

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR**  
**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA ASCES/UNITA**  
**BACHARELANDO EM DIREITO**

**ODAÍSA MONTEIRO DE ARAÚJO**

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: uma análise sobre a ineficiência e  
seletividade do sistema penal brasileiro.**

**CARUARU**

**2020**

ODAÍSA MONTEIRO DE ARAÚJO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: uma análise sobre a ineficiência e seletividade  
do sistema penal brasileiro.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Arquimedes Melo

CARUARU

2020

## **RESUMO**

Em razão dos inúmeros ataques terroristas do fatídico ano 2001, houve uma expansão significativa do crime organizado e índices de criminalidade hedionda no mundo inteiro, incluindo-se o Brasil. Considerando-se esse cenário, o referente estudo, teve por objetivo avaliar o ramo do Direito Penal do Inimigo e sua presença no ordenamento jurídico enquanto espelho da Terceira Velocidade do Direito Penal. Procedendo à pesquisa bibliográfica realizada através da apreciação do aparato normativo vigente no Brasil, tendo por base a Teoria do Direito Penal do Inimigo defendida por Gunther Jakobs, na década de 1980. A tese considera a divisão do Direito Penal em duas esferas: uma ofertada ao cidadão comum, com direitos e garantias fundamentais; e a outra direcionada ao inimigo, levando à relativização de certos direitos, positivada pela sociedade como reflexo da cultura de seletividade e discricionariedade. Assim, serão abordados pontos relevantes da história do Direito Penal, suas três velocidades; o Direito Penal do Inimigo em si, no que costa ao conceito e características e por fim, análise dos pontos desfavoráveis que repelem sua aplicação. Em vista disso, foi utilizado o método analítico-descritivo, com estudo focado em livros, leis penais e processuais penais brasileiras guiadas para a punibilidade de crimes considerados de alta periculosidade em face da sociedade e Estado, além do estudo de dados apontados em pesquisas feitas no país fazendo análise da ineficiência do sistema penal guiado pela severidade de penas e reformas constantes. A Seletividade penal juntamente da adoção de políticas criminais definidas pelo Estado brasileiro em relação ao Direito Penal do Inimigo surge como fruto da frágil normatividade dos direitos e garantias constitucionais, gerando amplo espaço de discricionariedade na atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário do Brasil.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo; Ineficiência; Seletividade Penal.

## **ABSTRACT**

Due to the countless terrorist attacks of the fateful year 2001, there has been a significant expansion of organized crime and heinous crime rates around the world, including Brazil. Considering this scenario, this study aimed to evaluate the Enemy's Criminal Law branch and its presence in the legal system as a mirror of the Third Speed of Criminal Law. Proceeding to the bibliographical research accomplished through the appreciation of the normative apparatus in force in Brazil, based on the Theory of the Criminal Law of the Enemy defended by Gunther Jakobs, in the decade of 1980. The thesis considers the division of the Criminal Law in two spheres: one offered to the ordinary citizen with fundamental rights and guarantees; and the other directed at the enemy, leading to the relativization of certain rights, positivized by society as a reflection of the culture of selectivity and discretion. Thus, relevant points will be addressed in the history of criminal law, its three speeds; the Enemy's Criminal Law itself, as regards the concept and characteristics and finally, analysis of the unfavorable points that repel its application. In view of this, the analytical-descriptive method was used, with a study focused on books, Brazilian criminal and procedural laws guided to the punishment of crimes considered highly dangerous in the face of society and the State, as well as the study of data from research conducted in the country analyzing the inefficiency of the penal system driven by the severity of penalties and constant reforms. Criminal selectivity together with the adoption of criminal policies defined by the Brazilian State in relation to the Enemy's Criminal Law arises as a result of the fragile normativity of constitutional rights and guarantees, generating a wide space of discretion in the performance of the Legislative, Executive and Judiciary powers of Brazil.

**Keywords:** Criminal Law of the Enemy; Inefficiency; Criminal selectivity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1 DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	8
1.1 Ordenamento Jurídico brasileiro e o Direito Penal do Inimigo .....	12
1.2 Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) .....	16
<b>2 INEFICIÊNCIA DO SISTEMA NA CONTEMPORANEIDADE</b> .....	18
2.1 Índice da Criminalidade nos Estados Brasileiros .....	19
<b>3 DIREITO PENAL DO INIMIGO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL</b> .....	21
3.1 Os Inimigos da sociedade .....	24
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	29
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	31

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria desenvolvida pelo alemão Gunther Jakobs na década de 1980, onde defende a existência de dois tipos de Direito Penal presente em um mesmo ordenamento. Segundo o Autor, seria o direito penal do cidadão, garantido ao sujeito comum passível de reestabelecer laços com a sociedade a posteriori mesmo tendo cometido ilícito penal, assim, Jakobs preconiza que o indivíduo ao possuir capacidade de ser ressocializado deva ser julgado tendo todas as garantias previstas conforme o direito penal comum.

Entretanto, considera-se a existência de determinados indivíduos que não possuem a capacidade de ressocialização, sendo tratados de forma diferenciada e considerados como verdadeiras ameaças ao Estado Democrático de Direito, dado seu alto potencial lesivo a paz social. Jakobs conceitua serem esses sujeitos os “Inimigos” do Estado que terão ofertado um procedimento sumário com condenações severas e irreversíveis.

O presente estudo, cujo tema se trata do Direito Penal do Inimigo, busca responder as seguintes questões: a) Há realmente a necessidade de aplicação de medidas drásticas como as previstas no direito penal do Inimigo? b) É a severidade das normas a solução para a criminalidade? c) O caos social gerado por tais indivíduos poderia ser solucionado de forma diversa? d) Se tem atuado em conformidade ao Estado Democrático de Direito?

Analisando a teoria em estudo, objetiva-se de forma geral analisar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, observando seus fundamentos, conceito e desenvolvendo um trabalho com base não apenas na teoria criada por Jakobs, mas uma análise filosófica e sociológica para entender seus efeitos no Direito Penal Brasileiro, verificando as possibilidades e consequências jurídico-sociais geradas por sua adoção no que consta a aplicação de medidas punitivas e processuais.

Trazer uma explicação se a presente teoria constitui um progresso ou retrocesso ao Direito, fazendo uma análise sociológica, jurídica e filosófica com base nas garantias inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana e direitos previstos na Norma Maior. Ainda, chegar a uma conclusão sobre o tema, para

demonstrar todos os aspectos e necessidade (segundo a realidade social) da adoção do Direito Penal do Inimigo, visto que se faz necessário um olhar a respeito dos grandes problemas sociais que o país enfrenta corroborado a criminalidade, trazendo uma reflexão sobre a ineficiência de um sistema que volta sua ação para alterações normativas como resposta a uma sociedade que não tem ofertado sequer o desenvolvimento de suas condições de vida. Sendo, pois, desenvolvido através de uma pesquisa teórica feita bibliograficamente por meio do processo metodológico analítico-sintético, englobando leis e doutrinas além da análise de dados disponibilizados por pesquisadores a respeito da atual realidade da criminalidade no país.

Ao abordar o tema, objetiva-se esboçar o assunto de forma detalhada conforme o pensamento de Jakobs, demonstrando o aspecto filosófico e jurídico da teoria desenvolvida pelo autor, a respeito da possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e sua legitimação. Tornou-se necessário observar as problemáticas que compõem o Sistema Penal brasileiro e, o costume da atuação político-criminal adotado no Brasil sob o discurso de combate à violência, além de tudo, repensar os mecanismos punitivos e sua consequente seletividade.

## 1. DIREITO PENAL DO INIMIGO

Dada à ascensão de novos delitos, derivados dos riscos da pós-modernidade juntamente com a expansão do Direito Penal, que surge em decorrência do aumento das tipificações, adveio à importância do Direito Acompanhar a evolução dos agentes. Em outras palavras, o Estado busca adequação jurídica para proteger a sociedade.

O Direito Penal do Inimigo surge na Alemanha a partir das ideias de Gunther Jakobs (1985), jurista alemão, professor de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn. Tendo como objetivo demonstrar a prática de um Direito Penal que separa os delinquentes em duas grandes esferas, assegurando a existência de certas pessoas, tidas como inimigas da sociedade-estado, não detendo todas as proteções penais e processuais penais que são dadas aos outros sujeitos.

Preliminarmente, para um claro entendimento do que se trata essa teoria é de suma importância analisar filosoficamente a noção dessa separação. Jakobs toma em Hobbes o conceito de Inimigo: “é aquele indivíduo que rompe com a sociedade civil e volta a viver em estado de natureza, ou seja, homens em estado de natureza são todos iguais”. (HOBBS, Thomas, 1997, p.113)

Em sua obra “Do cidadão”, Hobbes (2004) afirma que as leis civis são para os Cidadãos, visto que os Inimigos negaram a autoridade do Estado, criado para proteger todos frente ao estado de natureza, e dessa forma ao oporem-se ao pacto feito entre os Cidadãos, estão aqueles sujeitos a danos que não seriam classificados como penas (cap. V, 10 e 11). Ocorre a suspensão de certas leis, fundamentada pela necessidade de proteger a sociedade ou Estado contra determinados perigos.

Desta forma, têm-se duas grandes esferas: primeiramente, os cidadãos que apesar de infringirem a lei, continuam tendo direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico e de retornar a ajustar-se à sociedade; em contrapartida, são os chamados Inimigos do Estado, aos quais cabe um tratamento rígido e diferenciado.

Porém, qual o fundamento para a distinção? Segundo a teoria, os Inimigos perdem as garantias legais por não serem capazes de adaptar-se às regras sociais, devendo ser afastados o que acarreta a perda do status de cidadão. Surge na verdade, um juízo de periculosidade permeado pela despersonalização do indivíduo em razão do perigo causado a sociedade.

Em uma realidade onde se perdeu o freio à promulgação de normas penais, tendo, pois, fins meramente simbólicos e ao punitivismo exagerado e célere, a proposta defendida por Jakobs carrega diversas reflexões. Pois, a partir do momento que se defende a existência permanente de um direito penal diferenciado, direcionado a “inimigos” por motivos de falta de segurança enraizada em seu comportamento e assim, aplicando-se contenções que objetivam neutralizar sua periculosidade mesmo que em abandono das garantias processuais e materiais do ordenamento jurídico pátrio, parece inadmissível pelo vasto discurso dos Direitos Humanos e do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, o Direito Penal do Inimigo está disseminado nos atuais sistemas penais, perpetuando em nosso país desde muito tempo trazendo assim reflexos na sociedade e porque que não, guiado por uma característica punitivista cultural do povo brasileiro?

Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso de delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização [...] se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. (JAKOBS, 2008, p.35)

O autor evidencia as duas esferas do Direito Penal do Inimigo, primeiramente tratamento estendido ao cidadão logo após cometimento do delito, com o objetivo de validar a estrutura normativa violada; segundo, tratamento ofertado ao Inimigo, podendo ocorrer antes da lesão, tendo assim a finalidade de conter a sua periculosidade. Pauta-se pela noção de direito penal do autor e não do tradicional direito penal do fato, pois observa-se a possibilidade de um indivíduo vir a delinquir, ou seja, seu perigo diante da sociedade na qual está inserido.

Meliá (2008) elencou três importantes características que conotam a presença de um Direito do Inimigo: a) adiantamento da punibilidade, pois o direito atuará de forma prospectiva, ligado a fatos futuros, b) a desproporcionalidade das penas previstas e c) a relativização de determinadas garantias processuais. Desta feita, ocorre um confronto com a tendência da Justiça Restaurativa tão defendida no Brasil. Em contrapartida, em razão da onda de insegurança que permeia a atualidade, essas questões são legitimadas pela sociedade ao passo que esperam do Estado o mínimo de solução para o sentimento de impunibilidade. Sobre a relação entre ordenamento e sociedade, Jakobs leciona:

O Direito Penal constitui um cartão de visitas da sociedade altamente expressivo, igualmente, sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante confiáveis sobre o Direito Penal. Por exemplo, que a pena máxima se imponha por bruxaria, por contar piadas sobre o Fuhrer ou por homicídio caracteriza ambos, o Direito Penal e a sociedade. Por conseguinte, existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal: cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social, do mesmo modo que inversamente o Direito Penal pode recordar a sociedade que deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis (JAKOBS, 2003, pgs. 7-9)

Doutrinariamente tem-se como um Estado de Exceção, pois, ainda que determinadas situações sejam legitimadas é importante que o Poder Público deixe espaço para que o indivíduo possa retornar ao seu estado enquanto cidadão, mesmo que volte a sofrer sanções direcionadas a figura do “cidadão” e não mais de “inimigo”.

Jakobs defende como objetivo do Direito Penal do Inimigo não a garantia da vigência normativa, mas eliminar dado perigo para o Estado, e, portanto avança no sentido de sancionar também os atos preparatórios ligados a mera cogitação do crime. Obviamente o intuito característico dessa teoria é atuar de maneira preventiva contra determinados sujeitos, lecionou:

O Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma. E isso significa, ao mesmo tempo, que com isso se representa a identidade não modificada da sociedade. (JAKOBS, 2003, p.4-5).

Importante destacar que determinadas pessoas não se permitem adequação às normas socialmente pactuadas, entendendo o Estado como alternativa a neutralização. É onde se origina o Direito Penal do Inimigo, justificando-se sobre a sociedade não ter como esperar dos inimigos outra conduta senão constante coação e ameaça ao sistema vigente, em outras palavras inexistente uma expectativa positiva em relação ao Inimigo.

O sociólogo alemão Niklas Luhmann (1960) aderiu um pensamento sistêmico sobre a sociedade. Caracterizou o meio social como sendo um sistema autopoietico, vertente esta aplicada especialmente a um mundo social passível de alterações velozes, inexplicáveis perante as teorias sociais tradicionais. Dada inexistência de expectativas a respeito dos Inimigos, determinados conceitos trazidos por Luhmann conotam ainda mais a presença desta diferenciação de tratamentos.

Dentre os conceitos trazidos por Luhmann (2003), destaca-se a Contingencia. Acontece que entre as possibilidades mostradas no sistema ou para o sistema, é possível ocorrer a frustração das expectativas esperadas dentro daquelas relações. Ou seja, cada seleção constituída em um sistema nasce de alternativas deixadas de lado. De forma mais clara, não se sabe quais resultados, pois, se trabalha com possibilidades. Simplificando este entendimento dentro do Direito Penal do Inimigo, sendo o ser humano parte deste sistema, é natural que não se possa pré-determinar seus atos. E, quando o Inimigo é neutralizado mesmo antes de praticar lesão ocorre sua despersonificação por serem desconsideradas expectativas positivas deste.

De forma ainda mais precisa Gomes (2004) seleciona as principais características do Direito Penal do Inimigo:

(a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa,

quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.). (2004, S/p.)

Dadas estas características, vem à tona um instituto bastante discutido doutrinariamente na atualidade que são as Velocidades do Direito Penal. Pois, diversos percursores defendem o Direito Penal do Inimigo como sendo parte de uma Terceira Velocidade do Direito Penal. A primeira velocidade se caracteriza pela aplicabilidade de penas privativas de liberdade, já na segunda velocidade ocorre a substituição da pena de prisão por penas alternativas, que restringem a vida do criminoso e impõe obrigações, de forma proporcional ao mal causado. Em outras palavras, nesta ocorre a relativização das garantias penais e processuais.

Entretanto, o Direito Penal do Inimigo se constitui a partir de uma terceira velocidade ao passo que se caracteriza pela mescla das anteriormente citadas, ocorrendo o resgate da pena de prisão por excelência e a flexibilização e supressão de diversas garantias penais e processuais penais. Inclusive, Silva Sanchez em “A expansão do Direito Penal”, defende que essa teoria surge como uma característica de uma terceira velocidade do Direito Penal, pois aqui a pena de prisão concorre com uma ampla relativização de garantias político-criminais, além de regras de imputação e critérios processuais. (p. 148)

Esta correlação se enraíza na combinação entre imposição de penas privativas de liberdade e relativização de garantias político-criminais, além de princípios processuais diante, por exemplo, de fenômenos como a delinquência sexual violenta, o terrorismo e a criminalidade organizada. Entende-se, portanto que, a Terceira Velocidade significa punição tendo por base o autor e não ato por ele realizado.

### 1.1 Ordenamento Jurídico brasileiro e o Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal do Inimigo passou a ter uma exatidão maior no século XIX em decorrência de diversos atentados terroristas em todo o mundo, os Estados visualizaram a necessidade de radicalizar as punições já previstas e instituir novas tipificações. Em exemplo os Estados Unidos, quando em 2001 após o ataque às

Torres Gêmeas, criou o “Ato Patriota”, que autorizava a detenção de estrangeiros suspeitos de terrorismo, onde partindo da neutralização monitorarem comunicações telefônicas, e-mail e uso de internet. Além dos objetivos, buscava processar suspeitos sem restrição de tempo e em detrimento dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Em primeiro lugar busca-se proteção do cidadão e da sociedade em geral, em segundo almeja-se a tutela dos violadores do pacto social realizado, especialmente os tidos como criminosos de alta periculosidade. Ainda a respeito destes direcionamentos, Jakobs preconiza:

(...) não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas duas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais (JAKOBS, 2007).

O autor sustenta que se deve compreender o sistema penal em razão de uma finalidade específica, que é a reafirmação da vigência da norma. Assevera, portanto, que se legitima a partir da conservação da sociedade e do Estado garantindo expectativas imprescindíveis, afim de que o verdadeiro bem jurídico penal é a firmeza das expectativas essenciais em face da decepção.

Atualmente, essa tese difunde-se em um discurso totalmente voltado à punição, fundamentando-se na Proteção e Segurança Nacional mesmo que sejam colocadas em segundo nível de valoração as garantias humanas. Tudo que é sustentado pelo Direito Penal são as políticas criminais guiadas pela garantia de tranquilidade social, resposta dada ao anseio da sociedade. E, anda que adote medidas restritivas, violadoras de direitos e garantias humanas constitucionais, perante a insegurança da sociedade é por meio de tais parâmetros que o Estado parece cumprir seu papel.

Existem diversas críticas à inconformidade do Direito Penal do Inimigo, dada à observância e manutenção de princípios base trazida pela Constituição Federal de 1988, dentre eles a dignidade da pessoa humana, a preservação da vida e da

liberdade além da presunção de inocência. Porém, observa-se ao decorrer da Carta Magna a incorporação do conceito deste instituto, permitindo sua aplicação na criação de normas infraconstitucionais e senão à própria atividade jurisdicional. Um exemplo latente é a supressão de garantias frente a determinados crimes, previsão nos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal.

Partindo da Carta Magna essa teoria reflete tanto nas normas de direito material penal quanto processuais. E, antes de adentrar na análise dos dispositivos legais é importante analisar quais as características que definem a presença do Direito Penal do Inimigo em um ordenamento jurídico. Flávio Gomes (2004) em sua obra “Direito Penal do Inimigo” defende primeiramente que o Inimigo vem a ser punido com medida de segurança e não pena. Além disso, a punição ofertada baseia-se na periculosidade e não na culpabilidade. Mais precisamente, a medida de segurança imposta terá respaldo no risco à sociedade. (pg. 80)

O autor pontua perfeitamente que no Direito Penal do Inimigo não se olha prioritariamente o ato, mas o indivíduo. Chegando a um conceito, analisando que o Inimigo além de não ser visto como sujeito de direitos perde o status de cidadão após delinquir, sendo visto como um objeto de coação. Por conseguinte, além destes aspectos, a teoria objetiva antecipar o âmbito normativo para alcançar atos meramente preparatórios, mesmo que haja desproporcionalidade das penas.

Constituem-se dentro do ordenamento jurídico brasileiro normas que objetivam proteger garantias fundamentais dos indivíduos prevalecendo, ainda que teoricamente, o princípio da Intervenção Mínima para controlar possíveis arbitrariedades estatais. Apesar disso, existe reflexo do Direito Penal do Inimigo presente expressa ou implicitamente no ordenamento pátrio como a Lei de Crimes Hediondos, Lei do Abate, Lei de Combate às Organizações Criminosas e o Regime Disciplinar Diferenciado da Lei de Execuções Penais. Segundo Manoel Monteiro Guedes Valente:

A comunidade, desacreditada de um Direito penal comum que não previne e não consegue responsabilizar os agentes do crime altamente organizado e transnacional, exige ao Estado segurança (cognitiva e real) a todo custo, mesmo que crie um Direito Penal específico ou excepcional para esse tipo de criminalidade e o

delinquente deixe de ser pessoa e passe a ser um inimigo, uma “não-pessoa”. (VALENTE, 2010, p.17)

O surgimento do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro se deu pela crescente onda de crimes, além da cobrança exacerbada da sociedade de fidelidade à norma e anseio de segurança pública. Inclusive, a mídia constitui um papel importantíssimo ao passo que faz reiteradas críticas as leis penais e aos Direitos Humanos criando dentro da sociedade o pensamento que a dureza legislativa é a solução para a criminalidade.

Quando ocorre a proibição da autotutela, exceto nos casos resguardados em lei, o Estado assume a forma de controle social do qual decorre imenso clamor da sociedade que anseia a efetivação do Direito Penal. E, ainda restringindo garantias e direitos constitucionalmente previstos busca causar uma sensação de segurança por meio da função legislativa. Na busca para solução da criminalidade crescente, se tem recorrido ao Direito Penal em detrimento do enfrentamento das “reais questões”. Em outras palavras, são deixadas de lado políticas públicas que de fato tratem a raiz da criminalidade.

Gabriel Habib (2015) em “O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos” seleciona os aspectos do aparato normativo material e processual brasileiro que estão relacionados à teoria:

As medidas de natureza penal são: 1. A proliferação de crimes de risco desvinculados de qualquer lógica de ofensividade e previsibilidade; 2. O aumento da criação de tipos penais com ampla antecipação da punibilidade, por meio da incriminação autônoma de atos preparatórios de outros crimes e dos chamados delitos associativos; 3. A criação e a agravamento geral das penas desvinculadas de proporcionalidade entre a gravidade do fato e da pena; 4. A defesa de uma concepção de pena como pena de segurança; 5. Criação de numerosas leis que se denominam “leis de luta ou leis de combate”. (HABIB, 2015)

Trazendo tais pontos para uma análise utilitarista tomando por base as ideias de Ferrajoli (2002). É possível destacar noções de prevenção especial e geral positiva, correspondendo à função da pena no Brasil, em tese preconiza-se a função de correção ao réu e o reforço a fidelidade dos cidadãos ao ordenamento. Entretanto, tomando ênfase à prevenção especial e gerais negativas encontraram no

aparato normativo o Direito Penal do Inimigo, pois visa neutralizar o réu e desaconselhar seus cidadãos através da ameaça de penalidade. Habib adiante traz os aspectos processual presentes:

De outro lado, as medidas de natureza processual penal são: 1. A restrição das garantias e direitos processuais dos imputados; 2. O alargamento dos prazos da prisão preventiva; 3. Ampliação dos prazos de detenção policial para o cumprimento de “fins investigatórios”; 4. A inversão do ônus da prova; 5. A generalização de métodos de investigação e de provas excepcionais, como as escutas telefônicas e os agentes provocadores e infiltrados, permissão de buscas domiciliares noturnas; 6. A previsão de normas de direito penitenciário que recrudescem as condições de classificação dos internos, que limitam a concessão dos benefícios penitenciários ou ampliam os requisitos do livramento condicional. (HABIB, 2015, pgs. 34-35)

Cada vez mais o Legislativo está induzido a respeito da neutralização e exclusão daquele que é considerado Inimigo. Desta feita, é de suma importância uma análise dos principais dispositivos legais que perfazem a ideia do Direito Penal do Inimigo. Assim como indagada Manuel Monteiro: “Mas, será o Direito Penal o campo de intervenção para os inimigos”? (2019, pg. 19). A manifestação de um direito penal de terceira velocidade pela vertente que aqui tratamos, desde sempre é perceptível na legislação pátria delinquentes que por cometerem determinados crimes, à exemplo do tráfico de drogas, não são ou não devam ser considerados cidadãos. Esta é uma realidade arraigada na história da humanidade.

## 1.2 Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, veio à tona determinadas matérias sobre as quais o legislador infraconstitucional tem a obrigação de legislar. Por exemplo, do artigo 5º, inciso XLIII da Carta Magna determinando a imposição de um tratamento diferenciado e assim, mais duro, para os sujeitos que venham a praticar crimes hediondos ou equiparados, preconizou-se que:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Surge na década de 90 a Lei de Crimes Hediondos, introduzida no ordenamento em um momento de pânico enfrentado por diversos setores da sociedade, visto que crescia cada vez mais o taxa de assassinatos e sequestros principalmente no estado do Rio De Janeiro. A população, portanto, viu na rigorosidade das penas uma solução ao combate de crimes hediondos. Desta feita, o Poder Público por meio do Poder Legislativo publicou a Lei 8.072/90 almejando deixar clara a população que o Estado detinha o poder punitivo e com isso inibiria a violência alarmante.

O dispositivo normativo trouxe em seu artigo 2º a proibição da já instituída liberdade provisória, proibição que veio a ser revogada posteriormente pela lei 11.464/07. Além disso, trouxe vedação ao indulto juntamente a obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime inteiramente fechado. Apesar de que o dispositivo chegou a ser declarado inconstitucional diante do Supremo Tribunal Federal, momento em que até foi permitido apelo para liberdade de sentença condenatória desde que por decisão fundamentada, conforme HC 82.959-07.

A respeito dessa lei assegura Silva Franco (2007):

A Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlados pelos seguimentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a falsa ideia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança. (FRANCO, 2007, p.582)

Em análise aos institutos da lei 8.071/90, que foi criada sob a cobrança da coletividade visivelmente abalada perante a ameaça da emergente criminalidade e violência amplamente publicada e explorada no meio midiático e aguçado o desejo de vingança, é perceptível sua grande relação de coação com a noção de Direito Penal do Inimigo proposta por Jakobs. Tornou-se visível não apenas a coação, mas a ausência de direito com o indivíduo, na busca por sua neutralização afastando-o do meio social o quanto antes.

Em relação aos crimes em espécie, o artigo 1º da referida lei traz de forma taxativa as tipificações relativas. Portanto, são considerados crimes hediondos o homicídio, desde que praticado em atividade específica dos denominados grupos de

extermínio, inclusive sendo praticado por um único agente; o homicídio qualificado, a lesão corporal dolosa de natureza gravíssima ou seguida de morte, desde que nas condições determinadas pelo inciso I-A, desta lei; latrocínio; extorsão qualificada por morte, por sequestro e mesmo na forma qualificada; estupro (inclusive de vulnerável); falsificação; epidemia com resultado morte; corrupção, dentre as outras demais condutas descritas taxativamente. (LEI Nº 8.072/90)

Dentre os reflexos do Direito Penal do Inimigo na referida lei, percebe-se a rotulação dos condenados a crimes hediondos como uma classe determinada de infratores, sendo tratados de forma igual, suprimindo qualquer possibilidade do magistrado analisar o caso concreto e aplicar possíveis institutos aos outros crimes, em outras palavras, invadiu a atividade típica do judiciário.

Da sua edição não levou-se em consideração a natureza ressocializadora que tem a pena. E, dentre as características do Direito Penal do Inimigo nota-se o Etiquetamento do condenado como um Inimigo, violação a direitos fundamentais dada a ausência de caráter ressocializador.

Gabriel Habib (2007) destaca de forma muito objetiva a motivação por trás da edição desta lei:

Assim, a origem da lei foi a conjugação de dois fatores: a necessidade que o governo brasileiro tinha de passar uma sensação de segurança à sociedade, como reação à criminalidade instalada na década de 90 e os sequestros de Roberto Medina e Abílio Diniz como casos paradigmáticos da situação limite da tolerância dessa criminalidade. (HABIB, 2007, p.43)

A Lei de Crimes Hediondos, ao passo que trouxe vedações a direitos, à exemplo da anistia, graça e indulto, buscando assim, aumentar o tempo até que ocorra a progressão de regime mostrando efetivamente um tratamento penal diferente e mais duro, tratando tais sujeitos como inimigos. Em contrapartida, o que foi desejado não funcionou de forma eficaz, visto que apesar da severidade das normas de caráter material e processual, a criminalidade continua a assolar o país.

## 2. INEFICIÊNCIA DO SISTEMA NA CONTEMPORANEIDADE

Naturalmente o homem é um ser social, já o Direito institui regras que definem a convivência harmônica entre os cidadãos. São estabelecidas sanções aos que

rompem o ordenamento jurídico, assim constituem-se as condutas aceitas, as proibidas e as obrigações. Entende-se a sansão como a consequência cominada ao agente de conduta contrária ao direito.

Em razão do apelo midiático, grande parte da população brasileira almeja por cada vez mais rigor na legislação penal, sob a visão de que apenas o ordenamento jurídico seja suficiente para tranquilizar a todos frente ao crescimento exacerbado da criminalidade no país. Todavia, só entre 1940 e 2015 foram realizadas no Brasil mais de 150 reformas em âmbito penal, a maioria delas de endurecimento das penas, porém, assim como aponta levantamento feito pelo Instituto Avante Brasil, no ano de 2015 o país figurava como o 12º país mais violento do mundo.

## 2.1 Índice da Criminalidade nos Estados Brasileiros

O IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) este ano estudou 310 municípios brasileiros que possuem mais de 100 mil habitantes em 2017 para fazer uma análise sobre a violência no país. Mostrou-se que houve um crescimento das mortes nas regiões Norte e Nordeste, além de identificar uma heterogeneidade na permanência deste tipo de violência nos municípios dada as enormes diferenças das condições de Desenvolvimento Humano nestas regiões. O estudo apontou que a taxa média de homicídio por 100 mil habitantes subiu de em média 30 para 41 entre os anos de 2007 e 2017, segundo fonte do IBGE, 2010 e SM/CGIA/SUS/MS apresentada pelo IPEA que afirmou:

Em 2017, existiam 310 municípios brasileiros com mais de 100 mil habitantes. A média da taxa estimada de homicídio entre os vinte municípios mais violentos era 14,6 vezes maior do que a taxa dos menos violentos, nesse universo, conforme apontado na tabela 3.2. Com base nas informações do censo demográfico de 2010, ao considerar a média de diversos indicadores socioeconômicos, verificamos que as diferenças entre os dois grupos não eram apenas em termos das chances de letalidade violenta mas, sobretudo, no que diz respeito a um verdadeiro abismo em termos de desenvolvimento humano. (IPEA, 2019, pg. 41)

Daniel Cerqueira, pesquisador atuante no estudo, apontou que os municípios mais violentos possuem 15 vezes mais homicídios comparados aos menos violentos do Brasil, dentre os estudados é Maracanaú no estado do Ceará. De forma clara, observa-se nos municípios mais violentos um perfil socioeconômico caracterizado

pelo deficiente acesso à educação, desenvolvimento infantil e mercado de trabalho. Inclusive o levantamento apontou que entre os municípios avaliados Jaú, Indaiatuba e Valinhos são as três cidades menos violentas, todas localizadas no estado de São Paulo- cidades onde os indicadores de desenvolvimento humano são mais próximos a países desenvolvidos.

No Atlas da Violência de 2018, dez dos municípios menos violentos possuíam média de 6,3 casos de homicídios e mortes violentas por 100 mil habitantes, nestes locais mostrou-se que o percentual de crianças pobres chegava a 6,2%, já a taxa de desocupação entre 18 e 24 anos de idade era de 10,3% e em relação aos jovens que não trabalhavam nem estudavam foi de 4,3%. Em contrapartida, nos municípios mais violentos, os assassinatos chegaram a 103 por 100 mil habitantes, enquanto as crianças pobres eram 25,3% do total, valendo ainda ressaltar a desocupação possuindo taxa de 19,8%. (IPEA, 2018)

É notório que impor rigidez de normas pouco tem resolvido a questão da criminalidade no país, visto que ao longo de tantos anos com tantas mudanças, a criminalidade só tem aumentado, sobretudo em estados assolados por uma realidade de vida precária no tocante a educação e inclusive qualificação do trabalho policial. A criação de um tratamento diferenciado a determinados indivíduos tidos como inimigos da sociedade e estado perfaz um sistema ineficiente enquanto questões primárias sociais não absorverem a atenção merecida através de políticas públicas eficazes.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2019) com base no censo demográfico de 2010, considerando indicadores socioeconômicos apresentou que a taxa de atendimento escolar entre 0 a 3 anos nos locais mais violentos era de 60% do índice do outro grupo, além disso a média da renda per capita chegava a 40% do mesmo indicador dos mais pacíficos, isso em uma totalidade de 20% dos mais pobres. Outros aspectos observados foram as condições habitacionais que se mostrou pior nos municípios mais violentos e, que os jovens entre 14 e 24 anos sem estudo, trabalho e vulneráveis a pobreza era quatro vezes maior nos municípios mais violentos.

Tratar as causas da ineficiência do Sistema Penal brasileiro abre acima de tudo, um leque extenso de pontos importantes, entretanto dada a análise da conjuntura normativa brasileira aos olhos do Direito Pena do Inimigo, vale ressaltar a Seletividade existente na sociedade e no âmbito jurídico que tem um papel importantíssimo na dificuldade ao combate do crime e instituir a prevalência dos princípios base.

### 3. DIREITO PENAL DO INIMIGO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Ao observar a realidade do Sistema Prisional Brasileiro perante a Seletividade Penal nota-se a criação de Inimigos, o que acarreta a supressão de Direitos de castas sociais mais frágeis. Com isso, a verdade trazida pela prática penal brasileira leva cada vez mais ao distanciamento dos pressupostos básicos do Estado de Direito que constituem um Estado Democrático.

O Estado ao assumir o poder de solucionar conflitos através do Direito Penal detém o monopólio do poder/dever no que consta a imposição de sanções previamente definidas em um aparato taxativo e instrumento de pacificação. Atualmente, o exercício punitivo do estado se justifica não somente pelo anseio de pacificação social, como também a busca da harmonia nas relações individuais e coletivas. Juarez Cirino dos Santos (2014) traz o aclamado discurso contemporâneo: “o Sistema de Justiça Criminal, operacionalizado nos limites das matrizes legais do Direito Penal, realiza a função declarada de garantir uma ordem justa, protegendo bens jurídicos gerais e assim promovendo o bem comum.” (pg. 10)

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 apesar de propor que a ingerência estatal das condutas humanas através do Direito Penal, deva ser *ultima ratio*, propõe em contrapartida a potencialização da atividade legislativa, dado o grande numero de normas constitucionais pragmáticas, levando às hipóteses de criminalização. Embora existam premissas constitucionais que teoricamente asseguram proteção do cidadão frente às arbitrariedades punitivas do Estado, é gritante a influencia da mídia e do senso comum na construção de um Direito Penal máximo,

incondicionado e ilimitado. Nota-se um sistema penal excessivamente severo e incerto no constante a imprevisibilidade das condenações e penas.

Tem se verificado no país um maior rigorismo por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, já que estão buscando no Direito Penal um instrumento para oprimir as classes sociais mais vulneráveis, onde se encontram indivíduos excluídos do Estado de bem-estar social, mas que vez ou outra servem de alvo para o Direito Penal na construção de Inimigos a partir de uma política criminal que seleciona os seus. Em razão disso o Direito Penal vem sofrendo ao longo dos anos um debate extenso sobre a manutenção ou mudança do seu paradigma.

Nota-se que ao passo que o Estado busca passar um novo papel com adequação aos valores constitucionais, tentando solucionar o crime por meio da justiça social, existe na verdade uma tendência de um Direito Penal expansivo, repressivo que vem flexibilizando as regras do estado social e suprimindo garantias politico-criminais dos delinquentes, um total espelho da teoria do Direito Penal do Inimigo trazida por Jakobs.

A respeito disso, Lenio Streck leciona:

No Brasil, o panorama do direito penal e processual penal aponta para o fato de que parcela considerável dos juristas brasileiros tem assumido uma postura paradoxal [...] de um lado, o establishment – representado por setores governamentais (não há mudança de postura nos diferentes governos nas últimas décadas) e aqueles oriundos da comunidade jurídicos historicamente encarregados de conduzir as —reformas penais-processuais – dar uma resposta às queixas contra a impunidade [...] e, de outro, promove-se um discurso conciliador, —adaptado à falta ou precariedade de recursos penitenciários e aos reclamos dos setores minimalistas do direito penal. Busca-se assim, —contentar os dois setores mais expressivos do direito penal pátrio<sup>198</sup>. (grifos do autor) (STRECK, 2007, pg. 75)

Na realidade, o Estado brasileiro vem adotando estratégias repressivas e punitivistas o que explica a expansão do Direito Penal na busca pela segurança da Nação. É neste cenário que o Poder Executivo insiste em trazer políticas públicas imediatistas para o combate a criminalidade, enquanto o Poder Legislativo, assim como discutido anteriormente, atrela isso à produção reiterada de leis penais que atendem ao clamor social. De acordo com a demanda da sociedade pedindo que

algo seja feito em relação ao crime para que assim seu patrimônio seja protegido, almeja-se que criminosos sejam controlados e forma cada vez mais eficiente e punidos de forma sempre mais severa, acreditando estar na letra da lei a raiz do problema.

Os políticos têm preferido trilhar o caminho mais fácil, optando por segregação punição em vez de inculcar controles sociais, de regular a vida econômica e de desenvolver políticas que propiciem a inclusão e integração social. Se as sociedades pós-modernas devem acalentar os ideais de democracia [...] elas precisarão assegurar que a regulação moral e o controle social sejam estendidos [...] e não mantidos apenas no âmbito de criminosos. (GARLAND, 2008, pg. 427)

.O Estado tem orientado suas práticas de repressão à criminalidade por meio de uma política com pouca tolerância, onde por consequência suprime direitos e garantias do cidadão, resta o questionamento: seria o problema da sociedade pós-moderna a crise de legitimação do Direito Penal? Na verdade, os padrões de funcionamento do sistema penal passaram por alterações quanto ao aumento e endurecimento do Direito Penal, seja por mudanças legislativas, ou por atuações exageradas das agências policiais frutos do apelo midiático por respostas imediatas.

A reação imediatista do estado se assegura no fato de que o delinquente no Brasil tem rosto e classe sociais predefinidos por meio de opressão penal. Seria ilusão acreditar em um direito Penal Racionalista, pois hoje a intervenção penal fundamenta-se no perigo de pessoas específicas trazendo a tona o Direito Penal do Autor que aqui tratamos como Direito Penal do Inimigo. Zaffaroni deixa claro:

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, [...], morador de favela, próximo do tráfico de drogas, [...] portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda [...]. Não merecem respeito ou trégua, são os sinais vivos, os instrumentos do medo e da vulnerabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados. Quem ousar incluí-los na categoria cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado. (ZAFFARONI, 2013, pg. 198)

O Estado brasileiro se mostra incapaz de cumprir com o que promete enquanto Estado Democrático, pois a intervenção penal ligou-se a um processo de seletividade que enseja a negação de direitos ao ser perigoso, provocada por

agentes que perfazem isso como normalidade constitucional. Na sociedade complexa em que vivemos em razão da criação de novas demandas e novos bens jurídicos onde se flexibiliza tipos, insere-se novas figuras penais, antecipa-se tutela penal, resta tudo justificado pela sensação de insegurança desencadeando a caracterização de uma “sociedade de risco”.

O resultado dessa cultura é a reprodução da ilegitimidade política da segurança pública do Estado brasileiro, que rotulam como inimiga parcela da população, a fim de justificar uma atuação penal violenta, seletiva e opressora ainda que incompatíveis com a atual configuração de Estado Democrático de Direito. Se a Carta Magna possui um caráter social e garantista é necessário que o ordenamento jurídico adeque-se ao modelo de Estado por ela instituído, mas isso não condiz com a realidade do Sistema Penal.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo descreve muito bem esta realidade, ainda que em alguns pontos, porém gravemente contrários ao que preconiza um Estado Democrático de Direito. Há a necessidade de um ajuste do Direito Penal para compatibilizar com a teoria política correspondente ao nosso país, para que assim haja a firmeza dos princípios base impostos pela nossa Constituição Federal de 1988.

### 3.1 Os Inimigos da sociedade

Verifica-se na atualidade uma necessidade social de extinguir o mal por meio do Direito penal, ao passo que se exige do Estado uma segurança a todo custo reproduz-se um direito penal específico para um determinado tipo de pessoa, já em 1944 previa Mezger:

O "estranho à comunidade" era aquele que, —por sua personalidade ou por sua forma de conduzir a vida, especialmente por seus extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter, era incapaz de cumprir, com suas próprias forças, as exigências mínimas da comunidade do povo. (MEZGER, 2013, pg. 107)

Nesse passo, no momento em que o Estado determina um Inimigo, deixa de lado o *status* de pessoa e em consequência disso, não é mais tratado como sujeito detentor de direitos e garantias fundamentais. O processo de formação do estereótipo “Inimigo” e o tratamento ofertado justificam-se pela ideia que ao ignorar

as regras estabelecidas no contrato social, tornam-se tão perigosos e ofensivos possuindo chances mínimas de melhoramento, não fazendo sentido então trata-lo como uma pessoa cidadã e de direito.

Segundo Jakobs (2010) o inimigo da contemporaneidade é o terrorista, traficante de drogas, traficante de armas e de seres humanos, membros do crime organizado, ou seja, o delinquente de elevada periculosidade que segundo o ordenamento deve ser submetido à construção jurídico-criminal de Inimigo. Desta feita, o Direito Penal do Inimigo quando pune o autor em razão da sua identidade subjetiva, tem um caráter totalmente discriminatório. Acredita-se que esta imagem é construída pela mídia e poderes constituídos através de ideias retóricas de combate ao aumento da criminalidade.

Assim, para criar um "bom inimigo", devemos ser capazes de convencermos-nos de que: (1) eles são a causa de grande parte de nossos problemas; (2) eles são intrinsecamente diferentes de nós, inerentemente demoníacos, malvados etc. Esse processo de ressentimento e desumanização nos permite separá-los do resto da humanidade (nós), mas também permite nos enrobustecermos para lidar com a instância especial de uma ameaça. (YOUNG, 2010, pg.354)

Essa construção feita pela mídia e poderes institucionalizados dá um rosto ao Inimigo da contemporaneidade gerando um populismo punitivo. Visto que, quando o Estado fragiliza-se os inimigos criados por eles concentram, ao olhar da nação como o centro de todos os males da sociedade. Ocorre a ampliação do sistema punitivo fortalecendo o dogma da pena como solução para a neutralização daquele inimigo, o que é incompatível com a conformação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

A criminalização vem sendo entendida como um instrumento nas mãos da classe dominante para oprimir a dominada, constituindo o criminalidade partindo de um processo seletivo fundamentado em estereótipos e preconceitos guiados principalmente por fatores socioeconômicos. Considerando isso, o Direito Penal que elege o criminoso em razão destes fatores atua direcionado ao Autor e não ao Fato assim como preceitua o Direito Penal do Inimigo. Dizer que ocorre um domínio entre classes significa observar uma lógica discriminatória onde o Direito penal é direcionado para aqueles tidos como subversivos à lógica dominante.

A seletividade que constrói modelos de Inimigos pela política criminal é apoiada por meios de comunicação em massa, na busca pela justificativa e legitimidade de uma prática penal seletiva e opressora, que dá um rosto claro e bem definido aos problemas do sistema penal, punindo assim, de forma antidemocrática e ilegítima o agente. Restam nivelados os crimes através das estruturas de classe sociais ao considerar o delito como um rótulo, preconiza Baratta:

A principal variável da desigual distribuição do status de delinquente parece ser indubitavelmente, à luz das recentes pesquisas, a posição ocupada pelo ator potencial na escala social. As possibilidades máximas de serem selecionadas para fazer parte da "população criminosa" aparecem concentradas nos graus mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). Sua posição precária característica no mundo do trabalho (desemprego, subemprego, ausência de qualificação profissional) e os defeitos de socialização familiar e escolar, que são considerados como causas da criminalidade por parte da criminologia positivista, apresentam-se mais como variáveis, através das quais se imputa o status de criminoso. (BARATTA, 1982, pg. 18)

Inegavelmente o crime encontra-se em todas as classes sociais, mas se o sistema penal brasileiro punisse a todos que cometem crimes não ocorreria a estigmatização de grupos sociais já vulnerados pelas regras sociais capitalistas e as desigualdades latentes. Como muitos não serão punidos, por serem protegidos pela cifra negra, os poucos receberão a rotulação imposta restando sua única opção de manifestar sua incapacidade de ater-se ao convívio social.

Sempre se espera ética e racionalidade do Estado no que consta o tratamento aos problemas humanos, mas não se deve ignorar o fato que momentos de emergência trazem consigo o risco de ações equivocadas. Não se pode haver o abandono total do princípio do Estado de Direito fundado na Dignidade Humana e Legalidade. O Direito Penal do inimigo é carente de fundamentos nos valores e respeito contra a ingerência punitiva estatal. Cabe salientar ainda, que o Estado- a partir da Constituição Federal de 1988- não tem mais a faculdade de agir como bem entende, pois os cidadãos devem ser reconhecidos como sujeitos de direitos não sendo sonegados pela ação Estatal. Existe um limite não negociável, em que a atuação do Estado frente ao poder punitivo deve fazer valer o seu próprio limite.

Apesar de todo o aparato constitucional, o Sistema Penal brasileiro tem se apoiado em critérios seletivos criando inimigos sociais. Vale salientar que a Constituição Federal de 1988 nasce a partir de um processo de redemocratização depois de longa ditadura militar onde o Brasil experimentou um Estado de Exceção, caracterizado por desrespeito aos direitos humanos e autoritarismo. Foi frente a isso tudo que nasceu o texto constitucional, determinando um modelo de Estado democrático e garantidor de direitos individuais e coletivos.

A realidade brasileira, contraditória e conflitiva, se caracteriza por desigualdades sociais, regionais e setoriais; por situações de misérias que negam o princípio da igualdade formal perante a lei e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais (...) por uma violência urbana desafiadora da ordem democrática e oriunda dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão cotidiana se converteu na única possibilidade de sobrevivência (...) e por um sistema legal fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade, dada a profusão de regras editadas para casos conjunturais. (FARIA, 2014, pg. 25)

Todos esses fatos estão ligados a preconceitos que recaem na própria identidade do indivíduo, distanciando-o das relações sociais como pessoas “normais”, desconstruindo a possibilidade de demais atributos serem reconhecidos pelo sistema. Constrói-se uma personalidade de desviante e Inimigo e, em razão desta desigualdade o Sistema Penal opera uma vulnerabilidade em cada uma dessas pessoas visto que pende sobre elas: violação de garantias, revisão de conceitos, valores democráticos e supressão da dignidade humana.

Além da incidência da seletividade do Sistema Penal, ainda existe a discricionariedade que converte uma norma de forma elástica às mudanças sociais, levando ao efeito de indeterminação judicial, já que permite ao juiz agir de forma mais incisiva ao cidadão. Essa discricionariedade negativa leva o julgador ao julgamento da pessoa do Acusado e não o delito praticado, e sem dúvida atendendo a clamores que agradam certa classe. Há tempos se observa, no contexto brasileiro, o discurso da igualdade e racionalidade no sistema penal, porém conforme aponta Alessandro Baratta (2011) a desigualdade no Brasil surge a partir de um “garantismo aplicado à moda brasileira”, onde para os pobres estão os modelos autoritários e relativização de garantias e para os ricos todo o aparato constitucional do modelo garantista.

O uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil (através do uso da "pimentinha" e do "pau-de-arara" para fazer os suspeitos "confessarem"), as execuções sumárias e os "desaparecimentos" inexplicados geram um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado [...] Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a "subversão interna" se disfarçou em repressão aos delinquentes. (WACQUANT, 2004, pg. 5)

Em uma sociedade assolada pelo risco global, a segurança passa a forma de pretensão social impondo ao Estado e, particularmente, o Direito Penal, uma resposta à questão da criminalidade. É no sistema penal que a nação encontra a força para exterminar o mal, surgindo por sua vez uma série de tensões sociais. Cancio Meliá (2012) observa o nascimento de um Direito Penal com efeitos simbólicos, em uma linhagem de Direito Penal do Inimigo fazendo referência ao papel de determinados agentes políticos que apenas objetivam punitivamente dar a impressão tranquilizadora, em uma atitude populista.

Selecionam-se os Inimigos, necessariamente entre pessoas de classes inferiores ou por pertencerem a uma raça específica, sendo submetidos a uma ilusória imparcialidade do Judiciário e, ainda à discricionariedade do juiz que o faz, muitas vezes, devido a sua condição profissional. Desta forma, o rótulo de Inimigo é formado no Sistema Penal Brasileiro pelas contradições e disjunções existentes entre as alternativas do esboço normativo constitucional.

As soluções penais, ao contrário do que deveriam não enfrentam as reais causas da marginalização e seletividade, na verdade agravam os conflitos sociais ao exercerem algum poder punitivo longe de qualquer legalidade. Constituindo um comportamento que legitimado pelo poder discricionário, tem se negado a realizar qualquer esforço em face do caráter seletivo do direito penal, se orientando não pelo dano causado mas pela vulnerabilidade social e racial dos criminosos. É necessário, acima de tudo, levar em consideração que adotamos um sistema jurídico embasado no princípio da igualdade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal do Inimigo surge com uma resposta punitiva da pós-modernidade, onde se impõe um tratamento jurídico diferente entre o “Inimigo” e o cidadão fundamentando-se na premissa de que o Direito Penal do Cidadão é ineficiente para ser ofertado àquele que recusa a vigência do Sistema. São permitidas exacerbadas medidas de repressão ao inimigo, como a relativização de certos direitos fundamentais.

Sabe-se que os direitos fundamentais tutelam os elementos que são essenciais à pessoa, sem estes não se concebe sua própria existência. Assim, sua retirada do hostil implica a negativa da própria condição de pessoa do considerado inimigo. Além disso, tais direitos possuem sua origem na proteção da pessoa frente ao Estado, não se podendo atribuir ao próprio Poder Público, embora que embasado em uma maior repressão aos inimigos, à possibilidade de suprimir livremente tais garantias.

A contundência da atuação punitiva deve ser ponderada dentro de um Direito Penal único, qual seja “do Cidadão”, observadas as garantias fundamentais de forma igual para todos os sujeitos. O critério que diferencia o tratamento punitivo através de características pessoais do inimigo direciona-se ao Direito Penal do autor e não do fato. Esse critério é revestido totalmente de caráter genérico com livre escolha do Estado e, ainda não baseado em uma razoabilidade do caso concreto juntamente pela não promoção dos direitos fundamentais.

Para o Estado é mais fácil tratar o individuo de modo diferente, em troca de cumprir aquilo que é finalidade da pena. Pois, sabe-se que esta tem dupla função seja punir o criminoso e prevenir a prática do crime, porém deva ser pela reeducação e intimidação coletiva. Todavia, é triste reconhecer que a finalidade da pena só existem em livros e na letra da lei, onde na realidade observa-se estabelecimentos prisionais enquanto verdadeiras escolas do crime. A preocupação do Estado não deve ser a criação de novas leis de tratamento mais rígido, mas o cumprimento das já existentes. Necessita-se de um enfoque na prevenção de novas condutas e principalmente na ressocialização do preso, pois sem tentada a humanização do delinquente pouco se pode julgá-lo como incorrigível.

Através da pesquisa realizada no tocante aos dados da criminalidade no Brasil, notou-se que nos municípios mais violentos concentram os piores índices de desenvolvimento humano. Lugares assolados pela ausência de uma educação, saúde, condições de trabalho e moradia dignos, é inegável concluir que fechar os olhos para os fatores sociais que influenciam a criminalidade presente na sociedade é fadar o povo a estagnação de políticas criminais que visam responder de forma imediata ao apelo da insegurança, mas que pouco se solidifica perante a ineficiência de um sistema complexo que é um país.

Mesmo parecendo clichê, a história da humanidade mostra claramente que apenas a educação tem o poder de diminuir significativamente a criminalidade e violência de um país. Encontra-se aqui o objetivo principal de qualquer governo, devendo ser repensada a problemática gritante da seletividade que assola o sistema prisional e a sociedade como um todo. Os números alarmantes do aumento da criminalidade trazem a tona que a solução da criminalidade não está na severidade das normas, mas na busca para a solução de problemas quais sejam sociais ou de infraestrutura.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Dogmática penal, passado e futuro do modelo integral da ciência penal.** In Revista de Direito Penal – órgão oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. N.31/janeiro-junho/1981.Forense: Rio de Janeiro:1982.

BRASIL. Constituição Federal, 1988

BRASIL. Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)

BRASIL. Lei nº 9.034/95 atual Lei nº 12.850/2013(Lei do Crime Organizado)

BRASIL. Lei nº 9.614/98 ( Lei do Abate)

BRASIL. Lei nº 10.792/03 (Regime Disciplinar Diferenciado)

FARIA, José Eduardo. **A Crise do Judiciário no Brasil.** In: LIMA Jr., Jayme Benvenuto et al. (orgs).Independência dos Juizes no Brasil: Aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: Gajop, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos.** 6ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

GARLAND, David. **A cultura do controle – crime e ordem social na contemporaneidade.** Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, out./2004.

GOMES, Luís Flávio. Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDG-8395-4372-8A33-DA8DD393B795}\\_terrorismo-luiz-flavio.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/{3971CBDG-8395-4372-8A33-DA8DD393B795}_terrorismo-luiz-flavio.pdf)>.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HABIB, Gabriel. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos**. Impetus; Edição: 1ª (1 de dezembro de 2015)

INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA. **Atlas da Violência: retratos dos municípios brasileiros**. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190802\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019\\_municipios.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190802_atlas_da_violencia_2019_municipios.pdf)

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Gunthe. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional/ Gunther Jakobs**; tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. – Barueri, SP: Manole, 2003.

LUHMANN, Niklas. **O Conceito de Sociedade**. ed. IV, p.83. Ecco Homo. Apud VARGAS, João P. F. Domingues de, O Conceito de Sociedade em Niklas Luhmann – A Sociedade como Sistema Omnicomprensivo, Minas Gerais, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el derecho penal de su tempo. **Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo**, 4ª Ed. Valência, 2003 apud ZAFFARONI, Eugênio Raul. O inimigo no Direito Penal. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 6ª Ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SILVA SANCHES, Jesus-Maria. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rosseau – **a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**. In: STRECK, Lenio Luiz. et al. (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo.: o <<progresso ao retrocesso>>**. – (Monografias) ISBN 978-972-40-4273-2. 2010

YOUNG, Jock. Merton com Energia, Katz com Estrutura: **A Sociologia do Revanchismo e a Criminologia da Transgressão**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 87. p. 344. Nov/2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A questão criminal**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.