

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Bruna Quadros Trautmann

AS MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:  
O EXEMPLO PRIVILEGIADO DAS ORGANIZAÇÕES  
CRIMINOSAS, DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E  
DA LEI DO ABATE.

Passo Fundo  
2013

Bruna Quadros Trautmann

AS MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:  
O EXEMPLO PRIVELEGIADO DAS ORGANIZAÇÕES  
CRIMINOSAS, DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E  
DA LEI DO ABATE

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. André Luís Barcellos Zinn.

Passo Fundo  
2013

## RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar as manifestações da Teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. Tal teoria refere-se à aplicação de um direito penal diferenciado, retirando o status de cidadão de alguns agentes criminosos, considerando-os como inimigos e assim relativizando e excluindo direitos e garantias fundamentais, com o intuito de neutralizá-los ou eliminá-los em prol da segurança da sociedade e do Estado. Para tanto, foi desempenhada uma análise da ideia de supremacia da norma constitucional, que condiciona a validade de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional ao respeito dos valores de igualdade, liberdade e garantias dos direitos dos cidadãos, bem como definidos os princípios fundamentais, tendo como regentes os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e o Devido Processo Legal e então foram identificadas suas relativizações na legislação infraconstitucional, mais precisamente na Lei do Crime Organizado, na instituição do Regime Disciplinar Diferenciado e na Lei do Abate.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Crime Organizado. Direito Penal do Inimigo. Ordenamento Jurídico Brasileiro. Regime Disciplinar Diferenciado. Relativização de Garantias.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>4</b>
<b>1 A IDEIA DE SUPREMACIA DA NORMA CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS .....</b>	<b>6</b>
1.1 A Ideia da Supremacia Constitucional .....	6
1.2 Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais .....	13
1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	15
1.2.2 Princípio da Presunção da Inocência.....	17
1.2.3 Princípio da Humanidade .....	17
1.2.4 Princípio da Proporcionalidade.....	18
1.2.5 Princípio da Lesividade .....	19
1.2.6 O Devido Processo Legal .....	19
1.2.7 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.....	22
1.2.8 Princípio da Imparcialidade do Juiz e do Acusatório.....	23
<b>2 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....</b>	<b>26</b>
2.1 A origem do Direito Penal do Inimigo e suas Bases Filosóficas.....	26
2.2 As características da Teoria do Direito Penal do Inimigo .....	33
2.3 O Direito Penal do Inimigo como Direito Penal do Autor.....	37
2.4 O Direito Penal do Inimigo como Terceira Velocidade do Direito Penal .....	39
<b>3 ALGUMAS MANIFESTAÇÕES DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>42</b>
3.1 A Lei 9.034/95 e o Crime Organizado .....	42
3.1.1 Um estudo sobre a Lei 9.034/95 .....	45
3.1.2 Da realização de diligências investigativas diretamente pelo juiz da causa.....	46
3.1.3 Da proibição de Liberdade Provisória.....	48
3.1.4 Da proibição de apelação em liberdade e da imposição do cumprimento da pena em regime inicial obrigatoriamente fechado.....	52
3.1.5 A revogação da Lei 9.034/95 pela Lei 12.850/13 .....	54
3.2 O Regime Disciplinar Diferenciado.....	56
3.3 A Lei do Abate: um tiro certo aos inimigos .....	63
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>72</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia trata das manifestações da Teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no tocante ao Crime Organizado, na instituição do Regime Disciplinar Diferenciado e na Lei do Abate de Aeronaves.

Justifica-se a pesquisa tendo em vista a sensação de insegurança da sociedade frente ao aumento da criminalidade organizada, por ter uma vitimização difusa e englobar vários tipos de delitos o que resulta em um intenso clamor público por um recrudescimento da intervenção punitiva, fazendo com que o legislador use o Direito Penal como ferramenta para dar resposta ao temor da sociedade, criando legislações emergenciais, visando conter determinado tipo de criminalidade, porém, com a minimização de direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Para a produção deste trabalho, será utilizado o método bibliográfico, baseado na pesquisa doutrinária a respeito dos temas propostos, bem como a análise da legislação.

Definido o método, tendo como marco teórico a Constituição Federal de 1988, o estudo desenvolve-se em três capítulos: no primeiro capítulo é realizada uma análise da ideia de rigidez e supremacia da norma constitucional, bem como dos principais princípios constitucionais instituídos na Magna Carta, sendo eles o princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência, da humanidade, da proporcionalidade e da individualização da pena, o devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da imparcialidade do juiz e do acusatório. Dando ênfase ao fato de que tais princípios devem servir de orientação para a produção de toda a legislação infraconstitucional.

Posteriormente, busca-se explicar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada pelo alemão Günther Jakobs, indicando o contexto em que ela surgiu, suas bases filosóficas e, ainda, suas principais características, tendo como a mais importante a divisão de pessoas em dois grupos, um primeiro grupo composto por *cidadãos*, onde o autor de um delito, ainda é considerado como pessoa, tendo dessa forma, todas as garantias asseguradas e um segundo grupo formado por aqueles que são considerados *inimigos*, e por assim serem, deverão ser combatidos, neutralizados, através da pura coação, sem a observância das garantias fundamentais inerentes a todas as pessoas.

E ainda no capítulo referido, é feita uma breve análise do Direito Penal do inimigo como um Direito Penal do Autor, visto que para a teoria a figura do inimigo deve ser combatida pela insegurança que ela representa aos demais e da consideração de tal teoria

como terceira velocidade do Direito Penal, por pregar a aplicação da pena privativa de liberdade, porém com uma significativa redução de garantias, com a finalidade de eliminar neutralizar o inimigo.

Por fim, no terceiro capítulo, desempenha-se um estudo da Lei de Combate ao Crime Organizado, da instituição do Regime Disciplinar Diferenciado e da Lei do Abate, que podem ser consideradas manifestações do Direito Penal do Inimigo, uma vez que é existente um tratamento diferenciado claramente mais rigoroso, com dispositivos que atentam contra os princípios constitucionais e presente, dessa forma, exclusão de garantias fundamentais, com a intenção de combater ou ao menos neutralizar estes que são considerados inimigos, em total dissonância com os postulados garantistas impetrados na Constituição Federal.

Em consequência, o problema reside no fato de que a Constituição Federal é dotada de supremacia, por instituir garantias fundamentais a todos os cidadãos, porém, em contraponto, é evidente a existência da Teoria do Direito Penal do Inimigo, a qual refere a aplicação de um direito penal diferenciado, relativizando/excluindo inúmeras garantias e princípios constitucionais, tendo como finalidade eliminação dos inimigos em prol da segurança dos cidadãos, relativização que se encontra presente em nosso ordenamento jurídico, como será mostrado na análise da Lei de Combate ao Crime Organizado, na instituição do Regime Disciplinar Diferenciado e na Lei do Abate de Aeronaves.

# 1 A IDEIA DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Será abordado neste capítulo a ideia de supremacia da Constituição frente aos demais atos normativos e legislações infraconstitucionais, uma vez que, a Magna Carta é considerada a Lei Maior e base de um Estado Democrático de Direito, por instituir garantias e direitos fundamentais do cidadão.

Se analisará, ainda, os princípios basilares impetrados na Constituição Federal, tanto os atinentes à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos principais da Constituição e demais garantias e princípios penais e processuais penais.

## 1.1 A Ideia de Supremacia Constitucional

A Constituição Federal é lei suprema do Estado, é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos deste, que são a sua forma de Estado, de governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento dos seus órgãos e os limites de sua ação e, principalmente, nela constam os direitos fundamentais que devem ser assegurados a toda e qualquer pessoa e suas respectivas garantias.<sup>1</sup>

Fábio Roque Sbardelotto adota o conceito de Constituição Dirigente. Neste sentido, refere:

[...] como patamar jurídico maior de um país, a Constituição é compromissória, representando uma direção vinculante para a sociedade e o estado. É assim resultado de um constituir social, representação das aspirações maiores de um povo, de conteúdo normativo e substancial, de acentuada carga axiológica, dirigente para o campo da formulação, interpretação e aplicação das leis.<sup>2</sup>

Para Lenio Luiz Streck, a Constituição tem duas características: a legitimidade, que é sustentada através de seu próprio conteúdo pelo fato de emanar de vontade do povo, o que se

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 38.

<sup>2</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal do Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 77.

dá através da assembleia constituinte ou pelo referendo. Já a segunda característica se refere a sua função, a qual não é somente impedir um governo totalmente autoritário, instaurando-se, em seu lugar, um governo limitado, mas também, acima de tudo, garantir os direitos dos cidadãos, impedindo que o Estado os viole.<sup>3</sup>

Por se tratar de normas fundamentais do Estado, aduz o autor, que a Magna Carta deve ser “rígida e inflexível no sentido de que suas normas não podem ser modificadas nem interpretadas pelo poder legislativo ordinário, uma vez que são hierarquicamente superiores”.<sup>4</sup>

Luís Roberto Barroso acentua que “a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição de leis infraconstitucionais”.<sup>5</sup>

José Afonso da Silva define constituição rígida, como aquela que somente pode ser alterada “mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares”.<sup>6</sup> E, ainda, explana que:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitado, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.<sup>7</sup>

Ainda segundo o autor, desta rigidez decorre o *princípio da supremacia constitucional*, que posiciona a Constituição como lei maior do Estado, conferindo validade as demais normas, somente se estas estiverem em consonância com os seus ditames. Assim a Supremacia significa que:

[...] a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É enfim a lei suprema do Estado, pois e nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos;

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 99.

<sup>4</sup> Ibid., p. 99.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 167.

<sup>6</sup> SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 42.

<sup>7</sup> Ibid., p. 46.

é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.<sup>8</sup>

No mesmo sentido, é precisa a lição exposta por Guilherme de Souza Nucci, o qual aduz que a supremacia constitucional se dá em relação às leis infraconstitucionais e são baseadas na realidade, os direitos e garantias fundamentais se tornam verdadeiros princípios norteadores, por esse motivo a supremacia deve ser respeitada por toda a legislação infraconstitucional, nem o próprio legislativo está autorizado a desconsiderá-la, nem mesmo em nome de outros interesses que possam parecer legítimos e justos.<sup>9</sup>

A supremacia da Constituição, para Lenio Luiz Streck, vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz, ela torna a Constituição uma “norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais”.<sup>10</sup>

Luiz Roberto Barroso mostra que toda a interpretação da Constituição se assenta na sua superioridade jurídica sobre os demais atos normativos e que “por força da Supremacia da Constituição nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”.<sup>11</sup>

O princípio da supremacia exige que todos os atos jurídicos sejam realizados em conformidade com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade se dá não somente com a atuação positiva, uma vez que omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também é conduta inconstitucional.<sup>12</sup>

Assim, José Afonso da Silva apresenta dois tipos de inconstitucionalidades, reconhecidos na Constituição de 1988, a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão:

A primeira decorre da produção de atos legislativos ou administrativos contrários às normas e/ou princípios constitucionais, uma vez que, o princípio da supremacia resulta no da *compatibilidade vertical* das normas, fazendo com que as normas de grau inferior só se tornem válidas se compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição, uma vez que essa, como já explanado anteriormente, é norma diretiva de validade em relação as

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 45.

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Trinunais, 2012. p. 88-92

<sup>10</sup> STRECK, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito, p. 101.

<sup>11</sup> BARROSO, **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 165.

<sup>12</sup> SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 46.

inferiores, não podendo o conteúdo tais normas ou atos contrariar preceitos ou princípios da constituição. Já a inconstitucionalidade por omissão, ocorre quando a norma constitucional requer uma lei ou providência administrativa ulterior, para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática, e tais atos não são praticados, não tornando aplicável a norma constitucional.<sup>13</sup>

A ideia de Supremacia da Constituição está estritamente relacionada à Constitucionalização do Direito, que segundo Luís Roberto Barroso trata-se de:

[...] um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.<sup>14</sup>

Assim sendo, as demais normas jurídicas, só serão válidas se estiverem em conformidade com os princípios e valores impetrados na Constituição.

Importante salientar, ainda, que a Constituição, além de ser fonte primária formal, é o extrato material ou de conteúdo de todo o ordenamento, por ser ela a expressão do “consenso social sobre os valores básicos” uma vez que legitima todo o Direito, considerada fonte completa do ordenamento jurídico, tornando os princípios nela estampados o critério de avaliação de todos os conteúdos normativos do sistema.<sup>15</sup>

Tal limite material diz respeito às matérias que não podem ser objeto de emenda, como por exemplo, a vedação expressa à emenda tendente a abolir os direitos individuais e suas garantias, trazida no artigo 60, §4º, inciso IV<sup>16</sup>; é uma proteção à essência da Constituição, pois impõe o respeito aos princípios fundamentais e estruturais desta, de maneira que só poderá haver alteração através de outro poder constituinte originário.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 47.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Themis: Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p.13-100, 2006. Disponível em: <<http://www2.tjce.jus.br>>. Acesso em: 30 maio 2013.

<sup>15</sup> SBARDELOTTO, **Direito Penal do Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. p. 79.

<sup>16</sup> Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, 1988.

<sup>17</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SOUZA, Tatiana Ribeiro de. **Supremacia da Constituição**: Reforma e Controle no Direito Comparado. Belo Horizonte: Aarraes, 2011. p. 6-7

O discorrido até agora demonstra que a Constituição é suprema, em decorrência da dificuldade para alterar suas normas e, também, porque esta institui garantias fundamentais do cidadão, que em um estado Democrático de Direito, devem ser amplamente respeitadas, uma vez que, segundo Lenio Luiz Streck:

[...] a noção de Estado Democrático de Direito está, pois indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse ilhame indissolúvel que exurge aquilo que se pode denominar de *plus normativo* do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lagunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.<sup>18</sup>

Ou seja, a ideia de Supremacia da Constituição demonstra a necessidade da garantia e proteção dos preceitos constitucionais e da existência de um mecanismo que garanta esta supremacia.

Portanto, em um Estado Democrático de Direito, em que há uma supervalorização dos princípios e garantias fundamentais, não pode o Direito Penal, afastar-se dessas premissas, isto é, a atuação do Direito Penal e do poder punitivo do Estado deve se dar em completo acordo com os preceitos e princípios constitucionais, tendo como base a igualdade, a proteção à dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Contudo, é necessário destacar, que na prática isso nem sempre é o que ocorre. Para Ingo Sarlet, o Estado de Direito encontra-se em crise, dado o contexto social, econômico e político-institucional atual, o que resulta em crescentes níveis de exclusão social e desrespeito às garantias fundamentais.<sup>19</sup>

Em razão disso, ocorre que, frequentemente, os Direitos Fundamentais que constam na Constituição são desrespeitados pelo Poder Legislativo, na criação de leis, que se limitam na linha tênue entre a violação de garantias e de direitos fundamentais.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> STRECK, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. p. 148.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. p. 04-05. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 ago 2013.

<sup>20</sup> FELL, Elisângela Treméa; BRACHT, Daniela. Garantismo como Referência Jurídica. In: **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Cascavel, PR, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/2011/1589>>. Acesso em: 13 ago. 2013

Nessa senda, encontra-se a Teoria do Garantismo Penal, que tem como principal objetivo a prevalência (efetiva) da Constituição Federal. Nas palavras do precursor da teoria:

O Garantismo vem determinar um modelo normativo de direito, precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que pode ser entendido sob três planos: o epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; o político, por sua vez, se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; por fim, o jurídico, como um sistema de vínculo impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.<sup>21</sup>

Desta forma, tem-se o garantismo, como uma teoria jurídica de validade e efetividade da norma, assim sendo, só se terá um sistema altamente garantista, se respeitadas todas as garantias dos cidadãos.<sup>22</sup>

De maneira esclarecedora, explica Andrei Zenkner Schmidt, considerando o Garantismo como:

A tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra os interesses da maioria, é o fim justificador do Direito Penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos mais frágeis mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito também de sua verdade.<sup>23</sup>

Para Luigi Ferrajoli, no tocante ao direito constitucional penal, há uma lacuna entre o “como é” e o “como deve ser”. A supremacia das normas Constitucionais encontra-se, infelizmente, mais presentes no “como deve ser” do que no “como é”.

Quanto mais alto são os valores de justiça professados e perseguidos por um ordenamento, e quanto mais complexas e vinculantes são as garantias incorporadas

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 684.

<sup>22</sup> FELL; BRACHT, Garantismo como Referência Jurídica. In: **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, 2001.

<sup>23</sup> SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 113

para tal fim em seus níveis normativos e práticas efetivas e, por conseguinte, o índice de ineficácia das primeiras e de falta de validade das segundas.<sup>24</sup>

Com base no Garantismo, os Direitos Fundamentais ganham seu real valor, se tornando diretriz para qualquer ato das três esferas do poder, conforme salienta Elisângela Treméa Fell e Daniela Bracht:

Os Direitos Fundamentais, contidos na Constituição Federal, constituem-se num dever que cabe ao Estado Democrático de Direito possibilitar aos cidadãos que o compõem, nas três esferas dos Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A ação destes deve conter embasamento não apenas formal isto é quanto às formalidades que constituem a gênese de um ato, mas também material, em vista do conteúdo da Constituição. Nesse ínterim, o Legislativo, ao elaborar uma lei, deve observar, além das formalidades exigíveis para aprovação da referida lei, também garantir o respeito aos direitos e garantias individuais.<sup>25</sup>

Assim, uma norma só será válida, se seu conteúdo for compatível, materialmente, com os princípios contidos na Constituição Federal. Conforme salienta Alexandre Moraes da Rosa, citando Sérgio Cadermartori:

Enquanto os juízos de vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento da edição, os juízos sobre a validade - pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa - trazem uma acentuada carga axiológica. No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade - e de forma especial as da validade constitucional - consistem no respeito aos valores - tais como a igualdade, a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos - cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis.<sup>26</sup>

Dessa forma, a ideia de valorização e supremacia dos princípios deve ser enaltecida e lançada como meta para a composição com as demais normas do sistema, devendo, dessa

<sup>24</sup> FERRAJOLI, **Direito e Razão**: teoria do garantismo Penal, p. 296.

<sup>25</sup> FELL; BRACHT, Garantismo como Referência Jurídica. In: **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, p.49

<sup>26</sup> CADERMATORI, Sérgio *apud* ROSA, Alexandre Moraes da *apud* FELL; BRACHT, 2001, Garantismo como Referência Jurídica. In: **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, p. 50.

maneira, uma fiel observância ao mais importante dos comandos, que são os princípios constitucionais fundamentais.<sup>27</sup>

Assim sendo, passará agora a análise dos princípios constitucionais penais e processuais penais, que devem servir de base para qualquer produção legislativa.

## 1.2 Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais

A Constituição traz em seu texto vários princípios penais assegurando a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade. Ou seja, a Constituição tem como fundamento de validade a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III<sup>28</sup>), os direitos fundamentais (art. 5º<sup>29</sup>) e todas as outras garantias constitucionais.<sup>30</sup>

No seu Artigo 5º aponta cláusulas de penalização que indicam os bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal incisos XLII<sup>31</sup>, XLIII<sup>32</sup> e XLIV<sup>33</sup>, em que se impõe a penalização à prática do racismo, da tortura, do tráfico de entorpecentes e drogas, o terrorismo, os crimes definidos como hediondos e também a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e também apontam os princípios penais e processuais penais explícitos, tais como o da legalidade (inciso XXXIX<sup>34</sup>), da irretroatividade da lei penal (XL<sup>35</sup>), da humanização e individualização da pena (XLV<sup>36</sup>,

<sup>27</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais**. p. 43.

<sup>28</sup> Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL, 1988.

<sup>29</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. BRASIL, 1988.

<sup>30</sup> LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Frabris, 2003. p. 17-40.

<sup>31</sup> Art. 5º [...], XLII: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. BRASIL, 1988.

<sup>32</sup> Art. 5º [...], XLIII: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. BRASIL, 1988.

<sup>33</sup> Art. 5º [...], XLIV: constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. BRASIL, 1988.

<sup>34</sup> Art. 5º [...], XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. BRASIL, 1988.

<sup>35</sup> Art. 5º [...], XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. BRASIL, 1988.

<sup>36</sup> Art. 5º [...], XLV: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. BRASIL, 1988.

XLVI<sup>37</sup>, XLVII<sup>38</sup> e XLIX<sup>39</sup>), do devido processo legal (LIV<sup>40</sup>) do contraditório e ampla defesa (LV<sup>41</sup>), da presunção da inocência (LVII<sup>42</sup>), entre outros, tornando-se, dessa forma, inegável a vinculação do conteúdo material do Direito Penal a partir da Constituição.<sup>43</sup>

A constituição estabelece, também, um rol de direitos fundamentais e, à vista disso, estabelecendo um “direito penal garantista”, o que em um Estado Democrático de Direito é uma “redundância grosseira” não há como existir outro Direito Penal, senão o de garantias.<sup>44</sup> Ou seja, a constituição é responsável pela garantia de direitos fundamentais e consequente limitação do poder estatal, na medida da dignidade humana, garantia de todo e qualquer cidadão. Nas precisas lições de Eugenio Raul Zaffaroni, verifica-se:

A melhor garantia de eficácia do Direito Penal – até onde ela pode ser exigida – é o respeito aos direitos fundamentais. Sua violação obscurece qualquer intervenção penal, descredita-a, uma vez que cria dúvidas sobre a sua correção com o agravante de que essas dúvidas podem facilmente descambar em impunidade, pela via de inconstitucionalidades, nulidades, revisões extraordinárias etc.<sup>45</sup>.

Os princípios constitucionais e infraconstitucionais coordenam o sistema de normas do Estado, não podendo ser admitido o seu afastamento na aplicação de qualquer norma específica ordinária, sendo inadmissível qualquer produção legislativa contrária a estes, ainda mais no campo penal e processual penal, uma vez que, envolve, diretamente, a liberdade individual e, ainda, indiretamente, vários outros direitos fundamentais, tais como a vida, intimidade, integridade física, etc.<sup>46</sup>.

<sup>37</sup> Art. 5º [...], XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. BRASIL, 1988.

<sup>38</sup> Art. 5º [...], XLVII: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. BRASIL, 1988.

<sup>39</sup> Art. 5º [...], XLIX: é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral. BRASIL, 1988.

<sup>40</sup> Art. 5º [...], LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. BRASIL, 1988.

<sup>41</sup> Art. 5º [...], inciso LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. BRASIL, 1988.

<sup>42</sup> Art. 5º [...], inciso LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória. BRASIL, 1988.

<sup>43</sup> SBARDELLOTTI, **Direito Penal do Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras, p. 83.

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. v. 14. Coleção pensamento criminológico. p. 187.

<sup>45</sup> ZAFFARONI, **O inimigo no Direito Penal**. p. 173.

<sup>46</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. p. 43-44.

Destarte, se faz necessária a análise de alguns dos princípios fundamentais e seus princípios correlatos, que são a base e a finalidade de proteção no Estado democrático de Direito.

### 1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Conforme supramencionado, a Constituição de um Estado Democrático de Direito tem como pilar fundamental a proteção à dignidade da pessoa humana, atribuindo-lhe status normativo.<sup>47</sup> A dignidade é um princípio regente do ordenamento jurídico. Para Guilherme Nucci, tal princípio possui dois prismas, um objetivo e um subjetivo, sendo que:

Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art7º, IV da Constituição [...]. Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado.<sup>48</sup>

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada norma hierárquica superior, uma vez que é destinada a orientar todo o sistema jurídico, aferindo-lhe validade. Assim, conforme o princípio, o legislador está expressamente proibido de criar tipos penais incriminadores e penas cruéis ou de natureza aflitiva que atentem contra a dignidade da pessoa humana, como, também, está expressamente proibida a instituição de tortura e tratamento desumano ou degradante, ainda que com o fim de se obter confissão ou informações de um indiciado ou acusado.<sup>49</sup>

Para que a dignidade da pessoa humana seja preservada, é essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por esse motivo, é que tal princípio é a base e meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser desrespeitado em nenhum contexto, principalmente no contexto Penal e Processual Penal.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 59.

<sup>48</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 46.

<sup>49</sup> GRECO, **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. p. 59.

<sup>50</sup> Ibid., p. 59.

Guilherme de Souza Nucci diz que a existência de tipos penais incriminadores consagra a ideia de que, quem violar os bens jurídicos tutelados, passíveis de punição, ofende a dignidade da pessoa humana, visto que várias infrações penais envolvem direitos e garantias fundamentais.

Sob o mesmo prisma, o processo penal é constituído para servir de base ao justo procedimento de apuração da existência da infração penal e de quem seja seu autor, legitimando, ao final, garantia a ampla defesa, o contraditório e outros relevantes princípios, a devida punição.<sup>51</sup>

O princípio da dignidade humana é um princípio regente geral, informador e norteador, que ressalta a preocupação com a preservação do mínimo necessário para a sobrevivência de forma digna – ainda que a pessoa humana esteja na condição de réu condenado por delito grave – uma vez que “[...] a sociedade vituperar seus próprios membros, autores de erros inequívocos, mas que merecem castigo adequado e proporcionalmente aplicado em relação à infração penal cometida”.<sup>52</sup>

Tem-se, dessa maneira, um núcleo essencial da dignidade humana, no qual ninguém, independentemente do que fez, ou do crime que cometeu, pode ser afastado, como bem explica Rogério Greco:

[...] uma coisa é permitir que alguém, que praticou uma infração penal de natureza grave, se veja privado da sua liberdade pelo próprio Estado, encarregado de proteger em última instância, os bens jurídicos; outra coisa é permitir que esse mesmo condenado a uma privação de liberdade cumpra sua pena e, local degradante de sua personalidade; que seja torturado por agentes do governo com a finalidade de arrancar-lhe alguma confissão; que seus parentes sejam impedidos de visitar-lhe. Que não tenho uma ocupação ressocializante no cárcere etc. a sua dignidade deverá ser preservada, pois ao Estado foi permitido somente privar-lhe da liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa.

Assim, a dignidade humana é direito fundamental inerente a todas as pessoas, independente da situação em que se encontrem. Como princípio regente, a dignidade tem íntima relação com o princípio da presunção da inocência.

---

<sup>51</sup>NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 47.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 50-51.

### 1.2.2 Princípio da Presunção da Inocência

O princípio da Presunção da inocência é explícito, o qual impõe o respeito fiel a qualquer pessoa, uma vez que o estado de inocência é indisponível e irrenunciável, sendo parte integrante da natureza humana. Ou seja, a inocência é presumida, dessa forma, não basta ser indiciado ou réu, a inocência é a regra; a culpa, a exceção.<sup>53</sup>

Para Aury Lopes Jr., a presunção da inocência é um princípio fundamental de civilidade, que impõe um verdadeiro dever de tratamento, no sentido de que, deve se tratar o réu como inocente, fazendo com que o ônus da prova fique a cargo do acusador e, ainda, que a dúvida da autoria do delito conduza à absolvição.<sup>54</sup>

Como observa Guilherme de Souza Nucci, a pretensão punitiva deve se materializar somente após o transcurso do devido processo legal, sendo preservada todas as garantias de defesa constitucionalmente asseguradas.<sup>55</sup>

Em consequência, o princípio da dignidade humana junto com o princípio da presunção da inocência são limitações ao poder punitivo, no qual deve haver a preservação de todas as garantias de defesa, bem como a própria dignidade do acusado, sendo vedado o adiantamento da punibilidade.

### 1.2.3 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade prescreve que o “[...] Direito Penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluído se os condenados”.<sup>56</sup>

A humanidade da pena consiste no reconhecimento do preso provisório ou condenado à pena privativa de liberdade como pessoa humana<sup>57</sup>, vedado, dessa forma, penas cruéis (de morte, banimento, trabalho forçado, castramento).

A pena privativa de liberdade deve ser aplicada de forma que evite, ao máximo, os efeitos negativos e dessocializadores da prisão, uma vez que, como se sabe, a execução de

<sup>53</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 265-266.

<sup>54</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 778.

<sup>55</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 53.

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, parte geral**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 72.

<sup>57</sup> LUISI, **Os princípios constitucionais penais**. p. 46.

penas ou medidas de segurança, ou prisão provisória em estabelecimentos prisionais que não oferecem as condições mínimas de higiene, salubridade, etc., são francamente ofensivas ao princípio da humanidade, o que dificulta mais ainda a função ressocializadora da prisão.

#### 1.2.4 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade compreende os subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que, a intervenção do Estado acerca da liberdade dos cidadãos só pode ser legítima se for necessária, adequada e proporcional.<sup>58</sup>

Neste sentido, as penas aplicadas devem ser adequadas e proporcionais à gravidade da infração penal, não sendo alta demais, a fim de se tornar uma agressão, mas também não muito baixa a ponto de se tornar insignificante, não atendendo ao seu fim.<sup>59</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito reza que a pena deve guardar extrema proporção com a gravidade do delito praticado. Possui três destinatários, que são o legislador, o juiz e os órgãos da execução penal. Divide-se se em: a) proporcionalidade abstrata (ou legislativa), que ocorre na eleição da pena mais apropriada e na graduação desta; b) proporcionalidade concreta ou judicial (ou individualização), que deve orientar o juiz quando do julgamento da ação penal, devendo a individualização ser feita conforme a culpabilidade do réu, segundo as causas jurídico-penalmente relevantes; c) proporcionalidade executória, que corresponde à individualização da pena durante a execução penal, conforme mérito do condenado, sendo possibilitada a progressão de regime, o livramento condicional, ou indulto, etc.<sup>60</sup>

Ainda, há de se salientar que a individualização da pena é uma garantia constitucional, sendo vedada dessa forma a “padronização”. A pena deve ser aplicada de forma individual, para assim, cada réu receber a devida punição, observando a proporcionalidade. Ademais, a pena não se restringe somente ao *quantum*, mas também define o regime de cumprimento, sendo vedada dessa forma, que o legislador estabeleça na lei, parâmetros fixos e

---

<sup>58</sup> QUEIROZ, Paulo, **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51.

<sup>59</sup> NUCCI, **Manual de Direito Penal, parte geral**: parte especial, p. 76.

<sup>60</sup> QUEIROZ, **Direito Penal: Parte Geral**. p. 51.

padronizados, no tocante a quantidade de pena, a fixação do regime ou aos possíveis benefícios.<sup>61</sup>

### 1.2.5 Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade reza que não pode haver criminalização de atos que não ofendam seriamente o bem jurídico. Nesta senda, não se pode punir com fundamento na cogitação de que o agente pode cometer uma conduta criminosa. Veda-se, então, a punição dos atos meramente preparatórios.

Portanto, o autor deverá responder, exclusivamente, pelo que fez (direito penal do fato) e não pelo que é (direito penal do autor), “[...] de modo que não é o crime que é identificado a partir do criminoso, mas o criminoso a partir do crime”, uma vez que, num sistema garantista só é lícito criminalizar tipos de ação e não tipos de autor, dirigindo o processo à prova dos fatos e não à inquisição sobre pessoas.<sup>62</sup>

### 1.2.6 O Devido Processo Legal

O Devido Processo Legal é outro princípio regente, fundamentado no Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, dizendo que “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>63</sup>

Tal princípio, ainda, segundo Guilherme de Souza Nucci, possui dois importantes aspectos. O lado substantivo – material relacionado ao Direito Penal, e o lado procedimental – formal processual, relacionado ao Processo Penal.

No primeiro aspecto encaixa-se o princípio da Legalidade (art. 5º, inciso XXXIX<sup>64</sup>) e demais princípios penais, visto que, para dar ensejo à aplicação de qualquer pena, é necessário ter anterior previsão em lei detalhada acerca da conduta proibida penalmente, já que, “[...]”

<sup>61</sup> NUCCI, **Manual de Direito Penal, parte geral**: parte especial. p. 176.

<sup>62</sup> QUEIROZ, **Direito Penal**: Parte Geral p.63.

<sup>63</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 71.

<sup>64</sup> Art. 5 [...] , Inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. BRASIL, 1988.

inexistiria o devido processo legal, caso se aceitasse a condenação de alguém com base em tipo penal excessivamente aberto, desrespeitoso ao princípio da taxatividade”. A pena deve ser aplicada conforme os princípios da individualização e proporcionalidade.<sup>65</sup>

Acerca do sentido material do princípio do devido processo legal, leciona Edilson Mougnot Bonfim, que tal princípio refere-se “[...] ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, representando, portanto, uma garantia na medida em que protege o particular contra qualquer atividade estatal que, sendo arbitrária, desproporcional ou não razoável constitua violação a qualquer direito fundamental<sup>66</sup>”.

O mesmo autor aduz, ainda, que este, acerca da conceituação aberta do princípio e da sua aplicação, deve ser apreciado em cada caso concreto:

[...] é um princípio de conceituação aberta, porque implica o fato de que seu conteúdo não é definido ‘*a priori*’. Assim, a aplicação do princípio do devido processo legal material refere-se à apreciação de cada caso, avaliando-se, diante das peculiaridades de cada situação individualmente considerada, se houve, pela atuação do Estado, afronta a direito do particular. O desrespeito ao devido processo legal pode ser oposto a atos de qualquer natureza, emanados de qualquer dos órgãos do governo e de qualquer dos Poderes do Estado, inclusive do Legislativo. Vale dizer, o Estado não pode legislar abusivamente, mas deve fazê-lo respeitando o princípio de proporcionalidade; este, por sua vez, arrima-se em várias cláusulas constitucionais, donde ressalta, dentre elas, principalmente, aquela que garante o *substantive due process of law* (CF, art. 5o, LIV). Assim, o Poder Judiciário, provendo a sociedade com um devido processo legal, poderá proferir juízos acerca da própria razoabilidade ou proporcionalidade de determina – do dispositivo normativo, mitigando sua aplicação ou mesmo determinando sua inaplicabilidade a partir de seu prudente arbítrio. Trata-se, pois, de um instrumento amplo para flexibilizar a atuação do poder do Estado de acordo com parâmetros de racionalidade ou do princípio da proporcionalidade.<sup>67</sup>

Assim sendo, o princípio do devido processo legal, em seu sentido material, constitui uma proteção ao cidadão contra possíveis abusos do Estado. Ele condiciona todos os atos de qualquer órgão do Governo, impedindo este que legisle de forma abusiva e também que desrespeite direitos fundamentais.

Antônio Machado, acerca do sentido material, destaca que este constitui garantia expressa materialmente na Constituição e nas Leis, que os direitos fundamentais da pessoa serão efetivamente respeitados pelo Estado durante o processo e, ainda, também significa que

<sup>65</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 71.

<sup>66</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 80.

as normas processuais serão interpretadas e aplicadas razoavelmente, com o fim de assegurar um processo justo.<sup>68</sup>

No tocante ao aspecto procedimental formal do princípio do Devido Processo legal, Antonio Alberto Machado leciona que “[...] o devido processo representa as garantias processuais de que o processo penal observará as formalidades previamente estabelecidas para a sua tramitação”.<sup>69</sup>

Para Guilherme de Souza Nucci, o aspecto formal está relacionado às garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém na prática de certo delito, passível de sanção. Consequentemente, o devido processo legal chama a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, como, a ampla defesa, o contraditório, juiz natural e imparcial, dentre outros, com o fim de se assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.<sup>70</sup>

Antonio Alberto Machado leciona, ainda, que o Devido Processo Legal, tem “caráter fundante”, tendo outros princípios que o integram, cuja observância é condição *sine qua non* para a instauração e o desenvolvimento do processo válido. O desrespeito a tais princípios, resulta na nulidade ou até mesmo na inexistência de processo, “daí o caráter absoluto desses princípios, verdadeiras garantias fundamentais, daquelas que não podem ser afastadas e nem comportam qualquer espécie de exceção, sob pena de se provocar o desmoronamento do sistema processual e a nulidade dos processos”.<sup>71</sup>

Ou seja, tal princípio no sentido processual, estabelece a garantia do acusado ser processado segundo forma legalmente prevista. O Estado fica obrigado a obedecer ao procedimento que é previamente fixado pelo legislador, não desrespeitando, assim, a ordem do processo, já que, é vedada a supressão de qualquer fase ou ato processual. Tal princípio consubstancia-se, também, na disponibilização, aos cidadãos, dos mecanismos eficazes de atuação efetiva perante o Poder Estatal, durante o desenrolar do processo. Confere-lhes o direito de produzir provas, deduzir pretensões, fazer alegações, na busca do convencimento do juiz.<sup>72</sup>

Desse modo, só se terá respeito ao devido processo legal, se respeitados todos os direitos fundamentais do cidadão, tanto criação das normas quanto no processo, devendo

---

<sup>68</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 164.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>70</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. p. 71.

<sup>71</sup> MACHADO, **Teoria geral do processo penal**. p. 165.

<sup>72</sup> BONFIM, **Curso de Processo Penal**. p. 81.

sempre ser asseguradas as garantias de contraditório e ampla defesa e a imparcialidade do juiz.

### 1.2.7 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

No aspecto ligado ao processo penal, o devido processo legal se faz com o extremo respeito aos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão, quando suspeito ou acusado pelo Estado. O acatamento a esse princípio resulta na exigência de respeito ao também princípio do Contraditório e da Ampla Defesa (Art. 5º inciso LV).<sup>73</sup>

O contraditório é o direito que deve ser assegurado às partes do processo de ter a possibilidade de influir no convencimento do juiz, possibilitando-se o direito de produzir provas e alegações, podendo participar e se manifestar a respeito de todos os atos processuais.<sup>74</sup>

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci: “o contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse”.<sup>75</sup>

Assim, a atividade do contraditório deve ser plena e efetiva, como pontua Antônio Alberto Machado:

Diz-se que no processo penal o contraditório há de ser pleno e efetivo: será pleno porque deve ser observado do início ao fim do procedimento; será efetivo porque as partes devem dispor de meios concretos para reagir e contrariar os atos processuais que lhes sejam desfavoráveis, como condição de legitimidade de todo o processo.<sup>76</sup>

Já a ampla defesa subdivide-se em defesa técnica, efetuada por profissional habilitado, e a autodefesa, que é realizada pelo próprio imputado. Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

<sup>73</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. p. 72.

<sup>74</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 58.

<sup>75</sup> NUCCI, **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, p. 315.

<sup>76</sup> MACHADO, **Teoria geral do processo penal**. p. 167.

A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, ‘oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório’, e no direito de presença, ‘consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas’.<sup>77</sup>

Assim, é dever do Estado possibilitar ao acusado a garantia de defesa. Nas palavras de Antônio Alberto Machado, verifica-se:

O direito de ampla defesa corresponde a uma garantia constitucional conferida ao réu para que este possa se valer, sem qualquer espécie de embaraço, de todos aqueles mecanismos processuais indispensáveis à salvaguarda de seus direitos. Isto é, a possibilidade de produzir todo tipo de prova, de fazer quaisquer alegações que sejam, de interpor todos os recursos cabíveis e, enfim, de demonstrar a pertinência de suas pretensões no processo.<sup>78</sup>

Então, um dos requisitos para o respeito ao devido processo legal, é o direito ao contraditório e a ampla defesa, ou seja, ao réu deve ser possibilitada a chance de debater acerca das provas produzidas e alegações feitas e também, de se autodefender se achar conveniente, porém, é obrigatório que este tenha uma defesa técnica.

### **1.2.8 Princípio da Imparcialidade do Juiz e do Acusatório**

Para ser assegurado ao réu o direito ao contraditório e a ampla defesa e para ser alcançada a plenitude do devido processo legal, faz se mister a figura do juiz imparcial. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, juiz imparcial é aquele:

[...] que tem condições objetivas e subjetivas, de proferir veredicto sem a menor inclinação por qualquer das partes envolvidas, fazendo-o com discernimento,

<sup>77</sup> TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**. p. 59.

<sup>78</sup> MACHADO, **Teoria geral do processo penal**. p. 167.

lucidez e razão, com o fito de aplicar a lei ao caso concreto, fornecendo a mais clara evidência de se tratar de um Judiciário integrante do Estado Democrático de Direito.<sup>79</sup>

Dessa forma, tem-se que o juiz imparcial é aquele que se coloca acima das partes, não se inclinando para nenhum dos lados, o juiz é o terceiro na relação processual, sendo garantidor das formalidades e dos direitos das partes, buscando a aplicação da lei ao concreto, com base nos fatos e provas apresentados pelas partes. Para Aury Lopes Jr. a imparcialidade corresponde, a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, através do juiz, atuando como “órgão supraordenado às partes ativa e passiva”.<sup>80</sup>

Deve-se acentuar que uma das principais garantias individuais é a exigência de um juiz imparcial, competente para solucionar o conflito de interesses entre acusação e defesa de maneira isenta e correta, assegurando um fiel equilíbrio entre as partes.<sup>81</sup>

Porém esse equilíbrio entre as partes e a imparcialidade do juiz ficam claramente comprometidos, quando se atribui ao órgão julgador, poderes instrutórios ou investigativos, inerentes a acusação, indo de encontro ao princípio acusatório. Nessa senda, salienta Aury Lopes Jr.:

[...] A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo.<sup>82</sup>

Antônio Alberto Machado considera o acusatório como sinônimo de devido processo legal, uma vez que este só se completa com a separação das funções de acusar, defender e julgar, assim, a ausência dessa separação configura-se em um processo inquisitivo e aduz ainda que, por força de tal princípio:

[...] a comprovação dos fatos, a verdade real ou verdade processual deve resultar do confronto entre as partes, incumbidas de produzir toda a prova, num verdadeiro

<sup>79</sup> NUCCI, **Princípios penais e processuais penais**. p.331.

<sup>80</sup> LOPES JR., **Direito processual penal**, p. 187.

<sup>81</sup> NUCCI, **Princípios processuais penais**, p. 421.

<sup>82</sup> LOPES JR., **Direito processual penal**, p. 188.

duelo. O juiz penal deve permanecer numa posição de imparcialidade, distante da atividade probatória, sem nenhum interesse no resultado da demanda.<sup>83</sup>

Assim, tem-se que a imparcialidade só é possível de ser alcançada, quando existir a clara separação inicial das funções de acusar e julgar e ainda, e principalmente, com o afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.<sup>84</sup>

Dessa forma, é de se salientar que o devido processo legal só será efetivo se presentes todos os requisitos citados alhures, quais sejam: o efetivo contraditório e a ampla defesa, imparcialidade do juiz e o respeito ao acusatório.

Do exposto, depreende-se que ordenamento jurídico é baseado em normas e princípios constitucionais, que são, em regra, dotados de supremacia, o que significa dizer que toda a legislação infraconstitucional está subordinada aos preceitos constitucionais. Dessa forma, não pode ser admitida, em hipótese alguma, a existência de normas que violem ou desobedeçam ao contido nos ditames constitucionais, principalmente no Direito Penal, uma vez que este é o ramo do direito que trata principalmente da liberdade do cidadão.

No tocante ao Direito Penal, procurou-se demonstrar a importância dos princípios constitucionais penais e processuais penais, explícitos e implícitos na Magna Carta que, sem a observância destes, o exercício punitivo do Estado beira à ilegalidade.

Em contraponto à constitucionalização do direito, e à valorização dos princípios, percebe-se a expansão do direito penal, com a relativização das garantias constitucionais, a criação de novos tipos incriminadores e o agravamento das penas dos tipos incriminadores já existentes, relacionada com a teoria do Direito Penal do Inimigo, que será analisada no próximo capítulo.

---

<sup>83</sup> MACHADO, **Teoria geral do processo penal**, p. 171.

<sup>84</sup> LOPES JR., **Direito processual penal**. p. 188.

## 2 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Neste capítulo, analisar-se-á a Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada pelo penalista alemão Gunther Jakobs, Para discorrer sobre a aplicação da Teoria do Direito Penal do Inimigo na atual legislação brasileira, é necessário que se faça, primeiramente, uma abordagem histórica, apontando-se o contexto em que surgiu e, também, as bases teóricas, ou seja, o que o autor utiliza para dar fundamentação a sua tese, para que sejam demonstrados, assim, os principais fundamentos e características e identificar se há ou não aplicação da referida teoria no nosso ordenamento jurídico.

### 2.1 A origem do Direito Penal do Inimigo e suas Bases Filosóficas

Em 1985, em um congresso realizado em Frankfurt, o Alemão Günther Jakobs, por ocasião de uma conferência intitulada “*Criminalização no estado prévio à lesão do bem jurídico*”, apresentou um direito penal parcial, que observou ter se desenvolvido na Alemanha. Nas palavras de Vinícius Borges de Moraes, cita-se:

[...] após uma ampla análise dos dispositivos e construções jurídicas desenvolvidas no direito penal, concluiu em sério tom de crítica, que havia se desenvolvido na Alemanha um direito penal parcial. A este direito o doutrinador conferiu a denominação de *direito penal do inimigo*.<sup>1</sup> (grifo do autor).

No seu discurso, Jakobs aponta a ilegitimidade da criminalização de atos anteriores à lesão do bem jurídico, alegando que toda criminalização de um ato prévio à lesão do bem jurídico não se ajusta a um Direito Penal Legítimo, um Direito Penal do Cidadão e, sim, um Direito Penal do Inimigo, ou seja, nesta primeira manifestação, Günther Jakobs usou a expressão Direito Penal do Inimigo, com o fim de criticar a ilegitimidade deste.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MORAES, Vinicius Borges de. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 74, p. 11, 2008.

<sup>2</sup> RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e direito penal do inimigo: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 55.

A ideia de Direito Penal do Inimigo, é proferida de forma absolutamente crítica, confrontando-a com o Direito Penal do Cidadão e buscando fixar limites materiais a essa tendência legislativa de criminalização do estado prévio.<sup>3</sup>

Ocorre que 11 anos depois, em 1999, durante as Jornadas de Berlin, dedicadas à “ciência jurídico-penal alemã frente à mudança de milênio”<sup>4</sup> o mesmo autor mudou seu discurso crítico ao Direito Penal do Inimigo, transformando o em um discurso legitimador e justificador, trazendo, então, um verdadeiro direito penal da exclusão, que trataria os que são considerados inimigos como não pessoas.<sup>5</sup>

Nas palavras de Francisco Muñoz Conde, Günther Jakobs nesse seu discurso legitimador,

[...] expôs com clareza e contundência, e talvez com certo ar de provocação, a necessidade de reconhecer e admitir que nas sociedades atuais, junto a um direito penal dirigido à única tarefa de restabelecer através da sanção punitiva a vigência da norma violada pelo delinquente e a confiança dos cidadãos no direito (segurança normativa), inspirado em conceitos mais ou menos flexíveis ou funcionais, porém respeitosos e adequados ao sistema de garantias e limites do poder punitivo no Estado Democrático de Direito, havia outro Direito Penal, um Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht), pelo qual o Estado diante de determinados sujeitos, que de forma grave e reiterada se comportam contrariamente às normas básicas que regem a sociedade e constituem uma ameaça para mesma, tem que reagir de forma muito mais contundente para restabelecer a confiança no Direito e no próprio sistema, não de imediato pela segurança e confiança normativa e sim pela ‘segurança cognitiva’.<sup>6</sup>

Consequentemente, percebe-se a diferença entre os discursos de Günther Jakobs, que em um primeiro momento (Frankfurt-1985) critica de forma ampla os preceitos jurídico-penais em torno do Direito Penal do inimigo e em um segundo momento (Berlim-1999), faz apologia a tal teoria, demonstrando acreditar que esta seria a única alternativa viável, para restabelecer a confiança da sociedade no direito, e de certa forma, combater os delitos de natureza grave.<sup>7</sup>

Moysés Pinto Neto, acerca das manifestações de Jakobs, esclarece que, na primeira manifestação, o termo tinha conotação nitidamente negativa, com a intenção de resguardar a

<sup>3</sup> PINTO NETO, Moysés. **O rosto do inimigo**: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 1.

<sup>4</sup> Ibid., p. 2.

<sup>5</sup> Ibid., p. 1.

<sup>6</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

<sup>7</sup> MORAES, Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** p. 12.

esfera de liberdade nas hipóteses de “criminalização do estado prévio”. Entretanto, na segunda manifestação, no Congresso realizado em Berlim, Günther Jakobs considerou o reconhecimento dessa esfera como inevitável, a sua visão ‘começa a se propor como “descritiva” e propugna o reconhecimento do Direito Penal do Inimigo como “mal menor”.<sup>8</sup>

Nas palavras do próprio Günther Jakobs: “[...] um Direito Penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do inimigo”.<sup>9</sup>

Percebe-se dessa forma, que no seu discurso legitimador Günther Jakobs defende a aceitação da aplicação da teoria. Porém, de maneira controlada, como forma de proteger a totalidade do Direito, a fim de evitar a contaminação deste, pois acredita que, ante a atual política criminal, a aplicação de um direito penal não garantista é inevitável, frente ao clamor da sociedade.

Ainda sobre os primeiros discursos de Günther Jakobs sobre o Direito Penal do inimigo, Eduardo Saad-Diniz aponta que, na conferência de Frankfurt, o autor “[...] anuncia o problema do inimigo no debate das ideias penais, assemelhando-se a um direito de emergência contra as fontes de perigo ao bem jurídico”, urgindo, assim, um direito penal de proteção do bem jurídico contra o inimigo e um direito penal de proteção da liberdade do cidadão. Enquanto, no segundo momento, após 1999, Günther Jakobs “[...] descreve a despersonalização e reconhece a identidade de uma não pessoa, sobre a qual deveria recair reação penal ostensiva, já sem equivalência funcional ao direito de emergência”.<sup>10</sup>

Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, quando Günther Jakobs utilizou pela primeira vez a expressão, foi com a intenção de crítica ao endurecimento legislativo das últimas décadas, e depois, a partir de 1999, “[...] passou a defender a mencionada necessidade de sua legitimação parcial como modo de deter o crescimento do próprio direito penal do inimigo”.<sup>11</sup>

Para Francisco Muñoz Conde, a discussão acerca da referida teoria, apesar da grande importância, não teria passado do âmbito puramente acadêmico, se uma série de acontecimentos posteriores (ações terroristas) não surgissem para dar razão fática, de algum

<sup>8</sup> PINTO NETO, **O rosto do inimigo**: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo. p. 12.

<sup>9</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

<sup>10</sup> DINIZ, Eduardo Saad. **Inimigo e Pessoa no Direito Penal**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 107.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Coleção Pensamento Criminológico. v. 14. p. 157.

modo, para a Teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que, demonstraram a existência de um perigo real, principalmente após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.<sup>12</sup>

A esse propósito, faz-se mister trazer a colação das considerações de Eugenio Raúl Zaffaroni, acerca da importância que as ações terroristas trouxeram ao sistema do Direito Penal do Inimigo:

No 11 de setembro de 2001, esse sistema penal encontrou um inimigo de certa substância no chamado terrorismo. Ao mesmo tempo, tomou emprestada a prevenção do discurso penal legitimamente e pretendeu apresentar a guerra contra o Iraque como preventiva. Como nunca antes, fica evidente a identidade do poder bélico com o poder punitivo em busca desesperada do inimigo.<sup>13</sup>

No ano de 2003 é publicado, por fim, o trabalho de Gunther Jakobs específico sobre o tema intitulado “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo”, que foi traduzido primeiramente em espanhol, por Cancio Meliá, que publica conjuntamente resposta à teoria.<sup>14</sup>

Nesta obra, Günther Jakobs demonstra, de maneira clara e direta, seu posicionamento, apresentando dois polos ou duas tendências do Direito Penal, em um só contexto jurídico penal, ou seja, o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do Inimigo, afirmando ser “perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais”<sup>15</sup>, demonstrando-se que a função do Direito Penal do Inimigo é a eliminação do perigo, voltando-se, principalmente, para a criminalidade de maior gravidade, como resposta aos anseios populistas.<sup>16</sup>

Dessa forma, então, é criado dois Direitos em um mesmo contexto jurídico-penal, com dois agentes, o cidadão, até que este exteriorize seu delito para “[...] reagir com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade”<sup>17</sup> e o inimigo, que há de ser combatido por sua

<sup>12</sup> CONDE, **Direito Penal do Inimigo**, p. 26.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, **O inimigo no direito penal**. p. 65.

<sup>14</sup> PINTO NETO, **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. p. 2.

<sup>15</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, **Direito penal do inimigo: noções e críticas.**, p.21

<sup>16</sup> CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais. Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, São Paulo, v. 1, n. , p.63-82, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

<sup>17</sup> CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: BRITO, Alexis Augusto Couto; VANZZOLIN, Maria Patrícia (Org.). **Direito Penal: Aspectos Jurídicos Controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 42.

periculosidade, sendo interceptado no estado prévio, uma vez que é tratado como mera “fonte de perigo”, devendo ser neutralizado a qualquer preço.<sup>18</sup>

Dessa maneira, a criminalidade é dividida em duas formas: uma comum, onde não há perigo à estrutura da sociedade<sup>19</sup>, reconhecida naqueles tipos de crimes considerados tradicionais, ou esporádicos, que tem apenas o objetivo de lucro fácil e então é aplicado um Direito Penal Cidadão, no qual as garantias constitucionais estariam asseguradas a todos, ou seja, estaria resguardada integridade física e a dignidade desses criminosos cidadãos. E uma outra forma especial, que se refere aos tipos de criminalidade que causam um abalo no tecido social, “que passam a atentar contra as estruturas do Estado”<sup>20</sup>, de forma reiterada, por ser temido pela população em geral, principalmente por ter uma ampla divulgação através das mídias, este tipo de crime é praticado por pessoas consideradas à margem da sociedade, que se dedicam a destruir o que a sociedade construiu que têm uma vida dedicada ao crime, e estes são considerados inimigos.

Então, para este tipo de criminalidade, segundo Günther Jakobs, deve ser aplicado um Direito Penal do Inimigo, um Direito de maior rigor, com o afastamento de garantias fundamentais da pessoa humana, para tentar eliminar ou neutralizar um perigo<sup>21</sup>. Pois, para ele, “[...] aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal pode crer, a expressão *não pessoa*) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa”.<sup>22</sup>

Destarte, o fundamento filosófico da teoria de Jakobs é que, em suas palavras:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> CRESPO, Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: **Direito Penal: Aspectos Jurídicos Controvertidos**. p. 42.

<sup>19</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Crime Organizado (Lei N. 9.034, de 3-5-1995). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (Org.). **Legislação Penal Especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146.

<sup>20</sup> MORAES, Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** p. 11.

<sup>21</sup> JAKOBS; MELIÁ, **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. p. 49.

<sup>22</sup> MORAES, Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** p. 12.

<sup>23</sup> JAKOBS; MELIÁ, **Direito penal do inimigo: noções e críticas**, p. 47.

Isso posto, o Estado poderá agir de duas maneiras com os infratores: “[...] podem vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”.<sup>24</sup>

Günther Jakobs apresenta, com o fim de criar uma justificativa para sua ideia acerca da existência da figura do inimigo, uma diversidade de fontes, o que contribui, nas palavras de Saad-Diniz, “[...] para a ambiguidade e vagueza do conceito de inimigo”<sup>25</sup>. Para ele, a distinção entre inimigo e cidadão já estaria presente desde os primeiros teóricos do contratualismo.<sup>26</sup>

Primeiramente ele cita Jean-Jacques Rosseau, que tem em seu pensamento que “[...] qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como se demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor”<sup>27</sup>, e também cita Johann Gottlieb Fichte, que aduz, segundo Günther Jakobs que:

[...] quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos.<sup>28</sup>

No tocante ao posicionamento dos teóricos citados acima, Günther Jakobs se nega a seguir tais concepções, considerando muito abstrata a separação entre o Cidadão dotado de Direitos e o Inimigo, alegando que:

Em princípio um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> JAKOBS; MELIÁ, **Direito penal do inimigo: noções e críticas**, p. 49.

<sup>25</sup> DINIZ, **Inimigo e pessoa no direito penal**. p. 138.

<sup>26</sup> PINTO NETO, **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. p. 12.

<sup>27</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques apud JAKOBS; MELIÁ, **Direito penal do inimigo: noções e críticas**, p. 24.

<sup>28</sup> FICHTE, Johann Gottlieb apud JAKOBS; MELIÁ **Direito penal do inimigo: noções e críticas**., p. 25.

<sup>29</sup> JAKOBS.; MELIÁ, **Direito penal do inimigo: noções e críticas**, p. 25.

Eduardo Luiz Santos Cabette e Eduardo de Camargo Loberto, se mostram contrários à afirmação de Günther Jakobs, ao considerar abstrata a separação entre Cidadão e Inimigo feita por Jean-Jacques Rosseau, pois entendem que:

[...] embora Rousseau dispense ao inimigo um tratamento diferenciado, não o faz de maneira tão ampla quanto Jakobs. Aquele se restringe aos limites de uma guerra formalmente declarada. Não nos parece que assim o seja, haja vista que Jakobs admite essa aplicação até mesmo fora do estado de guerra formalmente declarada, bastando a periculosidade do indivíduo. Assim, entendemos que, todavia, Jakobs afirma que sua proposta é muito menos ampla do que a desse pensador contratualista.<sup>30</sup>

Para tais autores, Jean-Jacques Rosseau se refere ao inimigo nos limites restritos da iminência de uma guerra e, por serem inimigos, conferem o direito de o Estado os exterminar, somente enquanto portarem suas armas, trazendo, dessa forma, perigo ao príncipe, ou rei, ou particular ou povo. No momento em que se rendem, deixam, de certa forma, de serem inimigos.<sup>31</sup>

Günther Jakobs passa, então, para análise da posição de Hobbes que, em princípio, mantém status de cidadão do delinquente, dado que, nas palavras dele “o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status”<sup>32</sup>, no mesmo sentido é a manifestação de Immanuel Kant, no entendimento de Eduardo Luiz Santos Cabette e Eduardo de Camargo Loberto:

O autor traça um paralelo entre esses dois pensadores. Haja vista que, para Kant, esse inimigo não merece ser tratado como pessoa quando se recusa a integrar um ‘estado comunitário-legal’, da mesma forma que Hobbes ‘despersonaliza o réu de alta traição’. Ambos reconhecem um Direito Penal do cidadão e um ‘Direito’ Penal do inimigo. ‘Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa’.<sup>33</sup>

Luiz Flavio Gomes de forma esclarecedora, expõe, portanto, as bases filosóficas da teoria de Jakobs:

<sup>30</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. LOBERTO, Eduardo de Camargo. **O Direito Penal do Inimigo. Gunther Jakobs**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13581-13582-1-PB.pdf>> Acesso em: 12 ago. 2013.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> HOBBS, Thomas *apud* JAKOBS; MELIÁ, **Direito penal do inimigo: noções e críticas**, p. 26

<sup>33</sup> CABETTE,; LOBERTO, **Direito Penal do Inimigo. Gunther Jakobs**.

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o ‘estado comunitário-legal’, deve ser tratado como inimigo (Kant).<sup>34</sup>

Para Eduardo Saad Diniz, neste momento, no que diz respeito aos esboços jurídico-filosóficos, Günther Jakobs demonstra sua maior fragilidade, ao passo que é atribuído ao modelo penal do inimigo a “[...] radicalização das ideias do estado de natureza, em alusão à filosofia política contratualista”.<sup>35</sup>

Assim, percebe-se que Günther Jakobs, com o fim de justificar o seu discurso legitimador sobre o Direito Penal do Inimigo, busca identificar a existência de um inimigo, nas teses dos filósofos contratualistas.

Fez-se importante, nesta senda, a análise das características da teoria, ou seja, como se dá o tratamento ao inimigo e ao cidadão.

## 2.2 As características da Teoria do Direito Penal do Inimigo

Há de se ter em mente, que a figura de um inimigo, aquele que, se porta diferente dos demais sempre existiu, nas lições de Eugenio Raul Zaffaroni, a existência de um inimigo tem origem no direito romano, onde existia o *inimicus*, que era o inimigo pessoal e o *hostis*, que era considerado o verdadeiro inimigo político, que carecia de direitos em termos absolutos, ou seja, que era considerado de fora da sociedade. Os *hostis* eram divididos em duas categorias: a do *hostis alienígena*, que eram aqueles que incomodavam o poder, eram estrangeiros, que por ser desconhecidos geravam desconfiança e tornavam-se suspeitos, por ser considerados perigosos e do *hostis judicatus* que eram os inimigos declarados do poder, que eram deixados em condição semelhante a de escravo, para poder ser aplicadas leis que eram vedadas para aqueles considerados cidadãos. Essa divisão pode ser comparada com a divisão que é dada

<sup>34</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos>>. Acesso em: 1º set. 2013

<sup>34</sup> JAKOBS; MELIÁ, **Direito penal do inimigo: noções e críticas**, p. 3.

<sup>35</sup> DINIZ, **Inimigo e pessoa no direito penal**. p. 139.

hoje em dia, para justificar o direito penal do inimigo, no qual é distinguida a forma de tratamento para crimes “comuns” que não traz perigo a estrutura da sociedade, praticado por cidadãos e crimes de maior gravidade, que causam um abalo estrutural na sociedade praticados pelos inimigos, que estão a margem da sociedade.<sup>36</sup>

Essa divisão, entre a existência de um inimigo e um cidadão e que cada um deles, ao cometer determinados delitos, terá uma resposta diferente do Estado, é uma das características da teoria.

A teoria do Direito Penal do Inimigo, nas lições de Moysés Pinto Neto “desvincularia determinados indivíduos do conceito de pessoa, admitindo que, diante da insuficiência de pacificação interna, seria imprescindível o reconhecimento dessa esfera destinada aos indivíduos perigosos”.<sup>37</sup>

Günther Jakobs afirma que “[...] só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real”.<sup>38</sup> Demonstrando assim segundo Eduardo Luiz Santos Cabette que “[...] o conceito de pessoa está diretamente ligado à atuação e à postura do agente perante a sociedade e as normas que a regem”.<sup>39</sup>

Moysés Pinto Neto entende que o inimigo é aquele que ameaça “[...] a própria configuração social, abalando os alicerces da ordem funcional” e “[...] que Jakobs trabalha o Inimigo – *o impuro* – enquanto alguém contraposto à ordem vigente”.<sup>40</sup> “A pureza do cidadão em Jakobs, portanto, é relativa, à medida que opõe o cidadão – de um lado –, e o inimigo – de outro, na relação com a ordem funcional”.<sup>41</sup>

Dessa maneira, o inimigo é aquele que se comporta de maneira contrafática, contraria as expectativas sociais. Nas palavras de Eduardo Saad-Diniz:

[...] aqueles que não se comportam de acordo com os padrões de relações sociáveis de determinado modelo de sociedade merecem a reprovação, mas ainda não fogem à proteção cognitiva do direito porque não comprometem a constituição da sociedade; o intolerável é o perigo ao futuro da sociedade.<sup>42</sup>

<sup>36</sup> ZAFFARONI, **O inimigo no direito penal**, p. 22 e ss.

<sup>37</sup> PINTO NETO, **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo** p. 7.

<sup>38</sup> JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**, p. 43.

<sup>39</sup> CABETTE, **Três velocidades, um inimigo, nenhum direito.**, p. 3.

<sup>40</sup> PINTO NETO, **O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo** p. 75.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>42</sup> DINIZ, **Inimigo e pessoa no direito penal**, p. 126.

Diante disso, pode-se chegar ao entendimento de que o penalista germânico considera inimigos, criminosos de maior gravidade, aqueles que se afastam, de modo permanente, das regras de Direito e não oferecem garantias de que irão respeitar as regras mínimas de convivência em uma sociedade. Jakobs argumenta ainda, que “[...] o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.<sup>43</sup>

Cancio Melliá apresenta ainda, mais três elementos característicos na teoria do inimigo: primeiramente um amplo adiantamento da punibilidade, que visa o fato futuro (perspectiva prospectiva), e não o fato cometido (retrospectiva). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas, pois “[...] a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada”. E por fim, em terceiro lugar, tem se como característica a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.<sup>44</sup>

Quanto à supressão de determinadas garantias fundamentais, é importante trazer à baila, o entendimento de Otávio Binato Júnior que assevera que:

Em relação à diminuição das garantias processuais para com o inimigo o objetivo é claro: facilitar cada vez mais a condenação dos inimigos e livrar o Estado do fardo de ter de fornecer ao inimigo todas as garantias que faculta aos seus cidadãos, além de instituir formalmente um regime de procedimento criminal totalmente paralelo e autônomo, sem correspondência alguma com os direitos garantidos a todos constitucionalmente. Para Jakobs o tratamento dos inimigos de acordo com as regras processuais do cidadão impõe uma série de “ataduras” desnecessárias ao Estado quando este combate seus inimigos.<sup>45</sup>

Logo, o direito penal do cidadão tem por finalidade assegurar a manutenção das normas do sistema vigente, enquanto o direito penal do inimigo deve combater o perigo. O direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal para alcançar os atos preparatórios, mesmo sendo a pena intensa e desproporcional.

Para o cidadão, a coação somente deve ser iniciada com privação da liberdade se houver a exteriorização de um ato que a exija como necessária.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> CALLEGARI; DUTRA, Direito penal do inimigo e direitos fundamentais. In: **Revista dos Tribunais**, p. 5.

<sup>44</sup> JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**, p. 90.

<sup>45</sup> BINATO JR., Otávio. **Do Estado Social ao Estado Penal: O Direito Penal do Inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva**. 2007. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2007. p. 142.

<sup>46</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95

Tal coação, defendida por Günther Jakobs, ocorre mediante a relativização ou exclusão das garantias fundamentais, tais como a violação do devido processo legal que, juntamente com a antecipação da punibilidade em que se criminaliza condutas anteriores ao cometimento de um delito e a previsão de penas abstratas mais altas, indo além da proporcionalidade do crime, são as principais características do Direito Penal do Inimigo.<sup>47</sup>

Nas palavras de Salo de Carvalho, o Direito penal do Inimigo, é um direito penal de emergência que:

[...] surge diferenciando-se em seus princípios, regras e principalmente em sua finalidade. Divergindo das funções clássicas da pena – função de prevenção (geral, especial, positiva e negativa) e retribuição – tal modelo cria uma verdadeira legislação de guerra contra o inimigo, cujo único fim seria a exclusão e inocuidade deste.<sup>48</sup>

Luiz Flávio Gomes, explica de maneira elucidativa as principais características retiradas dos textos de Günther Jakobs, demonstrando as principais diferenças entre a aplicação da lei para o cidadão e para o inimigo:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> CONDE, Francisco Muñoz, As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 83, p. 98, 2010.

<sup>48</sup> CARVALHO, Salo de. **Direito Penal do Inimigo no Rio de Janeiro**: Do confronto ao tráfico de drogas ao discurso da pacificação. Disponível em: <<http://www.carvalhoadv.com>>. Acesso em: 20 set. 2013a. p. 4.

<sup>49</sup> GOMES, **Direito penal do inimigo**.

Do acima exposto, entende-se que a imposição de medida de segurança, é no sentido de neutralizar o inimigo, devido a sua periculosidade, seus status de cidadão é perdido em decorrência da sua consideração dessa periculosidade e por assim ser considerado, pune-se pensando no fato futuro, antecipa-se a tutela penal na tentativa de interceptação do inimigo.

Então, a grande questão dessa teoria é que ela faz essa distinção entre a criminalidade do ponto de vista do afastamento das garantias fundamentais da pessoa humana, mediante coação, visando apenas neutralizar o inimigo. Günther Jakobs justifica tais elementos dizendo que: “O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos”.<sup>50</sup>

Assim, percebe-se que um dos motivos de um cidadão perder esse seu status e se tornar um inimigo, é a consideração da sua periculosidade, uma vez que mesmo antes que exteriorize o delito, segundo a teoria, já pode ser interceptado.

### **2.3 O Direito Penal do Inimigo como Direito Penal do Autor**

É sabido, que o direito penal visa à proteção de bens jurídicos indispensáveis, e que a norma, em um Estado de Direito só autoriza a coação (a punição, a aplicação de uma pena) no momento em que o bem jurídico tutelado pelo Estado é ofendido. A esse contexto se dá o nome de Direito Penal do fato/ato.

Cancio Meliá explica que o Direito Penal do Inimigo infringe, na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato que se entende como “[...] princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual deve ser excluídos da responsabilidade jurídico penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um direito penal orientado na <<atitude interna>> do autor” (grifo do autor). E mais adiante enfatiza a “[...] necessidade estrutural de um fato como conteúdo central do tipo (Direito Penal do fato em lugar de Direito Penal do Autor)”.<sup>51</sup>

Acerca do Direito Penal do Autor, brilhante é a explicação de Eugenio Raul Zaffaroni, Nilo Batista e Alejandro Slokar, que o comparam com o Direito Penal do Fato:

---

<sup>50</sup> JAKOBS; MELIÁ, **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 29.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 108.

Enquanto, para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo ao extremo esta segunda opção, chega-se a conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena.<sup>52</sup>

Dessa forma, percebe-se que a teoria visa combater o inimigo, pelo perigo que ele representa, Günther Jakobs defende que o inimigo deve ser coagido, não somente pelo que ele fez, mas também pelo que ele é, se revelando um verdadeiro direito penal do Autor. Nas palavras de Salo de Carvalho, sendo fundado na periculosidade, independente da relação de proporcionalidade entre a lesão do bem jurídico tutelado e a norma jurídica:

[...] o direito penal deve ser caracterizado segundo a imagem de autor de que parte. Por esta razão, faz uma distinção entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão, embora a contraposição destes ‘tipos ideais’ não apareça em um estado puro, mas em uma constante sobreposição.<sup>53</sup>

Na mesma senda, Vicente Greco Filho, aduz que o Direito penal do Autor/Inimigo resulta em um direito penal discriminatório e preconceituoso uma vez que, ao invés de reprovar a culpabilidade, reprova a periculosidade, se tornando um direito penal prospectivo e, conseqüentemente, gerando penas desproporcionais, em que as garantias penais e processuais não são asseguradas, sendo possível até a imposição de prisão (pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas) [no sentido de que a pena é baseada na culpabilidade, enquanto a medida de segurança é com base na periculosidade] e até morte.<sup>54</sup>

É ponderado por Eugenio Raul Zaffaroni, que ao tratar as pessoas de acordo com o perigo ou dano que elas representam, se está também, suscitando a violência, respondida através de outra violência e fica claro que nunca um conflito foi solucionado, definitivamente, desta forma, a não ser se o conflito resultou, ao invés de uma solução definitiva, em uma final. Percebe-se que a ideia desse tratamento diferenciado é o poder de designar o inimigo para

<sup>52</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.131.

<sup>53</sup> CARVALHO, **Direito penal do inimigo no Rio de Janeiro**: do confronto ao tráfico de drogas ao curso da pacificação. p. 5.

<sup>54</sup> GRECO FILHO, **Manual de Processo Penal**. p. 71.

destruí-lo ou simplesmente reduzi-lo à impotência total. Essas atitudes levam ao caminho de um genocídio daqueles considerados inimigos.<sup>55</sup>

E há de se ter em mente, que dada abertura para esse tipo de tratamento, de incriminação de fatos anteriores a lesão do bem jurídico, ao julgar uma pessoa pelo que ela é, pelo que ela representa, cria-se precedentes para que a coação ao inimigo, defendida por Günther Jakobs, seja estendida a todo o ordenamento jurídico, incriminando atos prévios e até mesmo, o pensamento.

## 2.4 O Direito Penal do Inimigo como Terceira Velocidade do Direito Penal

A redução de garantias, no molde da Teoria do Direito Penal do Inimigo, fez com que esta se tornasse, hoje, a terceira velocidade do Direito Penal. Essa nomenclatura de “velocidades do direito penal” foi criada por Jésus-Maria Silva Sanchez, que dá três enfoques diferentes ao Direito Penal. Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette, Silva Sánchez “[...] constata que o Direito Penal na atualidade não opera de forma homogênea. O autor expõe com perspicácia um processo de diferenciação dos ritmos do Direito Penal no que tange à agilidade, desformalização e redução de garantias”.<sup>56</sup>

A primeira velocidade seria aquela tradicional do direito penal, com a finalidade última a aplicação de uma pena privativa de liberdade, porém, como se trata da liberdade do cidadão, as regras garantistas penais e processuais devem ser intensamente observadas.<sup>57</sup>

Para Eduardo Luiz Santos Cabette, Silva-Sánchez aponta um “[...] núcleo duro do Direito penal, representado pelas infrações para as quais se impõe penas privativas de liberdade”, sendo predominante o respeito aos procedimentos mais formas e garantistas.<sup>58</sup>

Alexandre Rocha Almeida de Moraes aduz que esta primeira velocidade “[...] é pautada no modelo liberal-clássico, traduzindo a ideia de um direito penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios político-criminais iluministas”.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> ZAFFARONI, **O inimigo no direito penal**, p. 22.

<sup>56</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Três velocidades, um inimigo, nenhum direito. Um esboço crítico dos modelos de direito penal propostos por Silva Sánchez e Jakobs**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 1º set. 2013.

<sup>57</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista** Dio Direito Penal. E.ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 19.

<sup>58</sup> CABETTE, **Três velocidades, um inimigo, nenhum direito. Um esboço crítico dos modelos de direito penal propostos por Silva Sánchez e Jakobs**.

Dessa forma, tem-se, na primeira velocidade, a pena privativa de liberdade e as garantias, ao contrário da segunda velocidade, a qual Silva-Sánchez considera a aplicação de medidas adversas, as penas que não importam na privação da liberdade do cidadão. Ou seja, as penas restritivas de direito e multa. E, nesse momento, poderiam ser relativizadas algumas garantias processuais em prol da agilidade na aplicação da lei penal.<sup>60</sup> Assim, há certa “desformalização e redução de garantias”.<sup>61</sup>

Para Alexandre Almeida de Moraes, “[...] a segunda velocidade contempla uma flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direito”.<sup>62</sup>

Rogério Greco traz exemplos da aplicação desta segunda velocidade no direito penal brasileiro, que é o que ocorre na esfera dos Juizados Especiais Criminais, sendo que ele:

[...] permite a utilização de institutos jurídicos que importem na aplicação de pena não privativa de liberdade, sem que, para tanto, tenha havido a necessária instrução processual, com o contraditório e a ampla defesa, como acontece quando o suposto autor do fato aceita a proposta de transação penal, suspensão condicional do processo, etc.<sup>63</sup>

E, ainda, resume o raciocínio de Silva-Sánchez, em suas próprias palavras, assim sendo:

[...] uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘do cárcere’, em que haveriam de ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada a menor intensidade da sanção.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o ‘direito penal do inimigo’**. 2006. Dissertação (Curso de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 200.

<sup>60</sup> GRECO, **Direito penal do inimigo**. p. 19.

<sup>61</sup> CABETTE, **Três velocidades, um inimigo, nenhum direito. Um esboço crítico dos modelos de direito penal propostos por Silva Sánchez e Jakobs**.

<sup>62</sup> MORAES **A terceira velocidade do direito penal: o ‘direito penal do inimigo’**, p. 200.

<sup>63</sup> GRECO, **Direito penal do equilíbrio**. p. 19.

<sup>64</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesus-Maria *apud* GRECO, **Direito penal do equilíbrio**. p. 20.

À vista disso, percebe-se que as duas primeiras velocidades, delineadas por Silva Sanchez, trazem, em seu bojo, a valorização das garantias processuais penais, ainda que em menor grau (o que ocorre na segunda velocidade na sede do Juizado Especial Criminal). Porém, surge uma **Terceira velocidade**, que trata das infrações penais graves, com a previsão de penas privativas de liberdades mais altas e rigorosas, sendo admitida uma “[...] desformalização e sensível redução de garantias penais e processuais”. Nesse contexto, é que se encaixa o Direito Penal do Inimigo, já que esse visa um direito penal menos formalista e garantista.<sup>65</sup>

Isto é, esta terceira velocidade é, nas palavras de Rogério Greco, “híbrida”, vez que objetiva a aplicação da pena privativa de liberdade (primeira velocidade), entretanto, com a minimização das garantias (segunda velocidade)<sup>66</sup>, com a finalidade de alcançar o fim almejado, que é “[...] extirpar da sociedade os inimigos do Estado por ameaçarem a construção da cidadania”.<sup>67</sup>

Assim sendo, a terceira velocidade “representaria um direito penal da pena de prisão concorrendo com ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o Direito Penal do Inimigo”.<sup>68</sup>

Feita análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo, passando pelos seus fundamentos filosóficos e suas características, percebe-se que questão mais importante, acerca de toda a teoria, é quem seria considerado o inimigo?

Até então, se fez uma análise das características acerca do tal inimigo, porém, não ficou delimitado, e é aí que reside o perigo. Günther Jakobs em várias passagens do seu livro aponta o terrorista como inimigo, porém, pode se entender que haveria outros no ordenamento jurídico, tais como o traficante, o criminoso pertencente a uma organização criminosa, e talvez, qualquer outro delinquente.

Assim, passará a análise de algumas leis infraconstitucionais brasileiras, onde se encontram características evidentes da existência do Direito Penal do Inimigo.

<sup>65</sup> CABETTE, *Três velocidades, um inimigo, nenhum direito Um esboço crítico dos modelos de direito penal propostos por Silva Sánchez e Jakobs*.

<sup>66</sup> GRECO, *Direito Penal do Equilíbrio* p. 20.

<sup>67</sup> GUIMARÃES, Justino da Silva. Sistema Penal máximo: o movimento de lei e ordem e o direito penal do inimigo como subsistemas de controle social punitivo. A mídia como controle informal do sistema. Vias contraditórias do Direito Penal Garantista. *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, Juris Itinera, São Luis, n. 14, p. 236, 2007.

<sup>68</sup> MORAES, *A terceira velocidade do direito penal: o ‘direito penal do inimigo’*. p. 200.

### **3 ALGUMAS MANIFESTAÇÕES DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Pretende-se analisar, neste capítulo, as manifestações da Teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, que tem, claramente, a finalidade de acalmar os anseios populistas por uma repressão maior ao crime, o que se percebe através da criação de uma legislação de emergência, que supre garantias fundamentais do cidadão, criando-se novos tipos penais.

Primeiramente, será analisada a Lei 9.034/95 que até pouco tempo atrás era a única lei que tratava do crime organizado, regulando meios operacionais para prevenção e repressão do Crime Organizado, que sempre foi dotada de inúmeras inconstitucionalidades.

Posteriormente, se verá a Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, que revogou a legislação anterior a respeito do crime organizado, trazendo, de alguma forma, um sopro de esperança no tocante à preservação de garantias constitucionais.

E, ao final, far-se-á uma análise do Regime Disciplinar Diferenciado e da Lei do Abate, uma vez que, estas estão estreitamente relacionadas às organizações criminosas e, também, contêm características inquisitivas, com a presença de relativizações e exclusão de garantias processuais penais, típicas da teoria do Direito Penal do Inimigo.

#### **3.1 A Lei 9.034/95 e o Crime Organizado**

Atualmente, o crime organizado figura como uma das formas de criminalidade mais preocupantes, tornando-se um dos principais focos de insegurança da sociedade que clama pelo recrudescimento da intervenção punitiva, ocasionando na transformação do Direito Penal em um “instrumento coercitivo de controle social”.<sup>1</sup> Isso faz com que a política criminal, através da ampliação da intervenção penal, se apresente para dar resposta ao temor gerado pelo crime organizado.

---

<sup>1</sup> CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime Organizado: Conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 79, p. 11, jul./ago. 2009.

Necessariamente, é importante fazer uma diferenciação entre o crime organizado e criminalidade de massa, de cunho tradicional. Nas palavras de Marcelo Valdir Monteiro, essa distinção se dá nos seguintes termos:

[...] surge principalmente como decorrência da desigualdade social na sociedade moderna e consumista, como é o caso dos crimes de furto, roubo e dano, praticados pelos criminosos oriundos das classes menos favorecidas economicamente. A vítima destes crimes de massa são pessoas individuais e muitas vezes até desinteressadas em comunicar o fato à polícia, em face da pouca chance de identificar o autor do fato e pelas mazelas do aparato policial e judiciário, como demora na delegacia de polícia, redesignação de audiências em juízo etc. A forma de controle social utilizada hoje em dia, em praticamente todo o mundo, e principalmente no Brasil, para esta criminalidade de massa é o controle social formal, tendo a prisão como pena básica.<sup>2</sup>

Como se pode observar, a criminalidade de massa são aqueles crimes do cotidiano, esporádicos, com vítimas individuais e com objetivo de lucro fácil, praticados, geralmente, por pessoas em situações economicamente desfavoráveis, ao contrário do crime organizado que, conforme Salo de Carvalho, há a ausência de vítimas individuais, tendo uma vitimização difusa, com “[...] escassa visibilidade dos danos causados e o *modus operandi* gerencial (internacionalização, profissionalização e divisão de trabalho)”.<sup>3</sup>

Na mesma linha, Marcelo Valdir Monteiro explica, de forma elucidativa, que essa criminalidade organizada implica em um risco de lesão muito maior para a sociedade do que os crimes individuais em função das espécies variadas de crimes que lesionam bens coletivos, tendo-se várias pessoas como vítimas, e até mesmo vítimas indeterminadas. Isso faz com que o controle social seja muito difícil, tanto informal quanto formalmente, uma vez que há uma imensa dificuldade de saber ao certo quem são os envolvidos na organização criminosa, já que são cédulas individuais de um todo, muitas vezes sem contato direto. Nas palavras do autor, “[...] na maioria das vezes, o controle é ineficaz frente ao forte aparato tecnológico – bem mais desenvolvido que o do Estado – e por ter agentes do próprio Estado envolvidos com a organização”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> MONTEIRO, Marcelo Valdir. Crime Organizado e Criminologia. In: SÁ, Alvinio Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 217.

<sup>3</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 130

<sup>4</sup> MONTEIRO, Crime Organizado e Criminologia. In: **Criminologia e os problemas da atualidade**. p. 218.

Assim, o crime organizado causa um abalo na estrutura do Estado e se torna um dos principais focos de insegurança da sociedade. Nas brilhantes palavras de Winfried Hassemer, a criminalidade organizada pode ser considerada como:

[...] um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se, portanto difícil de ser isolada; compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex.: tráfico de drogas, corrupção) e, portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular; intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex. extorsão de 'pedágios' ou 'seguros' por organizações criminosas); possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex.: Máfia em outros países que não o seu berço); dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.<sup>5</sup>

No mesmo sentido, é a posição de Marcelo Valdir Monteiro:

[...] na tentativa de uma efetiva punição, com o intuito desmantelar ou pelo menos controlar o crime organizado, surge algumas medidas que podem ser entendidas como características das teses do direito penal do inimigo e do direito penal do cidadão, tais como a redução dos direitos individuais conseguidos a partir do Iluminismo para alterações no Código Penal e Processual Penal, aperfeiçoamento do conceito de autor mediato e punição do 'homem de trás'.<sup>6</sup>

Frente a tal estrutura do crime organizado, de todos os seus mecanismos e resultados de vitimização difusa, percebe-se a tentativa de fazer com que o Direito Penal combata as organizações criminosas, considerando seus membros verdadeiros inimigos, usando medidas emergenciais, com a supressão de garantias fundamentais de qualquer indivíduo, o que é característica típica do Direito Penal do Inimigo.

---

<sup>5</sup> HASSEMER, Winfried. **Três Temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 67.

<sup>6</sup> MONTEIRO, Crime Organizado e Criminologia. In: **Criminologia e os problemas da atualidade**. p. 219.

### 3.1.1 Um estudo sobre a Lei 9.034/95

Neste contexto, é promulgada no Brasil, a Lei 9.034/95 intitulada como Lei de Combate ao Crime Organizado, que segundo Salo de Carvalho, foi “[...] inspirada nos modelos normativos italianos de repressão às organizações mafiosas”.<sup>7</sup>

No entanto, referida lei não deu uma definição legal “[...] do que é crime organizado, no que consiste a sua prática, quem são seus sujeitos ativos e passivos e nem mesmo delimitou o bem jurídico tutelado pela norma”<sup>8</sup>, regulando apenas os meios de provas e procedimentos investigatórios, conforme o art. 1º.<sup>9</sup>

Para Otávio Binato Júnior, a lei 9.034, desde seu artigo 1º é inconstitucional, na medida que:

[...] expressa de forma inequívoca a contaminação do Direito Penal ordinário pelo Direito Penal do Inimigo ao equiparar os conceitos de *quadrilha ou bando* e o conceito de *organização criminosa de qualquer tipo* para o efeito de incidência da referida lei. Este ponto bem demonstra a total e completa falta de critério do legislador, pois uma lei que se por escopo (ao menos na teoria combater a criminalidade organizada utiliza-se do conceito de quadrilha que está no artigo 288 do código penal ordinário, ignorando totalmente o conceito de moderna organização criminosa, que deveria ser objeto de tutela desta lei).<sup>10</sup> (grifo do autor).

André Callegari e Maiquel Wermuth apontam algumas características nas quais se verifica que os legisladores, em resposta à insegurança gerada pelas organizações criminais, não se limitam em somente incrementar penas, mas sim, supor uma importante transformação no Direito Penal, “[...] na linha de consolidar o estabelecimento de um direito penal do inimigo”, quais são: criminalização de atos de mera conduta, antecipação da intervenção penal, antes da efetiva lesão ao bem, aumento da discricionariedade das autoridades policiais

<sup>7</sup> CARVALHO, A **política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. p. 130

<sup>8</sup> COSTA, Renata Almeida da. **A Sociedade Complexa e o Crime Organizado**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 45.

<sup>9</sup> Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 9.034/95**. Brasília, DF: Casa Civil, 1995.

<sup>10</sup> BINATO JR., Otávio. **Do Estado Social ao Estado Penal**: O Direito Penal do Inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva. 2007. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2007. p.104.

(no tocante aos meios de prova), excesso de prazo de encerramento na instrução criminal, entre outras.<sup>11</sup>

Da mesma forma, Salo de Carvalho demonstra características inquisitórias na legislação de combate ao crime organizado, tais como o retardamento do flagrante com ação controlada, a criação de possibilidades amplas de acesso aos dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais, a possibilidade de interceptação ambiental e sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, a autorização de infiltração de agentes da polícia nas organizações e a delação premiada.<sup>12</sup>

Desse modo, analisar-se-á os diversos procedimentos previstos pela lei 9.034/95, que apresentam evidentes relativizações às garantias constitucionais, estas, somente com o objetivo de combater, ou neutralizar os inimigos, integrantes de organizações criminosas.

### 3.1.2 Da realização de diligências investigativas diretamente pelo juiz da causa

A possibilidade de realização de diligências investigativas diretamente pelo juiz da causa, em se tratando de acesso a dados ou documentos de natureza sigilosa (art. 3º<sup>13</sup>) fere claramente o princípio da imparcialidade do juiz e o princípio do acusatório no ordenamento jurídico pátrio, como muito bem denota Diogo Rudge Malan ao salientar que:

No que tange à realização de diligência investigativa diretamente pelo Juiz, o legislador optou pela supressão do princípio acusatório, que é a pedra angular do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (arts. 5.º, 93, IX e 129, I, da CF/1988 (LGL\1988\3)), cuja principal característica é a repartição das tarefas de acusar e julgar entre órgãos distintos, tudo com vistas à preservação da imparcialidade do julgador.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> CALLEGARI; WERMUTH, Crime Organizado: Conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. in: **Revista dos Tribunais**. p. 24.

<sup>12</sup> CARVALHO, **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. p. 133.

<sup>13</sup> Art. 3º: Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. BRASIL, 1995.

<sup>14</sup> MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 59, mar. 2006. Disponível em: < <http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 1º out. 2013

Para Otávio Binato Jr., “[...] passaríamos a ter o mesmo juiz produzindo e posteriormente valorando a prova por ele próprio produzida, solapando no seu âmago a imparcialidade do órgão julgador e violando a paridade de armas entre acusação e defesa”.<sup>15</sup>

Felizmente o STF, ao julgar procedente em parte a ADIn n. 1.570/DF, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 3º entendendo que o juiz estaria acumulando duas funções, a de investigar e de inquirir, tomando para si as atribuições conferidas ao Ministério Público e à Polícias Federal e Civil, conforme o artigo 129, incisos I e VIII e §2º<sup>16</sup> e artigo 144, §1º, I e IV, e §4º<sup>17, 18</sup>, conforme ementa jurisprudencial colacionada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004,

<sup>15</sup> BINATO JR. **Do Estado Social ao Estado Penal**: O Direito Penal do Inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva. p.104

<sup>16</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. [...]§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, 1988.

<sup>17</sup> Art. 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: §1º: A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I- apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...] §4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. BRASIL, 1988.

<sup>18</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Crime Organizado (Lei n. 9.034, de 3-5-1995). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (Org.). **Legislação penal Especial**. São Paulo: Saraiva: 2010. v. II, III. p. 160.

DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838).<sup>19</sup>

Porém, há de se salientar, que a inconstitucionalidade declarada é em relação somente a figura do juiz, não excluindo a possibilidade de quebra de sigilo, que passou a ser regulada pela LC 105/2001<sup>20</sup>, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras.

### 3.1.3 Da proibição de Liberdade provisória

O próximo tópico a ser analisado é a proibição de concessão de liberdade provisória para o agente com intensa e efetiva participação na organização criminosa (art. 7º<sup>21</sup>). É, claramente, inconstitucional, primeiramente, porque a liberdade provisória é um direito fundamental assegurado na Constituição, em seu Art. 5º, inciso LXVI<sup>22</sup>, tendo, o legislador ordinário, somente poderes para estabelecer os requisitos para a sua concessão. Conforme assevera Diogo Rudge Malan, jamais se poderá “[...] excluir abstratamente tal direito em relação a determinadas categorias de crimes”<sup>23</sup> ou determinados sujeitos.

Ademais, o inciso LXI<sup>24</sup> da Magna Carta aduz que só ocorrerá prisão se esta for em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente, com exceção dos crimes militares e casos de transgressão militar, assim, como bem explica Guilherme Madeira Dezem, a Constituição, ao estabelecer que “ninguém será preso senão” adota a liberdade como regra, sendo, portanto, a prisão, a exceção.<sup>25</sup>

Há, também, forte crítica no tocante à questão prática da vedação da liberdade para quem tem intensa e efetiva participação em organização criminosa para a proibição da

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570**. Relator: Ministro Maurício Corrêa, DF, 12 de fev. 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2013.

<sup>20</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 2001.

<sup>21</sup> Art. 7º. Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa. BRASIL, 1995.

<sup>22</sup> Art. 5º [...] Inciso LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. BRASIL, 1988.

<sup>23</sup> MALAN, Processo Penal do Inimigo. in: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.

<sup>24</sup> Art. 5º [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. BRASIL, 1988.

<sup>25</sup> DEZEM, Crime Organizado (Lei n. 9.034, de 3-5-1995). In: **Legislação penal Especial**. p. 168.

liberdade provisória, no sentido de que, na prisão em flagrante, seria muito difícil saber quem realmente tem intensa e efetiva participação, uma vez que a polícia pode não possuir elementos suficientes para saber e, na prática, o que ocorre, então, é, na maioria das vezes, a vedação, ainda que sem a certeza.

É nesse sentido a crítica feita por Diogo Rudge Malan. Para o autor, a proibição de liberdade provisória ao ser condicionada a um conceito vago como o de *intensa e efetiva participação da organização criminosa*, afronta, indubitavelmente, o princípio da legalidade, desvirtuando, em suas palavras, “[...] a natureza cautelar da prisão processual no sistema acusatório, transformando-a em instrumento de punição antecipada do réu”.<sup>26</sup>

Assim, como se percebe, parte da Doutrina defende a inconstitucionalidade de tal artigo, por ferir inúmeros princípios, principalmente o da presunção de inocência. É de importância, nesse sentido, a observação feita por Cassio Roberto Conserino:

[...] parcela da doutrina defende que o artigo em testilha é inconstitucional porque se trata de antecipação de pena, o acusado está sendo tratado como culpado e não presumidamente inocente, tal qual previu a Constituição Federal e que critérios infundados de periculosidade presumida alicerçados pelo Poder Legislativo não poderão vingar, já que é o Poder Judiciário o órgão da República hábil e apto para aferir acerca da necessidade ou não de prisão ao caso concreto.<sup>27</sup>

Contudo, a jurisprudência se posiciona de maneira contrária à doutrina, no sentido de não entender pela inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória, conforme afirma o mesmo autor, se referindo aos julgados do STF:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não há qualquer inconstitucionalidade nas disposições do art. 7º, da Lei 9.034/95 (STF, HC 89143/PR). Sua redação está em consonância e se revela coerente com os ditames do art. 312 do Código de Processo Penal (STF, HC 94739/SP). Infere-se que agentes que atuam em organizações criminosas revelam alto poder ofensivo e demonstram séria tendência a violação da ordem pública e transgressão da paz social. Enfim, referida normatização é compatível com o predito artigo que tratou da prisão preventiva e apenas especifica uma das possibilidades normativas para a segregação processual preventiva (STF, HC 89143/PR). Dentro desta linha de raciocínio, expõe-se que primariedade, bons antecedentes e residência fixa não asseguram o direito à liberdade provisória quando há fundamentos idôneos para a decretação da prisão cautelar, sendo certo que a liberdade provisória concedida a corréus não pode

<sup>26</sup> MALAN, Processo Penal do Inimigo. in: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.

<sup>27</sup> CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 125.

beneficiar outro corr eu, que se encontra em situação processual distinta, retratada em decisão fundamentada (STF, HC 95077/RJ).<sup>28</sup>

De sorte, há um posicionamento mais moderno dos Tribunais Superiores que exigem, ainda que se trate de liberdade provisória vedada, o disposto no artigo 387,  1  do Código de Processo Penal<sup>29</sup>, ou seja, a fundamentação do magistrado dos motivos que ensejam a manutenção da prisão ou a imposição de prisão preventiva, atendendo aos requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>30</sup>, como demonstrado na jurisprudência colacionada a seguir:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL   SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR   IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESPECIALIZADA NO TRÁFICO DE DROGAS. 4. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PERICULOSIDADE. EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. 5. SUBSTITUIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES. LEI N  11.403/2011. NÃO CABIMENTO. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, já vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito   dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do habeas corpus a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes. 2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente habeas

<sup>28</sup> Ibid., p. 125.

<sup>29</sup> Art. 387: O juiz, ao proferir sentença condenatória:  1  O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Casa Civil, 1941.

<sup>30</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econ mica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. BRASIL, 1941.

corpus, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 3. A prisão preventiva não é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, mormente quando a aplicação da medida está alicerçada em elementos concretos, conforme demonstrado no quadro fático delineado nestes autos. 4. O habeas corpus é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de controvérsias ou de situações que, embora eventualmente existentes, demandam para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas. 5. **Nesse contexto, a análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias a fim de justificar a segregação preventiva deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, na via estreita do writ, a abordagem do julgador deve ser direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada. Dessa forma, se os fatos mencionados na origem são compatíveis e legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.** 6. No caso, sendo verdadeiro o que se afirma no decreto constritivo - periculosidade do paciente que integra organização criminosa especializada no tráfico de drogas, cujos elementos de convicção foram carreados aos autos por meio de escutas telefônicas, e que há fortes indícios que o grupo organizado cogita praticar atentados contra policiais -, a consequência não pode ser outra que não o reconhecimento da legalidade da prisão preventiva. Deveras, as recomendações são no sentido de que se proceda à verificação da idoneidade dessas afirmações no juízo de maior alcance - Juízo de primeiro grau. 7. Estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública e ante a gravidade dos fatos, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de associação para o tráfico de drogas, razão pela qual é inaplicável ao caso em análise. 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 219.079/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012)<sup>31</sup>. (grifo nosso).

Assim, louvável a posição jurisprudencial de se exigir que seja claramente fundamentada a decisão de imposição da prisão preventiva, uma vez que, não poderia o legislador ter excluído abstratamente o direito fundamental da liberdade provisória, ainda que somente para aqueles com intensa e efetiva participação em organização criminosa.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-Corpus* nº 219.079, da Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Brasília, DF: 23 out. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 17 out. 2013.

### 3.1.4 Da proibição de apelação em liberdade e da imposição do cumprimento da pena em regime inicial obrigatoriamente fechado

O artigo 9º<sup>32</sup> da lei 9.034/95 proíbe o réu de apelar em liberdade, é, certamente, uma manifestação do direito penal do inimigo, uma vez que gera uma espécie de prisão automática, ferindo claramente o princípio da presunção da inocência e do duplo grau de jurisdição. Para Diogo Rudge Malan,

[...] tal dispositivo vincula dois institutos que não guardam nenhuma relação entre si: condiciona o exercício do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição a uma prisão que é consequência obrigatória da prolação da sentença penal condenatória recorrível – não tendo, portanto, natureza cautelar e tampouco exigindo fundamentação específica por parte do magistrado prolator da sentença.<sup>33</sup>

Ou seja, da interpretação deste artigo da lei entende-se que é indiferente se o réu é reincidente ou primário, em havendo sentença condenatória este só poderá apelar se recolher-se previamente ao cárcere.<sup>34</sup>

É de se salientar que o problema de tal dispositivo surge inicialmente, como esclarece Marcelo Madeira Dezem, ao falar em “crimes previstos nesta lei”, todavia como se sabe, não há um crime previsto nesta lei. Assim, presume-se que esse dispositivo só poderia ser aplicado ao crime de quadrilha ou bando.<sup>35</sup>

No mesmo sentido é a manifestação de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, destacando que:

[...] o art. 9º da Lei nº 9.034/1995 informa que o ‘réu não poderá apelar em liberdade nos crimes previstos nesta Lei’. De logo, a impropriedade é manifesta, afinal a Lei nº 9.034/1997 não prevê nenhum tipo penal, tratando dos meios operacionais de combate e repressão às ações praticadas por organizações ou associações criminosas, quadrilhas ou bandos.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Art. 9º O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei. BRASIL, 1995.

<sup>33</sup> MALAN, Processo Penal do Inimigo in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. p. 6.

<sup>34</sup> CONSERINO, **Crime organizado e institutos correlatos**. p. 133.

<sup>35</sup> DEZEM, Crime Organizado (Lei n. 9.34, de 3-5-1995) in **Legislação penal especial**. p. 176.

<sup>36</sup> TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**. p. 401.

O fato de o acusado não se recolher à prisão, gerava a consequência chamada de deserção, assim, como explica Marcelo Madeira Dezem, de acordo com a regra do artigo em questão, se o réu não se recolher à prisão ou fugir antes de do julgamento do seu recurso de apelação, era considerado deserto e seu recurso não seria conhecido. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal passou a se posicionar contra a validade da deserção e, a partir desta mudança de posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 347<sup>37</sup>, que diz: “[...] o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.<sup>38</sup>

Há de se falar, ainda, da imposição de cumprimento da pena em regime inicial obrigatoriamente fechado para os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa independente da quantidade de pena imposta ao réu (art. 10<sup>39</sup>), que é outra manifestação clara do Direito Penal do Inimigo, pois tal dispositivo fere, claramente, os princípios da individualização da pena, uma vez que, o legislador acaba por retirar do juiz a possibilidade de análise do caso concreto, impossibilitando-o de decidir pelo cumprimento da pena em regime menos severo, quando este for possível. Nesse sentido, é a posição de Gamil Föppel El Hireche citada por Guilherme Madeira Dezem. Veja-se:

[...] de outra parte, ainda é certo que não merece ser aplicado o art. 10º da lei, haja vista a inexistência de respaldo legal que o justifique, que o fundamente. O juiz tem de, em cada caso concreto, analisar as circunstâncias do crime e do agente para, condenando-o, fixar o regime inicial de cumprimento de pena. Não se lhe pode usurpar esta atribuição, sob pena de, em determinadas hipóteses, serem cometidas verdadeiras injustiças.<sup>40</sup>

E, ainda, alude o autor, que o legislador pode delimitar alguns aspectos da individualização da pena, mas não todos, respeitando os momentos dessa individualização na qual, incumbe ao legislador estabelecer as condutas criminosas e os parâmetros das penas, deixando para o magistrado a fixação da pena concreta e o regime de cumprimento e, na fase executória, a análise de progressão de regime, remissão e demais institutos típicos do processo de execução.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 347 de 23 de abril de 2008**. Conhecimento de Recurso de Apelação do Réu – Dependência – Prisão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 out. 2013.

<sup>38</sup> DEZEM, Crime Organizado (Lei n. 9.34, de 3-5-1995) in **Legislação penal especial**, p. 179.

<sup>39</sup> Art. 10 Os condenados por crime decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.

<sup>40</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El *apud* DEZEM, Crime Organizado (Lei n. 9.34, de 3-5-1995) in **Legislação penal especial** p. 179.

<sup>41</sup> DEZEM, Crime Organizado (Lei n. 9.34, de 3-5-1995) in **Legislação penal especial** p. 180.

Diante de todo o exposto, da análise da Lei 9.034/95 percebe-se que esta usou de mecanismos muito criticados pela doutrina, por relativizar algumas garantias e infringir princípios constitucionais, com o intuito de combater as organizações criminosas. Ao longos dos anos, ela se mostrou pouco eficaz, como bem salienta Renata Almeida Costa, ao afirmar que:

Como instrumento repressivo penal, a legislação se apresentou como meio inábil para seu fim. Afinal, ao não disciplinar o que é o crime organizado, configurou-se em uma norma em branco, além de que, ao possibilitar as ações voltadas para a investigação policial, violando garantias individuais e constitucionais, caracterizou-se como uma norma processual penal que não atende aos postulados do Estado Democrático de Direito, insculpidos na Constituição Federal de 1988.<sup>42</sup>

Nesse sentido é a afirmação de Marcelo Valdir Monteiro, que aduz sobre o caráter emergencial da Lei, concluindo que: “A ausência de uma política criminal séria e o imediatismo do legislador, acuado pela opinião pública, trazem apenas medidas paliativas de repressão ao crime organizado e muitas delas de duvidosa constitucionalidade”.<sup>43</sup>

Isto é, a existência do crime organizado autorizou uma legislação mais severa, dotada de infringências aos preceitos constitucionais, submetendo os acusados que ali se enquadram, a uma intensa violação de direitos e garantias, tudo com o intuito de dar uma resposta a sociedade e neutralizar os membros pertencentes de organizações criminosas. Entretanto, fica claro que tal legislação se mostrou completamente falha, no sentido de que não há dados positivos a respeito da diminuição da criminalidade.

### 3.1.5 A revogação da Lei 9.034/95 pela Lei 12.850/13

Frente à falta de eficácia da Lei 9.034/95 decorrente da omissão em conceituar e tipificar o crime organizado e os seus dispositivos claramente violadores de inúmeras garantias, recentemente, mais precisamente no dia 5 de agosto de 2013, foi publicada no Diário Oficial da União uma Nova Lei das Organizações Criminosas, Lei 12.850<sup>44</sup>, que entrou

<sup>42</sup> COSTA, A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas, p. 173.

<sup>43</sup> MONTEIRO, Crime organizado e criminologia in **Criminologia e os problemas da atualidade**, p. 221.

<sup>44</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 12.850, de 02 de agosto 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e

em vigor após a *vacatio legis* de 45 dias, em 19 de setembro deste mesmo ano, definindo organização criminosa e dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal e ainda, alterando o código penal e revogando a Lei 9.034/95.

Assim, desde já se percebe que criação dessa lei é um avanço na política criminal, pois, como observou Guilherme de Souza Nucci “[...] corrige vários defeitos da legislação anterior, trazendo novidades nos campos penal e processual penal”.<sup>45</sup>

Primeiramente, a novel legislação definiu o que é uma organização criminosa, terminando por fim, com todo o debate que durante anos foi travado acerca do tema. A partir de agora, segundo o parágrafo 2º do artigo primeiro da lei 12.850,

Considera-se organização criminosa a associação de 04 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.<sup>46</sup>

Assim, a organização criminosa só poderá ser considerada como tal, se tiver, concomitantemente, a presença destas características: a) a presença de no mínimo quatro pessoas; b) uma estrutura ordenada (presença de uma forma de hierarquia); c) divisão de tarefas (onde cada pessoa responderá pelo seu posto); d) obtenção de vantagem de qualquer natureza; e) mediante prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos; f) mediante a prática de infrações de caráter transnacional.<sup>47</sup>

Porém, adverte Adel El Tasse, que muito além de conceituar a criminalidade organizada, a nova lei deixa claro o intuito de “pulverização do afastamento das garantias fundamentais em relação às pessoas acusadas de praticar infrações penais”.<sup>48</sup>, no sentido de que possibilita a utilização de meios excepcionais de persecução penal e obtenção de prova, as quais,

---

o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 2013.

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. Comentários à lei 12.850 de 02 de agosto de 2013. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 5.

<sup>46</sup> BRASIL, 2013.

<sup>47</sup> NUCCI **Organização Criminosa**. Comentários à lei 12.850 de 02 de agosto de 2013. p. 16.

<sup>48</sup> TASSE, Adel El. **Nova Lei de Crime Organizado**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br>>. Acesso em: 30 set. 2013

nas palavras do autor, são “próprios de modelos autoritários ou sociedades imersas em conflitos extremos, como guerras civis, para a normalidade do dia-a-dia do processo penal brasileiro”.<sup>49</sup>

Essa lei manteve os meios de persecução penal já presentes da antiga lei de combate ao crime organizado, porém, regulou, de maneira especificada, tais meios. Todavia, não houve recepção no tocante aos dispositivos claramente violadores de direitos constitucionais.

Por conseguinte, da leitura da nova legislação, não se encontra expressamente previstas violações às garantias constitucionais, como era na lei anterior, somente a autorização de meios diferenciados na tentativa de combate ao crime organizado. Resta saber de que forma se dará a aplicação de tais meios, se serão realmente observados todos os direitos e garantias que protegem o cidadão de possíveis abusividades e violações por parte do Estado, se para a configuração e modalidade de organização criminosa serão observadas todos os elementos do tipo penal ou se meros indícios ensejarão a instauração da forma diferenciada de persecução regulada na lei, que é, sem dúvida, lesiva às liberdades individuais.

### 3.2 O Regime Disciplinar Diferenciado

O Regime Disciplinar Diferenciado guarda enorme compatibilidade com o Direito Penal do Inimigo. É uma sanção disciplinar imposta ao condenado ou preso provisório que praticar crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna, ou alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou sociedade, ou, ainda, suspeita de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando nos termos do artigo 52 da Lei de Execução Penal (LEP)<sup>50</sup>.

Salo de Carvalho expõe, com clareza, as características do que ele chama de “Regime Integralmente Fechado *plus*”, que são: o recolhimento a cela individual, pelo prazo de 360

---

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> 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. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF: Casa Civil, 1984.

dias, com visitas semanais de duas pessoas por 02 horas com autorização para saída diária de 02 horas para banho de sol.<sup>51</sup>

Nas palavras de Otávio Binato Júnior, o conceito de RDD pode ser definido como:

[...] esta sanção do RDD consiste em o preso ser recolhido em cela individual (isolamento celular) por até 360 dias, tendo à visita semanal de dois adultos e um número indeterminado de visitas de crianças por duas horas, além de duas horas diárias de banho de sol. Em incorrendo o preso em nova infração a medida poderá ser renovada pelo mesmo período, desde que não ultrapasse 1/6 (um sexto) da pena.<sup>52</sup>

Ocorre que, como bem diz Paulo César Busato, que tal medida, conforme o Art. 52, parágrafo 1º<sup>53</sup> poderá ser aplicada ao preso provisório que apresente alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou sociedade e conforme o parágrafo 2º<sup>54</sup> no qual incluem no Regime Disciplinar Diferenciado os presos (provisórios ou condenados) sob suspeita de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando. O que nas palavras do autor:

Aparece aqui a possibilidade de receber o sujeito no sistema de execução penal, desde o princípio, submetido a um esquema de isolamento completo, em cela individual, sem mais razões do que as que derivam de um juízo de valor que pouco ou nada tem a haver com um Direito penal do fato e muito mais com um Direito penal do autor.<sup>55</sup>

Assim, tem se a possibilidade de impor o regime disciplinar diferenciado a determinados presos, não somente pela prática de falta grave, que no entendimento de Salo de

<sup>51</sup> CARVALHO, A **política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. p. 136.

<sup>52</sup> BINATO JR., **Do Estado Social ao Estado Penal: O Direito Penal do Inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva**, p. 107.

<sup>53</sup> Art. 52. [...] § 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. BRASIL, 1984.

<sup>54</sup> Art. 52. § 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. BRASIL, 1984.

<sup>55</sup> BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=59](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=59)>. Acesso em: 10 ago. 2013. p. 3.

Carvalho e Christiane Russomano Freire, já seria uma prática arbitrária, mas também, e simplesmente pelo rótulo atribuído a conduta pessoal do detento, no cárcere ou fora dele.<sup>56</sup>

Claramente tal regime fere o princípio da presunção da inocência<sup>57</sup>, uma vez que, como muito bem coloca Paulo César Busato “[...] se o juízo é de suspeita, não há certeza à respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução”.<sup>58</sup>

Explica ainda, Salo de Carvalho, que as sanções previstas no art. 52 da LEP, são resultado de procedimento administrativo disciplinar (PAD) de averiguação de falta grave. Ainda que dependente de ordem judicial fundamentada, permitem arbitrariedade dos agentes penitenciários, uma vez que, a definição de faltas graves é posta com termos vagos e genéricos.<sup>59</sup>

Assim, os termos usados, tais como “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina; descumprir obediência ao servidor ou o respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; não executar trabalho, tarefa e ordens recebidas” podem dar caso aos agentes prisionais para, na tentativa de neutralizar alguns presos incômodos, acabar por adjetivar suas condutas.<sup>60</sup>

No tocante a inclusão de apenado em Regime Disciplinar Diferencia, de forma arbitrária pela administração prisional, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD). INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. DECISÃO DO JUIZ DAS EXECUÇÕES EM PROCESSO JUDICIAL. NECESSIDADE. 3. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. 4. LIMITE TEMPORAL MÁXIMO DE 1 ANO. IMPOSIÇÃO SEM MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 5. ORDEM CONCEDIDA. 1. Incabível a inclusão de preso em RDD se incorrente no caso qualquer das hipóteses legais, previstas no artigo 52 da Lei de Execuções Penais. 2. O Regime Disciplinar Diferenciado é sanção disciplinar que depende de decisão fundamentada do juiz das execuções criminais e determinada no curso do processo de execução penal. 3. A decisão judicial sobre a inclusão do preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa, o que não foi propiciado no presente caso. 4. Desproporcional a imposição do regime disciplinar diferenciado no

<sup>56</sup> CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime Disciplinar Diferenciado: notas críticas ao à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, RS, v. 4, n. 1, p. 7-26, dez. 2005.

<sup>57</sup> Art. 5º. [...], inciso LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória. BRASIL, 1988.

<sup>58</sup> **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. 2013.

<sup>59</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 294.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 294.

seu prazo máximo de duração, de um ano, sem uma individualização da sanção adequadamente motivada (Inteligência do artigo 57 da Lei de Execução Penal). 5. Ordem concedida para determinar a transferência do paciente do regime disciplinar diferenciado, retornando para o Conjunto Penal de Feira de Santana, onde se encontrava. Efeitos estendidos aos demais presos na mesma situação. (HC 89.935/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 26/05/2008).<sup>61</sup>

Indubitavelmente, se encontra a presença do tratamento diferenciado ao inimigo. Nas palavras de Salo de Carvalho: “A perversa lógica do ‘direito penal do inimigo’, revitalizante dos modelos de direito penal de autor, é restabelecida, pois o que passa a ser questão é a identificação do ‘inimigo’ e sua neutralização/contenção”.<sup>62</sup>

No mesmo sentido é a opinião de Paulo César Busato, que entende estarem presentes as características do direito penal do inimigo:

A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com ‘suspeitas’ de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um ‘Direito penal de inimigo’, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e ‘inimigos’.<sup>63</sup>

Além da medida ser aplicada a determinados presos, é de se ter em mente que o isolamento celular, durante um ano, assume feição de uma pena cruel, se tornando somente puro exercício de vingança social, violando a garantia constitucional insculpida no Art. 5º, XLVII, alínea “e”<sup>64</sup> da Constituição Federal, uma vez que, tal reclusão traz efeitos destrutivos para a saúde física e mental.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº 89.935/BA. Relatora: Ministra Maria Threza de Assis Moura, Sexta Turma. Brasília, DF, 06 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2013.

<sup>62</sup> CARVALHO; FREIRE, O regime Disciplinar Diferenciado: Notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro in. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, p. 22.

<sup>63</sup> BUSATO, **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**.

<sup>64</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVII - não haverá penas: [...] e) cruéis. BRASIL, 1988.

<sup>65</sup> BINATO JR., **Do Estado Social ao Estado Penal: O Direito Penal do Inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva**, p. 108.

Porém, há doutrinadores contrários a tais posições garantistas, como a de Cassio Roberto Conserino, que não vê no Regime Disciplinar Diferenciado qualquer inconstitucionalidade, considerando-o uma ferramenta de garantia da ordem social e salienta, ainda, que quando aplicada tal medida, deverá ser reexaminada periodicamente:

Não há qualquer inconstitucionalidade no regime disciplinar diferenciado, uma vez que se sustenta na preponderância do interesse social e, além disso, está circunscrito as hipóteses do art. 52 da Lei de Execuções Penais, ou seja, incidirá sempre que a falta grave ocasionar subversão da ordem ou da disciplina internas, aplicando-se, pois, aos presos provisórios e condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Apesar disso, em obséquio das exigências garantistas do Direito Penal, o reexame da necessidade do regime diferenciado deve ser periódico, a ser realizado em prazo não superior a 360 dias (STJ, HC 44049/SP). [...] Explica-se, por oportuno, que na aplicação das sanções disciplinares, notadamente do regime disciplinar diferenciado, haverá de ser feita uma análise da natureza, motivos, circunstâncias e consequências do fato, sem prejuízo da verificação de quem é a pessoa faltosa, seu tempo de prisão e, principalmente, no caso de crime organizado, qual é a sua atuação, ingerência, articulação dentro da estrutura organizacional criminosa.<sup>66</sup>

E no mesmo sentido corrobora a jurisprudência, conforme julgados colacionados:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ARTIGO 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TEMPO DE DURAÇÃO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. É constitucional o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003. 2. O regime diferenciado, afora a hipótese da falta grave que ocasiona subversão da ordem ou da disciplina internas, também se aplica aos presos provisórios e condenados, nacionais ou estrangeiros, "que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade". 3. A limitação de 360 dias, cuidada no inciso I do artigo 52 da Lei nº 7.210/84, é, enquanto prazo do regime diferenciado, específica da falta grave, não se aplicando à resposta executória prevista no parágrafo primeiro do mesmo diploma legal, pois que há de perdurar pelo tempo da situação que a autoriza, não podendo, contudo, ultrapassar o limite de 1/6 da pena aplicada. 4. Em obséquio das exigências garantistas do direito penal, o reexame da necessidade do regime diferenciado deve ser periódico, a ser realizado em prazo não superior a 360 dias. 5. Ordem denegada. (HC 44.049/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Rel. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ 19/12/2007, p. 1232).<sup>67</sup>

<sup>66</sup> CONSERINO, **Crime organizado e institutos correlatos**, p. 139.

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus nº 44.049/SP**. Relator: Ministro Hamilton Carvalho, sexta turma. Brasília, DF, 12 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

HABEAS CORPUS. FRAUDE PARA O RECEBIMENTO DE SEGURO E INCÊNDIO (ARTIGOS 171, § 5º, E 250 DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA NULIDADE DA AÇÃO PENAL PELA ADOÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. MAGISTRADA DE ORIGEM QUE TERIA DETERMINADO O CUMPRIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. AVENTADA NECESSIDADE DE ABSORÇÃO DO DELITO DE INCÊNDIO PELO DE FRAUDE PARA O RECEBIMENTO DE SEGURO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. TEMAS NÃO SUSCITADOS PELA DEFESA DURANTE O CURSO DA AÇÃO PENAL. APELAÇÃO.

EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal. 2. Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão que negou provimento ao apelo defensivo não fez qualquer menção à alegada mácula do feito porque a magistrada de primeiro grau teria violado garantias constitucionais, bem como a competência do juízo das execuções criminais, ao incluir os réus no regime disciplinar diferenciado quando decretou suas prisões preventivas, assim como à indigitada necessidade de absorção do delito de incêndio pelo de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, até mesmo porque em momento algum a defesa as aventou, tendo sustentado em seu recurso apenas e tão somente a nulidade do processo por cerceamento de defesa, violação ao devido processo legal e emprego de provas ilícitas, arguindo, outrossim, a falta de elementos de convicção aptos a justificar a prolação do decreto condenatório 3. Tais matérias deveriam ter sido, por óbvio, arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, no seio do indispensável contraditório, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração, no ponto, por este Sodalício, sob pena de configurar-se a indevida prestação jurisdicional em supressão de instância. [...] (HC 203.857/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJE 20/03/2012).<sup>68</sup>

No entanto, diante das características do Regime Disciplinar Diferenciado, não há como o admitir enquanto ferramenta de proteção do interesse social, que busca somente preservar a ordem no estabelecimento prisional, já que, claramente, este isolamento celular, durante longo período, causa um abalo irreparável na estrutura mental de qualquer ser humano, minando os próprios objetivos da aplicação da pena, que vão além da retribuição apenas.

E ainda, é de extrema importância a manifestação de Otávio Binato Jr. que, analisando a realidade fática nos cárceres brasileiros onde as facções criminosas imperam, conclui que pode haver a possibilidade de qualquer preso ir para o Regime Disciplinar diferenciado:

---

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* nº 203.857/AC. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma. Brasília, DF, 06 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

[...] para que um preso sobreviva ao cárcere no Brasil atualmente, torna-se rigorosamente necessário que pertença a uma das facções criminosas que domina o presídio; que o próprio setor da triagem do presídio leva em conta a facção criminosa a qual o mesmo pertence para coloca-lo nesta ou naquela galeria (pois se o preso for para uma galeria de uma facção rival será morto); que presídios inteiros são por vezes dominados por uma das diversas facções criminosas que existem no Brasil, torna-se forçoso admitir que praticamente todos os presos brasileiros pertencem a alguma organização criminosa, de modo que o RDD, pelo menos em teoria, pode aplicar-se a qualquer preso que a administração prisional queira, tornando o conceito de inimigo aqui extremamente arbitrário e sujeito a interesses outros que não a justiça.<sup>69</sup>

Diante disso, percebe-se que o Regime Disciplinar Diferenciado pode se constituir prática arbitrária da administração carcerária, podendo ser estendido a todos os apenados, além de ignorar completamente as garantias esculpidas na Constituição Federal, que abrangem todos os cidadãos, sendo claramente um modo de execução de pena cruel e desumana, buscando certamente a inocuidade do inimigo. Para Salo de Carvalho

Embora seja clara a inconstitucionalidade da Lei, não apenas por ferir o princípio constitucional da legalidade com a utilização abusiva de termos vagos, mas especialmente pela ofensa ao princípio da humanidade das penas quando prevê a submissão do preso ao regime diferenciado – a manutenção em isolamento por até 360 dias não pode receber outra denominação senão a de pena cruel, vedada pela Carta Constitucional (art. 5o, inciso XLVII, CR)<sup>2</sup> –, o temor que se inaugura é o de que nossos Tribunais, a começar pelas Cortes Superiores (STF e STJ), inebriados pelos discursos de emergência, não utilizem os mecanismos de controle de constitucionalidade e, por consequência, acolham a barbárie posta em Lei como se fosse mera técnica pedagógica de isolamento.<sup>70</sup>

Percebe-se as origens da lei que institui o Regime Disciplinar Diferenciado, perfeitamente destacadas por Paulo Busato, que são o estado de medo permanente da sociedade, resultado da constatação de altos índices de criminalidade que invadem as cadeias e subvertem o próprio sistema de execução penal, tornando-se ponto de referência do crime organizado, de onde saem ordens e diretrizes para o cometimento de crimes. E ainda, a falha no sistema de execução, que coloca os apenados condições desumanas, nas quais vale a lei do mais forte, ou seja, onde há a dominação de uns sobre os outros, possibilitando o crescimento de associações criminosas, [no intuito de associar-se para sobreviver ao próprio cárcere], que

<sup>69</sup> BINATO JR., *Do Estado Social ao Estado Penal: O Direito Penal do Inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva*, p. 108.

<sup>70</sup> CARVALHO, *Penas e Garantias*, p. 296.

acaba por fazer com que o Estado, em busca de controle social, reaja criando mais legislação penal, “[...] progressivamente restritiva e ofensiva para as garantias fundamentais”.<sup>71</sup>

Destarte, é clara a influência do Direito Penal do Inimigo na instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, uma vez que se estabelece como inimigo alguns tipos de detentos [que corre o risco de se estender a todos os detentos] e, contra este inimigo é empregada a força, no sentido de isolamento cruel. Semelhante ao que esclareceu Günther Jakobs em sua teoria, que contra o inimigo, a medida executada significa somente coação, com o intuito de neutralizar o perigo representado por este ser.<sup>72</sup>

### 3.3 A Lei do Abate: um tiro certo aos inimigos

Em 1998 foi promulgada a Lei nº 9.614, conhecida como “Lei do Abate” incluindo no Código da Aeronáutica (Lei 7.565/86) a hipótese de destruição de aeronave considerada hostil, porém sem nenhuma regulamentação específica, o que só ocorreu em 2004, quando foi publicado o Decreto nº 5.144<sup>73</sup>, que regulamentou os parágrafos 1º, 2º e 3º da Lei 7.565, estabelecendo os procedimentos a serem utilizados em relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de drogas. Acerca do Decreto, Salo de Carvalho explica que:

A medida estabelece procedimentos para aeronaves que, por força de suspeita de narcotráfico, apresentem ameaça à segurança pública. Após definir os casos de sua classificação como suspeita, o Decreto prevê medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão. Nos casos em que estas medidas preventivas não obtenham êxito, a aeronave suspeita que não atender aos procedimentos indicados na abordagem passa a ser considerada aeronave hostil, estando sujeita a medidas de destruição. Segundo o art. 5º do Decreto 5.144/04, ‘a medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra’.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> BUSATO, **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal do inimigo**.

<sup>72</sup> JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. p. 29

<sup>73</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004**. Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Brasília, DF: Casa Civil, 2004.

<sup>74</sup> CARVALHO, **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. p. 137.

Verifica-se, assim, conforme o artigo 2º, incisos I e II do Decreto 5.144/04<sup>75</sup>, que a aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins é aquela que sobrevoa território nacional sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões consideradas fontes de produção e distribuição de drogas e aquela que deixa de se identificar aos órgãos de controle aéreo e estiver cumprindo rota presumidamente seja utilizada para distribuição de drogas.

Salo de Carvalho explica os procedimentos que se seguem até a autorização de destruição: primeiramente as aeronaves podem sofrer medidas coercitivas de averiguação<sup>76</sup> que visam determinar ou confirmar a identidade da aeronave. Após, será executada a medida de intervenção<sup>77</sup>, que consiste na solicitação para que a aeronave modifique a rota com o objetivo de pouso forçado em aeródromo que lhe for determinado; e, ainda, ocorre a medida de persuasão<sup>78</sup>, que consiste no disparo de tiros de aviso com a finalidade de persuadir a aeronave a obedecer às ordens dadas anteriormente e caso a aeronave interceptada não atenda a esses procedimentos, é classificada de hostil e pode ser destruída.<sup>79</sup>

Note-se que a medida de destruição pode ser deferida sem nenhuma apreciação do judiciário, o que, certamente, afronta o princípio da inafastabilidade do poder judiciário, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV<sup>80</sup> da Constituição Federal. Nesse sentido, a observação de Maria Denise Abeijon Pereira Gonçalves salienta:

<sup>75</sup> Art. 2º. Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações: I - adentrar o território nacional, sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidas fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas. BRASIL, 2004.

<sup>76</sup> Art. 3º, §1º: “As medidas de averiguação visam a determinar ou a confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, a vigiar o seu comportamento, consistindo na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave interceptada, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou sinais visuais, de acordo com as regras de tráfego aéreo, de conhecimento obrigatório dos aeronavegantes”. BRASIL, 2004.

<sup>77</sup> Art. 3º. § 2º “As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo”. BRASIL, 2004.

<sup>78</sup> Art. 3º, § 3º: As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas. BRASIL, 2004.

<sup>79</sup> CARVALHO, A **política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**, p. 137.

<sup>80</sup> Art. 5º, inciso XXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. BRASIL, 1988.

Insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88, estabelece que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*. Nesse sentido, sem maiores ilações, ressalta-se que a Lei nº 9.614/98 afronta o citado princípio constitucional ao autorizar ao Presidente da República ou autoridade por ele delegada a determinar o tiro de destruição de aeronave suspeita de tráfico de drogas e considerada hostil ao Estado brasileiro, sem proporcionar aos seus tripulantes o acesso ao Judiciário com todos os direitos daí decorrentes. Trata-se de um ‘julgamento’ e uma ‘sentença’ com aplicação de “pena extrema”, exarada por autoridade que não integra o Poder Judiciário e sem que os acusados possam efetivamente se defender da acusação que lhes é imputada.<sup>81</sup> (grifo do autor).

Diante disso, a autorização para a destruição de uma aeronave, por suspeita de que contenha drogas, fere, notoriamente, vários outros princípios constitucionais, tais como a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, impetrados no caput do artigo 5º<sup>82</sup> da Carta Magna, e também, ao permitir de forma arbitrária a destruição de aeronave, apenas com o argumento de forte suspeita de que em seu interior contenha substâncias ilícitas, sem que sejam devidamente processados, privando seus tripulantes de qualquer forma de defesa, fere claramente os princípios do devido processo legal<sup>83</sup>, do contraditório e da ampla defesa<sup>84</sup>.

Nessa linha de raciocínio, se encontra a manifestação de Antônia Lúcia Alencar, que questiona a constitucionalidade da lei ao autorizar a derrubada de aeronave em solo brasileiro, pois, além de ferir princípios constitucionais, pode resultar na execução sumária de pessoas inocentes. Para a autora:

[...] verifica-se sob a ótica constitucional que a chamada ‘Lei de Abate’ afronta aos direitos fundamentais estatuídos na Carta Magna notadamente quanto ao direito à vida, à liberdade, bem como ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Desta feita, estar a bordo de aeronave em voo, nos termos da lei inconstitucional, coloca em perigo a vida de inocentes que muitas vezes estão em aeronaves sobrevoando o território brasileiro, embora não estejam transportando drogas, poderão deixar de se identificar para os pilotos da Força Aérea Brasileira - FAB, e de obedecer à ordem de pouso por motivo de falta de equipamentos

<sup>81</sup> GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11373](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373)>. Acesso em: 17 out. 2013.

<sup>82</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. BRASIL, 1988.

<sup>83</sup> Art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. BRASIL, 1988.

<sup>84</sup> Art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. BRASIL, 1988.

adequados. Isso acontece principalmente na Amazônia. Isso viabiliza a execução sumária em pleno tempo de paz.<sup>85</sup>

No mesmo sentido, a exposição feita por Salo de Carvalho constata que tal instrumento legal recebe inúmeras críticas, desde a formulação dos conceitos de aeronave suspeita e hostil que é do tipo aberto, às próprias medidas coercitivas impostas, com claro déficit de constitucionalidade, ao ponto que rompe com princípios humanitários e garantias contra medidas arbitrárias e desproporcionais.<sup>86</sup>

O autor refere, ainda, que tal meio operacional de destruição impõe uma sanção mais grave que as previstas no artigo 5º, incisos XLVI<sup>87</sup> e XLVII<sup>88</sup> da Constituição Federal, revelando um modelo próprio de guerra, usando-se uma medida típica de um estado de exceção:

A regulamentação dos meios operacionais de destruição de aeronaves suspeitas através de procedimentos administrativos que impõem sanção mais grave que as penalmente previstas na Constituição (v.g. art. 5º, XLVI e XLVII) revela a densificação, por parte das agências repressivas, do modelo belicista de repressão às drogas. A harmonização dos meios operacionais das agências punitivas brasileiras à política transnacional de guerra às drogas legitima medidas de coação direta típicas de períodos de exceção nos quais se manifesta o terrorismo de Estado. A constatação é absolutamente pertinente se observarmos que atos desta natureza – v.g. eliminação de suspeitos, supressão de incômodos e proscricção de inimigos – são próprios de confrontos armados. Para que se possa dimensionar o alcance do Decreto na legislação brasileira, medidas extremas de eliminação de inimigos são previstas na Constituição, de forma residual, apenas em casos de guerra declarada por força de agressão estrangeira (art. 84, XIX).<sup>89</sup>

<sup>85</sup> ALENCAR, Antônia Elúcia. A Inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 805, p. 471, maio 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/>>. Acesso em: 03 out. 2013.

<sup>86</sup> CARVALHO, A **política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**, p. 137.

<sup>87</sup> Art. 5º, inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. BRASIL, 1988.

<sup>88</sup> Art. 5º, inciso XLVII: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;b) de caráter perpétuo;c) de trabalhos forçados;d) de banimento;e) cruéis. BRASIL, 1988.

<sup>89</sup> CARVALHO, A **política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**, p. 138-139.

Há de se salientar que a Constituição Federal veda, expressamente a pena de morte, sendo possível somente em situação enquadrada no artigo 84, inciso XIX<sup>90</sup>, ou seja, somente em caso de guerra declarada em decorrência de agressão estrangeira.

Ademais, tal medida vai de encontro ao princípio da proporcionalidade, já que não atende aos seus elementos, que são a necessidade, a adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Nesta senda, conclui Maria Denise Abeijon Pereira Gonçalves, analisando os elementos do princípio da proporcionalidade, que a Lei do Abate não se adequa a estes, pois:

[...] a destruição da aeronave interceptada não é a única maneira de evitar a entrada de drogas no território nacional; não se irá atingir totalmente o objetivo buscado uma vez que o traficante de drogas, certamente, não se encontrará na aeronave abatida e continuará a introduzir as substâncias no país através de outras aeronaves e/ou outros meios; e quanto à proporcionalidade em sentido estrito pode-se dizer que no confronto entre o direito a segurança, afetada pelo ingresso de drogas no país, e o direito a vida, violado pela morte de tripulantes da aeronave interceptada sem direito ao devido processo legal, não há razoabilidade e adequação.<sup>91</sup>

Assim, diante de todo o exposto, infere-se que a Lei do Abate é uma clara manifestação do Direito Penal do Inimigo, sendo uma medida completamente extrema, uma verdadeira pena de morte àqueles que estiverem a bordo de uma aeronave que esteja sob suspeita de carregar drogas ilícitas, impede qualquer tipo de defesa, uma vez que, a autorização para o tiro de destruição é dada, sem ao menos ser apreciada pelo Poder Judiciário, certamente afasta, por completo, inúmeras garantias processuais já citadas.

No presente capítulo se analisou o fenômeno da Criminalidade Organizada e a legislação específica ao assunto, também a imposição do Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei do Abate, apontando determinados artigos que expressamente ignoram os postulados contidos na Constituição Federal se tornando verdadeiros mecanismos de neutralização daqueles considerados inimigos.

---

<sup>90</sup> Art. 84, inciso XIX: compete privativamente ao Presidente da República: XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional. BRASIL, 1988.

<sup>91</sup> GONÇALVES, GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado. In: **Âmbito Jurídico**,

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa tinha como objetivo demonstrar no ordenamento jurídico brasileiro a presença da Teoria do Direito Penal do Inimigo, levando em consideração que a Constituição Federal de 1988 é considerada a Lei Maior do Estado, sendo sua maior finalidade a proteção dos direitos fundamentais, baseada principalmente na igualdade e no princípio da dignidade humana.

Por conter preceitos fundamentais, a Magna Carta tem caráter rígido, no sentido de não poder ser alterada nem interpretada de maneira diversa pelo poder legislativo ordinário. Desta rigidez decorre a ideia de Supremacia Constitucional, que se traduz na exigência de que todas as leis infraconstitucionais estejam em consonância com o contido na Constituição, tendo em vista que a mesma assegura inúmeras garantias fundamentais que se tornam princípios norteadores de todos os Poderes Públicos.

Nesse contexto se encontra a Teoria do Garantismo Penal, que preza pela efetiva proteção de todos os valores e direitos impetrados na Constituição, no sentido de condicionar toda produção legislativa e todos os atos do judiciário, ao respeito das garantias fundamentais, que devem ser asseguradas a todos, sem nenhuma distinção.

Pensando dessa forma, tem-se que um dos requisitos de validade do Direito Penal e do poder punitivo do Estado é o fiel respeito aos princípios de proteção, não podendo se admitir de forma alguma, sua relativização.

Uma das bases do Estado Democrático de Direito, como afirmado alhures, é o respeito à dignidade da pessoa humana, independente da posição que esta se encontre perante a sociedade.

Aliás, em um Estado pautado por valores de igualdade, pela dignidade da pessoa humana, por garantias fundamentais que devem ser asseguradas a todos, é inadmissível considerar certas pessoas indignas de terem seus atos julgados sem a observância dos princípios que os regem.

Diante disso, depreende-se que a Constituição Federal ao instituir inúmeras garantias em seu texto, transformou-os em princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico, que devem ser assegurados a todas as pessoas, independente de raça, cor, sexo, posição na sociedade ou crime que possa ter sido cometido.

Ocorre que em contraponto a valorização das garantias constitucionais, existe a Teoria do Direito Penal do Inimigo, que como explicado durante o trabalho, divide as pessoas em

dois grupos, um com aqueles considerados cidadãos, ainda que ocorra a prática de um crime e outro grupo onde estão inseridos aqueles considerados inimigos, que na visão de seu criador, o Alemão Günther Jakobs, são aquelas pessoas que praticam crimes que causam um abalo na sociedade, que ameaçam o Estado, que são difíceis de ser controlados.

Para os inimigos segundo essa forma de Direito Penal poderá ocorrer a relativização e até mesmo a exclusão de determinadas garantias penais e processuais penais, uma vez que a finalidade de tal teoria é a neutralização dos considerados inimigos a qualquer custo.

A justificativa dessa neutralização do inimigo é a prioridade de segurança dos demais cidadãos, com essa finalidade, aquele considerado inimigo é punido não na medida da sua culpabilidade, mas sim pela sua periculosidade, se tornando um verdadeiro Direito Penal do Autor.

Assim, ao passar a análise das legislações infraconstitucionais, conclui-se presente as características da teoria, visto que o legislador elegeu alguns tipos de crimes e para esses foram produzidas leis onde inúmeras garantias são relativizadas e ignoradas.

A lei do 9.034/95 é um exemplo claro, uma vez que institui mecanismos de combate ao crime organizado, sem ao menos tipificá-lo, equiparando seu conceito à quadrilha ou bando.

São latentes as violações aos princípios constitucionais em tal legislação, desde os meios investigatórios, onde é autorizado ao juiz realizar diligências investigativas, contaminando sua imparcialidade e ferindo o princípio do acusatório.

Ademais, o legislador proibiu a concessão da liberdade provisória, excluindo um direito explicitamente previsto na Constituição Federal e ferindo ainda o princípio da presunção da inocência, condicionou o conhecimento do recurso de apelação ao recolhimento do réu à prisão, gerando uma espécie de prisão automática, e impôs ainda o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado independente da pena fixada em sentença, desconsiderando, dessa forma, o princípio da individualização da pena.

Ficou claro que tal legislação foi criada de forma emergencial com o intuito de dar resposta a insegurança da sociedade gerada pela existência das organizações criminosas, visto que o crime organizado tem uma vitimização difusa, representando um perigo maior a sociedade em decorrência da multiplicidade de crimes que por ela são cometidos, tornando-se difícil de ser isolada.

Outras manifestações do Direito Penal do Inimigo se encontram na legislação brasileira, como a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado, que é uma sanção que constitui no isolamento celular do preso por até um ano, contando com o direito de sair da

cela por duas horas diárias para banho de sol, podendo ser imposta tanto ao condenado quanto ao preso provisório, quando da prática de falta grave, ou quando esse apresente risco para a ordem e segurança do estabelecimento carcerário ou ainda, se suspeito de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando.

Como visto no decorrer do trabalho, tal forma de execução da pena se reveste de crueldade, sendo altamente destrutiva para a saúde física e mental de qualquer pessoa, ademais, a imposição de tal regime sob o argumento de suspeita de envolvimento ou participação em organização criminosa, fere claramente o princípio da presunção inocência, restando clara a presença da figura do inimigo, que deve ser neutralizado, mediante coação e somente isso.

No tocante a Lei do Abate, verifica-se que autorização de destruição de aeronave considerada suspeita de transportar drogas ilícitas, é outra clara manifestação do Direito Penal do Inimigo, pois na tentativa de evitar a entrada de drogas no país acaba por autorizar uma verdadeira execução das pessoas a bordo da aeronave, violando claramente o direito à vida e à liberdade, impetrados na Constituição. Note-se ainda, que tal medida pode ser deferida sem nem ao menos ser apreciada pelo poder judiciário, inexistindo dessa forma, o devido processo legal e o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Diante do exposto, conclui-se que atualmente a legislação infraconstitucional aqui estudada encontra-se em completa desarmonia com a Constituição Federal, na tentativa de reestabelecer a confiança da sociedade no Direito Penal e reduzir os níveis de criminalidade em nosso país, acaba por relativizar as principais garantias de todo e qualquer cidadão.

É de conhecimento que a tarefa do Direito Penal é selecionar através do ordenamento jurídico as condutas humanas mais graves e nocivas à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social descrevendo-os como infrações penais, conferindo-lhes, por óbvio, as sanções penais.

Porém, o legislador não deve se deixar influenciar pelo pedido de recrudescimento da intervenção punitiva feito pela sociedade, uma vez que, como se sabe, o aumento das penas e a criminalização de novas condutas, até o presente momento, não geraram mudanças no índice de criminalidade. O que se percebe no tocante ao crime organizado, tendo em vista que o número de organizações criminosas e seus ataques não diminuiram em decorrência da criação legislativa.

Ainda, há de se salientar, que tendo em vista os inúmeros princípios enfatizados, deve ser considerada como inaceitável a divisão proposta por Günther Jakobs, não se pode fazer

uma divisão e retirar de determinadas pessoas seu status de cidadão, afinal, a Carta Magna prega que todos são iguais perante a lei.

Por fim, deve se destacar que as garantias fundamentais instituídas na Constituição devem ser respeitadas, pois sem a observância destas, a atuação punitiva do estado se torna somente força empreendida sobre determinado indivíduo.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. A Inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 805, p. 471, maio 2010. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/>>. Acesso em: 03 out. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Themis: Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p.13-100, 2006. Disponível em: <<http://www2.tjce.jus.br>>. Acesso em: 30 maio 2013.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINATO JR., Otávio. **Do Estado Social ao Estado Penal: O Direito Penal do Inimigo como novo parâmetro de racionalidade punitiva**. 2007. 197 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Casa Civil, 1941.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004**. Brasília, DF: Casa Civil, 2004.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Brasília, DF: Casa Civil, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.034/95**. Brasília, DF: Casa Civil, 1995.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Brasília, DF: Casa Civil, 2001.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF: Casa Civil, 1984.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus nº 203.857/AC**. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma. Brasília, DF, 06 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Habeas-Corpus nº 219.079, da Quinta Turma**. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Brasília, DF, 23 de outubro de 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 17 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Habeas-corpus nº 44.049/SP**. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, sexta turma. Brasília, DF, 12 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Habeas-corpus nº 89.935/BA.** Relatora: Ministra Maria Threza de Assis Moura, Sexta Turma. Brasília, DF, 06 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Súmula nº 347 de 23 de abril de 2008.** Conhecimento de Recurso de Apelação do Réu – Dependência – Prisão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570.** Relator: Ministro Maurício Corrêa, DF, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 15 out. 2013.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo.** Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=59](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=59)>. Acesso em: 10 ago. 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Três velocidades, um inimigo, nenhum direito. Um esboço crítico dos modelos de direito penal propostos por Silva Sánchez e Jakobs.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tr%C3%AAs-velocidades-um-inimigo-nenhum-direito-um-esbo%C3%A7o-cr%C3%ADtico-dos-modelos-de-direito-penal-p>>. Acesso em: 1º set. 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. LOBERTO, Eduardo de Camargo. **O Direito Penal do Inimigo. Gunther Jakobs.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13581-13582-1-PB.pdf>> Acesso em: 12 ago. 2013.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais. Doutrinas Essenciais de Direito Penal,** São Paulo, v. 1, p.63-82, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Crime Organizado: Conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, n. 79, jul./ago. 2009.

CARVALHO, Salo de. **Direito Penal do Inimigo no Rio de Janeiro: do confronto ao tráfico de drogas ao discurso da pacificação.** Disponível em: <<http://www.carvalhoadv.com>>. Acesso em: 20 set. 2013a.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas do Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 6. ed. São Pulo: Saraiva, 2013b.

\_\_\_\_\_. **Penas e Garantias.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime Disciplinar Diferenciado: Notas críticas ao à reforma do sistema punitivo brasileiro. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, v. 4, n. 1, p. 07-26, dez. 2005.

CONDE, Francisco Muñoz, As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 83, p. 98, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Inimigo**. Curitiba: Juruá, 2012.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA, Renata Almeida da. **A Sociedade Complexa e o Crime Organizado: a Contemporaneidade e o Risco nas Organizações Criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. In: BRITO, Alexis Augusto Couto; VANZOLIN, Maria Patrícia (Org.). **Direito Penal: Aspectos Jurídicos Controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DEZEM, Guilherme Madeira. Crime Organizado (Lei N. 9.034, de 3-5-1995). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (Org.). **Legislação Penal Especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Eduardo Saad. **Inimigo e Pessoa no Direito Penal**. São Paulo: LiberArs, 2012.

FELL, Elisângela Treméa; BRACHT, Daniela. Garantismo como Referência Jurídica in **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Cascavel, PR, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/2011/1589>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito\\_penal\\_inimigo\\_luiz\\_flavio\\_gomes.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito_penal_inimigo_luiz_flavio_gomes.pdf)>. Acesso em: 1º set. 2013.

GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11373](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373)>. Acesso em: 17 out. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GUIMARÃES, Justino da Silva. Sistema Penal máximo: o movimento de lei e ordem e o direito penal do inimigo como subsistemas de controle social punitivo. A mídia como controle informal do sistema. Vias contraditórias do Direito Penal Garantista. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**, São Luís, n. 14, p. 236, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Três Temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Frabris, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SOUZA, Tatiana Ribeiro de. **Supremacia da Constituição: Reforma e Controle no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Aarraes, 2011.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 59, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 1º out. 2013.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. Crime Organizado e Criminologia. In: SÁ, Alvinho Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre Almeida de. **A terceira velocidade do direito penal: o 'direito penal do inimigo'**. 2006. Dissertação (Curso de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MORAES, Vinicius Borges de. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Gunther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 74, p. 11, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal, parte geral: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Organização Criminosa**. Comentários à lei 12.850 de 02 de agosto de 2013. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PINTO NETO, Moysés. **O rosto do inimigo: Um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e direito penal do inimigo: visão crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade:** o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em:

<<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal do Estado Democrático de Direito:** perspectivas (re)legitimadoras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica ao direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TASSE, Adel El. **Nova Lei de Crime Organizado.** Disponível em:

<<http://atualidadesdodireito.com.br/adeleltasse/2013/08/22/nova-lei-de-crime-organizado/>>. Acesso em: 30 set. 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro I.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Coleção Pensamento Criminológico. v. 14.