

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI**

**FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**JOSE AILTON SILVA**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM FACE AO GARANTISMO PENAL NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: REFLEXÕES A RESPEITO DA LEI  
ANTITERRORISMO BRASILEIRA.**

**CAMPINA GRANDE – PARAÍBA**

**2019**

**JOSE AILTON SILVA**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM FACE AO GARANTISMO PENAL NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: REFLEXÕES A RESPEITO DA LEI  
ANTITERRORISMO BRASILEIRA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ensino Superior Reinaldo Ramos – CESREI, como requisito a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Felipe Augusto de Melo e Torres

**CAMPINA GRANDE – PARAÍBA**

**2019**

- 
- S586d      Silva, José Ailton.  
O direito penal do inimigo em face ao garantismo penal no ordenamento jurídico pátrio: reflexões a respeito da lei antiterrorismo brasileira / José Ailton Silva. – Campina Grande, 2019.  
66 f.
- Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2019.  
"Orientação: Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo e Torres".
1. Direito Penal Brasileiro. 2. Lei Antiterrorismo Brasileira. 3. Direito Penal do Inimigo. 4. Ordenamento Jurídico Brasileiro. 5. Garantismo Penal – Brasil. I. Torres, Felipe Augusto de Melo e. II. Título.

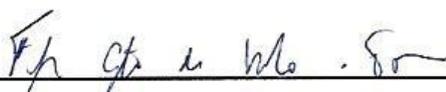
CDU 343.1(81)(043)

JOSÉ AILTON SILVA

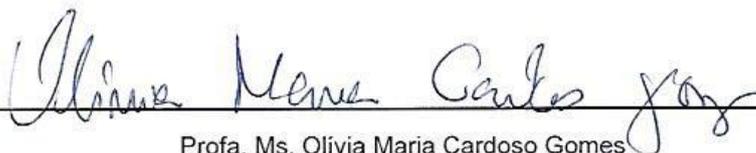
O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM FACE AO GARANTISMO PENAL NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: REFLEXÕES A RESPEITO DA LEI  
ANTERRORISMO BRASILEIRO

Aprovada em: 18 de Novembro de 2019.

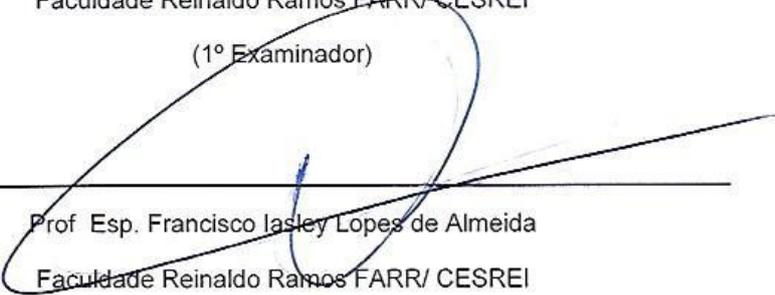
BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Felipe Augusto de Melo e Torres  
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI  
(Orientador)



Profa. Ms. Olivia Maria Cardoso Gomes  
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI  
(1º Examinador)

  
Prof. Esp. Francisco Iasley Lopes de Almeida  
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

*Dedico este trabalho à minha família, em especial a minha esposa e ao meu filho.*

## **AGRADECIMENTOS**

Na lista de agradecimentos, o primeiro a ser digno de toda minha gratidão é o Criador, Deus, a razão da nossa existência, sem ele nada seria possível, nada seríamos.

Posteriormente, vem à imensa gratidão a minha digníssima esposa, a minha principal incentivadora, meu baluarte. Como diz o provérbio secular: “por traz de um grande homem há sempre uma grande mulher”. Obrigado por tudo minha querida!

Ao meu orientador, que de forma pacífica me auxiliou no que foi necessário.

A minha família em geral, por todo apoio dispendido.

Aos amigos e a todos que de alguma forma me ajudaram na caminhada.

“O pessimismo torna os homens cautelosos, enquanto, o otimismo torna os homens imprudentes”.

(Confúcio)

## RESUMO

O presente trabalho analisa a dimensão do Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida por Gunther Jakobs, tendo por base não as suas manifestações pontuais, mas sim a finalidade e método que lhe distinguem do chamado Direito Penal do Cidadão. Desse modo, ao mesmo tempo em que se demonstrará a aplicação de suas acepções no Brasil, serão trazidos alguns fatores sociais que contribuem à existência da referida teoria. Ademais, será identificado o conceito do garantismo penal, em observância à teoria desenvolvida por Luigi Ferrajoli e suas acepções no tocante ao Direito Penal do Inimigo. Além, o Trabalho visa relacionar o Direito Penal do Inimigo à Lei antiterrorismo brasileira, evidenciando suas convergências e possíveis influências. Em todos os casos, há supressão de garantias que não se justificam diante de alguma particularidade do fato apurado no processo, mas sim em razão de uma qualidade do autor, voltando-se o processo para a neutralização do risco por ele representado. Tal método – supressão de garantias processuais com o escopo de neutralização de riscos – possui um grave problema: precisa pressupor aquilo que teria de demonstrar, a saber, a condição de inimigo do condenado. Por fim, será trazido o Direito Penal do Inimigo em uma esfera comparada à legislações estrangeiras, a fim de demonstrar como o instituto é pautado em outros países.

**Palavras-chave:** Inimigo. Garantismo. Cidadão. Supressão. Antiterrorismo. Princípios.

## **ABSTRACT**

This paper analyzes the dimension of the Criminal Law of the Enemy, a theory developed by Gunther Jakobs, based not on its specific manifestations, but on the purpose and method that distinguish it from the Criminal Law of the Citizen. Thus, at the same time that the application of their meanings will be demonstrated in Brazil, some social factors will contribute to the existence of this theory. In addition, the concept of criminal guaranty will be identified, in accordance with the theory developed by Luigi Ferrajoli and its meanings regarding the Criminal Law of the Enemy. In addition, the article aims to relate the Criminal Law of the Enemy to the Brazilian Antiterrorism Law, evidencing its convergences and possible influences. In all cases, there is suppression of guarantees that are not justified by any particularity of the fact established in the process, but rather by reason of a quality of the author, turning the process to the neutralization of the risk represented by it. Such a method - suppression of procedural safeguards with the scope of neutralization of risks - has a serious problem: it needs to presuppose what it would have to demonstrate, namely the enemy's condition of the convicted. Finally, the Criminal Law of the Enemy will be brought in a sphere compared to foreign laws, in order to demonstrate how the institute is ruled in other countries.

**Keywords:** Enemy. Garantismo. Citizen. Suppression. Anti-terrorism. Principles.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>10</b>
<b>1. DIREITO PENAL DO INIMIGO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS</b> .....	<b>10</b>
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO .....	10
1.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA TEORIA DE GUNTHER JAKOBS .....	14
1.3 PROCESSO PENAL DO INIMIGO .....	19
1.4 DIREITO PENAL DO INIMIGO VERSUS DIREITO PENAL DO CIDADÃO .....	22
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>27</b>
<b>2. O GARANTISMO PENAL E O SISTEMA PENAL PÁTRIO</b> .....	<b>27</b>
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	27
2.2 ORIGEM E CONCEITO DE GARANTISMO PENAL .....	31
2.3 O GARANTISMO PENAL E A CIDADANIA: A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL .....	35
2.4 A REALIDADE SOCIAL CONTEMPORÂNEA E OS NUANCES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	40
<b>CAPÍTULO III</b> .....	<b>44</b>
<b>3. DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, LEI ANTITERRORISMO E LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS</b> .....	<b>44</b>
3.1 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO .....	45
3.2 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO E A LEI Nº 13.260/2016 .....	48
3.3 DIREITO COMPARADO: ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS .....	52
3.4 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	57
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

Na abertura de uma conferência proferida a pesquisadores em sua temporada como visitante na Universidade de Harvard, em 1959, Hart afirmara que, acerca do tema da discricionariedade judicial, uma das principais dificuldades então existentes talvez fosse precisamente determinar quais as perguntas que se buscava responder. Ainda, manifestara a crença de que a simples enunciação, com clareza, dessas perguntas, talvez pudesse tornar as respostas mais claras e menos evasivas.

De forma similar, o estudo da temática do Direito Penal do Inimigo demonstra que muitas das controvérsias suscitadas por essa teoria decorrem da ausência de clareza quanto às perguntas que os autores que dela se ocupam intencionam responder, assim como quanto às premissas teóricas e conceituais das quais partem. Poucos temas no Direito Penal têm gerado tantos e tão acalorados debates.

Mas é possível perceber que, não raro, os discursos tanto de defensores quanto de opositores de Jakobs situam-se em planos distintos de análise. Jakobs pode ser criticado ou defendido i) pela descrição correta ou incorreta que fez da realidade jurídico-penal; ii) por sua atitude, resignada ou irrequieta, perante a realidade descrita. E obviamente que a análise da segunda questão pressupõe algum consenso quanto à primeira.

Assim vistas as coisas, fica mais claro perceber o quão inadequado é criticar um autor que enaltece Jakobs pela correta descrição que fez da realidade jurídico-penal através de argumentos como o da “inadmissibilidade de se tratar alguém como não pessoa”. Da mesma maneira que não se pode divergir ou mesmo concordar com a posição de alguém acerca do valor de um determinado objeto sem que se estabeleça previamente um acordo acerca do objeto submetido à crítica. Em outras palavras, sendo permitida a metáfora, duas pessoas não falam a mesma coisa quando enaltecem frutas, sendo que uma delas, ao fazê-lo, refere-se a laranjas, enquanto a outra se refere a maçãs.

Isso reforça a crença de que a melhor maneira de abordar o tema em questão é enunciar, com toda a clareza possível, quais as perguntas que se tenta tentando responder através das considerações. Ao fazê-lo, por certo as respostas ganham em

clareza e inteligibilidade, e a discussão resulta mais fértil. O presente trabalho busca responder a uma grande questão: É possível, em um Estado de Direito Democrático, a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo, ainda que voltada à criminalidade representada pelo terrorismo?

Para esse desiderato, apresenta-se, inicialmente, as linhas gerais do pensamento de Jakobs, tratando de abordar os seus pressupostos teóricos, o seu conceito de inimigo e as características do fenômeno por ele denominado Direito Penal do Inimigo. Em um segundo momento, será apresentada uma proposta de sistematização do Processo Penal do Inimigo a partir de dois modelos de atuação – um retrospectivo e outro prospectivo. Em um terceiro momento, será buscado delimitar o fenômeno denominado Garantismo Penal, filtrando-o através de distinções para com determinadas manifestações a ele comumente associadas. Finalmente, buscar-se-á dar resposta à questão acerca da possível coexistência do Direito Penal do Inimigo e sua relação com a lei antiterrorismo brasileira. O trabalho finda com um breve comparativo sobre estas reflexões nas legislações estrangeiras.

Baseando-se nas características do estudo, tem-se uma pesquisa bibliográfica e descritiva que foi utilizada para sustentar cientificamente os objetivos da pesquisa. Com uma didática de cunho exploratório, a pesquisa realiza o levantamento bibliográfico, buscando reunir as informações sobre o tema com o propósito de identificar os assuntos relevantes que deem sustentação aos argumentos elencados.

## CAPÍTULO I

### 1. DIREITO PENAL DO INIMIGO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

#### 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO

Em decorrência de contínuos ataques terroristas contra a humanidade, alguns estudiosos, como Gunther Jakobs, assim como governantes, legisladores e a sociedade, passaram a defender a promoção de um direito penal com caráter preventivo, repressivo e emergencial, mediante o anseio social no combate à criminalidade organizada e as variadas formas assumidas pela mesma na modernidade. Assim, a chamada insegurança jurídica vem amedrontando a sociedade de maneira geral, sentimento este, difundido pela mídia e veículos de comunicação e, o Direito Penal do Inimigo, surge como uma solução rápida e eficiente mediante a problemática instaurada no tocante à segurança, objetivando a rigidez das leis penais já existentes.

Nessa diapasão, Gomes elucida que:

É inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. (...) o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo, o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ainda que de modo juridicamente ordenado. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra (GOMES, 2012, p. 104).

A teoria do Direito Penal do Inimigo vem sendo amplamente difundida no contexto mundial há mais de duas décadas. A mencionada teoria teve sua origem quando o penalista alemão Gunther Jakobs utilizou-se desse termo em uma jornada de professores de Direito Penal, na Alemanha. Dessa forma, com o surgimento da teoria no cenário global, a discussão acerca do tema é bastante recorrente, tendo em vista que Jakobs determina a diferença entre o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

Importante destacar que, para Jakobs, o inimigo não se compreende em qualquer indivíduo que cometa um ato ilícito, mas sim, àquele que pratica uma delinquência econômica e organizada. Assim, é possível observar que o indivíduo que comete esses atos, presumidamente é compreendido como inimigo do Estado, mediante a insegurança e a culpabilidade aferida por seus atos.

Desse modo, inicialmente Jakobs discorria sua teoria impondo algumas reservas. Todavia, ele mudou de opinião. Vejamos as considerações de Bung sobre o fato:

Jakobs introduz o conceito de direito penal do inimigo, como se sabe, em seu ensaio publicado na ZStW, há mais de vinte anos, sobre Criminalização antecipada à lesão do bem jurídico. [...] Apesar de o discurso sobre o direito penal do inimigo, num primeiro momento, dar a impressão de que se trata essencialmente de uma crítica a uma forma específica de criação de normas penais, que deve ser objeto de reflexão em um Estado de Direito (crítica que se expressa especialmente na criminalização antecipada dirigida ao “âmbito interno” do prospectivo autor), entremostam-se, já nesta proposta remota, os elementos intelectuais que solapam o sentido metodológico e normativo de uma separação entre direito penal do inimigo e direito penal do cidadão (BUNG, 2006, p. 59).

Dessa forma, observa-se que os debates sobre o tema tiveram início mediante o autor empregar a distinção entre os delinquentes e os criminosos em duas classificações: a primeira se trata dos indivíduos que praticam atos ilícitos, porém, continuariam com seu *status* de cidadão, podendo obter um julgamento dentro do sistema jurídico nacional e, após o cumprimento da pena imposta pelo Judiciário, este, poderia voltar a agir em consonância com a lei, sendo reinserido no contexto social.

No que cerne à segunda classificação, observa-se àqueles indivíduos que representam um perigo visível à sociedade, colocando em risco a paz e a segurança social. Os indivíduos compreendidos nessa classificação são aqueles que se envolvem e/ou participam de alguma atividade dentro de uma organização criminosa, que não é capaz de oferecer nenhuma garantia mediante as normas impostas pelo ordenamento jurídico nacional. Estes, são considerados os que perdem o status de cidadão, sendo compreendidos como inimigos pelo Estado, cabendo a eles um tratamento menos flexível e diversificado.

Dessa forma, Jakobs compreende que o Direito Penal do Inimigo se mostra como um fator inevitável mediante a sociedade modernizada, passando a não ser considerado mais apenas um caráter especial, como um Direito Penal de emergência, tentando buscar formas de legitimação.

Nesse contexto, Natália Berti assevera que:

A partir de 1999, com a obra “La ciência del Derecho Penal ante las exigencias del presente” e, sobretudo, com a obra “Derecho penal de enemigo”, de 2003, o Direito Penal do Inimigo assume novos e mais concretos contornos, tendo o tema experimentado uma mudança drástica. A denominação Direito Penal do Inimigo perde o seu valor pejorativo, entendendo Jakobs ser um erro demonizá-lo. A concepção do estudioso não perdeu valor crítico, entretanto, segundo Ulfried Nenumann, é inegável que na concepção de Jakobs, o centro e gravidade se transmudou da crítica à afirmação do Direito penal do inimigo (BERTI, 2012, p. 32).

Importante ressaltar que o autor da referida teoria obteve como norte alguns filósofos e, muito embora suas acepções fossem destoantes da teoria ora formada, o autor pode utilizar algumas das ideias como fundamento base ao Direito Penal do Inimigo. Desse modo, um dos essenciais filósofos estudados por Jakobs para a criação da referida teoria, foi Thomas Hobbes.

Assim, de acordo com os ensinamentos de Hobbes, o indivíduo apenas conseguiria conviver em uma sociedade se existisse um líder para que pudesse assegurar a segurança e a paz social dos indivíduos. E, se por um acaso, algum dos membros dispostos naquela sociedade promovesse algum ato contrário às leis adotadas naquela premissa social, a pena deveria ser promovida e maneira imediata e, o infrator, deveria ser responsabilizado e compreendido como um inimigo do Estado.

Por este viés, torna-se essencial destacar as palavras de Hobbes, citado por Jakobs:

O delinquente deve ser mantido em seu status de pessoa (ou de cidadão), a não ser que cometa delitos de “alta traição”, os quais representariam uma negação absoluta à submissão estatal, então

resultando que esse indivíduo não deveria ser tratado como “súdito”, mas como inimigo (JAKOBS, 2008, p. 131).

Em observância a citação disposta, é possível compreender que o infrator deveria continuar com seu status de cidadão (ou indivíduo), a não ser que o mesmo praticasse um crime de "traição" contra o poder estatal, o que, posteriormente, decorreria em um tratamento diferenciado, sendo empregado o termo "inimigo" do Estado.

E, ainda, Jakobs discorre sobre os ensinamentos de Fichte acerca do Direito Penal do Inimigo, e assevera que:

Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos. Fichte atenua tal morte civil, como regra geral mediante a construção de um contrato de penitência, mas não no caso de assassinato intencional e premeditado: neste âmbito, se mantém a privação de direitos (JAKOBS 2008, p. 137).

Assim, mediante uma arguição histórica do exercício real do poder punitivo, é possível denotar que, este, sempre reconheceu a figura do inimigo, em relação ao qual é incontestável o tratamento de maneira diferenciada, neutralizante e eliminatória, por meio da negação da sua condição de pessoa. (ZAFFARONI, 2007)

Nesse tocante, é possível destacar, de modo generalizado, que todos os filósofos estudados por Jakobs compreendem que o Direito Penal do Cidadão é um direito aferido à todos os indivíduos. E, o Direito Penal do Inimigo, se refere àqueles que se transformaram em inimigo e, para confrontá-los, é preciso aferir coações e penas severas e, se indispensável, até mesmo declarar um estado de guerra contra o sujeito considerado inimigo do Estado.

Em consonância aos ensinamentos de Zaffaroni:

O direito penal do inimigo como uma ferramenta destinada a conferir um tratamento diferenciado aos delinquentes contumazes, notadamente aos terroristas, mediante a confinção forçada desses

“indesejáveis”. O direito penal habilitaria o poder punitivo a selecionar os autores dos fatos típicos: para os cidadãos, o tratamento de pessoa; para os inimigos, o de não pessoa (ZAFFARONI 2011, p. 155).

Em observância às palavras do autor, é possível observar que Zaffaroni promove sua teoria a fim de resguardar o direito penal do cidadão, uma vez que limita a ascensão do fenômeno do enrijecimento legislativo penal, muito frequente nas últimas décadas. Sendo assim, é possível elevar a necessidade de legitimação do Direito Penal do Inimigo como maneira de deter o fortalecimento da acepção de "lei e ordem".

Diante todo exposto, resta nítido como seriam tratados os denominados inimigos do Estado. Inicialmente, seria afastado seu status de cidadão, não sendo viável nenhum benefício que a legislação traz à um cidadão acusado e seria denominado inimigo, sendo incumbido ao poder estatal utilizar-se da coação.

Assim, os ensinamentos de Damásio E. de Jesus revelam que:

Aquele que se recusa a entrar num estado de cidadania não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa. Se um indivíduo age dessa forma, não pode ser visto como alguém que cometeu um "erro", mas como aquele que deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação (DAMÁSIO DE JESUS, 2014, p. 31)

Assim, é possível afirmar que o Direito Penal do Inimigo se compreende em uma teoria estrangeira, sendo originada pelo alemão Gunther Jakobs que, inicialmente, foi duramente criticada, contudo, após décadas conseguiu garantir a legítima polarização do Direito Penal. Dessa forma, é possível concluir que o cidadão goza de todas as acepções fundamentais, inclusive no tocante ao devido processo legal, sob outro enfoque, o inimigo seria privado das referidas garantias, devendo o poder estatal atacá-lo duramente, em prol da paz e o do bem estar social.

## 1.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO NA TEORIA DE GUNTHER JAKOBS

Com efeito, Jakobs apresenta seu pensamento em 1985, em um escrito intitulado *Criminalização no estado prévio à lesão de um bem jurídico*. Nesse escrito, ele imputa ao princípio da proteção de bens jurídicos uma das principais responsabilidades por ocasionar o fenômeno da antecipação da tutela penal para estágios prévios à afetação do bem.

Desse modo, Jakobs afirma que esse princípio autoriza:

Concluir pela legitimação de tudo aquilo que possa ser posto em uma relação positiva com o conceito de bem jurídico, e que tomar como exclusivo ponto de partida o bem jurídico conduz sem dúvida ao transbordamento, porque, com isso, cai por completo fora da perspectiva a esfera jurídica, que passa a vir definido apenas pelo fato de que pode constituir um perigo para o bem jurídico, com o acréscimo de que cabe antecipar, potencialmente sem limite algum, o começo de tal perigo (JAKOBS, 2008, p. 295).

A partir dessa lógica, segundo o autor, esvanecem-se os limites da intervenção penal, uma vez que o sujeito deixa de possuir um âmbito de esfera privada a que o Estado tenha necessariamente de respeitar, sendo considerado somente “fonte de perigo ou, em outras palavras, inimigo do bem jurídico” (JAKOBS, 2008, p. 295).

O autor cita, ainda, uma série de normas incriminadoras vigentes no direito alemão que se situam fora do marco denominado de Direito Penal do Cidadão, integrando, portanto, o chamado Direito Penal do Inimigo. Trata-se, entre outros, dos crimes de associação criminal ou terrorista, delitos de falsidade documental e a falsificação de moeda, nas modalidades de fabricação e obtenção de documentos falsos, considerados pelo autor, em um sentido material, como atos preparatórios.

Desta feita, Greco assevera que:

Esta mudança no tom das manifestações acerca da teoria do direito penal do inimigo é consequência da adoção de um modelo penal e processual penal funcionalista, onde parece vigorar a renúncia aos princípios do direito penal liberal, fundamentada na ideia de defesa e segurança do Estado e da sociedade (GRECO, 2016, o, 225).

Para Jakobs, em síntese, o Direito Penal pode ver no indivíduo um cidadão, hipótese em que, diante da esfera privada de liberdade de que dispõe, somente poderá intervir nos casos de uma perturbação exterior; ou pode ver no indivíduo um inimigo, alguém que não possui esfera privada de liberdade, e que é percebido como simples fonte de perigo, podendo ser responsabilizado por seus pensamentos.

Nesse primeiro momento do pensamento jakobsiano é possível identificar uma atitude crítica do autor em relação às manifestações desse modelo vigentes no direito alemão. E isso porque, para além de cunhar o conceito de Direito Penal do Inimigo, o autor destaca que tal modelo “somente pode se legitimar como um Direito Penal de emergência, que vigora excepcionalmente” (JAKOBS, 2008, 322). Já aqui o autor enfatiza a necessidade de os preceitos penais que o integram serem separados do Direito Penal do Cidadão de modo tão claro que não exista perigo algum de que possam se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática ou por analogia de qualquer outra forma.

A mesma atitude crítica definitivamente já não se encontra nos escritos posteriores de Jakobs. Especialmente a partir de 2003, o autor nitidamente acresce à descrição do fenômeno uma tentativa de justificá-lo e de legitimá-lo a partir de diversas ordens de argumentos (DIÉZ, 2006, p. 95).

O Direito, para Jakobs (2008, p. 98), não pode ser um sistema puramente normativo, que leve “uma vida própria na qual a única coisa que interessa é se as normas jurídicas e suas concreções foram inferidas de modo formalmente correto”. Pouco importa ao proprietário de um valioso notebook que o Direito proteja a sua propriedade, estabelecendo que ela não deve ser furtada ou roubada; ele ainda assim evitará caminhar à noite em uma região de grande incidência de assaltos. O exemplo se presta a ilustrar algo que, para Jakobs (2008, p. 98), é fundamental: um ordenamento jurídico evoluído deve ser capaz de garantir às pessoas “não somente um Direito nu, mas também o uso do Direito”.

Isso vale tanto para o que se pode denominar de pessoa-vítima, quanto para a pessoa-autora. Essa, apesar de poder orientar-se de acordo com uma norma apenas com base em sua correção, poderá também não respeitar uma norma que, apesar de correta, não esteja estabelecida na realidade social. Daí a necessidade de a violação da norma receber a resposta sancionatória, de maneira a proporcionar a

ela a necessária força de orientação ou cimentação cognitiva. Nessa lógica, a imposição da pena – manutenção contra fática da norma – se presta a demonstrar precisamente a realidade de uma norma faticamente violada – i.e., não é a sua simples violação que a torna irreal.

No entanto, defende Jakobs que:

A manutenção contra fática da norma não pode ser infinita, uma vez que isso acabaria por equivaler ao retorno ao puro normativismo, por ele rechaçado. O Estado deve buscar a vigência real do ordenamento, de modo que se a norma é violada, deve haver punição; se a punição não tem lugar, deve ser punido o funcionário incompetente da administração da justiça; e se nada disso ocorrer, a vigência da norma se vê comprometida tanto na perspectiva do autor quanto da vítima, o que esvazia por completo o seu papel na sociedade (JAKOBS, 2008, p. 332).

Paralelamente, Jakobs parte da premissa de que Direito é o vínculo entre pessoas que são, por sua vez, titulares de direitos e deveres, enquanto que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação.

Diferentemente de autores como Rousseau e Fichte, para os quais todo o delinquente seria considerado por si um inimigo, na medida em que a quebra do contrato decorrente da prática do delito implicaria, por parte do indivíduo, a não participação nos benefícios desse, isto é, não mais lhe caberia a qualidade de cidadão. Para Jakobs (2008, p. 25-26) o criminoso também deve ser mantido dentro do ordenamento jurídico por uma dupla razão: em primeiro lugar, porque “possui direito de tornar a encontrar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa”; em segundo lugar, porque “tem o dever de promover a reparação, e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade”

Influenciado pela obra de autores como Hobbes e Kant, Jakobs não despersonaliza o delinquente normal, mas apenas o delinquente que se desvia do ordenamento por princípio, para o autor:

A vigorosa sentença segundo a qual ao menos hoje todos devem ser tratados como pessoas em Direito [...] necessita de um acréscimo: sempre que aqueles ‘todos’ cumpram com seus deveres, ou, no caso contrário, sempre que se os tenha controlados, é dizer, que não

possam resultar perigosos. Ou ainda todo aquele que prometa, de modo mais ou menos confiável, fidelidade ao ordenamento jurídico, tem direito a ser tratado como pessoa em Direito. Não sendo o caso, se tais indivíduos causam estragos, devem ser combatidos, e se existe a possibilidade de que o façam, “devem ser tomadas medidas preventivas (JAKOBS, 2008, p. 96).

O referido autor, portanto, admite que determinados indivíduos sejam tratados como não pessoas, na medida em que apresentam uma espécie de aversão, de princípio, ao ordenamento jurídico. Em relação a esses indivíduos, a intervenção penal terá uma finalidade marcadamente preventiva. Esse caráter preventivo é precisamente o que o distinguirá, de forma substancial, do chamado Direito Penal do Cidadão.

O Direito Penal lida, portanto, com dois tipos de delinquentes: os indivíduos denominados pessoas, destinatários de todas as garantias asseguradas à pessoa humana; e os indivíduos denominados inimigos, que não se beneficiam das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa, e que apenas podem ser alvo de coação pelo Direito. O que determinaria a classificação de alguém como pessoa ou como inimigo, ao menos conceitualmente, seria precisamente a atitude de princípio desse indivíduo perante o ordenamento jurídico: enquanto o cidadão o aceita, o inimigo o rejeita.

Dessa forma, Zafaroni ressalta que:

Assim, enquanto no Direito Penal do Cidadão a finalidade da pena – que recai sobre a pessoa – é a estabilização contra fática das expectativas comunitárias na validade da norma violada, no Direito Penal do Inimigo a finalidade da pena – que já não recai sobre a pessoa, mas sobre o inimigo – é a simples eliminação de perigos. Dito de outra forma, enquanto a pena, no Direito Penal do Cidadão, possui uma função preponderantemente comunicativa ou simbólica e caráter retrospectivo, no Direito Penal do Inimigo a pena possui uma função meramente coativa ou assecuratória e caráter prospectivo, dirigindo-se à evitação de riscos futuros. O Direito Penal, nesse caso, operaria como “puro impedimento físico” (ZAFARONI, 2007, p. 156).

Nisso se surpreende uma importante distinção ao nível do próprio método do Direito Penal: de um Direito Penal responsivo ou reativo, passa-se a falar de um Direito Penal eminentemente preventivo. A intervenção penal passa a se justificar não em razão de fatos desvaliosos pretéritos, mas sim em razão de fatos

desvaliosos futuros, ou de possíveis fatos desvaliosos, cabendo ao Direito Penal o papel de evitá-los.

Para esse desiderato, o Direito Penal do Inimigo passa a operar sem respeitar princípios tradicionais, tais como o princípio da ofensividade e da culpabilidade. Tem lugar, aqui, o fenômeno da antecipação da tutela penal a estágios prévios de afetação do bem jurídico. E aqui, precisamente, encontram espaço as críticas que aproximam a construção de Jakobs à ideia de um Direito Penal do autor, uma vez que esse modelo se notabiliza por uma intervenção que tem por objeto não o fato delitivo em si, mas já a mera inclinação, tendência ao delito ou periculosidade criminal de determinados agentes (CUNHA, 2015).

Como consequência de uma distinção que se deixa surpreender já no próprio plano teleológico, o Direito Penal do Inimigo, apresentará quatro características fundamentais: i) antecipação da tutela penal para estágios prévios à afetação do bem jurídico; ii) ausência de diminuição da pena proporcional a essa antecipação; iii) alteração de uma legislação penal de proteção ou de tutela para uma legislação penal de combate; e iv) supressão de garantias processuais. (HABIBI, 2014)

### 1.3 PROCESSO PENAL DO INIMIGO

Em primeiro lugar, afigura-se necessário distinguir uma disposição característica de Processo Penal do Inimigo de uma simples escolha legislativa de ordem procedimental. Tome-se como exemplo o número de testemunhas em um determinado rito. Essa escolha poderia ser interpretada da seguinte maneira: por que é que um acusado pelo delito de tráfico de drogas, a teor do art. 54, inc. II, da Lei 11.343/06, pode arrolar somente cinco testemunhas, e não oito, como permite o procedimento comum ordinário? Por acaso ele seria menos destinatário de ampla defesa do que, por exemplo, um acusado pelo delito de roubo?

Segundo se vê, isso seria confundir as coisas. Não será qualquer distinção procedimental que poderá ensejar a conclusão de que se cuida de um dispositivo que materialize uma legislação penal de combate ao inimigo. E isso porque as relativizações de garantias próprias do Processo Penal do Inimigo se caracterizam por alguns traços específicos: i) colocam o imputado em uma posição de

desvantagem em relação ao Estado; ii) essa desvantagem se fundamenta em um conceito prévio de inimigo que já lhe é imputado; iii) e visam à sua neutralização – seja através da condenação (processo retrospectivo), seja pela descoberta de novos fatos (processo prospectivo).

Por este viés, os ensinamentos de Moraes asseveram que:

Elucidativo continuar com o exemplo da Lei de Drogas. O menor número de testemunhas no rito de drogas não coloca o imputado em uma posição de desvantagem, na medida em que também a acusação se sujeita a essa diretriz. Além disso, o ônus da prova recai sobre a acusação, de modo que se poderia até concluir que um número mais restrito de testemunhas se afigura mais prejudicial àquele que possui a carga da prova (MORAES, 2008, p. 193).

Por outro lado, o mesmo não se pode dizer da posição do interrogatório. Não se desconhece que o interrogatório na Lei de Drogas foi posicionado no início do procedimento pela simples razão de que, na altura, era esse o procedimento comum ordinário vigente. Houve apenas o espelhamento do procedimento comum ordinário vigente, e não uma opção deliberada por prejudicar a defesa do acusado. Dito isso, no entanto, a despeito de não se pode falar propriamente em um sistema – cujo conceito reclama coesão –, ao intérprete cabe interpretar o ordenamento em seu conjunto, assumindo-o de maneira lógica e coordenada.

Por essa razão, a única conclusão que se pode chegar quando contata-se que, no contexto de um sistema que se pretende coordenado, para um tipo de delito dá-se ao acusado a oportunidade de manifestar-se somente ao final, enquanto que, em outro, exige-se sua manifestação mesmo antes de ter conhecimento das provas que sobre ele recaem, essa disposição exerce a função única de colocar o imputado em uma posição de desvantagem, reduzindo-lhe as chances de resistência. Não é de causar estranheza, assim, que o STF, em 2016, tenha reconhecido que o interrogatório deva ser realizado ao final da instrução criminal em todos os procedimentos – ainda que o fundamento utilizado tenha sido diverso (STF, 2016).

Assim, recapitulando, e para efeitos deste escrito, a disposição do Processo Penal do Inimigo é aquela que restringe uma garantia i) colocando o imputado em uma posição de desvantagem em relação ao Estado; ii) fundamentando essa

desvantagem em um conceito prévio de inimigo que já lhe é imputado; iii) visando à sua neutralização, seja de maneira retrospectiva (busca da condenação), seja de maneira prospectiva (não é processo) (MONTERO AROCA, 1997, p. 128).

Eventuais escolhas que, mesmo interferindo em direitos do acusado, justificam-se por determinadas particularidades do objeto do processo, e não da pessoa imputada (réu), não deveriam ser consideradas disposições de Processo Penal do Inimigo e ao menos em princípio, não apresentam problemas de legitimidade.

Parece necessário, ainda, separar o que pode ser considerado como uma simples perversão cotidiana daquilo que é resultado de uma lógica distinta. Dizer que algo às vezes – e por equívoco – se revela de uma maneira “x”, não pode se misturar com a essência mesma do fenômeno. Sendo permitido o emprego de uma metáfora, o fato de um jogador de futebol fazer um gol de mão não autoriza a dizer que gols de mão são admitidos no futebol.

Dessa forma, Costa lecionam que:

É bem verdade que se tem visto excessos em alguns casos. Especificamente em relação à classe política, os “inimigos” do momento, a doutrina tem denunciado prisões desnecessárias, conduções coercitivas, excessos de colaborações, entre outros problemas. Mas também é verdade que o processo penal dos hipossuficientes por vezes se mostra como um ambiente bastante fértil para a prática de diversas transgressões à ordem processual e constitucional: decisões imotivadas, inversões de ônus da prova e violações corriqueiras ao direito à não autoincriminação, por exemplo. Isso acontece no furto, no roubo, no pequeno tráfico, entre outros tipos de crime de menor glamour (COSTA, 2015, p. 444).

O fato é que se há de considerar todas essas mazelas manifestações do Processo Penal do Inimigo, então, curiosamente, nada será Processo Penal do Inimigo. Pode-se até pensar dessa maneira, mas o conceito restará tão inflado que, paradoxalmente, acabará esvaziado. Passará a ser um conceito estéril, alusivo simplesmente ao processo penal mal aplicado.

Dito isso, a única maneira de emprestar alguma valia científica ao conceito é defini-lo enquanto sistema, a partir de uma finalidade e de um método próprio, tal como postulado anteriormente. E nesse sentido, é possível perceber que,

tendencialmente, o Direito Penal do Inimigo opera intervindo não sobre fatos, mas sobre agentes presumidamente perigosos, visando à evitação de fatos. Seguindo essa lógica, insiste-se que o Processo Penal do Inimigo poderá assumir duas feições: i) reconstruindo fatos de Direito Penal do Inimigo, diversos dos fatos tradicionalmente objeto do Direito Penal (processo penal retrospectivo); ii) apurando fatos ainda não ocorridos ou descobertos (processo penal prospectivo). Nos dois casos, contudo, surpreende-se uma supressão de garantias orientadas à contenção de risco (COSTA, 2015, p. 444).

#### 1.4 DIREITO PENAL DO INIMIGO VERSUS DIREITO PENAL DO CIDADÃO

Jakobs, por óbvio, diria que a coexistência é possível. O autor, em algumas oportunidades, refere que a distinção é normalmente apresentada em termos de tipos ideais ou abstratos. Não há um Direito Penal do Cidadão puro contraposto a um Direito Penal do Inimigo puro – foi denominado de “lógica binária”. O que há, na realidade, é justamente uma mescla, ou uma lógica *fuzzy*. Um Estado real que se vale de determinadas normas supostamente de exceção, que se fundam em lógica e pressupostos distintos.

Mas a resposta a essa pergunta, como destacado inicialmente, depende de um consenso prévio acerca do que se entende por Processo Penal do Inimigo. E aí a pertinência da tentativa de delimitação do tópico anterior.

Se, ao se falar de Processo Penal do Inimigo, refere-se a meras escolhas atinentes ao procedimento que se justificam pelo objeto do processo – tipo de acusação – ou mesmo as simples perversões cotidianas na aplicação do direito processual penal, se é isso o que se entende por Processo Penal do Inimigo, então diz-se que o Processo Penal do Inimigo e o Processo Penal do Cidadão não só podem, como efetivamente coexistem e sempre coexistirão. Nesse sentido, a teoria de Jakobs muito pouco terá revelado de novo, e quase se pode dizer que seu valor está em apenas ter batizado um fenômeno jurídico-penal.

Assim, Castanhães Neves, assevera:

Mas se, por outro lado, parte-se de um conceito mais restrito do fenômeno, verificando no Direito Penal do Inimigo e no Processo Penal do Inimigo um método próprio – intervenção ante fato fundada na perigosidade (presumida) de autores –, então não se vê como possível a coexistência entre um Processo Penal do Inimigo e o Processo Penal do Cidadão (CASTANHARES NEVES, 1993, p. 10).

Nota-se, preliminarmente, que as restrições a garantias do Processo Penal do Inimigo se justificam em razão da figura do inimigo. Isso é pressuposto da teoria, sendo precisamente a figura do inimigo que legitima a restrição de garantias – que, portanto, não se afigura legítima no caso de cidadãos.

Por razões de lógica, dado que o processo penal promove uma reconstrução fático-probatória da hipótese vertida na acusação, a constatação da figura do inimigo somente poderia ser consequência dessa reconstrução, e jamais poderia ser pressuposta pelo processo. O processo é, pois, causa, enquanto a constatação da figura do inimigo e a correlata restrição das garantias são consequência.

No entanto, ao antecipar-se essa restrição, antecipa-se o que deveria ser uma consequência do processo. Nesse momento, a consequência transforma-se em causa, esvaziando-se a própria atividade reconstrutiva do processo, que perde o seu caráter dialógico e passa a possuir caráter meramente confirmatório: o processo se presta a confirmar aquilo que já se sabe.

A exemplo, um jogo de futebol, partindo-se da premissa de que a disputa da partida acabará por revelar o melhor time. Mas imagine-se que, por força de uma regra prévia (disposição de início), um dos dois times, apontado de antemão como melhor, inicie a partida com dois gols de vantagem. Duas questões se colocam: (i) a disposição de início influenciará o resultado; logo, é ela, a disposição do início, e não o jogo em si, que condicionará a conclusão de que um time é melhor que outro; (ii) se a disposição de início tem por base exatamente o pressuposto de que um determinado time é melhor, a partida passa a não fazer mais sentido.

Nesse contexto, Masson leciona:

Retornando ao campo processual penal, considerando sua própria razão de ser e método, não se mostra possível uma disposição de início que consista em restrição de garantias “de face”, baseada unicamente em uma determinada condição da pessoa, na medida

em que a demonstração dessa condição pressupõe o processo. E com menos razão ainda se pode admitir eventual restrição de direitos que condicionem o resultado do processo – ex.: admissibilidade de provas ilícitas ou alteração das regras probatórias –, na medida em que o processo passa a figurar como mero instrumento de legitimação servível à confirmação de uma hipótese já estabelecida (MASSON, 2014, p. 112).

Essa crítica, que se denomina de crítica metodológica, parece encontrar eco entre autores que se debruçaram sobre a dimensão processual do Direito Penal do Inimigo. Pois, o problema passa pela definição abstrata do inimigo, que decorre não somente de uma classificação legal, mas já de uma “postura inimiga a respeito da ordem estatal”, consistente na oposição presumivelmente duradoura a valores do ordenamento e na incapacidade, também presumida, de orientação, pelo indivíduo, em conformidade com tal ordenamento.

A partir daí, e já no campo processual, estabelece-se a questão de conforme quais regras procedimentais se produz a identificação de inimigos, ressaltando o a existência de duas possibilidades: ou se procede conforme as regras do direito penal do cidadão e se procura separar a palha (os inimigos) do trigo (os cidadãos), ou se procede conforme as regras do direito penal do inimigo e se atribui de maneira abstrata o status de inimigo. (HABIBI, 2014)

No primeiro caso, está diante de um simples processo penal clássico, ou do cidadão, no qual vigoraria a presunção de inocência e se desacreditaria do discurso do direito penal do inimigo. No entanto, ressalta o autor, e sublinhe-se sua pertinente observação, “desde a perspectiva do direito penal do inimigo, resulta mais consequente a segunda possibilidade, a qual significaria, ademais – exatamente no sentido de uma *petitio principii* –, que se pressupõe aquilo que antes de mais nada teria que demonstrar” (HABIBI, 2014, p. 84). É dizer, tal como por nós afirmado, o Processo Penal do Inimigo estaria a pressupor aquilo que deveria demonstrar, a saber: o status de “inimigo” de determinados indivíduos.

No mesmo sentido é a crítica de Gracia Martín, que aponta:

O problema de a condição de inimigo ter de vir determinada já antes da aplicação do ordenamento, pois não se afigura possível saber se essas disposições se aplicam a um inimigo ou a um cidadão. De um modo geral, determinar se o indivíduo infringiu o Direito Penal do

Cidadão pressupõe submetê-lo a um processo penal “que obviamente também deve seguir as regras do Direito do Cidadão”, a significar que o sujeito ingressa no processo com a condição de cidadão, sendo protegido por todas as garantias a ele inerentes, em especial a presunção de inocência (MARTÍN, 2007, p. 29).

Por outro lado, e agora na perspectiva do Processo Penal do Inimigo, questiona o autor: “onde pode encontrar o Direito Penal do Inimigo os seus destinatários, é dizer, indivíduos que careçam da condição de pessoa e que preexistam logicamente a toda pretensa regulação e aplicação do Direito?” (MARTÍN, 2007, p. 29).

Para ele, sendo o processo precisamente o que poderia determinar a privação da condição de pessoa decorrente de sua declaração como inimigo, isso em absoluto afetaria que o processo tivesse que se desenvolver com todas as garantias próprias do cidadão, pois desde o início daquele, e ao menos até sua conclusão mediante uma sentença condenatória, o imputado não pode encontrar-se em nenhum outro status que não seja o do cidadão.

Nessa perspectiva, Moraes ressalta que:

Não é difícil perceber que um tal modelo de processo penal viola o princípio constitucional da presunção de inocência em sua dimensão de norma de tratamento. Ainda, o processo deixa de possuir um fundamento claro, pervertendo-se a sua própria conotação de instrumento de resistência, de anteparo perante acusações potencialmente injustas (MORAES, 2008, p. 603).

Transmuda-se em uma ferramenta de poder, da qual se vale o Estado para fins de segurança pública. O fundamento se vê substituído pela função: no caso do Processo Penal do Inimigo, a neutralização de indivíduos considerados perigosos. Somente por aí já se revela a incapacidade de coexistência do Processo Penal do Inimigo com o Processo Penal do Cidadão: em um ordenamento jurídico que preveja, em sua Constituição, o princípio da presunção de inocência, repudia a ideia de um processo penal que não trabalhe a partir desse pressuposto.

Além disso, ainda que se possa aceitar um tal processo a título “de exceção” para determinados casos excepcionais, seria considerável o risco de contaminação.

Como bem lembra Zaffaroni (2007, p. 168), vê-se um Estado Policial encapsulado dentro de um Estado de Direito, um Estado Policial que pretende tomar o poder.

Nesse sentido, a preocupação de Jakobs (1997), de que o Direito Penal do Cidadão possa ser contaminado pelo Direito Penal do Inimigo, talvez seja um dos principais argumentos para que não se reconheça legitimidade a essa categoria. Percebe-se até certa contradição na lógica jakobsiana, uma vez que o próprio autor jamais escondeu trabalhar com uma lógica de tipos ideais, do tipo weberiana, reconhecendo que isso não sucede assim na prática – é dizer, não se trabalha e não se trabalhará com um código processual penal do inimigo.

Diante dessa possibilidade, parece extremamente oportuna a advertência de Jorge Miranda, de que os regimes liberais e pluralistas não podem, a pretexto do terrorismo, distanciar-se daqueles princípios jurídicos tão duramente sedimentados em suas Constituições, legislações e culturas cívicas. Nas palavras do autor, “o pior que poderia acontecer seria, afinal, a pretexto do terrorismo, ficarem abalados os fundamentos do Estado de Direito.” (MORAES, 2008, p. 67).

## CAPÍTULO II

### 2. O GARANTISMO PENAL E O SISTEMA PENAL PÁTRIO

#### 2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Direito Penal nacional possui fundamento norteado em uma Constituição munida dos elementos próprios de um Estado Social e Democrático de Direito, o qual, por seu caráter, emite seus princípios utilizados como norte ao legislador brasileiro, inclusive no tocante ao Direito Penal, tendo em vista todas as acepções sociais e, também, na atividade punitiva do Estado. Nesse contexto, os ensinamentos de Junqueira e Vanzolini, ao mencionar os princípios constitucionais, asseveram que:

Dos traços que desenham o Estado Social e Democrático de Direito materializados juridicamente na Carta Constitucional, extraem-se importantes diretrizes ao legislador penal, reveladas, geralmente, pelos denominados princípios penais. Tais princípios, dizem respeito aos mais variados aspectos da atividade punitiva do Estado: forma de incriminação, tais como: legalidade e irretroatividade; conteúdo da incriminação, possibilidade de imputação (culpabilidade e pessoalidade) e, também, a atribuição da sanção penal (JUNQUEIRA E VANZOLINI, 2014, p. 33).

Desse modo, é possível ressaltar o modo de atuação do legislador constituinte que, para equilibrar a vida dos cidadãos e aferir o pleno funcionamento do Estado Social e Democrático de Direito, determinou limitações e finalidades de atuação do legislador infraconstitucional por meio da regulamentação dos princípios constitucionais que, para o presente estudo, possui notada essencialidade no que diz respeito à atividade punitiva. Assim, torna-se fundamental destacar o conteúdo da incriminação e à atribuição da sanção penal, que demonstra ligação direta ao garantismo penal, objeto de estudo do presente capítulo.

Nessa perspectiva, em observância a citação destacada na doutrina de Junqueira e Vanzolini, dentre os princípios que norteiam o conteúdo da incriminação, observa-se os princípios da intervenção mínima e o da exclusiva proteção aos bens jurídicos. Ambos os princípios mencionados, promovem uma análise frente à temática envolvendo os bens jurídicos, uma vez que a proteção essencial

compreende que apenas àquelas condutas intoleráveis no contexto social devem prevalecer ao controle do Direito Penal.

Assim, destacando os ensinamentos de Jakobs, é possível afirmar que o autor entende a função do Direito Penal como a efetiva manutenção de expectativas legais (normativas), como observada na teoria do Direito Penal do Inimigo. Para tanto, no que se refere à intervenção mínima, é possível observar que, esta, compreende o entendimento de que o bem jurídico deve ser protegido por intermédio dos meios menos gravosos ao indivíduo, tendo a penal estatal a acepção de *última ratio*.

Nesse contexto, mostra-se essencial destacar a contextualização elucidada por Paulo Queiroz no tocante ao Direito Penal:

Cabe conceituar assim, e preliminarmente, o direito penal como o conjunto das normas jurídicas que, materializando o poder punitivo do Estado, define as infrações penais (crimes e contravenções) e comina as sanções correspondentes, estabelecendo ainda os princípios e as garantias em face ao exercício deste poder, ao tempo em que cria os pressupostos de punibilidade (PAULO QUEIROZ, 2008, p. 05).

Desta feita, observa-se que o autor faz nítida menção às garantias do indivíduo em face ao exercício de punir do Estado, restando evidente que esse poder possui algumas limitações inseridas na própria Constituição Federal de 1988, sendo ressaltado o caráter instrumental do Estado e do Direito Penal como, por exemplo, as formas de regulação dos conflitos classificados como graves mediante ao contexto social no qual se insere.

Nessa perspectiva, a teoria garantista promovida por Luigi Ferrajoli, dentre as suas inúmeras acepções, adota um caráter instrumental do Estado e, também, do Direito Penal. A referida teoria conduz o pensamento, qual seja, a rejeição no tocante à estrutura autoritária de Estado, promove, de acordo com Oliveira (2015, p. 72) "a rejeição à estrutura autoritária de Estado, como impossibilidade de sobrevivência de um ambiente garantista." Desse modo, observa-se que o arbítrio estatal se afasta do Estado Democrático de Direito, ao passo que, representada pela Carta Magna de 1988, é o pressuposto da efetiva ordem social e política do país.

Desse modo, a presente acepção garantista mostra-se relevante no tocante à cidadania e na proteção dos direitos frente à atuação do Poder Público e, conseqüentemente, a sua oposição mediante ao Direito Penal do Inimigo. Importante destacar que as inúmeras facetas no que se refere aos meios protetivos frente à dignidade humana se complementam e, por esta razão, torna-se tão relevante a sua exposição no presente estudo. Assim, o autor desta teoria, Luigi Ferrajoli, elucida em sua obra "Direito e Razão" diversos aspectos filosóficos e históricos sobre o direito penal, principalmente no que se refere à humanização deste ramo jurídico.

Nessa perspectiva, dentre os vários aspectos dispostos pelo autor em sua obra, trataremos sobre a relevância da proteção penal no tocante à preservação da dignidade da pessoa humana. Assim, esta preocupação encontra-se relacionada à proteção dos direitos de modo difuso, mediante à atuação do Estado (essencialmente, na ramificação do Direito que amplia as normas penais).

Desse modo, Luigi Ferrajoli ressalta que:

A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra várias formas de arbítrio do poder, particularmente odioso no direito penal (FERRAJOLI, 2010, p. 7).

Dessa maneira, para a devida compreensão da relevância do garantismo penal, faz-se essencial a análise das linhas mestras da referida obra à luz do iluminismo e, também, a austeridade presente entre a liberdade individual e o poder preventivo e punitivo da máquina estatal.

Nessa diapasão, no que diz respeito à legitimação do direito de punir na seara penal, o professor Luigi Ferrajoli discorre sobre a seguinte problemática:

O sentimento dos próprios direitos fundamentais - toda outra coisa, como visto nos próprios "direitos-poderes", equivale, justamente por seu caráter universal, igualitário e indivisível, ao de outros, e por esta razão do reconhecimento dos outros como pessoas, dotadas do mesmo valor associado à própria pessoa. É deste amor próprio jurídico que deriva a disponibilidade de cada um para a luta, pela

defesa e a atuação dos direitos vitais próprios e de outros ou ainda pela própria (ou por outra) identidade de pessoa: para as identidades ameaçadas e a defender e para as novas identidades, a afirmar ou reivindicar (LUIGI FERRAJOLI, 2010, p. 11).

Assim, observa-se que se trata de um modelo ideal, que nem todas as vezes alcançará às expectativas correspondentes à realidade da população. Desse modo, apesar de ainda não ser utilizado em toda sua abrangência, o garantismo penal compreende um grande avanço no tocante à proteção dos direitos e da vida humana. Os questionamentos do supracitado autor incorreram nessa teoria, que viabiliza a proteção individual mediante à atuação do estado. Tais elementos limitadores possuem como finalidade a abrangência da preservação dos direitos individuais e, sobretudo, a diminuição das possíveis ameaças por parte dos governantes.

Nessa diapasão, a relevância do garantismo no âmbito penal decorre, sobretudo, pela preocupação com os bens mais essenciais ao ser humano: a vida, a proteção à sua liberdade e dignidade. Assim, as garantias penais se ajustam à aceção de que o Direito Penal deve ser a última ratio na solução de litígios, desse modo, o garantismo penal encontra-se ligado à preservação do Estado Democrático de Direito e de suas garantias dispostas no texto constitucional de 1988.

Assim, os ensinamentos de Nunes concluem que:

O italiano Luigi Ferrajoli idealizador da teoria do garantismo penal, que, posteriormente, influenciará toda a sistemática de interpretação do Direito Penal e Direito Processual Penal, preconiza principalmente os valores substantivos e os direitos fundamentais da pessoa humana, adequando-se perfeitamente às finalidades do Poder Estatal de garantir as normas pragmáticas previstas na Constituição Federal. A teoria do garantismo penal dissemina o sistema político-jurídico destinado a assegurar a máxima correspondência entre a normatividade e a efetividade da proteção aos direitos fundamentais, apresentando como exemplo: a dignidade humana, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal (NUNES, 2006, p. 63).

Desta feita, busca-se a uniformidade entre o direito de punir do poder estatal e a proteção às garantias dos acusados, essencialmente no tocante à busca pela pacificação social. Os limites impostos à atuação estatal frente aos indivíduos,

encontram expressas disposições constitucionais, dessa forma, tanto as leis penais quanto as processuais penais, devem ser aplicadas e compreendidas de acordo com a Constituição pátria.

Ademais, se o garantismo penal objetiva a proteção da dignidade humana, essencialmente, este, encontra-se ligado ao exercício de cidadania. Isso ocorre pois suas bases filosóficas asseguram tanto os direitos quanto as liberdades inerentes ao indivíduo acusado, além de aferirem limitações ao poder de punição do Estado.

Resta concluir que o garantismo penal viabiliza a integração entre o sistema protetivo constitucional e as demais normas infraconstitucionais, para que a tutela repressiva e opressora do poder estatal, em sua função punitiva, observe e respeite todos os requisitos mínimos que garantam a preservação da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, é possível afirmar que o garantismo penal se compreende em um meio de preservação da cidadania.

## 2.2 ORIGEM E CONCEITO DE GARANTISMO PENAL

A expressão garantismo penal teve sua origem na década de 1970, na Itália que, assim como outros países da Europa, ainda conviviam com diversas práticas políticas consideradas abusivas e/ou autoritárias, sendo afrontados os direitos fundamentais inerentes ao ser humano. Dessa forma, observa-se que tais ações se compreendiam vestígios de um extenso período em que o país passou sob um regime político completamente totalitário, o Fascismo. Por essa razão, os mentores à época delimitaram sua política através de discursos de ódio aos que eram diferentes, ao passo que, enalteciam de maneira fanática o nacionalismo.

Nesse sentido, os ensinamentos de Fischer compactuam que:

Importante destacar que a teoria do garantismo foi desenvolvida por Ferrajoli em um determinado momento histórico de endurecimento da legislação penal italiana, sendo que sua origem remete a um movimento dos anos setenta comandado por juizes da magistratura italiana que lutavam por um uso alternativo do Direito (FISCHER, 2010, p. 132).

Desse modo, o garantismo penal teve sua origem fundamentada nos mesmos ideais permeados por pensadores iluministas do século XVIII, isto é, o de reprimir os excessos no tocante à ação punitiva do Estado, sendo determinado limites para as ações o Poder Público e, também, no que se refere a criação de garantias necessárias para que o indivíduo não se encontre à mercê de possíveis arbitrariedades do poder estatal. Assim, os pensadores garantistas aferiram críticas severas no tocante aos excessos cometidos pela máquina estatal, sendo, estes, decorrentes não apenas dos vícios advindos do antigo regime vivenciado, mas também dos exemplos de política penal herdados dos movimentos de expansão do sistema penal, que vinham se disseminando por todo o globo de maneira incessante.

Sendo assim, Luigi Ferrajoli ressalta que:

O garantismo de fato nasceu, na cultura jurídica italiana de esquerda da segunda metade dos anos setenta, sobre o terreno do direito penal, como réplica à legislação e à jurisdição de emergência que naqueles anos reduziram o já frágil sistema de garantias do devido processo. Ele se vincula, por isso, à tradição clássica do pensamento penal liberal e expressa a instância, justamente, do iluminismo jurídico, da minimização daquele "terrível poder", como o chamou Montesquieu, que é o poder punitivo, por meio de sua rígida sujeição à lei. Essa instância veio se identificando, portanto, com o projeto de um "direito penal mínimo": quer dizer de um direito penal capaz de vincular a intervenção punitiva - na previsão legal dos crimes, bem como no acerto judiciário - a limites rígidos impostos para a tutela dos direitos das pessoas. No que se refere ao crime, esses limites outra coisa não são do que as garantias penais substanciais: do princípio de legalidade estrita ou da taxatividade dos fatos puníveis àqueles da sua ofensividade, materialidade e culpabilidade. No que se referem ao processo, eles correspondem às garantias processuais e do ordenamento: o contraditório, a paridade entre acusação e defesa, a separação entre juiz e acusação, a presunção de inocência, o ônus acusatório da prova, a oralidade e publicidade do juízo, a independência interna e externa da magistratura e o princípio do juiz natural (LUIGI FERRAJOLI, 2013, p. 15).

Nesse contexto, dentre os autores que promoveram os princípios ao garantismo penal, destaca-se o italiano Luigi Ferrajoli, compreendido o maior destaque no tocante à corrente estudada, por meio de sua obra *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, no ano de 1990. Entre os princípios aferidos pelo

autos, encontram-se: o da reserva legal, do contraditório, da paridade de armas durante o processo, a desvinculação da figura do julgador como acusador, da presunção de inocência, do ônus da prova para aquele que acusa e, lógico, o princípio do juiz natural. (FERRAJOLI, 2013)

Desse modo, o garantismo penal possui suas bases a partir desses princípios dispostos e, acaba por aproximar-se do minimalismo penal, tendo em vista que defende a essencialidade em se adotar uma postura onde o direito penal compreenda a condição de última alternativa para a solução de um conflito social, em razão da violência que essa esfera jurídica exercer sobre o indivíduo acusado. Assim, os ensinamentos de Ferrajoli compactuam que a justiça penal deveria declarar sua competência somente nas situações mais danosas ao corpo social.

Importante destacar que a expressão "garantismo" pode ser compreendida por três acepções relacionadas entre si. A primeira delas, se compreende em um modelo normativo de direito, uma vez que é considerado garantista o sistema penal que compatibiliza-se com os anseios sociais permeados no Estado de Direito. Por essa razão, este, trata-se da utilização do modelo da estrita legalidade, sendo caracterizado pelo denominado poder mínimo, que possui o objetivo de reduzir a violência de criminalidade em observância à prevalência da liberdade e pela limitação imposta ao poder punitivo do Estado.

A segunda acepção traz o garantismo como uma teoria jurídica caracterizada como crítica, mostrando-se destoante ao modelo positivista dogmático, que afere a distinção entre normatividade e realidade. A terceira acepção emprega que o garantismo jurídico constitui uma filosofia política que exige do judiciário e do Estado a obrigação de justificativa externa, sendo compreendida no resguardo de bens e direitos individuais ao ser humano. Dessa forma, emprega-se a diferença entre direito e moral, validade e justiça, ponto de vista interno e externo e ser e deve ser. (FERRAJOLI, 2013)

Nessa diapasão, é possível identificar que a teoria do garantismo penal busca a construção de um modelo normativo capaz de suprir os anseios de um Estado Democrático de Direito, onde a democracia possui um papel substancial, e não formal. O referido modelo é tido como um instrumento de garantias no tocante aos direitos fundamentais dispostos na Lei Maior.

Por este viés, Prado elucida que:

A teoria do Direito Penal do Inimigo destrói diversas proposições do Direito Penal garantista e liberal, em razão das seguintes características estarem presentes em tal construção teórica:

- i) adiantamento da punibilidade com o fim de combater o perigo oferecido pelo inimigo, de modo que são punidos os atos anteriores ao cometimento de um crime, inclusive os atos meramente preparatórios, pois basta o agente pertencer a um grupo organizado;
- ii) aumento excessivo e desproporcional das penas, especialmente ao se observar que a pena não é diminuída nos casos de atos preparatórios;
- iii) mitigação ou extinção dos direitos e garantias penais e processuais dos inimigos (PRADO, 2011, p. 162).

Em observância ao autor supracitado, é possível compreender que o garantismo penal ressalta que o Estado não pode ser tido como o único responsável na concessão de direitos fundamentais, tendo em vista que, estes, poderiam ser tirados dos indivíduos a qualquer tempo. Para tanto, o Direito Penal do Inimigo aceita a retirada dos direitos fundamentais ao aferir que os indivíduos podem ser excluídos da sociedade jurídico-penal pátria.

Assim, o garantismo possui a finalidade de reduzir a violência e elevar o âmbito de incidência das liberdades, ao passo que o Direito Penal do Inimigo busca legitimar e estender as práticas violentas no tocante ao direito de punir do Estado. Desse modo, a presente teoria se assemelha ao Direito Penal autoritário, contrário ao Estado Democrático de Direito e, sobretudo, ao garantismo penal, tendo em vista a penalização do modo de vida do indivíduo e não somente de seus atos.

Definitivamente, portanto, a proposta contida nestas páginas parte da constatação de uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás. Essa realidade é a expansão do Direito Penal e a coexistência, portanto, de vários direitos penais distintos, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas. A partir da referida constatação, postula-se uma opção alternativa considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe-se que as sanções penais

que se imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão, aferindo duas consequências, de acordo com Silva:

Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade como mal menor, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de longa duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade (SILVA, 2013, p. 35).

Nessa perspectiva, nos últimos tempos, a versão penal da doutrina do liberalismo defendida por Ferrajoli tem sido sufocada pelo fenômeno da expansão do direito penal, que veio a calhar nos ordenamentos positivos das sociedades modernas, qual se constata da tipificação dos crimes considerados de perigo abstrato, de condutas outras antes tidas por inofensivas e da supressão de inumeráveis garantias fundamentais de imputados, neste último caso sob o signo da doutrina do direito penal do inimigo. Ao observar a chamada “administrativização do direito penal”, resultado desse movimento, é possível identificar a desilusão ante a possibilidade de se voltar às antigas (e boas) estruturas liberais, embora não se furte a apresentar um caminho intermediário possível.

### 2.3 O GARANTISMO PENAL E A CIDADANIA: A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A abordagem do presente tópico mostra-se essencial no tocante à cidadania e a preservação dos direitos individuais mediante a atuação do Estado e, sobretudo, no conflito existente entre o Direito Penal do Inimigo e o Garantismo Penal. Desse modo, torna-se importante destacar que as inúmeras facetas protetivas para a dignidade humana se complementaram e, por essa razão, destaca-se a importância de sua análise. Assim, o criador dessa teoria, Luigi Ferrajoli, afere em sua obra "Direito e Razão" várias acepções filosóficas e históricas sobre o direito penal, inclusive no que diz respeito a uma maior humanização nessa esfera.

Dessa forma, entre as acepções dispostas por Ferrajoli, trataremos da relevância da proteção penal na preservação da dignidade da pessoa humana, uma

vez que essa encontra-se intimamente ligada à proteção dos direitos de modo difuso, mediante a atuação do Estado, sobretudo, na ramificação do direito que amplia as normas penais.

Por este viés, é possível compreender que o garantismo denota uma proteção aos princípios constitucionais, assim como a efetiva busca pela uniformidade entre a liberdade de atuação do indivíduo e do poder estatal. Para tanto, se é essencial a sistemática punitiva do Estado para reprimir a prática das infrações penais, que esta seja promovida de maneira a preservar a dignidade humana de modo igualitário e universal. Nessa diapasão, os ensinamentos de Silva asseveram que:

Em apertada síntese, Ferrajoli apresenta duas vertentes de forma muito clara, ao mencionar que o objetivo do Direito Penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam (vertente repressiva). Fazendo uma análise geral, é a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte; que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários, Ao monopolizar a forma legítima, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados, a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os suspeitos, indiciados, réus e condenados contra as vinganças e outras reações mais severas (SILVA, 2007, p. 101).

Assim, o garantismo penal também viabiliza a integração do sistema protetivo de normas constitucionais com as demais normas dispostas na legislação infraconstitucional, para que a tutela repressiva e o opressora do poder estatal possa agir em observância aos requisitos mínimos que garantem a preservação da dignidade humana. Por esta razão, é possível afirmar que o garantismo penal compreende-se em uma ferramenta de prevenção no tocante à cidadania.

Sob outro enfoque, a humanização do Direito Penal originou-se no Absolutismo como uma resposta à atuação arbitrária aferida nos julgamentos e nas aplicações dos dispositivos penais. Por esse motivo, a humanização deverá acompanhar a evolução da população, sempre em observância aos princípios constitucionais considerados norteadores e, também, aos parâmetros protetivos dos

indivíduos frente à atuação estatal, que também possui como função essencial, a proteção humana.

Nessa perspectiva, a legislação penal determina a classificação da tutela em dois âmbitos (parte geral e especial), a fim de afastar lesões aos bens jurídicos e determinar as respectivas sanções e, caso de cometimento de infrações penais. Assim, destaca-se que deve existir um equilíbrio entre o direito de punir do Estado e a proteção aferida à dignidade humana, sobretudo, no tocante aos direitos e garantias fundamentais, onde todos os meios degradantes ao indivíduo devem ser afastados.

Desse modo, Luigi Ferrajoli ressalta que:

O Direito Penal, porquanto circundado por limites e garantias, conserva sempre uma intrínseca brutalidade que torna problemática e incerta sua legitimidade moral e prática. A pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada, contra um solitário indivíduo (...). Se a propriedade privada for dita por Beccaria "um terrível e talvez necessário direito", o poder de punir e de julgar resta, seguramente, o mais terrível e odioso dos poderes: aquele que se exercita de maneira mais violenta e direta sobre as pessoas e no qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais (LUIGI FERRAJOLI, 2010, p. 15).

Em observância a citação supracitada, é possível identificar a conflitante relação existente entre o poder e o dever punitivo do Estado. Desse modo, tanto a análise do Direito Penal, que possui como finalidade a preservação e a pacificação social, atuando de modo preventivo e repressivo, quanto o Direito Processual Penal, que determina instrumentos para a efetivação das normas de caráter material (penais) que, necessitam ser interpretados à luz do texto constitucional, assim como respeitar os direitos e garantias individuais, também expostos na Lei Maior.

Assim, o Direito Penal não compreende apenas a função opressora na sociedade, mas também, consiste em uma forma de organização social e coibição de condutas infratoras. Importante destacar que uma das relevantes conquistas da humanidade foi justamente o reconhecimento dos julgamentos de modo mais humanizado.

No que se refere a humanização destacada, Marques Silva assevera que:

Muñoz Conde afirma que falar de Direito Penal é falar de violência. Violento são os casos tratados pelo Direito Penal, mas também violenta é a forma utilizada pelo Estado para resolvê-los (como o cárcere, manicômio, suspensões de direitos, etc). Impossível falar em Direito Penal sem mencionar a existência dessas características apontadas como instrumentos de concretização dos ditames das normas penais, em especial, de cumprimento de seus preceitos secundários. Entretanto, esse poder de coerção através da violência, legitimado pelo Estado Democrático, deve ter como centro de seu ordenamento a preocupação com a dignidade do ser humano e os limites de sua expansão às normas materiais constitucionais (MARQUES SILVA, 2007, p. 147).

Nesse contexto, o direito de punir denota visíveis obstáculos, constitucionalmente e infraconstitucionalmente previstas e, estas limitações, mostram-se como consequência da conquista dos direitos alcançado por meio de inúmeras lutas e reivindicações sociais. Dessa forma, todo indivíduo possui o direito no tocante à sua proteção física, moral, religiosa e somática, uma vez que o direito de ser punido e julgado também possui íntima relação com a preservação da dignidade humana.

Contudo, antes de esse direito ser alcançado, muitas barbáries e atrocidades foram cometidas contra os indivíduos tidos como culpados, à exemplo disso, Hunt elucida que:

Pela compreensão tradicional, as dores do corpo não pertenciam inteiramente à pessoa condenada individualmente. Essas dores tinham os propósitos religiosos e políticos mais elevados da redenção e reparação da comunidade. Os corpos podiam ser mutilados com o objetivo de impor a autoridade, e quebrados ou queimados com o objetivo de restaurar a ordem moral, política e religiosa. Em outras palavras, o ofensor serviria como uma espécie de vítima sacrificial, cujo sofrimento restauraria a integridade e a ordem do Estado (HUNT, 2009, p. 58).

Desse modo, observa-se que não havia a determinação de limites para a aplicação das sanções e o caráter repressivo não obedecia nenhum parâmetro definido, não havendo preocupação no que se refere à reintegração do indivíduo ao

convívio social. Assim, não é possível afirmar que a dignidade humana era respeitada naquela época, pois a humanização do Direito Penal apenas ganhou relevância com o passar do tempo.

Por este viés, Marques Silva afirma que:

A partir da substituição da autoridade divina pela razão humana, a lei penal, quando faltem outros instrumentos com menor incidência sobre a liberdade e a personalidade individual para uma correta e funcional intervenção, deve se encarregar de reprimir somente os comportamentos que perturbem as condições para uma pacífica coexistência em liberdade e que sejam danosos socialmente, isto é, que atinjam bens jurídicos de conteúdo materialmente constitucional. A preocupação com a concentração máxima de poder nas mãos do Estado e com o monopólio estatal para a resolução dos conflitos, fez com que o constituinte originário limitasse esse poder com regras de valor hierárquico máximo, imutáveis e de observação obrigatória. Esses limites são os direitos fundamentais que se expressam em normas penais constitucionais asseguradas por instrumentos garantidores de sua aplicabilidade (MARQUES SILVA, 2007, p. 150).

Desta feita, o emaranhado de princípios e garantias estabelecidos viabilizam tanto a estabilidade quanto a segurança jurídica dos indivíduos, uma vez que o reconhecimento do Direito Penal do Inimigo denota inúmeras consequências ao ordenamento jurídico nacional e também para os indivíduos na figura de inimigo. Assim, ainda permeia o receio do deslocamento dos requisitos para a classificação dos inimigos estatais que, segundo Jakobs:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o estado não deve tratá-lo como pessoa, já que o contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui tem denominado Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2010, p. 40).

Sendo assim, surgem alguns questionamentos nesse sentido: Como pode ocorrer a aceitação de uma teoria que nega os parâmetros mínimos de existência para os indivíduos? Afinal, permitir o fracionamento do Direito Penal em dois polos: Direito Penal do Inimigo e do cidadão, significa somente legitimar que o Estado reconheça a condição de "não pessoa" do indivíduo tido como inimigo.

Nessa perspectiva, observa-se a supressão de alguns princípios constitucionais como, por exemplo, a presunção da inocência, o contraditório e a ampla defesa, etc. Assim, nota-se que a legitimação da mencionada teoria afronta inúmeras conquistas de direitos e garantias humanas, que se compreende na apuração de inúmeras lutas sociais contra as arbitrariedades que já foram realizadas anteriormente pelo ser humano.

## 2.4 A REALIDADE SOCIAL CONTEMPORÂNEA E OS NUANCES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Como demonstrado anteriormente, no fim do século XX, Gunther Jakobs elaborou um discurso legitimador sobre as possíveis tendências de "endurecimento" do Direito Penal e Processual Penal que estavam sendo disseminadas em inúmeros países em determinadas áreas como, por exemplo, as relacionadas com as organizações criminosas, tráfico de drogas e o terrorismo. Com o passar dos anos, o mencionado discurso ampliou-se e ganhou adeptos, reinserindo nos debates jurídico-penais a definição de periculosidade, a temática da defesa social e suas limitações. Assim, o referido autor reacendeu a discussão sobre a doutrina da defesa social, propondo as bases do Direito Penal do Inimigo.

Partindo dessa acepção, o conceito de inimigo nada mais é do que o indivíduo perigoso que, por tantas vezes, figura o polo de protagonista de proposições de alteração das bases de funcionamento do Direito Penal. Dessa forma, o direito penal do inimigo busca uma efetiva defesa da sociedade mediante à riscos futuros, uma vez que, para Jakobs (2008, p. 281) "um crime pode ser tido como uma fonte de perigo ou como o meio para intimidar aos demais, ao passo que o Direito Penal do cidadão, trata o inimigo como pessoa".

Posteriormente, na mesma obra que vem sendo citada, Jakobs esclarece, de modo inequívoco, por qual razão a palavra "direito" significa, nos dois conceitos por ele definidos (direito penal do inimigo e direito penal do cidadão), coisas tão diferentes:

O direito penal do cidadão é direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o direito penal do inimigo é direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança perante indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança, com base no qual Hobbes fundamenta e limita o Estado: *finis oboedientiae est protectio*. Mas neste direito não se encontra contido, em Hobbes, o réu de alta traição; em Kant, quem permanentemente ameaça; trata-se do direito dos demais. O direito penal do cidadão é o direito de todos, o direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. (...) a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. 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 (JAKOBS, 2009, p. 22).

Nesse direito penal do inimigo que, segundo Jakobs, já se faz presente não apenas na custódia de segurança, mas também em muitas outras regras do direito penal, a reação do ordenamento jurídico, segundo o autor:

Se caracteriza pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos (Jakobs, 2009, p. 22).

Nesse sentido, há a defesa no tocante à ampliação do âmbito do direito penal do inimigo, para abranger também o autor por tendência ou que esteja envolvido em uma organização criminosa, pregando a necessidade de reação diante do perigo que emana de todos aqueles que têm conduta reiteradamente contrária à norma. Entre esses, o terrorista é tido como aquele que rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem". Parafraseando Jakobs, o terrorista não deve ser representado simplesmente como delinquente, pois, se assim o for, terá que ficar sujeito às regras do direito penal do cidadão, mesmo cometendo delitos com intenções radicais e em grande escala.

Dessa forma, Jakobs assevera que:

(...) há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura - precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa - que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinquentecidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos 'guerra' e 'processo penal'. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito (...) deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar direito penal do inimigo, guerra contida (JAKOBS, 2009, p. 41).

Vê-se, pois, mediante a análise do trecho citado, que Jakobs admite, claramente, que o direito penal do inimigo conduz a privar o sujeito a ele submetido das garantias básicas inerentes a um Estado de Direito, que só seriam asseguradas a uma outra categoria de indivíduos, o que demonstra, de forma inequívoca, a índole autoritária das suas formulações.

Também é possível identificar por tudo o que foi exposto, a enorme semelhança deste o atual direito penal do inimigo com as postulações do positivismo criminológico e da doutrina da defesa social, com a diferença básica de que nas construções anteriores, também fundamentadas nas ideias de periculosidade e defesa social, havia uma preocupação marcante com a investigação e a análise científicas das causas, individuais e sociais, que conduziam o indivíduo ao crime, e, conseqüentemente, procurava-se tratar o criminoso, intervindo coativamente sobre ele, o que conduziu a uma ênfase, no âmbito da prevenção especial, na ideia de ressocialização, que foi levada a um ponto extremo.

O chamado direito penal do inimigo, de Jakobs, em larga medida não é mais do que a atualização da doutrina da defesa social, e, tal como ela, conduz ao direito penal do autor. Como no passado, a resposta penal é dirigida não propriamente contra determinados fatos, mas principalmente contra determinados autores, que são rotulados e tratados como "outros", procurando-se, deliberadamente, excluí-los da identidade social. Na atualidade, contudo, a doutrina se apresenta mesclada com uma influência anterior, a ideia do contrato social (mas não no seu aspecto fundamental, garantidor da liberdade individual), e, desprovida do interesse em

questionar quais são as causas da criminalidade e, também, sem esperanças em transformar o criminoso em não-criminoso.

Dessa forma, observa-se que a finalidade buscada por esse "novo" direito penal é simplesmente a inocuização, já que a prevenção geral, ao que parece, restringe-se ao outro campo, o do chamado direito penal do cidadão. Fundamenta-se esta nova versão da doutrina da defesa social, portanto, simplesmente em razões de Estado relacionadas com a contenção dos "indivíduos perigosos", que são também chamados, simplesmente, de "entorno perturbador".

Trata-se, assim, de uma variação desesperançosa da aludida doutrina, que não tem sequer a pretensão em se comunicar com a sociedade ou com os indivíduos que são submetidos às suas sanções, despersonalizando-os e contentando-se simplesmente em inocuí-los, o que, para Jakobs, significa combatê-los, ou "vencer a guerra" que busca garantir a segurança e a pacificação entre os cidadãos.

Importante destacar que há, ainda, outra distinção relevante entre o direito penal do inimigo e a doutrina da defesa social. Diferentemente do que se propunha no âmbito do positivismo criminológico e das concepções imediatamente influenciadas por ele, fundadas na ideia de defesa social, Jakobs procura delimitar dois campos distintos de atuação, um para o "direito penal do inimigo", outro para o "direito penal do cidadão", que ele chama também de "direito penal geral". Assim, defende que não deve haver o entrelaçamento das regras inerentes às duas distintas áreas de atuação do direito penal, demonstrando, inclusive, uma certa preocupação com o advento de um direito penal do inimigo supérfluo, que seria, a seu ver, nocivo para o Estado de Direito. (JAKOBS, 2009)

Entretanto, parece que o referido autor não deveria se surpreender com isso, pois em cada Estado soberano só há, essencialmente, um direito penal, e quando se abre lacunas para que ele se transforme em um direito penal do inimigo, é evidente que todos os cidadãos, mais cedo ou mais tarde, acabem sendo atingidos, ao menos potencialmente. Danoso para qualquer Estado de Direito e, sobretudo, para o Estado Democrático de Direito, é, primeiramente, colocar uma categoria de indivíduos fora do alcance das suas garantias.

## CAPÍTULO III

### 3. DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, LEI ANTITERRORISMO E LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

O Direito Penal se compreende no conjunto de leis jurídicas que possui como objeto a determinação de infrações na seara penal e, também, as sanções correspondentes à cada uma. Sob outro enfoque, este direito também pode ser definido como um conjunto de valores e princípios que norteiam a aplicação e interpretação das normas no âmbito penal. Desse modo, é possível que o Direito Penal seja vislumbrado sob acepções distintas, isso irá depender do sistema político por meio do qual um Estado estrutura as relações entre os cidadãos e do modo como exerce seu poder sobre eles, sobretudo, o punitivo.

Posto isso, Bitencourt pondera que:

Submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais. Desse modo, no Direito Penal em um Estado Democrático, o poder punitivo do Estado deve contar, essencialmente, com as limitações que resguardam os invioláveis direitos fundamentais do indivíduo previstos na Constituição Federal de 1988. Tais limites, ao poder punitivo, concretizam-se por meio dos princípios fundamentais (BITENCOURT, 2012, p. 34).

Nessa perspectiva, o Direito Penal pode organizar-se a partir de uma acepção de cunho autoritário ou totalitário, como ferramenta de persecução aos inimigos do sistema ou, então, a partir de uma acepção democrática de Estado. Assim, a Carta Magna de 1988 instituiu o sistema político nacional como sendo um Estado Democrático de Direito, uma vez que o Direito Penal brasileiro deve ser conhecido e estruturado a partir da democracia do Estado, isto é, o Direito Penal deve ter como norte os princípios e garantias dispostos no texto constitucional e, também, deve ser constituído como uma ferramenta de controle social limitada e legitimada através do consenso alcançado entre a sociedade.

### 3.1 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Resultado de uma conquista social na luta contra os poderes soberanos, originou-se o Estado Democrático de Direito, por meio do advento das revoluções liberais que trouxe consigo as Constituições escritas e o modelo de um Estado pautado na democracia, no qual os agentes públicos devem agir em conformidade com as leis. Desse modo, o Estado de Direito acabou sendo desconfigurado por Hitler durante a Segunda Guerra Mundial, uma vez que após esse cenário, passou-se a se falar em Estado Democrático de Direito, norteado pelo princípio da legalidade e, sobretudo, em observância aos princípios constitucionais. Assim, é possível verificar, a partir desse ponto, a nítida limitação do poder punitivo estatal.

Dessa forma, Sannini Neto assevera que:

A instituição do Estado de Direito, inobstante estar ligada conceitualmente ao pensamento germânico dos séculos XVII e XVIII, tem suas raízes em tempo muito anterior a estes. Num lapso temporal de mais ou menos mil anos, observa-se a construção de uma série de ideias que desaguaram na concepção única do Estado de Direito. Assim, temos na filosofia grega as ideias de *dike* (processo), *themis* (direito) e *nomos* (lei); na antiguidade a ideia de uma constituição mista carregava consigo a pretensão de um poder regulado, moderado, em contraposição à tirania ilimitada; a ideia de vinculação do soberano às leis fundamentais do reino; as doutrinas de resistência contra tiranos e do contrato social; e, por fim, o pensamento medieval da liberdade no Direito, ou seja, a liberdade a partir de um determinado estatuto que conduziria à ideia de liberdade natural do homem (SANNINI NETO, 2016, p. 87).

Nesse cenário, a ideia de Estado Democrático de Direito encontra-se fundamentada na limitação do poder soberano, que deixa de ser absoluto e passa a ser previsto por leis. E, nessa acepção, ainda que seja o Estado o detentor do *uis puniendi*, este, não pode ser aplicado a todo custo, principalmente no tocante à observância frente as garantias fundamentais inerentes àqueles que atuam de modo contrário às normas previstas pelo legislador penal.

Sendo assim, a discussão sobre a expansão do poder punitivo do Estado ganhou notada relevância no âmbito da política criminal, principalmente após os atentados ocorridos nos Estados Unidos e em países da Europa. Assim, o discurso

defendido foi Gunther sobre o Direito Penal do Inimigo passou a ganhar adeptos em inúmeros países como forma de controle social e, também, no combate à criminalidade.

Desse modo, o Direito Penal do Inimigo apresenta um tratamento diferente aos indivíduos que não deixam-se coagir por um estado de civilidade que, aparentemente, afastam-se de maneira voluntária do Direito. Tais indivíduos que não apresentam uma garantia cognitiva de comportamento, não só podem esperar ser tratados como pessoas, como também o poder estatal estaria autorizado a tratá-los dessa maneira, pois, de modo distinto, estaria afrontando o direito a segurança dos indivíduos.

Nessa toada, os ensinamentos de Fragoso ressaltam que:

Uma política criminal moderna deve orientar-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, no sentido de contrair ao máximo o poder punitivo do Estado. Muito porque o poder punitivo foi o principal e maior agente da lesão e do aniquilamento de bens jurídicos de forma brutal e genocida ao longo de toda a história dos últimos oito séculos (FRAGOSO, 2011, p. 35).

Nesse contexto, torna-se duvidoso que a consagração da ideia de segurança coletiva, ao passo de eximir garantias essenciais ao ser humano, possa ser compreendida como um objetivo constitucionalmente legítimo. Para tanto, o direito dos indivíduos não é apenas ameaçado pelos delitos, mas também pela arbitrariedade punitiva do Estado.

Sendo assim, alguns doutrinadores entendem ser ilusório aferir que o Direito Penal do Inimigo atingirá essencialmente as garantias destes pois, quando limitam-se garantias processuais, todos os indivíduos serão colocados à mercê de serem indevidamente processados e condenados como supostos inimigos do Estado. Desse modo, é possível identificar que o tratamento diferenciado abrange condutas mais repressivas à todos.

Assim, a doutrina de Zaffaroni resalta que:

O que se discutirá, nesse caso, será se é possível reduzir as garantias de toda a população frente ao aparato repressivo e impor-

lhe os controles, limitações e eventuais penalidades indevidas como consequência, em homenagem a uma pretensa e mais do que duvidosa eficácia da empresa humanitária do poder punitivo que declara perseguir apenas a neutralização do risco da emergência do momento (ZAFFARONI, 2007, p. 17).

Em observância a citação supracitada, é possível observar que, caso a ofensa aos direitos dos indivíduos seja legitimada, será concedido ao poder estatal a faculdade de aferir até que ponto será indispensável limitar os direitos para o exercício de um poder que encontra-se disposto em suas próprias mãos. Caso isso ocorra, a consequência será a abolição do estado de direito.

Dessa forma, a teoria defendida por Jakobs entra em confronto com os princípios constitucionais do Estado de Direito que, em que pese, torna-se impossível a existência de indivíduos que sejam tratados como meros objetos de direito, quando deveriam receber tratamento como sujeitos de direito. Assim, a referida teoria trata o criminoso como um inimigo do Estado, sendo suprimido inúmeros direitos e garantias processuais essenciais à sua existência como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, aferindo-lhe assim, um caráter inconstitucional.

Por este viés, Rosa elucida que:

Os direitos e garantias fundamentais próprios de um Estado de Direito, quais sejam: princípio da legalidade, da igualdade, da intervenção mínima e da culpabilidade, bem como o direito à presunção de inocência, à tutela judicial, ao devido processo legal etc, são pressupostos irrenunciáveis da própria existência do Estado de Direito. Promover e/ou permitir a derrogação destes direitos e garantias constitucionais, mesmo em casos extremos e considerados excepcionais, é admitir o desmantelamento do Estado de Direito. É admitir que o direito penal se transforme em um direito a serviço do Estado, uma vez que o direito passa a se submeter aos interesses que em cada momento determine o Estado ou aqueles que controlam ou monopolizam o poder (ROSA, 2016, p. 55).

Parafraseando Zaffaroni, é possível observar que o autor elucida muito bem a respeito do tema ao aferir que a abertura de espaço para o direito penal de emergência e a concessão de poder ilimitado ao Estado fará, certamente, que este caminhe na direção de um regime considerado totalitário. Isso ocorre tendo em vista

o deslocamento do poder punitivo, que se dissemina, ainda que de início tenha sido cedido pouco espaço. (Zaffaroni, 2007)

Dessa forma, o poder do Estado sempre deve agir em observância à preservação do indivíduo mediante arbitrariedades, assim, com a não concessão de poder absoluto ao Estado perante a sociedade que, há muito tempo não figuram mais o papel de súditos, uma vez que quando se concede poder de controle desmedido a este, sem um efetivo sistema para contê-lo, o próprio Estado pode figurar o polo de inimigo.

Assim, em um contexto onde se introduz a definição de inimigo, assentido apenas no direito de guerra para determinar o infrator, não existem limitações para o contágio do terrorismo político e para a instalação do absolutismo. Desse modo, é o rompimento do princípio da legalidade, com a adoção de ações que fogem ao Estado Democrático de Direito, e que podem se instaurar mesmo em Estados que se denominam democráticos, como é o caso do Brasil. Nessa diapasão, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo é capaz de instaurar uma lamentável realidade nas sociedades contemporâneas, afrontando a defesa das garantias fundamentais previstas no texto constitucional e defendidas por Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

### 3.2 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO E A LEI Nº 13.260/2016

Resgatando as ideias de fundamento e função trabalhadas anteriormente, percebe-se que o Processo Penal do Cidadão parece possuir fundamento e função próprios e autônomos em relação ao Direito Penal do Cidadão. Como visto, a pergunta sobre o "porquê" do processo penal é respondida compreendendo a presunção de inocência que desempenha a favor daquele acusado de haver praticado um delito, obrigando a sua existência. A pergunta sobre o "para quê" do processo penal é respondida invocando-se a necessidade de legitimar a imposição da pena mediante a observância das regras legalmente instituídas para a reconstrução dos fatos. Parâmetros, como se vê, próprios, estranhos àqueles imputáveis ao Direito Penal e a quaisquer políticas públicas.

Diferentemente, em relação ao Processo Penal do Inimigo, a pergunta sobre o seu "porquê", isto é, sobre o seu fundamento, passa a ser respondida mediante já a invocação de uma função (o "para quê?"). E essa resposta sequer pode ser encontrada no contexto de uma reflexão própria, atenta às características do Processo Penal, mas sim em uma política de segurança que, na realidade, lhe é essencialmente estranha. É dizer: a função do processo penal é a neutralização de indivíduos considerados perigosos. Da mesma maneira que o Direito Penal. E da mesma maneira que qualquer outro instrumento que detém essa finalidade. (SCALCON, 2013)

O processo penal é, portanto, transformado em uma simples ferramenta de política de segurança. E o magistrado encontra-se no topo dessa política de segurança. Esse fato é criticado, por exemplo, por autores como Moccia e Donini. Uma vez que, para Moccia, "o juiz não pode ser considerado um sujeito em luta; em primeiro lugar, isso produz o efeito de criar uma distorção das funções de comprovar a jurisdição, colocando em crise o próprio caráter de terceiro do juiz, com a consequente involução inquisitória do modelo jurisdicional". Ainda, como lembra Scalcon (2013, p. 53) "esse tipo de Direito penal de luta, ainda que em parte inevitável, carece de legitimação científica e política no contexto do Direito Penal ordinário e deve ser mantido fora da cultura do juiz".

Desse modo, o pressuposto de Jakobs em relação ao direito penal do inimigo compactua que, este, perde a qualidade de pessoa e passa a ser combatido em virtude de sua periculosidade potencial. Em resumo, o autor pretende dizer que há um combate às pessoas e não aos fatos por elas praticados, o que se compreende em seu Direito Penal do Inimigo.

Nesta toada, a Lei 13.260 de 2016, conhecida como Lei Antiterrorismo, vem ao encontro e alicerça na teoria do Direito Penal do Inimigo já disposta. A lei em questão, define o que vem a ser o terrorismo e o que são denominados atos terroristas sob uma perspectiva pessoal, focando a pessoa como potencial autor e não seus atos intencionais, analisando sempre a conduta do agente.

Conforme preceitua Bruno Queiroz (2019, p. 88), a lei antiterrorismo não tem tipicidade sobre alguns aspectos e o legislador, influenciado pela legislação estrangeira, resolveu adotar os mesmos aspectos que lá fora. Assim, o resultado é

que a lei não é eficiente para, de fato, combater o que se propõe, causando muita dúvida e fortes julgamentos pretensiosos daqueles que a ela aplicam e analisam.

Neste viés, sob uma perspectiva do Direito Penal do Inimigo, a Lei Antiterrorismo pune antecipadamente os agentes ainda antes dos atos preparatórios. Com o argumento de que para haver e transparecer a segurança social é essencial que a punição do agente seja exemplarmente feita sem distinção entre o ato, propriamente praticado e os atos preparatórios.

A Lei 13.2601/16, sob a teoria jakobesiana, assevera a periculosidade do sujeito que, mesmo não adentrado aos atos preparatórios, considerado perigoso, presume a caráter volitivo de sua conduta posterior. Assim, o foco não reside no ato praticado e tipificado na legislação penal como crime, mas no fator primordial da própria pessoa do autor, levando em consideração apenas sua potencialidade lesiva.

Então, no combate ao inimigo penal, o Estado Punitivo deve antecipar e permitir que o agente seja identificado e neutralizado mesmo antes de que a execução se inicie. Neste contexto, a lógica punitiva prévia está sob a égide de que se houver esta identificação e neutralização atentados terroristas, como os que acontecem sobretudo na Europa e Estados Unidos, seriam prevenidos, o que resultaria em salvar as vidas que ali estariam.

Ainda neste entendimento do Estado Punitivo prévio, exarado pela Lei Antiterrorismo brasileira, lança-se mão de métodos de investigação em face de organizações terroristas e criminosas como por exemplo: agentes infiltrados, colaboração premiada, ação controlada. Estes mecanismos e métodos processuais penais são voltados a coibir ações futuras e não julgar e punir os atos praticados no passado.

Neste sentido, ao passo em que Queiroz analisa a Lei 13.250/2016 em relação aos acontecimentos ocorridos no Brasil no ano de 2019, este discorre que o Ceará se compreende no estado brasileiro mais errou ao aplicar legislação que não é específica, não tipifica com primazia o fato típico punível. Ainda, Queiroz (2019, p. 33) assevera que a Lei Antiterrorismo se compreende em "um apanhado de artigos motivados pela xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, étnica e

religião e que os acontecimentos acontecidos naquele estado não poderiam ser enquadrados como típicos e culpáveis".

Contextualizando, essencial mostra-se a identificação cidadão que passa a ser inimigo. Isto porque não há uma linha delimitada na legislação, muito menos na doutrina, que evidencie esse agente. Em resumo, parafraseando Silva Sanches (2013, p. 89) é possível aferir que a reincidência, habitualidade e delinquência cotidiana, além da associação deste agente com uma organização criminosa, seriam atributos determinantes para esta identificação. Contudo, esta resposta não é respondida pelo pai da teoria do Direito Penal do Inimigo, ficando Jakobs inerte sobre a resposta a esta importante e contundente pergunta de delimitação. (Silva Sanchez, 2013)

Ou seja, os motivos têm de restar claros para que a tipificação se faça presente, para que haja necessidade de o Estado brasileiro empenhar-se em seu caráter punitivo. O Estado deve agir o sentido de proteger seus cidadãos sem, contudo, desproteger desproporcionalmente quaisquer outros, sobretudo praticado discriminação em relação a qualquer característica física, mental, religiosa ou ideológica (Queiroz, 2019).

Diante deste Direito Penal do Inimigo que prevê a conduta do agente, até mesmo antes dos atos preparatórios, é que a majoritária doutrina vem entendendo estes mecanismos de excepcionalização do direito penal como uma afronta direto ao caráter normativo constitucional brasileiro. O direito material e o direito processual voltado especificadamente a um inimigo estatal e a um cidadão comum são vistos como impossíveis de coexistir no mesmo ordenamento jurídico.

Ainda, a desconsideração do inimigo como uma pessoa (uma não pessoa) é uma afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana e, também, o caráter da presunção da inocência do indivíduo. Isso, pois, porque o combate de maneira antecipada ao fato que viria ser praticado não se coaduna com a sistemática do direito penal brasileiro de que há a necessidade da prevalência do trânsito em julgado para se considerar um indivíduo terrorista.

Cuida-se para que os institutos não se criem sob um Estado de Exceção, pois a Constituição Federal brasileira veda as ações de grupos militares e civis armados contra a ordem constitucional e democrática, é contrário senso que o Estado Penal

vislumbre excetuar esta garantia constitucional. Em outras palavras, não pode o Estado Penal criar estado de exceção, pois isso vai contra os ditames primeiros da Constituição Federal

Isto porque o artigo 5º da Constituição Federal, inciso XLIV limita a ação estatal, diferente da teoria jakobesiana de defesa social. Assim, a defesa da Constituição Federal é no sentido da democracia como contrapeso ao direito de punir do Estado Democrático. Contextualmente, ambas ordens expressas não são passíveis de coexistência, exceto se a própria Constituição Federal elaborar desta forma.

Estas são características nitidamente de um direito penal de exceção, principalmente porque remete à aplicação da Lei Antiterrorismo, reconhecida como uma criminalidade que deve ser combatida pela lógica da guerra, razão pela qual suprime garantias individuais, apesar, de algumas destas garantias terem sido retomadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. A exemplo, como a declaração de inconstitucionalidade do cumprimento integral do regime fechado de pena, a necessidade de fundamentar a prisão após decisão condenatória se o réu respondeu o processo em liberdade, a inconstitucionalidade do regime de pena ser obrigatoriamente fechado e a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória *ex lege*.

### 3.3 DIREITO COMPARADO: ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

É de nítido reconhecimento a aplicabilidade do direito penal do inimigo no sistema jurídico penal à nível mundial, sendo fruto de uma globalização que eclodiu as barreiras existentes e viabilizou a disseminação cultural, filosófica, religiosa, étnica e física com as demais civilizações do globo. Dessa forma, observa-se que a criminalidade que antigamente encontrava-se isolada em determinado local, agora passa a se expandir com intensa velocidade e facilidade no mundo.

Nesse contexto, diferentes tipos de direitos penais foram originados, dentre eles, o direito penal do inimigo, o qual tem se expandido desde o início da

codificação penal no final do século XIX, onde houve a preocupação em recorrer às leis penais extraordinárias opostas ao carácter liberal e constitucional que inspiraram as primeiras codificações penais. Assim sendo, Conde elucida que:

Assim, por exemplo, cita-se a legislação excepcional da Espanha para punir primeiro o bandoleirismo, em segundo os movimentos de carácter anarquistas do fim do século XIX e, principalmente, depois da guerra civil (1936-1939), com uma legislação com um conteúdo bélico que ganhou grandes proporções no período da ditadura franquista (1939-1975), que alcançou seu auge em setembro de 1975 com o extermínio de cinco membros de grupos terroristas condenados a morte por um tribunal militar (Conde, 2015, p. 148).

Sob um enfoque global, nota-se que a necessidade de punir virou algo comum em inúmeros países, razão pela qual houve a edição de leis que ofendiam aos os inúmeros direitos fundamentais compreendidos como fundamentais ao ser humano. Para tanto, a perseguição a estrangeiros tornou-se corriqueiro no mundo todo, em especial, no Estados Unidos.

Desse modo, os ensinamentos de Zaffaroni empregam que:

O estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo troncal que abará todos que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como estranhos, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos (ZAFFARONI, 2007, p. 22).

Nessa diapasão, o modelo de um direito penal excepcional perpetuou no século XX em diversos países europeus, bem como nos demais cantos do globo, principalmente nos períodos que envolveram crises econômicas, políticas e sociais. Assim, mesmo que em situação de guerra e/ou pós guerra e de modo amplo nos regimes totalitários ou nas ditaduras compactuadas em solo latino.

Além do mais, é possível observar que o direito penal do inimigo alcançou grande proporção no mundo, tendo em vista os crimes de tráfico de drogas, terrorismo e criminalidade organizada. Razão pela qual, segundo Conde:

[...] é que este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados Democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal (CONDE,2015, p. 19).

Dessa maneira, destaca-se as alterações promovidas pelo Código de Processo Penal Alemão em 1999 que passaram a viabilizar sérias "intromissões" mediante a utilização dos meios de gravações na seara íntima, o qual era denominado de *grosse lauschangriffe* (grande espionagem), aferindo previsão, principalmente, no § 100 c I, n. 3, do Código de Processo Penal Alemão, em que era facultado à autoridade escutar e fazer gravações de conversas em residências, desde que aquela conversa seja suspeita de determinadas infrações, as quais encontram disposição na legislação alemão. (ALEMANHA, 1950)

Todavia, no ano de 2004, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu pela inconstitucionalidade dos mencionados artigos, fundamentando em sua decisão à inobservância aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

No tocante aos Estados Unidos da América, importante destacar que após o atentado de 11 de setembro de 2001, houve a criação de uma leva de leis no cenário estadunidense e mundial. Nessa seara, em ação imediata em observância ao atentado, o presidente na época George W. Bush assinou o USA PATRIOT ACT, que se compreende no ato de unir e fortalecer a América providenciando instrumentos necessários para interceptar, obstruir e combater o terrorismo. O referido ato é composto por um grupo de leis antiterror que violam diversos direitos individuais inerentes aos cidadãos.

Desse modo, Vizzotto afere que:

O PATRIOT teve o poder de aumentar o espaço de atuação de agências de segurança (FBI), dando-lhes poderes nunca antes conferidos. Isso tudo com o propósito principal de punir os autores do ataque de 11 de setembro. Porém, nos dias de hoje, permite-se que as autoridades policiais reúnem e partilhem dados de suas

investigações de natureza terrorista, façam interceptações telefônicas e efetuem buscas nas empresas e residências no território norte-americano (VIZZOTTO, 2004, p. 81).

E, ainda Para Dworkin, a PATRIOT regulamentou a abrangência da definição de terrorismo:

[...] atos violentos 'destinados a influenciar a política de um governo por meio de intimidação ou coerção', donde uma pessoa é culpada de contribuir com o terrorismo se doar dinheiro a qualquer grupo que tenha essa finalidade. A lei ampliou em muito o poder do governo para levar a cabo buscas secretas em domicílio privados, permitiu que o procurador-geral detenha estrangeiros quando quiser, na condição de ameaças à segurança, estipulou novas regras autorizando o governo a requisitar informações sobre as compras de livros ou empréstimos em livrarias e bibliotecas feitos por qualquer pessoa, e aumentou de várias outras formas a autoridade do governo para vigilância (DWORKIN, 2004, p. 172).

Sendo assim, no que diz respeito ao combate adotado pelos EUA em face ao terrorismo, não se pode negar que a centralização da segurança pátria nas preocupações do Estado, bem como os abrangentes poderes dispostos nas mãos do Executivo se refletem não apenas em uma perspectiva perigosa, mas também inconstitucional. Tendo em vista que as modificações efetuadas no regime das vigilâncias denotaram um extenso esforço aos poderes investigativos do FBI, sendo dispensada a observância de determinados critérios que aferissem a garantia dos direitos processuais aos indivíduos alvos de suspeita e/ou investigação criminal.

Dessa forma, é possível observar que em qualquer ordenamento penal distinguem-se os segmentos, uma vez que os básicos se compreendem em: policial, judicial e executivo e tratam-se de três classificações humanas que se concentram na atividade institucionalizada do ordenamento e que não atuam por etapas cronológicas, podendo seguir atuando ou promovendo alterações nas demais.

Assim, Zaffaroni e Pierangeli elucidam que:

Assim, o judicial pode controlar a execução, o executivo ter a seu cargo a custódia do preso durante o processo, o policial ocupar-se das transferências de presos condenados ou de informar acerca da

conduta do liberado condicional. Em geral, em quase toda a América Latina se tem observado uma clara tendência em reduzir ou neutralizar a interferência do Poder Judiciário, para possibilitar a intervenção de organismos do Poder Executivo (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2018, p. 41).

Desse modo, a centralização do poder punitivo na competência dos órgãos executivos tornou-se um fato comprovado de modo amplo, tendo em vista o desequilíbrio existente entre a tripartição dos poderes do Estado. Por esse fato, os poderes executivos latino-americanos nunca aceitaram a constituição de uma polícia dependente do Poder Judiciário. Assim, a polícia judiciária, em regra, é limitada, sobretudo, quando o Poder Executivo possui um relevante interesse na verificação de determinado fato com aparência de delito.

Por essa razão, Zaffaroni e Pierangeli asseveram que:

O discurso jurídico ou judicial é, como regra geral, garantidor, baseado na retribuição ou na ressocialização (na Argentina e no Brasil costumam-se combinar ambos; o discurso policial é predominantemente moralizante; o discurso penitenciário é predominantemente terapêutico ou de “tratamento”). O discurso judicial desenvolve sua própria cultura: pragmática, legalista, regulamentadora, de mera análise da letra da lei, com clara tendência à burocratização. As expressões moralizantes policiais e pedagógicas penitenciárias não ocultam tampouco sua tendência burocratizante (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2018, p. 48).

Nesse contexto, é possível analisar os discursos ou fundamentos com que cada um dos setores convergentes no sistema penal procura justificar sua participação, não havendo apenas uma ideologia do sistema penal, mas sim, uma vasta pluralidade de ideologias que se traduzem na multiplicidade dos discursos. Assim, observa-se que, geralmente, há uma exteriorização de separação de funções em face aos discursos e atitudes que se dão por meio de resultado de uma compartimentalização do sistema penal.

Ainda, por este viés Zaffaroni e Pierangeli compactuam que:

Ainda não se desenvolveu na América Latina uma verdadeira crítica sobre os seus sistemas penais, embora existam muitas vozes isoladas que se expressam em tom bem crítico. Sob o ângulo da

criminologia, as correntes críticas têm alcançado repercussão em nossos países e destacam-se por seu trabalho quase pioneiro as criminologistas venezuelanas Lola Aniyar de Castro e Rosa del Olmo, a cujos nomes agregam-se hoje muitos outros: Juarez Cirino dos Santos, Roberto Bergalli, Emilio García Méndez etc. (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2018, p. 148).

Desse modo, compreende-se que surgem estatutos emergenciais, tribunais especiais, penas deferidas por autoridades administrativas e, sobretudo, leis que afrontam a legalidade, a humanidade e a dignidade do ser humano. Por essa razão, pode-se afirmar que a referida ideologia não alcança a coerência de um totalitarismo, contudo, a simples arbitrariedade tirana, leva em consideração qualquer indivíduo criminalizado como "o traidor da pátria" de segundo grau.

### 3.4 CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

É de se notar, pela exposição logo acima feita em torno da doutrina do direito penal do inimigo defendida por Günther Jakobs, que há, de fato, para essa teoria, a oposição entre o inimigo e o cidadão, entre a punição aferida a um e aquela aplicada a outro, e entre os efeitos ou consequências do direito para um e para outro. Deve-se procurar, então, identificar quem é o inimigo do direito penal e para quem é o direito penal do inimigo. É essa acepção que se pretende resolver, ou pelo menos estabelecer os limites de uma provável resposta com a subsequente análise de apontamentos feitos por alguns críticos do direito penal do inimigo.

Comumente, ocorre entre doutrinadores da teoria do Direito Penal do Inimigo o fundamento de que falar em direito penal do inimigo compreende falar de um conjunto de contradições em termos, que denota, certamente, a negação do direito penal ou, então, que o direito penal do inimigo apenas pertence nominalmente ao sistema jurídico-penal real. Dessa forma Meliá (2007, p. 99) afere que: "direito penal do cidadão é um pleonasma; ao passo que o direito penal do inimigo é uma contradição".

Afastando qualquer questionamento que possa existir, é preciso dizer que, num Estado em que se protejam os direitos fundamentais, a tese da existência de um direito penal para punir o inimigo, ao lado de um direito penal para punir o

cidadão, é completamente absurda. Não se pode de maneira alguma concordar com um direito que apenas negue direitos, isso é concordar com o totalitarismo, é abolir o controle social, mesmo que falho, e instituir a opressão, em que serão inimigos todos aqueles que quiserem os donos do poder.

Pode-se concordar com Manuel Cancio Meliá quando ele alega que:

Nos últimos anos o punitivismo ressurgiu, promovendo o fenômeno da expansão do direito penal. Assim, tem-se verificado o aparecimento de um direito penal mais repressivo, com penas mais elevadas e menos proporcionais e limitações e até supressões a garantias processuais, notadamente depois do cometimento de ataques terroristas em caráter internacional, culminando no que se convencionou chamar de "luta contra o terror" ou, mais incisivamente, "guerra contra o terror". Essa luta, no entanto, não se dá apenas contra os terroristas, tendo-se aqui uma referência a apenas aqueles ataques que promovem o terror (carros e homens-bombas, kamikazes, lançamento de mísseis, ataques com aviões, bombas em metrô e em prédios etc.), mas também contra as organizações criminosas (voltadas para as mais diversas práticas criminosas, como assaltos a bancos, sequestros etc., e podendo, inclusive, ter finalidades terroristas) e, ainda, o tráfico de drogas (narcóticos e tóxicos) e de outras substâncias psicotrópicas, dentre outras situações (MELIÁ, 2007, p. 102).

Desse modo, a junção existente entre o punitivismo exacerbado e o direito penal simbólico, além de identificar um fato, aponta um tipo específico de criminoso e faz com que surja o chamado direito penal do inimigo ou, como escreve Meliá:

A carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social), dando lugar ao código do direito penal do inimigo, ou, dito de outro modo, o direito penal do inimigo constrói uma nova fase evolutiva sintética dessas duas linhas de desenvolvimento (MELIÁ, 2007, p. 103).

Nesse contexto, amplia-se, portanto, o direito penal e surge sua terceira velocidade: o direito penal do inimigo. Para uma compreensão sobre o que a doutrina quer dizer quando fala em terceira velocidade do direito penal, recorre-se à

lição de Silva Sánchez (2013, p. 95), segundo o qual a primeira velocidade se representava pelo direito penal do cárcere, "em que deviam ser rigidamente mantidos os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais", e a segunda velocidade se representava pelas penas de privação de direitos ou penas pecuniárias, em que "aqueles princípios e regras poderiam ser proporcionalmente flexibilizados".

Neste passo, propõe o professor espanhol que o direito penal do inimigo faz parte da terceira velocidade, em que "o direito penal do cárcere concorre com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais". Assim, é possível aferir que o "direito penal do inimigo" inexistente, o que há, na verdade, é uma aplicação diferenciada do direito penal voltada para o inimigo. E essa aplicação ocorre na esfera processual, não apenas em relação aos inimigos que sejam escolhidos pelo legislador, mas também, e talvez principalmente, no que diz respeito aos inimigos escolhidos pelos magistrados.

Chama atenção como a ideia de inimigo está constantemente presente na história da humanidade. O que não eram as Cruzadas senão a guerra contra a propagação da fé dos inimigos? O que não eram, dentre outros, os povos germânicos para os romanos senão que inimigos, ou, melhor seria dizer, bárbaros? O que não eram os opositores ao regime militar ditatorial na América Latina, e não só os políticos, como também os ideólogos, músicos, jornalistas, escritores e outros intelectuais, senão inimigos?

Os inimigos são, na verdade, os indesejados, assim entendidos aqueles indivíduos de que seria preferível não ter exemplares em determinado espaço e tempo, porque atuam como empecilho, seja porque se opõem radicalmente ao sistema, seja porque não têm meios materiais de acompanhar o desenvolvimento do sistema. Chama-se aos últimos de excluídos, sendo compreendido como "aqueles sujeitos que, pela sua própria situação desvantajosa no seio de uma sociedade, não recebem os benefícios do crescimento e o progresso econômico desta".<sup>39</sup> Excluídos são os marginalizados, no sentido de postos à margem de alguma coisa, no caso, da sociedade por algum motivo, como, por exemplo, sua pertença a uma classe econômica inferior, a uma etnia diferente, a uma religião minoritária, entre outros exemplos.

Nesse sentido, a presença de garantias e direitos fundamentais, principalmente àqueles que se referem às liberdades negativas do ser humano frente ao próprio Estado correspondem a sinais característicos de um modelo bem específico de Estado: o de Direito. A mera supressão dessas categorias – geralmente guindadas a assento constitucional – tende a conduzir o Direito a uma condição de não direito, numa visão específica e contemporânea do que se entenda por Estado de Direito, isto é, daquele modelo que privilegia um Direito Penal de garantias.

Outro ponto que deve ser abordado diz respeito à possibilidade de assimilação do Direito Penal do inimigo frente a determinadas categorias dogmáticas estabelecidas pela Ciência Penal.

Há uma dificuldade – insuperável no entendimento deste ensaio – de se adotar o modelo policialesco de Jakobs sem que, com isso, se esteja preterindo o Direito Penal do fato, pedra basilar de qualquer modelo inerente ao Estado de Direito. A proposta de, normativamente, eleger-se determinados seres humanos – ou grupos – como inimigos, leva à constatação de que se exigirá a instalação de um modelo de Direito Penal do autor. Não sem motivo, o próprio Jakobs admite a antecipação da tutela penal para hipóteses de mera expectativa de fonte de perigo (por exemplo, a punição de atos meramente preparatórios, ou, a apologia à prática de determinados delitos, o mero planejamento de determinadas – e ainda não executadas – atividades criminosas etc.).

Nessa linha de raciocínio insta definir como e se seria possível vencer o óbice representado pela categoria dogmática da culpabilidade, especialmente em se tratando do Brasil, enquanto reprovabilidade de uma resolução de vontade ante um direito penal que acata uma outra estrutura, fundada no potencial de periculosidade, ou, numa modalidade de punição pelo que se é ou representa e não pelo que se fez. Parece de todo insuperável a noção de culpabilidade afeta à decisão de vontade e não ao *status* de vida como ponto nodal de manutenção do subsistema de Direito Penal, se é que se pretende um Direito e não o mero exercício da força pelo Estado.

Um Estado que se pretenda de Direito, social e democrático, necessariamente, adota um modelo coerente de subsistema jurídico-penal, fundado na premissa de respeito à dignidade humana. Nessa perspectiva, toda noção de

direito que ultrapasse, desborde esse limite, com linhas concretas de verdadeira estrutura lógico-objetiva que tendem à ilimitação, ao autoritarismo e, de conseguinte, a transformar-se num não direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente estudo, pode-se concluir que Jakobs postulou a existência de determinadas normas de Direito Penal que arrancam de um pressuposto teórico distinto do direito penal clássico. Tais normas têm como destinatários não pessoas, mas inimigos, indivíduos cuja atitude de princípio perante o ordenamento jurídico é de rejeição. À diferença do que sucede no Direito Penal do Cidadão, a intervenção penal não possui um caráter retrospectivo, mas sim um caráter prospectivo, dirigindo-se à evitação de riscos futuros. A esse fenômeno denominou Direito Penal do Inimigo, cujas características são: i) antecipação da tutela penal para estágios prévios à afetação do bem jurídico; ii) ausência de diminuição da pena proporcional a essa antecipação; iii) alteração de uma legislação penal de proteção ou de tutela para uma legislação penal de combate; e iv) supressão de garantias processuais.

A quarta característica do fenômeno descrito por Jakobs corresponde à sua dimensão processual, o que se denomina de Processo Penal do Inimigo. No entanto, são raros os trabalhos que se ocupam de analisá-lo com alguma pretensão definidora e sistemática. Em geral, os reflexos processuais do Direito Penal do Inimigo costumam ser tratados de maneira episódica, a partir de determinadas manifestações pontuais. De certa maneira, pode-se dizer que a doutrina tem se limitado a tratar apenas da “Parte Especial” do Processo Penal do Inimigo, dando pouca ou nenhuma importância ao que se poderia chamar de “Parte Geral”.

Sucedem que o método adotado pelo Direito Penal do Inimigo – supressão de garantias processuais com o escopo de neutralização de riscos – possui um grave problema: precisa pressupor aquilo que teria de demonstrar, a saber, a condição de inimigo do condenado. Precisamente ao operar dessa maneira é que o Processo Penal do Inimigo substitui o fundamento (presunção de inocência) pela função (neutralização de agentes perigosos), esvaziando a atividade reconstrutiva nele levada a efeito, que perde o seu caráter dialógico e passa a possuir caráter meramente confirmatório: o processo se presta a confirmar aquilo que já se sabe. Perde, assim, sua razão de ser.

Neste contexto, atrelado à figura da Lei Antiterrorismo brasileira, o Direito Penal do Inimigo não coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, vez que sua inconstitucionalidade é evidente diante do artigo 5º, inciso XLIV da Constituição Federal do Brasil. Outrossim, não pode existir, nesta estrutura do ordenamento jurídico, duas ramificações são destoantes, a não ser por autorização e mando da própria constituição. O que não é o caso em questão, pois o Direito Penal do inimigo não prospera ao buscar na Constituição Federal inspiração para resistir.

Um modelo de processo penal tal como o representado pelo Direito Penal do Inimigo, quer em sua feição retrospectiva, quer em sua feição prospectiva, não é sustentável no contexto de qualquer ordenamento jurídico que preveja, em sua Constituição, o princípio da presunção de inocência. Além disso, sua admissibilidade, mesmo que a título excepcional, representaria sério risco à subsistência dos princípios jurídicos e dos valores que inspiram o processo penal pós-Iluminista.

Assim, a Lei Antiterrorismo brasileira é incompatível com o ordenamento brasileiro, já que prevê antecipadamente o ato do sujeito, desconsiderando sua personalidade jurídica e atentado contra o princípio da presunção de inocência. Dessa forma, dentro do contexto apresentado, cumpre salientar que o presente trabalho não obteve a pretensão de esgotar o assunto, mas sim tocar em aspectos relevantes da matéria, de modo a iniciar um debate e contribuir para a formação de uma consciência sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Código de Processo Penal** (Strafprozessordnung – StPO), 12 de setembro de 1950. Disponível em: <<http://www.gesetze-iminternet.de/stpo/BJNR006290950.html>>. Acesso em 15 jul. 2019.

ALEMANHA. **Tribunal Constitucional Federal** (Bundesverfassungsgericht). BvR 2378/98 und 1 BvR 1084/99. Berlim, 03 mar. 2004. Disponível em: <[http://www.bverfg.de/e/rs20040303\\_1bvr237898.html](http://www.bverfg.de/e/rs20040303_1bvr237898.html)>. Acesso em 15 jul. 2019.

BERTI, Natália. **O Regime Disciplinar Diferenciado como expressão do Direito Penal do Inimigo**. Portal Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10108](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10108)> Acessado em: 28 de jun. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

BOBBIO, Norberto. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. Tradução: Ana Paula Zomer Sica Fauzi Hassan Choukr Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes.

BUNG, Jochen. **Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. São Paulo. n. 62, v. 14, p. 107-133, set-out de 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 18 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”** – modelos actualmente alternativos da realização do Direito. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. LXXIV. 1998.

COSTA, Fernanda Otero. **Uma Linha Abissal no Estado Democrático de Direito: O Direito Penal do Inimigo**. Revista jurídica da Faculdade de Franca. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/92/59>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

CONTE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”**. trad. de Themis Maria Pacheco de Carvalho. Revista Eletrônica de Ciências Jurídica. 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, Jose Luiz. **De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2006. Disponível em: [<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>]. Acesso em: 19 jun. 2019.

DWORKIN, Ronald. **O terror e o ataque às liberdades civis**. Direito e Democracia (Revista de Ciências Jurídicas - ULBRA) Canoas, v. 05. 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **O garantismo e a esquerda**. In: VIANNA, Túlio et al. Garantismo penal no Brasil: Estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Tradução de: Alfredo Copetti Neto.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985. p. 17. apud BATISTA, Nilo, Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2011.

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

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. 2016. Acesso em: 19 jun. 2019.

HABIBI, Gabriel. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos**. Niterói/RJ: Impetus. 2014.

HUNT, Lynn, **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras. 2009.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Org. Luiz Moreira, Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 4ª ed. 2009.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal do Inimigo: breves considerações**. 2014. Disponível em: . Acessado em 28 de jun. 2019.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**, vol. 1: parte geral. 8. Ed. São Paulo: Método. 2014.

MELIÁ, Manuel Cancio. "**De novo: direito penal do inimigo?**" Trad. Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira. PANÓPTICA, Vitória, n. 11, 2007, p. 215.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 2008. 603 f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015.

QUEIROZ, Bruno. **Os ataques no Ceará e a atipicidade no crime de terrorismo**. Focus, 2019. Disponível em: <[https://www.focus.jor.br/opiniaos/os-ataques-no-ceara-e-a-atipicidade/#.XF7sZ7i\\_vX5.whatsapp](https://www.focus.jor.br/opiniaos/os-ataques-no-ceara-e-a-atipicidade/#.XF7sZ7i_vX5.whatsapp)>. Acesso em: 10 jul. 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal parte geral**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

SANNINI NETO, Francisco. **Direito Penal do inimigo e Estado Democrático de Direito**: compatibilidade. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/19646/direito-penal-do-inimigo-e-estado-democratico-de-direito-compatibilidade>> Acesso em: 9 de julho de 2019.

SILVA, María Jesus Sánchez. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz O. de O. Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013.

SILVA, Ivan Luis Marques da. **O direito penal como garantia fundamental**: o novo enfoque da globalização. Dissertação. Universidade de São Paulo. 2007.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **O inimigo do direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.