste feito.

Por fim, agradeço meu orientador Rogério Rosa da Cruz pela precisa e objetiva orientação de quem conhece profundamente o Direito e teve paciência de ouvir minhas duvidas, me indicando o caminho a seguir, porém me dando liberdade de escolha.

## **SUMÁRIO**

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	11
<b>2. DIREITO PENAL.....</b>	12
2.1 Princípios e Fundamentos.....	13
2.2 Princípios Relacionados ao Direito Penal.....	14
2.3 Princípios Relacionados ao Fato.....	15
2.4 Princípios Relacionados ao Agente.....	17
2.5 Princípios Relacionados à Pena.....	17
2.2.1 Garantismo Penal e seus Axiomas.....	18
<b>3. DIREITO PENAL DO INIMIGO.....</b>	21
3.1. Fundamentos Jusfilosóficos.....	24
3.2. Cidadão X Inimigo.....	28
<b>4. DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	30
4.1. Regime Disciplinar Diferenciado.....	32
<b>5. DIREITO PENAL DO INIMIGO EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS.....</b>	39

**6. CONCLUSÃO.....44**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....47**

*"Uma nação não pode ser julgada pela maneira como trata seus cidadãos mais ilustres e sim pelo tratamento dado aos mais marginalizados: seus presos".*

*Nelson Mandela*

## **RESUMO**

Este trabalho tem por objeto a análise da Teoria Direito Penal do Inimigo que é defendida por Gunther Jakobs, que constitui um Direito Penal de exceção, tal teoria se propagou no mundo após ataques violentos a países que sofrem com o combate ao terrorismo, levando o Judiciário a repensar todo o seu Sistema Legal e Processual, bem como sua aplicação no ordenamentos jurídicos brasileiro e estrangeiro. O Direito Penal do Inimigo possui sólidos fundamentos já ratificados por grandes filósofos como Hegel e Luhmann e ainda os contratualistas Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Demonstrando desde tempos remotos a separação do inimigo da sociedade, como sua efetivação no Tribunal de Nuremberg, pois para os ilustres filósofos, o que delinque persistentemente não pode ser agraciado com o benefício de viver em sociedade, tampouco fazer jus da proteção do Estado. Dessa forma é possível verificar um Direito Penal do Inimigo sendo aplicado sorrateiramente ao longo do tempo nos sistemas penais do mundo e no Ordenamento Jurídico Brasileiro através do Regime Disciplinar Diferenciado estabelecido pela Lei de 10.792/2003, desvirtuando a aplicação das Leis e infringindo Princípios Constitucionais preconizados na Carta Magna.

Palavras Chaves: Direito Penal do Inimigo; Direito Penal de Exceção; Sistema Legal; Ordenamento Jurídico Brasileiro; Ordenamento Jurídico Estrangeiro; Tribunal de Nuremberg; Regime Disciplinar Diferenciado; Princípios Constitucionais; Carta Magna.

## **LISTA DE SIGLAS**

**CRFB-** Constituição da República Federativa do Brasil

**PCC-** Primeiro Comando da Capital

**SP-** São Paulo

**RDD-** Regime Disciplinar Diferenciado

**STJ-** Superior Tribunal de Justiça

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa promover a reflexão sobre a teoria “Direito Penal do Inimigo”, sua conceituação, características e relevantes apontamentos, bem como seu posicionamento no Ordenamento Jurídico Brasileiro e no Sistema Penal Estrangeiro. O grande interesse nesse estudo nasceu após ser verificada a aplicação de uma teoria que defende o excesso punitivo em um Estado democrático de direito alicerçado em uma Constituição que prima por direitos e liberdades individuais. O “Direito Penal do Inimigo” tem por doutrinador o alemão Günther Jakobs, ilustre filósofo e professor militante da Seara Penal.

Em contrapartida, Jakobs adota a teoria da prevenção geral positiva, onde o bem jurídico protegido é a vigência da norma, pois uma morte por doença é uma perda, entretanto uma morte por homicídio é uma lesão. Divide ainda o direito penal em Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo. O primeiro se aplica para aquele que comete crime ocasionado por um desvio de conduta. Já o segundo será aplicado àquele que desvia sua conduta de forma reiterada, com profissionalismo e habitualidade ameaçando todo o ordenamento jurídico e deve ser neutralizado no momento prévio, pois quem não quer se readequar ao meio social não deve ser tratado como pessoa. Na visão de Jakobs a este não cabe misericórdia. Contudo, cabe ressaltar a diferenciação de “ser humano” e “pessoa”. Jakobs acredita que o “ser humano” é o resultado de um processo natural, nasce e adquire personalidade jurídica e a “pessoa” é um produto social e destinatário das expectativas normativas. Segundo o doutrinador, o inimigo constitui uma “não pessoa”, pois ao negar a norma quebra qualquer vínculo com a sociedade. Jakobs caracteriza essa “não pessoa”, como sendo terroristas, criminosos sexuais, imigrantes ilegais e aqueles que participam de crime organizado.

No primeiro capítulo veremos como funciona o Direito Penal Brasileiro, qual a sua finalidade e quais bens jurídicos tutelados por este que deve ser a “*Ultima ratio*”, ou seja, o último recurso a se impulsionado pela sociedade dentro de um ordenamento jurídico em harmonia com princípios norteadores que primam pelas garantias individuais.

Já no segundo capítulo examinaremos todo o contexto histórico do Direito Penal do Inimigo e princípios jusfilosóficos que embasam tal teoria, pois na visão contratualista de Rousseau e Nicklas Luhmann, onde o cidadão possui um contrato social com o Estado Governo, na tentativa de manter a paz do coletivo social, sustenta-se que a ordem jurídica é a

manifestação da vontade geral e quando um indivíduo delinque, este por sua vez nega essa vontade geral. A partir daí surge a pena criminal para negar a vontade do delinquente e efetivar a vontade geral da ordem jurídica. Ainda na visão de Rousseau o malfeitor que viola o contrato social passa a não fazer jus aos benefícios do contrato e perde a condição de indivíduo e deixa de ser membro do Estado e se torna um inimigo. Porém não é inimigo todo aquele que comete um delito como analisaremos. Jakobs adota medidas preventivas que intencionam reposicionar o direito penal.

Será demonstrado no terceiro capítulo a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado disposto em Lei de nº 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais Brasileira, como sendo um excesso punitivo ao preso provisório e ao já condenado. Todas as medidas propostas por Jakobs já podem ser facilmente visualizadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo em vista que o Brasil não adota tal teoria sob a alegação de violação a norma Constitucional em seu art. 1º inc. III que discorre sobre a dignidade da pessoa humana, sua aplicação fomenta debates acalorados por boa parte dos doutrinadores brasileiros, pois todos se posicionam absolutamente contra.

Por fim, no quarto capítulo, retornaremos ao cenário pós-segunda guerra mundial, a fim de demonstrar a atuação do Direito Penal do Inimigo desde tempos remotos ficando clara sua atuação no Tribunal de Nuremberg, julgamento este conduzido sem fundamentação jurídica e com verdadeiras arbitrariedades no tocante aos direitos dos acusados.

Cada um destes capítulos conterá pertinentes indagações com objetivo de refletir como o ordenamento jurídico penal brasileiro trata seus presos, todas estas constatações dentro de um contexto teórico crítico, assumindo uma metodologia de pesquisa descritiva para melhor compreensão do tema abordado.

## **2. DIREITO PENAL**

Desde os tempos remotos, a partir do momento em que as pessoas convivem e se relacionam, existem conflitos originados por diferenças religiosas, sociais, econômicas, culturais, de qualquer aspecto ou em qualquer enfoque, em razão destas diferenças ocorrem às infrações, sejam elas cometidas contra os costumes, modo de vida ou meio de convivência,

após uma ofensa nascia para o ofendido o direito de punir seu ofensor, porém não havia parâmetros para a reparação do delito, daí surgiam as “vinganças privadas”, “justiça divina” e “lei do mais forte”, porém estas formas coercitivas demonstravam em sua aplicação uma desproporcionalidade. A partir daí surge à figura do Estado que passou a tratar do Direito Penal.

O Direito Penal é um dos ramos do direito público que tem por finalidade proteger bens essenciais a sociedade, bens estes que não podem ser protegidos por outros ramos do direito. Nesse sentido leciona Luiz Regis Prado (1999, p.47) “O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”.

O critério adotado pelo Direito Penal para a seleção de bens a serem protegidos, é político. Devido a evolução histórica o que constitui crime hoje com o passar do tempo pode não ser, a exemplo disso temos a revogação do crime de sedução e adultério, levada a efeito pela Lei 11.106/2005. No entanto é objetivo deste valoroso trabalho demonstrar que boa parte dos doutrinadores vem contestando este conceito, ou seja, para o professor Gunther Jakobs, o bem jurídico que deve ser protegido pela norma penal, já foi atacado, o que se protege na verdade é a vigência da norma, pois o agente que comete o delito deve ser punido para que se reafirme a norma em vigor. Conforme assevera Guillermo Portilla Contreras (2007, p.106) “O essencial no Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos senão a proteção de normas, dado que os bens se convertem em jurídicos no momento em que são protegidos normativamente”.

## 2.1 Princípios e Fundamentos

Princípios são mandamentos nucleares de um sistema, que orienta o legislador ordinário com objetivo de limitar o poder punitivo estatal, mediante a imposição de garantias aos cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 foi firmada em um profundo sentimento de solidariedade entre os povos, mediante as atrocidades cometidas na ditadura militar visando um renovo político. No âmbito do Direito Penal que é firmado no princípio da dignidade humana que rege todo o Sistema Penal Brasileiro, podemos visualizar a proteção ao indivíduo de forma

geral, evitando que uma vez sobre o domínio do Estado que pune, tenha seus direitos esquecidos por arbitrariedade. Assim preconiza o art. 1º da “CRFB”:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

**III - a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. “(Brasil, 1988, grifos nossos).

Nas palavras do professor Fernando Capez (2009, p. 07) “Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentaria ao próprio fundamento da existência de nosso Estado”. O princípio da dignidade humana se tornou imprescindível e irremovível, pois resguarda direitos fundamentais, ressalva esta cultivada como valor absoluto pela Constituição Federal.

## 2.2 Princípios Relacionados ao Direito Penal

Veremos que os princípios relacionados ao Direito Penal estão expostos através do Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos ocasionado por uma lesão ou ameaça a um determinado bem protegido por Lei. Ainda nesta vertente, o Princípio da Intervenção Mínima refere-se à proteção do bem estritamente necessário a sociedade, orienta e limita o poder incriminador estatal, se subdivide em Princípio da Fragmentariedade e Subsidiariedade, o primeiro demonstra a aplicação do poder estatal em se tratando a ofensa de maior gravidade. Já o segundo ocorrerá quando houver um conflito aparente de normas, para sua resolução a norma principal prevalecerá sobre a norma subsidiária.

Todavia o Princípio da Adequação Social implicaria em condutas socialmente toleradas ou permitidas pela sociedade, como por exemplo, um vendedor de CDs “piratas”, a prática constitui crime, porém é visível a sua aceitação pelo coletivo social. Ainda neste sentido se observa o Princípio da Insignificância que avalia a gravidade da conduta praticada com a necessidade de intervenção estatal, tema já pacificado no ordenamento jurídico brasileiro, como vislumbraremos a seguir:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO E MINISTERIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APELO MINISTERIAL PARA CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. SENTENÇA QUE RECONHECE A AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À IMPUTADA DESTINAÇÃO COMERCIAL DA DROGA, MAS DESCLASSIFICA PARA O TIPO DO ARTIGO 33, § 3º, DA LEI Nº 11.343/2006, SEM ADITAMENTO DA DENÚNCIA, COM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA OU CORRELAÇÃO. Insuficiência de prova quanto à destinação da droga apreendida. Dúvida que se resolve em favor dos acusados, com absolvição pela única hipótese delitiva imputada. APELO DEFENSIVO PROVIDO. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70053869509, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 26/03/2015).

Ementa: APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTOS SIMPLES. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. No caso concreto, a res furtiva totalizou R\$ 77,00 e as vítimas não sofreram prejuízos, diante da recuperação total dos bens. Segundo jurisprudência das Cortes Superiores, para o reconhecimento da causa supralegal de atipicidade, exige-se: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) lesão jurídica inexpressiva. Requisitos presentes na hipótese em exame. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70062561758, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 26/03/2015).

## 2.3 Princípios Relacionados ao Fato

No que tange o fato criminoso, há princípios norteadores específicos como o Princípio da Materialização do Fato, onde o Estado só poderá condenar condutas voluntárias (fatos), não podendo ser incriminado o cidadão por seus pensamentos, desejos, estilo de vida ou meras cogitações. Para que ocorra o delito é absolutamente necessário à lesão ao bem jurídico

tutelado, como defende o Princípio da Ofensividade do Fato, tende o fato que estar previsto em Lei, como rege o Princípio da Legalidade e dispõe o art. 5º inc. XXXIX da CRFB:

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

**XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Nesta corrente, leciona Frederico Marques (1997, p. 222-223):

(...) esse preceito, ao incidir sobre o Direito Penal, encontra de início o princípio de reserva que proíbe qualquer incriminação sem prévia definição da lei. Donde concluir-se que a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito não podem criar novas figuras delituosas, nem tampouco penas ou sanções jurídicas: nesse terreno, o Direito Penal não apresenta lacunas porque tudo aquilo que não for ilícito punível em consequência de previsão legal explícita deve ser considerada como ato penalmente lícito.

O Princípio da Legalidade tem por objetivo proibir a retroatividade da Lei Penal, a criação de crimes e penas pelos costumes, o emprego de analogia e, por fim, proibir incriminações vagas e indeterminadas. Tal Princípio, nasceu da necessidade de regras permanentes que pudesse abrigar a conduta criminosa evitando por parte dos governantes arbitrariedades que geram duvidas para a sociedade, o Estado punitivo deve ser imparcial e sob hipótese alguma ser visto com desconfiança ou suspeita.

Somente a garantia do crime previsto em Lei, não é o suficiente para resguardar os direitos do individuo contra a arbitrariedade do excesso punitivo, é necessário que a Lei seja anterior aos fatos que ela busca incriminar (princípio da anterioridade), é preciso ainda que essa Lei anterior seja escrita e de fácil entendimento, expulsando da incriminação um costume incriminador, pois no Brasil costume não cria Lei e nem comina pena, mas revoga infração penal, como por exemplo, “jogo do bicho” o que é defendido por uma parte minoritária de doutrinadores, para a parte majoritária a infração penal só revogada por Lei. O Princípio da Reserva legal exige que a Lei Penal seja interpretada sem equiparações analógicas, salvo se for beneficiar o réu.

## 2.4 Princípios Relacionados ao Agente

Consoante aos princípios que resguardam os direitos do agente que pratica o fato, é vedado pelo Princípio da Responsabilidade Pessoal a imputação criminal por fato praticado por outrem, não basta que o fato seja praticado pelo agente, é necessário o dolo ou culpa como pressupõe o Princípio da Responsabilidade Subjetiva. O agente deve ser ainda imputável e totalmente capaz, ou seja, dotado de consciência da ilicitude de sua conduta, assim ressalva o Princípio da Culpabilidade. Nessa vertente, Heleno Fragoso esclarece (2007, p.327): “Crime é, assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção penal. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijuridicidade e culpável”.

Ainda relacionado ao fato praticado pelo agente, a Lei Penal garante tratamento igualitário a todos como institui o Princípio da Igualdade que se firma no art. 5º, caput da “CRFB”, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

## 2.5 Princípios Relacionados à Pena

Quanto aos princípios relacionados à pena, conforme o Princípio da Proibição de Pena indigna, pode-se afirmar segundo Prado (2007, p.149) “Apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade”.

Sobre este princípio, repousa o veto de que ninguém pode ser submetido a maus tratos, humilhações e situações que ferem a dignidade da pessoa humana, pois nenhuma pena pode ser desumana, cruel ou degradante como preceitua o Princípio da Humanidade. Por fim o Princípio da Proporcionalidade que contrapõe o bem lesionado e o bem perdido pelo agente, sua liberdade. Dessa forma, o Legislador conta com o critério trifásico de aplicação da pena,

como dispõe o art. 68 do Código Penal. Tal critério fornece ao julgador meio para a aplicação da Lei ao caso concreto sem que haja desproporcionalidade da pena ao fato praticado, sobre a intervenção mínima do Estado na liberdade individual disserta Cesare Beccaria ( 2001, p.28):

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”, assim, “os meios de que utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente.

## 2.2.1 Garantismo Penal e seus Axiomas

Garantias do ponto de vista jurídico são direitos, privilégios e isenções que a Constituição de um país concede aos cidadãos. Na visão de Kelsen em um Estado Constitucional de Direito, o ordenamento jurídico se forma por um conjunto de normas hierárquicas estruturadas em uma pirâmide abstrata, onde as normas inferiores não podem atacar a Lei Maior, a Constituição. Nesse sentido, para Kelsen não basta dizer que a norma por existir, é válida e deve ser obedecida, não pode a mesma ameaçar direitos e garantias fundamentais resguardados pela Constituição. Assim, afirma Kelsen (1987, p. 240):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Dessa forma a norma infraconstitucional, não poderá sob hipótese alguma tipificar condutas que estão protegidas pela Lei Maior, sob ameaça de uma sanção penal, evitando que seja cometido pelo Estado, atos obscuros e contraditórios que violem direitos fundamentais.

É na hierarquia das normas propostas por Kelsen que se firma o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli (2014. p. 785-787), que explica:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, [...] se caracteriza como uma técnica de tutela idônea [...]em garantia dos direitos.

[...]

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. [...] exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito;

[...]

Num terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

O modelo penal Garantista de Ferrajoli, reside na concepção de que a Constituição de um país tende a servir como parâmetro de racionalidade e justiça, uma vez que esse pressuposto for desvirtuado, resultara em divergências entre norma constitucional e a norma inferior, a Constituição corre o risco de perder suas características norteadoras, se tornando mera ideologia.

Em seu primeiro significado, o Garantismo Penal pressupõe um modelo normativo de direito, ou seja, a conduta criminosa deve estar tipificada em lei, sob essa estrita legalidade repousa a minimização da violência e a maximização da liberdade, aquele que não delinque tem total proteção de suas liberdades individuais, mas o que delinque e restringido em sua liberdade, entretanto não pode ter seus direitos fundamentais penalizados pela sanção penal. Cabe salientar que uma Constituição pode ser muito bem estruturada, porem se nela houver defeitos nas técnicas coercitivas, haverá a supressão de direitos e garantias fundamentais.

Já em seu segundo significado, a teoria da validade e da efetividade se distinguem no que se refere a existência da norma e sua aplicação em todas as esferas do ordenamento jurídico, no que tange a magistratura o Juiz deve exercer sua função com certo senso crítico as normas vigentes, não deve ter posturas “engessadas” ao aplicar a Lei, este por sua vez, tem que primar pela proteção dos direitos e garantias estabelecidos na Constituição.

Por fim, em seu terceiro significado, o Garantismo baseado em uma filosofia política de separação entre direito e moral, entre a validade e justiça, entre o ponto de vista ético-político e o jurídico e ainda, a conexa divergente relação entre justiça e validade.

O Garantismo Penal não tem nada a ver com abolicionismo, pois a virtude está no meio termo, ele rechaça todo e qualquer tipo de abuso do direito de punir, como também não defende uma liberdade selvagem e carente de regras, ou seja, é um modelo de direito consistente em uma liberdade regrada que rechaça os dois extremos, como diria Aristóteles a “coerência está no meio termo”.

E como se aplica o Garantismo Penal?; Segundo Ferrajoli (2014, p.91) o segredo é minimizar o poder estatal através de técnicas de minimização do poder institucionalizado, se valendo de 10 axiomas, que por sua vez são 10 princípios essenciais para o Estado:

- *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito);
- *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade);
- *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal);
- *nulla necessitas sine injuria* (princípio da ofensividade ou da lesividade do resultado);
- *nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação);
- *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal);
- *nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdicionalidade);
- *nullum judicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação);
- *nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação);
- *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).

Estes princípios embasam uma espécie de modelo-limite, mas não são capazes de suprir todos os direitos e garantias do ser humano, são fundamentos essenciais que norteiam todo o sistema jurídico, sobretudo o Direito Penal. A Constituição Brasileira é totalmente garantista, conforme sugere um Direito Penal Mínimo.

Em suma, para o Garantismo Penal não há pena sem crime, não há pena sem lei, não há lei penal sem necessidade, não há necessidade sem real, concreta, efetiva e relevante lesão ao bem jurídico tutelado, a lesão resulta de uma conduta, nesta conduta deve ser demonstrada a culpa e seu reconhecimento deve ser feito por órgão jurisdicional que deve ser provocado por meio de provas que serão submetidas ao contraditório.

### **3. DIREITO PENAL DO INIMIGO**

O “Direito Penal do Inimigo”, é uma teoria que entrou em evidência após o terrível ataque aos Estados Unidos no dia 11 de Setembro de 2001. Defendida por Gunther Jakobs, nos meados da década de 1990, catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito pela Universidade de Bonn-Alemanha, foi baseada em políticas públicas de combate à criminalidade nacional e internacional.

Para Gunther Jakobs que adota a teoria da prevenção geral positiva, o “Direito Penal do Inimigo”, constitui-se por medida excepcional, onde se faz a distinção entre o cidadão e o inimigo, o cidadão é aquele que merece estar em sociedade, mesmo que se desvie de sua conduta. Para o inimigo que através de práticas reiteradas visa abalar a estrutura do ordenamento jurídico, a punição tem que ser aplicada na medida da gravidade do fato e principalmente da periculosidade do agente, punindo ainda de forma rigorosa seus atos preparatórios com intenção prevenir o delito.

Basicamente o “Direito Penal do Inimigo” se firma em três medidas importantes, que visam a prevenção do ato, pois se houver a antecipação da punição do inimigo, supressão de algumas garantias processuais e Leis mais severas para a punição dessa classe, o Estado conseguiria evitar ao Maximo práticas terroristas, homem bomba, etc. Ocorre que existe uma desproporcionalidade “gritante” entre os atos praticados e as penas aplicadas. Nesse sentido leciona Gunther Jakobs (2010. p. 90), sobre os elementos que caracterizam o “Direito Penal do Inimigo”, dizendo o seguinte:

O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva [...]. Em segundo lugar, as

penas previstas são desproporcionalmente altas [...]. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

O Direito Penal do Inimigo é encontrado no que tange a terceira velocidade, ou seja, a primeira velocidade no Direito Penal é aquela que se refere ao setor do ordenamento jurídico onde são imputadas penas privativas de liberdade fundamentadas por princípios políticos-criminais e princípios processuais clássicos como já supracitados. Já na segunda velocidade para as infrações onde serão impostas penas pecuniárias ou restritivas de direitos, ocorre à flexibilização entre as penas e os princípios e regras clássicos, pois restringem a vida do criminoso impondo obrigações proporcionais ao mal causado. Como exemplo disto, temos a transação penal elencada no art. 76 da Lei de nº 9099/1995, nessa modalidade não há necessidade de advogado, não há processo e nem denúncia já que a própria transação equivale a pena. Entretanto, a terceira velocidade onde se encontra o Direito Penal do Inimigo se difere pela aplicação de penas restritivas de direito (primeira velocidade) com a supressão de garantias essenciais mínimas (segunda velocidade), seria uma espécie de cruzamento entre a primeira e a segunda velocidade, porém ao criminoso seria aplicado um direito penal de exceção sem nenhuma clemência por parte do Estado.

Quando se trata da aplicação do Direito Penal do Inimigo, surgem indagações como: é legítimo? Deve ser adotada ou expurgada do ordenamento jurídico penal, ou ainda, enquadrada nos moldes do ordenamento jurídico atual?; Antes de tentar responder tais questões é necessário atentar para a demanda penal atual, todavia seria necessário estudar a finca tipo por tipo criminal, analisando os tipos e a proporcionalidade das penas. Cabe salientar que a essência do Direito Penal do Inimigo reside no combate a indivíduos extremamente perigosos, de modo que a restrição de seus movimentos e uma punibilidade incisiva chegaria próximo da punição proposta por Jakobs.

Na concepção de Gunther Jakobs, inimigo é todo aquele que pratica o crime de forma reincidente, ou seja, com habitualidade e profissionalismo. Não mede esforços no tocante a especialização e instrumentalização para infringir a vigência da norma, representam um enorme perigo para a coletividade e cometem crimes que colocam em risco a própria existência Estatal, como exemplo o ataque terrorista.

O Inimigo não pode ser caracterizado como cidadão, pois demonstra em sua conduta a “quebra do contrato social”. Com isso não faz jus a prerrogativa do mesmo ficando isento de direitos e garantias individuais.

Após esta breve consideração, nas palavras de Sanchez (2004, p.57), é possível definir o inimigo como:

Um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (...) ou em sua ocupação profissional (...) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização [criminal] (...), vale dizer, em qualquer caso de forma resumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.

O ilustre doutrinador afirma que o inimigo aparece na figura do terrorista, criminoso sexual, imigrante ilegal, líderes do narcotráfico e crime organizado. Nesse sentido, leciona Jakobs (2010, p. 40-41):

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

Não é necessário buscar em outros países a figura do inimigo, fatos históricos demonstram infelizmente sua atuação no Brasil. Criminosos como Elias Pereira da Silva, o “Elias Maluco”, condenado a 28 anos e seis meses de reclusão pelo brutal assassinato do jornalista Tim Lopes, torturado antes de morrer, com golpes de uma espada ninja; Francisco de Assis Pereira, o "Maníaco do Parque", um criminoso que estuprou, torturou e matou pelo menos seis mulheres e atacou outras nove, no Parque do Estado, situado na região sul da cidade de São Paulo, local onde foram encontrados vários corpos das vítimas. Não poderia deixar de citar Marcos Willians Herbas Camacho, vulgo “Marcola”, líder da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), atualmente preso em Presidente Bernardes (SP) sob RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). Ambos se inserem na figura de “Inimigo Estatal”, mediante ao alto nível de periculosidade, contudo o que fica em evidencia é a capacidade de

comando e organização de “Marcola”, como já notícias veiculada por diversos meios de comunicação.

Na visão de Jakobs, o inimigo não é um sujeito de direito e sim objeto de coação, não é um sujeito processual, portanto seus direitos processuais devem ser restringidos. Ao inimigo o Estado deve declarar guerra, não cabe ao mesmo uma punição branda na conformidade da lei e sim medida de segurança, mediante a sua periculosidade. Para o Estado a antecipação da tutela penal é de suma importância, pois o inimigo não é punido pelo que ele fez e sim pelo que “é”, não é o passado que lhe condena, é o perigo que ele representa para o futuro, sua contenção é imprescindível para a manutenção da paz coletiva e da estrutura Estatal. É necessário para sua contenção que se utilize de meios como escutas e agentes policiais infiltrados, a fim de impossibilitar o “iter criminnis” (caminho do crime) e sua realização.

Cabe ressaltar, que o Direito Penal do inimigo vem do Direito Penal do horror, que é aquele praticado na idade média, onde os tribunais realizavam o julgamento daqueles que representavam perigo para a sociedade. Para esse inimigo tão perigoso não havia um julgamento justo, eram submetidos a um processo inquisitivo e por muita das vezes não sabiam nem quem os tinham denunciado.

O terror vivido na 2<sup>a</sup> Guerra Mundial, terrivelmente também fez cenário para a configuração do inimigo, pois diversas pessoas foram torturadas, muitas queimadas ainda com vida sob acusações infundadas e quando procediam tais acusações, não havia provas comprobatórias contundentes para aplicação das penas traduzidas na forma de suplício para o corpo.

Segundo Jakobs, resta comprovado que o homem possui extrema capacidade em ser deliberadamente maquiavélico, o que se discute no Direito Penal do Inimigo não é inimputabilidade e sim o grau de periculosidade do criminoso, dentro de sua mais perfeita capacidade mental.

### 3.1. Fundamentos Jusfilosóficos

O Direito Penal sempre foi estudado como forma de controle social, com o crescimento das riquezas estatais e a influência da política no ordenamento jurídico, as demandas

tornaram-se cada vez mais complexas, a partir daí houve a necessidade de um direito mais incisivo que respondesse ao clamor social e não colocasse em cheque a confiança no poder Estatal. Como leciona Sanchez (2002, p.68):

Somente uma firme persistência na necessidade de manter escrupulosamente as garantias políticos-criminais do Estado de Direito e as regras clássicas de imputação, também na luta contra a antipática ou inclusive odiosa macrocriminalidade, poderia evitar um dos elementos determinantes em maior medida de “expansão” do Direito Penal. (...) Nisso influi, sem dúvida, a constatação da limitada capacidade do Direito Penal clássico de base liberal( com seus princípios da taxatividade, imputação individual, presunção de inocência, etc.) para combater fenômenos de macrocriminalidade.

Partindo desta premissa, o Direito penal nasce baseado na teoria de Hegel, que sustenta que a ordem jurídica seria uma manifestação da vontade geral, quando alguém prática um delito, ele nega essa vontade, contudo a pena para Hegel surge como a manutenção do contrato social.

Devido a complexidade dos conflitos, criou-se para a sua manutenção, sistemas específicos para eficácia na resolução dos mesmos. Tais sistemas são baseados na “Teoria dos Sistemas” de Niklas Luhmann, que sustenta que o ordenamento jurídico orienta a sociedade e a norma seria uma generalização das expectativas coletiva. Expectativas é claro, seriam as projeções criadas por um individuo em relação a conduta de outro. Luhmann sustenta ainda, que uma expectativa pode ser frustrada, o que difere é a reação mediante a frustração, ou se muda o comportamento humano ou se mantém a expectativa da norma e por isso, divide as expectativas em cognitivas e normativas.

As expectativas cognitivas são aquelas entre o homem e a natureza, ou seja, diante de uma frustração ocasionada por força desta nada se pode fazer. Já as expectativas normativas tratam da relação do homem com os demais, diante de um delito, frustra-se as expectativas em relação à norma e é aplicada uma sanção para que o homem siga com sua vida confiando que o Estado irá lhe proteger. Sobre as expectativas frustração das expectativas, afirma Luhmann (1995, p. 131-132):

O direito possibilita saber quais expectativas irão encontrar uma aprovação social e quais não. Dada essa certeza de expectativas, pode-se aguentar os desapontamentos do dia a dia com um alto grau de serenidade; pelo menos, pode-se confiar que suas expectativas não serão desreditadas.

O “Direito Penal do Inimigo” também se fundamenta em princípios contratualistas já ratificados por grandes filósofos como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Cada um destes já prenunciava a diferenciação com que deveria ser tratado um “Inimigo do Estado”.

Após várias indagações a respeito de como preservar a liberdade natural do homem e garantir sua segurança e seu bem estar em sociedade, houve por parte do Estado o chamado “Pacto Social”, onde o homem abdica de sua liberdade natural e a deposita no Estado Soberano. Após tal associação o Estado é capacitado a solucionar todos os pleitos que envolvem as relações humanas.

O Contrato Social, segundo Rousseau, teve por objetivo esclarecer ao povo sobre seus direitos e deveres, pois através do referido contrato manifesta-se uma vontade geral instituindo a ordem social e a paz coletiva.

Na concepção de Rousseau (1964, p. 360):

Suponhamos que homem chegando à aquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam pela sua resistência as forças de que cada indivíduo dispõe para manter-se nesse estado. Então, nesse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano parecia se não mudasse de modo de vida.

A intenção do contrato social é fazer com que todos os homens vivam em liberdade, mas abram mão de alguns direitos em prol do bem estar coletivo, onde o cidadão que comungar junto às regras estatais tem por benefício a prestação social fornecida pelo Estado. Rousseau defende que a sociedade opera mudanças nos homens, podendo ser elas positivas ou negativas, ou seja, suas ações devem estar em consonância com as Leis que representam a vontade geral da sociedade.

Mediante a este contrato pactuado entre Homem e Estado, aquele que delinque, infringe o contrato, desta maneira não pode participar dos benefícios, a partir deste rompimento não faz mais parte dessa relação jurídica. O delinquente para Rousseau é visto como um malfeitor que ataca o direito social, portanto deixa de ser membro do Estado, por sua vez se encontra em guerra com o mesmo, uma vez que não quer se adequar.

Em conformidade com o pensamento de Rousseau, Fichte assevera que quem abandona o contrato cidadão em vigência que preserva os direitos e deveres dos cidadãos com prudência, seja de forma voluntária ou involuntária, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, o que o leva a um estado de total ausência de direitos.

Fichte entende esse abandono contratual como uma morte civil, para o que abandona é cabível uma pena absoluta e retribucionista, pois não compartilha de valores sociais e como consequência, deve ser abandonado pela sociedade.

Contudo, a doutrina de Jakobs se distancia das teses defendidas por Rousseau e Fichte, quando se fala em separação total do indivíduo da sociedade. O ilustre doutrinador acredita que mesmo delinquendo de forma reincidente, seria impossível separar radicalmente o cidadão de seu direito, o injusto do inimigo, isso de forma totalmente abstrata, ou seja, este poderá manter um status de pessoa, reparando seu erro perante a sociedade, não podendo se despedir totalmente dela.

Já Hobbes, acredita que os homens são maus por natureza e se utilizam de meios vis para obter o que quer, o uso da violência se faz necessário para a posse de algo que não pode ser compartilhado ou dividido pela sociedade. Nesse sentido defende Hobbes que o uso da força é justificável, pois nenhum homem quer ser tido como inferior perante aos seus semelhantes.

O Contrato Social para Hobbes constitui um contrato de submissão pelo uso da imponente força estatal, ao que delinque é mantido o status de pessoa, porém todo esse paradigma muda, quando se trata de crime de rebelião, tal crime é visto por Hobbes, como uma recisão a submissão estabelecida no contrato original, é o retorno do homem ao seu estado natural, estes não devem ser castigados como súditos e sim como inimigo.

Por sua vez Kant, que defende a subjugação dos indivíduos em prol de uma Constituição Cidadã, onde qualquer pessoa pode obrigar a outra, mas aquele que não se deixa obrigar é enquadrado como um inimigo. Para o inimigo que comete o delito, o Estado pode agir de maneira hostil para reafirmar seu poder. Sobre o tema ratifica Kant (1907, p. 349):

Entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva...". [da] segurança [necessária], e lesionar," já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (*ato*), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (*statu iniusto*), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre" comigo em um" estado comunitário legal ou abandone minha vizinhança.

Nesta ordem jusfilosófica em que o Direito Penal do inimigo é sedimentado, nota-se semelhanças entre as correntes demonstradas no presente trabalho, o que as diferencia são as peculiaridades de cada doutrina, sabemos que para o inimigo não há caridade demonstrada pelo Estado, mas o que se discute em cada uma delas é como o inimigo será julgado, como pagara sua pena, algumas correntes filosóficas acreditam em seu retorno ao meio social, outras no seu banimento social, para que sirva de exemplo para a sociedade, colocando em cheque a eficácia da aplicação da pena privativa de liberdade.

### 3.2. Cidadão X Inimigo

Jakobs estabelece a diferenciação entre pessoa e individuo o primeiro constitui-se por uma unidade ideal de direitos e deveres, ou seja, o destinatário das expectativas normativas, já o segundo é resultado de um processo natural, nasce e adquire personalidade jurídica. Sobre o conceito de pessoa Luhmann apud Moraes (2008, p. 193):

Pessoa é algo distinto de um ser humano, um individuo humano; este é o resultado de processos naturais, aquela um produto social( do contrário nunca poderia ter havido escravos, e não poderia existir pessoas jurídicas) ; ou seja somente pode ser pessoa jurídico penal ativa, é dizer, autor ou partícipe de um delito, quem dispõe da competência de julgar de modo vinculante a estrutura do social, precisamente o Direito. Se trata, como resulta evidente, do conceito jurídico-penal de culpabilidade.

Como já visto, segundo Gunther Jakobs o Direito Penal do Inimigo é o meio pelo qual o Estado combate não os seus cidadãos, mas sim seus inimigos. Para essa classe que pratica crimes por princípio deve haver um Direito Penal de exceção, com a supressão de garantias constitucionais e processuais, pois não oferece segurança cognitiva em seu comportamento de que irá se restabelecer e poderá ser inserido novamente em sociedade, colocando em risco a segurança dos demais que se adéquam as normas jurídicas. Vejamos a definição de inimigo nas palavras de Capez (2005, p. 115):

[...] a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida.

O inimigo não pode ser considerado uma pessoa, pois prática o ato com profissionalismo e habitualidade, não possui capacidade cognitiva de ressocialização, deve ser julgado mediante a sua periculosidade e não culpabilidade. Diante da capacidade cognitiva do delinquente discorre Jakobs (2010, p. 55):

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 certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.

Jakobs caracteriza os inimigos estatais como autores de atos ilícitos, tais como delitos sexuais, ou pela ocupação profissional, assim como criminalidade econômica, tráfico de drogas, bem como a participação de uma organização criminosa, como, por exemplo, terrorismo nessa modalidade o individuo se separa do Estado de Direito. Mediante a sua periculosidade, é afastado do status de cidadão.

Sendo assim em alusão ao Sistema Penal Brasileiro, para o inimigo seria negado ampla defesa, contraditório e o devido processo legal, ou seja, sua condenação infringiria todas a normas penais e processuais, alicerçadas em princípios constitucionais rígidos que garantem a proteção de direitos fundamentais básicos.

No que tange o Direito Penal do Cidadão, é aquele que comete o delito eventualmente, portanto, a este devem ser fornecidas todas as ferramentas por parte do Estado, para que pague a sua pena e retorne ao meio social.

No Direito Penal do Cidadão todas as garantias penais e processuais devem ser obedecidas, aplica-se a sanção penal para a reafirmação da vigência da norma.

Fica claro que, o cidadão é punido pelo crime praticado e o inimigo pelo perigo que representa. Para o Direito Penal do Inimigo, um cidadão pode se transformar em um inimigo estatal, já o inimigo que é comparado a um criminoso contumaz, este jamais poderá retornar a seu estado a quo ante.

#### **4. DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988 preconiza em seu inc. III do art. 5º:

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

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

O Brasil enquanto um Estado Democrático de Direito busca a máxima proteção às liberdades civis, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através da norma jurídica.

Dentre os fundamentos que se baseia Constituição Federal, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se difere como um “norte”, para a proteção da inviolabilidade de sua vida privada. A Carta Magna defende que ninguém será tratado de forma desigual, desumana ou sofrerá qualquer arbitrariedade em virtude de lei.

Tal visão protecionista se deu após o golpe de 1964, após terríveis relatos de violação dos direitos humanos daqueles que se posicionavam contra o Estado Autoritário, época esta que pairou sobre o Brasil o medo e a revolta. O Ordenamento Jurídico Brasileiro a partir daí, primou pela incondicional proteção do ser humano.

No Brasil torna-se intratável a questão do Direito Penal do Inimigo, pois fere ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana evidenciando sua Inconstitucionalidade. Para alguns doutrinadores seria impossível a adoção do Direito Penal do Inimigo em um Estado democrático de direito, visto que o Brasil adota medidas que punem a conduta criminosa do agente e não o agente.

Luiz Gracia Martín (2007, p.56), também entende ser impossível a conciliação entre um Estado democrático de direito com o Direito Penal do Inimigo:

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

Na mesma corrente, leciona Zaffaroni (2007, p. 83):

A pré-história da legitimação discursiva do tratamento penal diferenciado do inimigo pode ser situada na antiguidade e identificada em Protágoras e Platão. Este último desenvolveu pela primeira vez no pensamento ocidental a ideia de que o infrator é inferior devido à sua incapacidade de aceder ao mundo das ideias puras e, quando esta incapacidade é irreversível, ele deve ser eliminado. Protágoras sustentava uma teoria preventiva geral e especial da pena, mas também postulava um direito penal diferenciado, segundo o qual os incorrigíveis deviam ser excluídos da sociedade.

Para alguns doutrinadores brasileiros, o Direito Penal do Inimigo só se justificaria em um estado de guerra, todavia sua aceitação seria um retrocesso, pois se assemelha ao “regime nazista”, que punia com a morte aqueles que não se enquadravam nos parâmetros de Hitler, não é possível desistir do preso sob o argumento de ser este irretratável.

Apesar de ir contra a todos os princípios preconizados na Carta Magna, é possível visualizar o Direito Penal do Inimigo no Sistema Penal Brasileiro.

A Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais Brasileira, Lei 7.210/1984, introduzindo o chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, que é destinado a determinados detentos suspeitos de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Dessa forma o preso fica isolado até um ano, sendo renovável este prazo por mais alguns dias, não podendo exceder 1/6 da pena. Ora, não seria tal medida repudiável que subjuga o preso a condições desumanas, degradantes e cruéis.

É evidente a aplicação do Direito Penal do Inimigo na Lei supracitada, pois visa reprimir o criminoso, impossibilitando seus movimentos, o isolando da sociedade e punindo de forma repressora, afirmando para a sociedade o poder do Estado e usando estes criminosos como exemplo do que não se deve seguir.

Todavia, seria possível ao Estado separar os cidadãos dos inimigos, caberia a quem manusear um poder punitivo sem limites, tais indagações não abririam brechas para uma “justiça cega”. Sem duvida, o Sistema Penal Brasileiro de certa forma já aplica a teoria de Jakobs, o objetivo da teoria não é sanar todos os problemas jurídicos e sim dar tratamento diferenciado ao individuo que transgride persistentemente, mas se depara com Leis protecionistas, utópicas e um sistema carcerário precário que não reeduca e sim aprimora o criminoso. Uma punição mais severa seria a solução para o combate a violência ou um retrocesso para o Direito Penal Brasileiro. A controvérsia não paira mais sob a sua aplicação, pois vimos que é fato consumado, o que está comprometido são os princípios e garantias estabelecidas na Constituição Federal.

#### 4.1. Regime Disciplinar Diferenciado

Para se falar em Regime Disciplinar Diferenciado, é necessário buscar fatos que ocasionaram a adoção de tal medida no ordenamento jurídico brasileiro.

O RDD surgiu regulado a nível estadual, disciplinado no Estado de São Paulo pela Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária nº 26 em 04 de maio de 2001, que estipulou medidas administrativas a serem tomadas perante a ocorrência de violentas rebeliões e manifestações do tipo. Logo, editou-se a Medida Provisória nº 28 em 04 de fevereiro de 2002, que estabelecia, em seu art. 2º, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado exclusivamente como sanção disciplinar destinada a presos ou condenados por crimes dolosos. Todavia, a medida provisória foi rejeitada pelo Congresso Nacional. Em seguida foi editada a Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais Brasileira, como já supracitada. Cabe salientar, que desde o primeiro momento de sua criação o RDD, gerou questionamentos, pois foi criado por ato do secretário do Estado de São Paulo, sendo que, conforme dispõe a Constituição Federal, em seus artigos 22, inc. I e 24 inc. I está disposto que cabe à União legislar sobre o tema.

Sua incompatibilidade reside na afronta às normas constitucionais que garantem ao preso tratamento igualitário que preserve sua integridade física e moral, conforme art. 5º inc. XLIV da “CRFB”, sendo que tal encarceramento ocorre em presídios sem nenhuma estrutura que reduzem o pouco de dignidade que resta ao preso, pois seu bem maior já lhe foi retirado sua

liberdade. Esse encarceramento duríssimo coloca em dúvida a supremacia da Constituição Federal, no momento em que passa despercebida a aplicação de uma correção disciplinar que além de ir contra garantias mínimas protegidas por ela, desarmoniza por fim todo um ordenamento jurídico. Há correntes que defendem a Constitucionalidade do RDD e argumentam que o crime tem origem penal e a sanção tem origem administrativa, tais argumentos não conseguem se sustentar por muito tempo.

Nessa ordem, cabe ressalva ao respeito à Carta Magna, pois tanto a Lei como a Constituição possuem uma essência genérica comum, porém a Constituição se difere no tocante aos seus princípios norteadores que se baseiam todo um sistema jurídico, como afirma Lassale (2001, p. 9):

A Constituição seria uma força ativa que faz, por uma exigência de necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são, mas pergunta se existiria em algum país alguma força ativa que possa influir de tal forma em toda as leis do mesmo que as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo.

O RDD, apesar de aplicado no decorrer do cumprimento da pena, não se constitui como regime de cumprimento da pena e possui características específicas para sua aplicação, como dispõe o art. 52 da Lei 7.210/1984:

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

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

II - recolhimento em cela individual;

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

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

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

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

Com a aplicação do RDD ao preso provisório e ao já condenado, nota-se grande semelhança entre este e o Direito Penal do Inimigo, todavia não deve ser considerado como regime de cumprimento de pena como salienta Mirabete (2004, p. 116):

O regime disciplinar diferenciado (...) não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.

Sabemos que a aplicação do RDD ao condenado, por muita das vezes torna-se necessária, e é possível encontrar alguma “coerência” em determinados casos, porém o que causa contradição com as normas constitucionais é sua aplicação ao preso provisório, pois como submeter um preso a um encarceramento tão cruel, baseado em meras suspeitas, isso não é aceitável.

Nesses casos nota-se verdadeiro desvirtuamento de princípios processuais penais como Presunção de Inocência, todavia se o direito penal tem por finalidade a punição da conduta do agente, como pode um preso sob suspeita amargar rigorosa coerção, não podendo tal sanção ser fundada em clamores sociais e sim com o mínimo de lastro probatório. Mediante o descaso ao princípio da inocência, disserta Delmanto (2003, p. 18):

(...) Inquestionavelmente, a presunção de inocência, como expressão do princípio favor libertatis no processo penal, tem dimensões, hoje, ainda muito maiores do que a já enorme e significativa evolução ocorrida quando se baniram as ordálias e o sistema de prova legal. Atualmente, ela afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, sobretudo, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como deve ser tutelado a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente.

(...)

A presunção de inocência não é incompatível com a realidade, traduzindo-se na maior expressão do princípio favor libertatis no processo penal, restando tuteladas não só a liberdade e a dignidade de todos que se vêem envolvidos em uma persecução penal, mas, também, a própria legitimidade da atuação do Poder Judiciário, resguardando-se, igualmente, a dignidade de seus órgãos e agentes.

Pelo princípio da Presunção de Inocência é protegido o direito ao devido processo legal para apuração de culpa, tratamento do suspeito como inocente até o trânsito julgado do processo, respondendo este em liberdade, sendo sua prisão medida excepcional com a devida fundamentação, afim de resguardar os resultados do próprio processo.

Fica claro a aplicação da teoria de Jakobs na efetivação do RDD ao preso provisório, denota-se por parte do Estado sua única intenção é isolar este que é considerado um perturbador da ordem e deve ser tratado como inimigo.

Nesse sentido, a imputação do RDD ao preso provisório, não seria um desrespeito ao Princípio da proporcionalidade, já que tal princípio visa a proteção do indivíduo contra a intervenção do Estado de forma desnecessária e excessiva, ocasionando ao preso um dano que sobrepuja as suas condições humanas, sendo a medida coercitiva mais rigorosa que o mínimo razoável para a proteção do interesse público. Em seus arts. 49, 50 e 51 da Lei 7210/1984, estão elencadas as hipóteses de cabimento para a aplicação do RDD, como pode um preso provisório receber a mesma punição de um condenado, este recebe a punição por algo que efetivamente praticou, já sobre o preso provisório pairam meras suspeitas.

Verifica-se, portanto, em algumas decisões do STJ que este direito de exceção concebido por Jakobs, vem sendo ratificado no sistema jurídico penal brasileiro:

#### Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. PREJUDICIALIDADE. TESES DE NULIDADE DA SINDICÂNCIA, DE FRAGILIDADE DA PROVA E DE INCONSTITUCIONALIDADE DO RDD. QUESTÕES NÃO ARGUIDAS OU APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Já tendo sido julgados os embargos declaratórios, bem como os recursos que se seguiram, resultando no trânsito em julgado do decreto condenatório, perde interesse a discussão de validade

acerca da incidência do RDD a preso provisório.

3. Questões relativas à nulidade da sindicância, de fragilidade da prova colhida nos autos da indicância e de inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, que não foram objeto do recurso interposto, nem tampouco foram examinadas pelo

Tribunal a quo, não podem ser apreciadas por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

4. Habeas corpus não conhecido.

O prazo de que trata o art.52 inc.I da Lei de Execução Penal (7.210/84), ou seja, 360 dias até o limite de um sexto da pena aplicada acaba por ser um exagero, pois o longo e continuo isolamento deteriora a saúde mental e física do preso, impossibilitando qualquer tipo de ressocialização, é medida cruel, desumana e degradante. É inevitável o abalo psíquico e físico do preso, pois este é submetido ao “encarceramento do encarceramento”, fica 22 horas isolado, com direito a 2 horas de banho de sol que ocorre também de forma isolada, sem contar que o referido prazo constitui quase um ano, tantas modificações ocorrem em um ano, não é mesmo?;

A Lei de Execução Penal (7.210/84) em seu art.1º, prima por propiciar condições harmônicas para a integração do condenado e do internado. Dada a atual conjuntura do sistema prisional brasileiro, verifica-se que tal missão se tornou quase impossível mediante as estruturas fornecidas pelo Estado para que o preso pague sua dívida com a sociedade.

A soma de um longo prazo com um isolamento cruel, não seria um real banimento do individuo da sociedade, como traduz a doutrina contratualista de Rousseau, corrente esta que alicerça todo o Direito Penal do Inimigo, ou seja, já que não quer se readequar é abandonado pela sociedade. Não seria este um retorno da Lei de Talião “olho por olho, dente por dente”, estaria todo um ordenamento jurídico retrocedendo a época do pagamento da pena através do suplício do corpo. Sobre a ótica das relevantes palavras de Queiroz e Melhor (2006, p. 27):

Exemplo de pena cruel/degradante e, pois, inconstitucional, é regime disciplinar diferenciado (Lei n. 10.792/2003), uma vez que, ao se admitir a possibilidade de isolamento do presos numa cela individual durante 360 dias até o limite de um sexto da pena aplicada, vedando, em caráter quase absoluto, qualquer possibilidade de contato com o mundo exterior, subtraindo-lhe assim, assim, direitos básicos, como o direito ao trabalho, ao exercício de atividades profissionais, desportivas etc. (Lei n. 7.210/84, art. 41), o Estado acaba por tratá-lo como não-pessoa ou como um animal qualquer, submetendo-o a um sofrimento absolutamente desnecessário e desumano. Aliás, fosse outro o animal enjaulado, talvez se tornasse mais fácil percebermos, nesse autêntico “zoológico humano”, quão evidentes são os maus-tratos a que essas pessoas/animais são submetidas por seus donos. Parece óbvio, ainda, que essa nova modalidade de tortura física e psicológica, sem finalidade educativa alguma, frustra, claramente, os fins a que se propõe a Lei de Execução Penal, que já em seu art. 1º proclama que “a execução penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado.

No tocante a aplicação do RDD, se faz necessário grande reflexão sobre o tema, pois resta

comprovado a destruição física e mental do preso sob tutela do Estado, ocorre que a exceção está virando regra e a regra exceção, todos os sistemas prisionais adotam tal medida como regra, como podemos verificar nas decisões abaixo:

Ementa:HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (ARTIGO 157, §2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSUBSTANCIADO NO EXCESSO DE PRAZO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TEMPO DA PRISÃO DO PACIENTE, QUE NÃO DEVE OBEDECER APENAS A CRITÉRIOS ARITMÉTICOS. PRECEDENTES DESTA CORTE. A JURISPRUDÊNCIA TEM SE INCLINADO EM DIREÇÃO A MITIGAÇÃO DO CRITÉRIO ARITMÉTICO POR FORÇA DO PRINCIPIO DA RAZOABILIDADE. PRESO SUBMETIDO A REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO, POR FORÇA DE PARTICIPAÇÃO EM REBELIÃO NA UNIDADE PRISIONAL. DELONGA A QUE ESTE DEU CAUSA, E COM A QUAL NÃO PODE SE BENEFICIAR. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 52 DAS SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.(Habeas Corpus nº 0065063-79.2014.8.19.0000, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Des. João Ziraldo Maia - Julgamento: 27/01/2015).

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. PRELIMINAR. PAD DISPENSÁVEL. Em caso de fuga, não há necessidade do PAD, sendo suficiente a audiência de justificação em juízo. Art. 59, LEP. Art. 22, RDD. MÉRITO. Consequência da prática da fuga não justificada é o reconhecimento da falta grave. REGRESSÃO DE REGIME. Uma das consequências do reconhecimento da falta grave é a regressão do regime, para o imediatamente mais grave. DATA-BASE. Correta a fixação de uma nova data-base, a da recaptura, mas tão somente para nova progressão de regime e remição. PERDA DOS DIAS REMIDOS. A perda dos dias remidos está limitada, no máximo, a um terço. Mas, a partir da nova redação do art. 127 da LEP, ficou estabelecida mera possibilidade, com o limite máximo. Portanto, não apenas a imposição da sanção, mas também o quantum, devem ser justificados. No caso, tal ocorreu, motivo pelo qual a perda deve ser mantida. AGRAVO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70061497285, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 15/10/2014).

A situação pode ser elucidada através de declarações, citadas por Gomes et al. (2006), de Luís Fernando da Costa, o "Fernandinho Beira-mar", quando se encontrava há sete meses submetido ao regime disciplinar diferenciado no presídio de Presidente Bernardes:

Aqui o lugar é horrível, é horrível. É o pior lugar que eu já tive na minha vida. Eu estou bem fisicamente. Psicologicamente é que eu estou um bagaço. Esta é que é a

verdade. [...]

- Toda semana eu estou saindo uma hora para conversar com a psicóloga. A assistente social tem me dado uma assistência aí com um remédio, mas eu não quero me viciar. Mas está complicado. [...]

- Isso aqui é horrível. Nada se compara com isso aqui. É uma fábrica de fazer maluco, sinceramente. [...]

- Eu já estou chamando formiga de meu louro. Olha o ponto que eu cheguei. Sinceramente, são sete meses numa situação completamente... “Eu não desejo para o meu pior inimigo passar pelo que estou passando.

É claro que não se pode negar o alto nível de periculosidade do preso Luís Fernando da Costa, o "Fernandinho Beira-mar", que foi condenado a 80 anos de reclusão, por ter ordenado o assassinato de três moradores da Favela Beira-Mar, em Duque de Caxias, Baixada Fluminense-RJ. No dia 27 de julho de 2002, dentro do presídio Bangu I, "Beira-Mar" mandou, por telefone, que seus comparsas executassem Antônio Alexandre Vieira Nunes, o Playboy, Edinei Thomaz Santos e Adailton Cardoso de Lima. O traficante cumpri pena pelos crimes de homicídio qualificado e tentativa de homicídio contra Adailton Cardoso de Lima, que conseguiu sobreviver e está foragido. "Beira-Mar" atualmente encontra-se na penitenciária federal de Porto Velho- Rondônia.

Não há intenção neste trabalho de vitimizar um individuo que cometeu crimes tão cruéis perturbando a ordem social, porém este foi processado, julgado e condenado conforme as normas vigentes, o que se questiona não é sua periculosidade e sim como ele está pagando a sua dívida com a sociedade, mantendo-o em condições de isolamento continuo não estaria o Estado punindo seu corpo e mente. Seu encarceramento em uma solitária não enseja o que Jakobs confirma em sua doutrina, ou seja, como inimigo estatal se justifica esse isolamento em resposta ao clamor social, mantendo a vigência da norma, reafirmando seu poder estatal, contudo essa seria a melhor definição de justiça ou vingança.

## 5. DIREITO PENAL DO INIMIGO EM ORDENAMENTOS JURIDICOS ESTRANGEIROS

Segundo Gunther Jakobs, toda forma de supressão aos direitos daquele que representa um perigo latente para a sociedade é justificável, dessa forma entra em contradição um direito penal que cerceia direitos mínimos com o direito penal garantista de Ferrajoli.

Conforme já analisado sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro seria um retrocesso, porém no decorrer da história do Direito penal no mundo, observamos este direito de exceção sendo aplicado ao longo do tempo, como no famoso Tribunal de Nuremberg.

Quando se trata do Tribunal de Nuremberg, é necessário um retorno ao cenário da primeira guerra mundial, onde foi pactuado o Tratado de Versalhes que visando a paz determinava a rendição de alguns territórios alemães, além de punições e sanções econômicas para o estado que infringisse o tratado.

Nessa época foi criado por Adolf Hitler o Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores reunindo desde intelectuais a ex-militares. Sua maior intenção era resgatar o prestígio político da Alemanha, convencendo boa parte da população da Alemanha de que suas ideias garantiriam uma Alemanha triunfante e próspera, porém não foi o que ocorreu. Em 1923 Hitler tentou tomar o poder, mas foi capturado pela polícia de Bávara e seu partido extinto. No período em que esteve preso Hitler escreveu “Mein Kampf” (Minha Luta) onde defendia a supremacia da raça ariana e por isso a subjugação dos demais povos, e por fim, a erradicação de todos os judeus, sob a justificativa de ser estes o mal que representava a crise econômica na Alemanha. Após ser julgado e absolvido Hitler ao lado de Heinrich Himmler, passou a comandar novamente o partido nazista que começou a controlar toda a Alemanha com força e violência, a Alemanha conseguiu se reerguer através da fabricação e venda de armamentos, aeronaves e tanques.

Muitas foram às alianças estabelecidas por Hitler, a fim de reafirmar o poder de uma Alemanha pura, absoluta e autoritária. A guerra teve consequências desastrosas, pelo período de cinco anos foram mais de 45 milhões de mortes.

Ao término da segunda guerra mundial veio a público o que as pessoas sofreram no campo de concentração, milhares de pessoas foram mortas e serviram de cobaias para experiências cruéis e desumanas. Verdadeiras atrocidades foram cometidas nos campos de concentração, esses crimes chocaram e chocam até hoje a sociedade civil.

Neste cenário de total desprezo pela vida humana e já com a queda da Alemanha, instaurou-se em 1945 na cidade de Nuremberg-Alemanha, um Tribunal de exceção por iniciativa de países aliados, tais como, Estados Unidos, França, União Soviética e Reino Unido, com intuito de julgar os crimes cometidos em guerra.

Ao todo foram 24 acusações por crimes de guerra (violação de regras internacionais convencionadas para o inicio de uma guerra), crimes de conspiração (execução de planos comuns a fim de instituir um regime totalitário objetivando guerra), crimes contra a paz (participação, planejamento e provocação de guerra com várias violações a tratados internacionais) e crimes contra a humanidade (assassinato, extermínio, escravização, deportação, ou qualquer ato cruel e degradante cometido a qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou ainda perseguições de cunho religioso, político e racial). Todos os acusados eram alemães e considerados como percussores da Guerra que devastou milhares de famílias. Sobre a composição do tribunal de Nuremberg, disserta Gonçalves (2001, p.76):

Ali se previa punição para delitos até então inconcebíveis e, portanto, não tipificados no sistema jurídico anterior a II Guerra Mundial. O texto produzido para o julgamento dos homens de Estado do Eixo, julgamento este que iria de encontro a preceitos basilares do direito, trazia não obstante, um novo código ao sistema jurídico internacional pós-1945.

A presidência do tribunal foi regida pelos países vencedores para a criação do mesmo, seus juízes eram incontestáveis e em caso de empate o presidente decidiria. Cada país nomeou seu representante e suplente para a devida substituição em caso de doença. Caso houvesse empate o presidente decidiria, o que ficou a cargo do britânico Geoffrey Lowrence. Os representantes dos EUA foram Francis Biddle e John L. Parker. Da França eram os juízes Donnedieu de Valres e Robert Falco. Da União Soviética era Nikitchenko e Volchkov. Os advogados de defesa foram instituídos pelo próprio tribunal não havendo apreciação de provas o suficiente. As provas documentais foram apresentadas pelos mesmos países que

encabeçavam o tribunal, ou seja, os países que haviam ganhado a guerra e por isso se obteve grande quantidade de prova documental.

Para seu efetivo funcionamento, criou-se um estatuto com 29 artigos, onde elencava disposições normativas materiais e procedimentais que refletia as intenções das potências que o constituíram. O que chama atenção no Estatuto é a aplicação da pena de forma igualitária, para este não importava se o agente havia cometido crime por ordens superiores, não houve, portanto, a diferenciação entre mandante e participe como dispõe o art.7º e 8º do referido Estatuto:

[...] Art. 7º: A situação oficial dos acusados, seja como Chefes de Estado, seja como altos funcionários, não será considerada, nem como escusa absolutória, nem como motivo para diminuição da pena.

Art. 8º: O fato de que o acusado agiu de acordo com as instruções de seu Governo ou de um superior hierárquico não o eximirá de sua responsabilidade, mas poderá ser considerado como motivo para diminuição da pena, se o Tribunal decidir que a justiça o exige.” (ESTATUTO, In: FERRO, 2002, p. 129)

O Tribunal de Nuremberg, sem duvidas foi um marco para o Direito Penal Internacional, tipificando crimes contra a humanidade e pela primeira vez um individuo foi responsabilizado por ações cometidas enquanto revestidos do poder estatal, pois muitos dos que foram acusados, alegaram em sua defesa que estavam obedecendo a ordens de seus superiores. O julgamento começou em 08 de Agosto de 1945 com o Ato Constitutivo anunciado na conferencia de Londres e teve seu ultimo veredicto aplicado em 01 de Outubro de 1946, com as penas de mortes executadas em 16 de Outubro de 1946, com a exceção de alguns presos que se suicidaram na prisão ou fugiram.

O primeiro ponto contraditório do Julgamento de Nuremberg constitui a legitimidade dos Estados Unidos em julgar crimes contra a humanidade, visto que em Agosto de 1945 as forças norte americanas atacaram o Japão lançando bombas atômicas nas cidades de Hiroshima e Nagasaki, como resposta ao ataque sofrido em Pearl Harbor em dezembro de 1941, ambos deixaram um rastro de destruição e teve consequências catastróficas com repercussão

mundial.

É possível observar a teoria de Jakobs manifesta desde a instauração do tribunal até a elaboração do estatuto e por fim o efetivo julgamento. Não se questiona aqui a culpabilidade dos 24 criminosos de guerra e sim a forma como foi elaborado seu julgamento, sim eles eram inimigos estatais, os crimes foram brutais, humilhantes e degradantes, porém nota-se diversas arbitrariedades na constituição deste tribunal de exceção.

No total foram 12 condenações à morte, 3 prisões perpétuas, 2 condenações a 20 anos de prisão, uma a 15 e outra a 10 anos, Hitler também seria julgado se não tivesse cometido suicídio.

Como já supracitado os crimes pelos quais os acusados foram julgados não eram previstos em Lei, portanto grande ofensa ao princípio da Legalidade, como explica Marques (1997, p.222 e 223):

(...) esse preceito, ao incidir sobre o Direito Penal, encontra de início o princípio de reserva que proíbe qualquer incriminação sem prévia definição da lei. Dónde concluir-se que a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito não podem criar novas figuras delituosas, nem tampouco penas ou sanções jurídicas: nesse terreno, o Direito Penal não apresenta lacunas porque tudo aquilo que não for ilícito punível em consequência de previsão legal explícita deve ser considerado como ato penalmente lícito.

Houve, portanto, uma verdadeira desconstrução do princípio da legalidade, pois o mesmo tem suas origens nas Constituições dos Estados de Maryland e de Virgínia (1776), na Constituição Americana (1787) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), da Revolução Francesa, quando foi elaborado precisamente. O Código Penal da Bavária (1813) foi a primeira legislação penal a adotar o princípio. Todavia, chama atenção para a presença do princípio no Código Penal austríaco de José II, de 1787, entretanto o governo à época era totalitário, sendo assim muitos autores consideraram que seu objetivo não era proteger o cidadão, mas sim eliminar o livre arbítrio judicial. Como já supracitado, os crimes julgados em Nuremberg não possuíam uma caracterização típica penal de forma retroativa foram criados, ferindo também o Princípio da Irretroatividade das Leis.

A pena privativa de liberdade constitui sanção rigorosíssima e por isso, deve ser limitada por princípios que protejam o cidadão conforme elucida Prado (2008, p.130):

Esse célebre princípio é de suma importância para o Direito Penal, pois delimita o direito de punir (*ius puniendi*) do Estado, garantindo a liberdade do ser humano e os valores democráticos, tendo sido considerado a verdadeira pedra angular do Estado de Direito.

Tantas contradições colocam em dúvida o tipo de justiça criminal que foi praticado no julgamento de Nuremberg, a ausência do princípio da legalidade, sem contar que houve nítido cerceamento de defesa, sem a devida apreciação de provas, penas travestidas de decisões judiciais, quando na verdade não passavam de decisões políticas tomadas por juízes que representavam as potências que lideravam no momento. Desta forma analisa Hungria (1955, p. 31):

O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez *tabula rasa* do *nullum crimen nulla poena sine lege* (com um improvisado *Plano de Julgamento*, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o “enforcamento” e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da “territorialidade da lei penal”; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a elas imputados; funcionou em nome dos vencedores, que haviam cometido os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte.

Por fim, aqueles que estavam para serem julgados, “os inimigos” não tiveram a menor chance. Não houve recurso de apelação, a sentença condenatória foi incontestável. É como se desde o inicio já haviam sido julgados e estavam ali para mera formalidade como uma satisfação para o mundo. Era sim uma resposta ao mundo de que as grandes potências que encabeçavam o tribunal os estavam tratando com “justiça”, quando na verdade por interesses políticos e reafirmação de poder o que se prestigiou em Nuremberg foi a “boa e velha vingança”.

## 6. CONCLUSÃO

Diante de toda pesquisa elaborada, conclui-se que o Ordenamento Jurídico Penal Brasileiro vem sofrendo forte influencia pelo Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs, teoria esta que visa a proteção da vigência da norma, divide o Direito Penal em Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Dentro destas modalidades, há aquele que se desvirtua eventualmente o “cidadão” e, portanto, merece ser punido de forma justa com a preservação de todos os seus direitos garantidos constitucionalmente. E há também aquele que é considerado por Jakobs o delinquente contumaz, para este que é classificado como inimigo não pode haver nenhuma regalia por parte do Estado, mesmo que essa “regalia” seja direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna. O Inimigo como é classificado por Jakobs, vem a tona na figura do chefe de organizações criminosas ligadas ao narcotráfico, terroristas, estupradores e imigrantes ilegais. Para estes indivíduos deve haver um Direito Penal de Exceção que se antecipe aos seus atos preparatórios, punições de meras tentativas e uma punibilidade que atente para a periculosidade do agente.

Nesta perspectiva Jakobs acredita ser o Direito Penal do Inimigo, a solução para todos os problemas referentes ao caos que se encontra o Sistema Penal, porém resta comprovado que o Estado não tem como fazer a diferenciação entre cidadão e inimigo, não há recursos ou contingente suficiente para a devida triagem.

Como adotar uma teoria que é incompatível com o Estado Democrático de Direito, sabemos que as novas demandas jurídicas exigem do Estado atitudes mais enérgicas, mas não seria o caminho da violência física e mental sofrida pelo preso, o melhor a seguir.

Vimos o quão cruel e degradante pode ser a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado disposto na Lei de nº 10.792/2003, que encarcera o preso por um longo prazo, ocasionando a deterioração da sua mente e corpo, isto em sistemas carcerários sem nenhuma estrutura, superlotados e insalubres. Essa falta de estrutura impede a devida reintegração do preso, pois se o preso não trabalha e estuda como poderá ter seu caso avaliado e a progressão de seu regime. Atualmente nas condições em que se encontram o sistema carcerário, o simples fato de sua prisão já constitui um verdadeiro combate ao

“inimigo”.

O excesso punitivo, só se justificaria em um estado de guerra, entretanto não foi o que ocorreu no Tribunal de Nuremberg, apesar de serem julgados ali crimes contra a humanidade, até hoje se questiona a idoneidade do julgamento que culminou em penas de mortes, cerceamento de defesas, etc.; decisões que são questionáveis até os dias atuais dado o seu cunho político e não jurídico. Os idealizadores do Tribunal, foram os países que ganharam a guerra, os advogados de defesa foram instituídos pelo referido tribunal, relatos históricos confirmam que não houve apreciação de provas necessárias para uma justa defesa. Tal Julgamento foi para o mundo jurídico como um “Marco do Direito Penal Internacional”, porém há doutrinadores que defendem que o que se viu no Tribunal de Nuremberg foi um julgamento arbitrário presidido por juízes que não estavam ali para cumprir a Lei e sim, fazer a vontade de quem os instituiu, pois se fosse analisar o comportamento dos organizadores do evento, teriam estes que estarem sentados juntamente com os réus. O Tribunal não obedeceu a princípios basilares como o Princípio da Legalidade e o Princípio da Irretroatividade das leis, visto que os crimes julgados não possuíam tipificação legal e de forma retroativa foram punidos.

Não podemos negar uma realidade assustadora onde o aumento da violência é notícia constante, sim os inimigos estatais existem e devem ser processados, julgados e condenados e não combatidos, pois apesar de recair sobre o Direito Penal toda a demanda, nota-se uma debilidade em todas as prestações governamentais, não existe uma falha e sim uma sequência de erros cometidos ao longo do tempo que nos leva a pensar que tudo se resume ao Direito Penal, quando na verdade o cenário é outro.

Na discussão utópica que se questiona a construção de mais escolas ou presídios, há de se atentar que não se pode atuar somente no efeito, tem que se olhar para a causa, o Estado tem cumprido seu papel em fornecer o básico para a subsistência da população, como lidar com o anseio de uma sociedade subjugada a violência que clama por justiça. Todavia não se pode combater violência com violência.

Seria mesmo possível manter a paz através de um Direito Penal sem limites, a violência pela violência como é oferecido hoje no ordenamento jurídico, como a aplicação de um regime que encarcera dentro do próprio encarceramento, tal como o Regime

Disciplinar Diferenciado, este por sua vez sinaliza uma solução ou o retrocesso jurídico.

É público e notório a situação do sistema penitenciário brasileiro, que se resume a lugares insalubres, superlotados, onde se fornece alimentação precária, o que impossibilita que o preso estude ou trabalhe, não há programas sociais que atendam a demanda prisional, como falar em ressocialização quando o Governo não fornece condições básicas de sobrevivência como preconiza a Lei de Execuções Penais, nesse sentido o tratamento dado ao preso pelo Estado, já não seria um combate ao inimigo.

Nas atuais circunstâncias, com o significativo crescimento da violência um Direito Penal incisivo daria a sociedade uma paz legítima ou uma falsa sensação de segurança. A aplicação de medidas extremas propostas por Jakobs seria a solução para o ordenamento jurídico ou resultaria no fim da harmonia hierárquica entre a Constituição Federal e as demais normas. Conclui-se que a corrente defendida por Gunther Jakobs, é absolutamente incompatível com um Estado que prima pela Democracia, é baseado em Princípios Constitucionais garantidores de direitos fundamentais, sendo considerado qualquer posicionamento contrário uma arbitrariedade revestida de Legalidade, que não preza pela justiça e sim pela vingança.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de junho de 1984. Lei de Execução Penal.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasilia, DF, de 02. dez. 2003. P. 2. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm)>. Acesso em: 22. Maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.- STJ, *HabeasCorpus*: 66174 São Paulo 2006/0198785-9, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 04/11/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2014. Disponível em : <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em 05 de Maio de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo Nº 70061497285, Quinta Câmara Criminal, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 15/10/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/consulta/jurisprudencia/>> Acesso em: 13 de Maio de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande dos Sul. Apelação Crime Nº 70053869509, Terceira Câmara Criminal, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 26/03/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/consulta/jurisprudencia/>> Acesso em: 14 de Maio de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70062561758, Sexta Câmara Criminal, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 26/03/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/consulta/jurisprudencia/>> Acesso em: 15 de Maio de 2015.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Habeas Corpus nº 0065063-79.2014.8.19.0000, Quarta Câmara Criminal, Des. João Ziraldo Maia - Julgamento: 27/01/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/168522424/andamento-do-processo-n-0065063-7920148190000-do-dia-20-02-2015-do-djri>> Acesso em: 12 de Maio de 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches; PÁDUA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Regime Disciplinar Diferenciado. Breves Comentários (RDD)*. IN: CUNHA, Rogério Sanches. **Leituras Complementares de Execução Penal**. Salvador: JusPodivm. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11957/regime-disciplinar-diferenciado/2#ixzz3d0LoItsC>> Acesso em 03de Jun. de 2015

DELMANTO, Roberto Júnior. **Desconsideração Prévia de Culpabilidade e Presunção de Inocência**. Bol. Ibccrim, 2003 n. 70, Pág. 18. Disponível em: <<http://www.delmanto.com/artigo09.htm>>. Acesso em 28 de maio de 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4º ed.rev São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luis Flávio Gomes, 2014.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 168 p. (Coleção Mandamentos Ciências Criminais).

FRAGOSO, Héleno. Lições do Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 216. in: BITENCOURT, Cesar R. **Tratado de Direito Penal** – parte geral 1. vol 1, 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf)>. Acesso em: 21. Maio de 2015.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério; TÁCITO, Thales. **O Regime Disciplinar Diferenciado é Constitucional? O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora**. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>> Acesso em: 04 Jun. de 2015.

GONÇALVES, Jonisval Brito. **Tribunal de Nuremberg de 1945- 1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 189 p.

GRECO, Luiz. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo.** Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 15. Maio de 2015.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal.** 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vols. II e V.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas/ Gunther Jackobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. Nereu José Giacomolli e André Luís Callegari.** 4<sup>a</sup> ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_ 6<sup>a</sup> ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2012.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** Trad. Textos, adicionais e notas Edson Bini/ Bauru, SP: EDIPRO, 2003. (Série Clássicos Edipro) 1724- 1804.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito,** Martins Fontes, São Paulo, 1987.

KUEHNE, Maurício. **Considerações sobre as alterações trazidas pela Lei nº 10.792/2003.** Disponível em: <[www.uvb.com.br/main/posgraduacao/CienciasCriminais/AulasImpressas/EP\\_AULA02\\_Facultativa.pdf](http://www.uvb.com.br/main/posgraduacao/CienciasCriminais/AulasImpressas/EP_AULA02_Facultativa.pdf)>. Acesso em 05 de Jun. de 2015.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro (Trad), **Coleção Estudos de Direito penal: Ciência do Direito e Ciência do Direito penal**— v. 1, Barueri/SP, Ed. Manole, 2003.

LUHMANN, Niklas. **"Das Recht der Gesellschaft".** Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

MARQUES, Frederico José. **Tratado de Direito Penal.** Volume I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTIN, Luiz Garcia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo - A Terceira Velocidade do Direito Penal.** 1<sup>a</sup> ed. Paraná: Juruá, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** Editora Atlas. 11<sup>a</sup> Edição 2004.

NOGUEIRA, Danielle Christine Barros. **O Regime Disciplinar Diferenciado à luz do princípio da humanidade da pena.** Disponível em:< <http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 05 de Jun. de 2015.

PORILLA CONTRERAS, Guilhermo. **El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista.** Valênciia: Tirant lo Blanch, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – parte geral, arts. 1º a 120.** V. 1. 7<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_ 8<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_ **Bem jurídico-penal e Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

QUEIROZ, Paulo Queiroz e MELHOR, Adeleine. **Princípios Constitucionais da Execução Penal.** Leituras Complementares da Execução Penal. Editura Juspodim. 2006.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa Social e Direito Penal do Inimigo.** 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social.** VirtualBooks. Formato: e-book/Rb, Código: RCM, ed. eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2002, Trad. Rolando Roque da Silva.

ROUSSEAU, J-J. **O contrato social.** In: Oeuvres completes, tome III. Collection “Pléiade”. Paris: Gallimard, 1757.

SANCHEZ, Jesus- Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal- Aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. (Série as Ciências Criminais no Século XXI. V. 11. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2002).

\_\_\_\_\_. **Eficiência e Direito Penal.** São Paulo: Manole, Coleção de Estudos de Direito Penal, v. 11, Tradução: Maurício Antônio Ribeiro Lopes, 2004.

Sanches (Org.). **Leituras Complementares de Execução Penal.** Salvador: Juspodivm, 2006.

SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. **Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado.** Disponível em:< <http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 21 de Maio de 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal.** 2<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

**Fernandinho Beira Mar é condenado a 80 anos de prisão.** Disponível em: < <http://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/100392134/fernandinho-beira-mar-e-condenado-a-80-anos-de-prisao>> . Acesso em 07. Jun. 2015.