

# NOVOS RUMOS DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Otávio Binato Júnior<sup>1</sup>, Gabriela Sanchez Ribeiro<sup>2</sup>, Honorato Gomes de Gouveia Neto<sup>2</sup>.

O presente trabalho busca investigar a relação entre o fim do modelo do Estado Social e o advento do Estado Penal, tendo este como representante maior de seu sistema punitivo, a teoria do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs. O trabalho analisa esta mudança tanto pela via institucional, centrada na alteração das instituições e formas de atuação do Estado (manutenção dos serviços essenciais, como saúde, seguridade social, educação, previdência), bem como a expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais, quanto pela vida da sociedade, com a passagem de uma “sociedade da inclusão” para uma “sociedade da exclusão”, verificando os reflexos deste novo modo de vida na cultura, notadamente no que se refere às alterações do sistema punitivo daí decorrentes, como o aumento do punitivismo e a expansão de um Direito Penal de caráter simbólico e populista. Por fim, buscamos analisar a teoria do Direito Penal do inimigo em seus aspectos fundamentais, tais como pressupostos filosóficos e sociológicos, suas principais características, bem como as críticas que vem recebendo da doutrina, assim como o estágio atual do Brasil em relação aos seus paradigmas.

**Palavras-Chave:** Direito Penal do Inimigo. Estado Penal. Estado Social.

The present paper aims to investigate the connection between the end of the Welfare State and the rising of the Penal State, which has as the supreme representative, the “Enemy Criminal Law” theory of Günther Jakobs. The paper analyses this changing by the institutional paths, focused on the changes of the State performance (essential services as health, social insurance, education) as well as the Criminal Law expansion in the post-industrial societies. This paper analyses also the changes in the social pattern of evolution from an “inclusive society” to an exclusive one, verifying the consequences of this new way of life in the culture, mostly which one refers to the modifications of punitive system that occurs, as the growing of punitivism and the expansion of symbolic and populist punishment. In the end, we search to analyze the “Enemy Criminal Law” in its constitutive elements as philosophical and sociological arguments, its most important characteristics, as well as the criticisms of the doctrine and at the same time Brazil’s nowadays stage in relation to its paradigms.

**Keywords:** Enemy Criminal Law. Criminal State. Welfare State.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor de Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal do ITPAC. Av. Filadélfia, 568; Setor Oeste; CEP: 77.816-540; Araguaína-TO. Email: otaviobinato@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Graduados em Direito pelo ITPAC. Analistas Ministeriais do Ministério Público do Tocantins. Emails: htinha\_bizinha@hotmail.com, h\_neto130@hotmail.com.

## 1. O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SEUS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

A expressão "Direito Penal do Inimigo" foi apresentada pela sua primeira vez por Günther Jakobs numa palestra em Frankfurt em 1985, na qual ele assumiu uma posição crítica acerca de tal teoria, alertando dos riscos da adoção da mesma. Em 1999, Jakobs já tratou da Teoria do "Direito Penal do Inimigo, de uma maneira mais flexível no sentido de aceitá-la (PRITTWITZ *apud* BONHO, 2006, p. 05).

Segundo Binato Júnior (2007, p. 121) em 2003, Jakobs apresenta um estudo sobre o Direito Penal do Inimigo, defendendo a adoção de tal modelo de modo ávido, "*no contexto de guerra entre as nações civilizadas e as nações terroristas*".

Frise-se que em 1985, a temática não ganhou muita repercussão. Somente a partir de 1999, é que a Teoria do Direito Penal do Inimigo ganhou força e adeptos, refletindo na legislação de vários países os seus principais contornos. Isso ocorreu devido à mudança de pensamento social, que passou a buscar meios de combate para os efeitos gerados desde a queda do comunismo (1989) até os recentes atentados terroristas ocorridos no plano internacional na presente década (JESUS, 2005, p. 01), mormente o de 11 de setembro de 2001 (Nova Iorque), sem dúvida, o mais marcante e decisivo.

Carvalho (p. 01) diz que, para fazer frente a esse novo tipo de criminalidade, o terrorismo que vitima em maior escala a Europa e os EUA, começou a surgir manifestações de um novo paradigma penal com a formulação de teorias, na tentativa de legitimar a "*perseguição e a punição implacável dos protagonistas*", mercedores de uma punição bem mais severa.

Jesus (2005, p. 02) aduz que Jakobs, ao propor a Teoria do Inimigo no Direito Penal, ele coloca duas tendências em lados opostos, mas que partilham de um mesmo plano: o Direito Penal do Inimigo e o do Cidadão, cabendo a este a função de eliminar perigos, e àquele a "*tarefa de garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade*".

Os estudos sobre a inserção da figura do inimigo no Direito Penal encontram fundamentos na teoria do "contratualista" do Estado de Hobbes

(2004) e Kant (1936), que há muito tempo elaboraram seus conceitos de inimigos, proclamando que o indivíduo transgressor do contrato social (delinquente) deveria ter a sua condição de cidadão suprimida, passando então, a figurar como inimigo (BONHO, 2006, p. 04).

Impende trazer a lume, a lição de Jesus (2005, p. 02-03), no que tange à diferenciação nas proposições de Hobbes e Kant sobre a categoria do inimigo:

Para Hobbes, o delinqüente 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".

Kant admitia reações "hostis" contra seres humanos que, de modo persistente, se recusassem a participar da vida "comunitário-legal", pois não pode ser considerada uma "pessoa" o indivíduo que ameaça alguém constantemente.

Malgrado a doutrina de Jakobs encontra arrimo na filosofia de Kant, é em Hobbes que ela se identifica com maior força. Hobbes via o inimigo como aquele que rompe com a sociedade civil e volta a viver em "estado de natureza", que para o filósofo é o estado de guerra, que, como é sabido tem o condão de visualizar ou criar figuras inimigas e legitimar uma série de atentados aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (BONHO, 2006, p. 06). Basta pensar de modo analógico que, a Constituição da República legitima a pena capital em casos de guerra declarada. Nas palavras do próprio Hobbes, citado por Bonho (2006, p. 06) tem-se que o estado de natureza "*é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida*".

Bonho (2006, p. 08) ao citar Hobbes conclui que se os homens resolveram se reunir em sociedade e abandonar o estado natural ou de guerra, criaram o Estado e o pacto social e tornaram-se cidadãos, "*renunciando de parte de seus*

*direitos uns aos outros e ao Estado*". Desse modo, inimigos são aqueles que *"renegam o poder do Estado"*, razão pela qual deverão ser punidos pela lei natural e não pela lei civil.

Hobbes *apud* Bonho (2006, p. 09) ainda vai mais longe quando diz que não importa a situação de inocente ou culpado do indivíduo, bastando a condição de inimigo para justificar os danos causados a esse indivíduo, em benefício do Estado constituído.

Fora toda a fundamentação na filosofia de Kant e Hobbes, Cancio Meliá e Jakobs (2003, p. 57-65) aduzem que o Direito Penal do Inimigo como é hoje o defendido por Jakobs, resulta, outrossim, da soma de fatores como a expansão do Direito Penal, do surgimento do Direito Penal Simbólico e do ressurgir do punitivismo e da neutralização, aliado aos fatores circunstanciais que atingem o atual estágio de expansão do Direito Penal da pós-modernidade, já elencados no início deste trabalho.

No dizer de Damásio Evangelista de Jesus (2005, p. 04), o Direito Penal do Inimigo, segundo o próprio Jakobs, funda-se filosoficamente em três alicerces, que também lhe conferem legitimidade, quais sejam:

- 1) o Estado tem direito a procurar segurança em face de indivíduos que reincidam persistentemente por meio da aplicação de institutos juridicamente válidos (exemplo: medidas de segurança);
- 2) os cidadãos têm direito de exigir que o Estado tome medidas adequadas e eficazes para preservar sua segurança diante de tais criminosos;
- 3) é melhor delimitar o campo do Direito Penal do Inimigo do que permitir que ele contamine indiscriminadamente todo o Direito Penal.

## 2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO SEGUNDO JAKOBS

Como já foi dito no item anterior, Jakobs advoga a existência de dois tipos de Direito, um voltado para o cidadão e outro voltado para o inimigo. Embora haja a separação do Direito Penal, os dois convivem no mesmo plano, não podendo ficar isolados. Segundo Jakobs (2005, p.

21) *"não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de um só contexto jurídico-penal"*.

O Direito Penal do Cidadão coloca o cumprimento da pena, ainda que coativo, como a forma de restabelecimento da ordem jurídica violada pelo cidadão quando da prática do fato delituoso, impondo ao Estado o respeito à dignidade da pessoa do cidadão dentro do Estado de Direitos, mesmo tendo este cometido um ato ilícito - fato considerado normal pelo Direito Penal do cidadão (JAKOBS, 2005, p. 32-33).

Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo foi construído para tratar de pessoas que manifestam comportamentos delituosos mais graves, tais como: os crimes sexuais, a criminalidade econômica, o tráfico de drogas, a criminalidade organizada e o terrorismo. O sujeito ativo desses tipos penais, no dizer de Jakobs (2005, p. 31) *"se afastou, 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"*, e por este motivo deverá ser considerado como inimigo, isto é, uma não-pessoa, pois para Jakobs (2005, p. 32) é um *"indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa"*.

Segundo a Teoria do Inimigo no Direito Penal, indivíduo e pessoa são entes diferentes, já que aquela é natural, enquanto esta está envolvida com a sociedade e com a cultura, tornando-se um sujeito de direito e obrigações juntamente com a coletividade, o propicia a manutenção da ordem. Jakobs (2005, p. 22-24) leciona que quando do cometimento de um delito, ao cidadão é previsto o devido processo legal que resultará numa pena como forma de sanção pelo ato ilícito cometido. Ao inimigo o tratamento é diverso, a ele o Estado atua pela coação, a ele não é aplicada pena e sim medida de segurança, já que representa um perigo a ser vorazmente combatido.

Aliás, é no grau de periculosidade do agente que reside à caracterização do indivíduo como inimigo, contrapondo-o ao cidadão que, apesar da conduta delitiva, não representa risco à efetiva aplicação da lei penal e à ordem jurídica como um todo. No Direito Penal do Inimigo a punibilidade avança para o âmbito interno do

agente e da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a atos futuros, perfazendo-se, segundo Cancio Meliá (2005, p. 80), um direito do autor e não fato.

Essa penalização dos atos preparatórios da conduta penal não executada é reflexo da Teoria do Direito Penal na Sociedade dos Riscos, amplamente caracterizada alhures. Prittwitz por Binato Júnior (2004, p. 112) proclama que *“o Direito Penal do Inimigo nada mais representa que a consequência fatal de um Direito Penal do Risco que desenvolveu-se na direção errada”*. Jakobs apud Bonho (2006, p. 11) afirma que *“o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo”*.

Nas palavras de Silva Sánchez (2002, p. 149) o inimigo seria aquele que abandona o Direito de um *“modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental”*, isto é, *“alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio da sua conduta”*. Nesse compasso, Bonho parafraseando Silva Sánchez (2006, p. 12) afirma que o trânsito do cidadão ao inimigo se dá pela integração em organizações criminosas bem estruturadas, mas, além disso, se dá também, pela importância de cada ato ilícito cometido, da habitualidade e da profissionalização criminosa, de forma a manifestar concretamente a periculosidade do agente.

O atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 (Nova Iorque) é usado por Jakobs para ilustrar sua tese, como exemplo típico de um ato terrorista. Dessa forma, o autor afirma que o delinqüente por tendência não pode ser tratado como um cidadão que age erroneamente, pois o mesmo está intrincado numa organização criminosa colocando em perigo a legitimidade do ordenamento jurídico pelo fato de rechaçá-lo e não se adaptar a ele, razão pela qual não mais merecem as garantias individuais de um Processo Penal (pois as garantias são apenas para os cidadãos). Assim, *“quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturarem os conceitos de guerra e processo penal”*. Com estas afirmações, Jakobs sustenta que a separação entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo visa proteger a legitimidade do

Estado de Direito, certamente voltado para o cidadão (JAKOBS, 2005, p. 30-37).

Nas palavras de Damásio Evangelista de Jesus (2005, p. 09), reafirmando tudo o que já foi dito até aqui, tem-se que o inimigo é todo aquele *“que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, apontando como exemplo maior a figura do terrorista”*. Isto é:

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.

Jakobs apud Bonho (2006, p. 07) defende o Direito Penal do Inimigo afirmado que:

O Estado tem o direito de procurar a segurança frente aos inimigos, sustentando que a custódia da segurança é uma instituição jurídica. E argumenta que os cidadãos têm o direito de exigir do Estado as medidas adequadas a fim de fornecer esta segurança. Portanto, o Estado não deve tratar o inimigo como pessoa, pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Sob essa perspectiva do parâmetro de *“não pessoa”* atribuído ao inimigo, Prittwitz apud Binato Júnior (2004, p. 112) bem sistematiza o pensamento do pai da Teoria do Direito Penal do Inimigo, Jakobs (2005, p. 32):

Considera ainda, cada vez mais difícil fazer-se a distinção do Direito Penal do Inimigo, da guerra civil, ou mesmo da guerra em si, pois o inimigo estatal, como em uma autêntica guerra, já é dado de antemão, e é exatamente para ele, que se voltam todas as baterias do sistema penal. Temos, pois, um Direito que o Estado utiliza-se, não para confrontar seus cidadãos, mas seus *“ex-cidadãos”*, agora na condição de inimigos. Para o referido autor as consequências penais, não são difíceis

de se prever, pune-se antes, e mais rigidamente (pois assim se punem os inimigos), além da liberdade de expressão, bem como as garantias processuais são sumariamente descartadas. Prittwitz deixa bem claro que Jakobs assevera que, todo aquele que se comporte como inimigo, também merece ser tratado como inimigo, portanto, **não como pessoa** (grifo nosso).

Silva Sánchez (2005, p. 150) ao expor sobre a legitimidade do Direito Penal proclama que ela somente pode *“se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência”*, apesar de crer que o do círculo do Direito Penal dos inimigos *“tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer”*.

O raciocínio é bem simples: para os inimigos que põem em risco a ordem jurídica e afrontam as regras do Estado, será reservado um complexo de normas penais, postergadoras dos direitos fundamentais da pessoa humana. Em resumo, nas palavras de Inácio Belina Filho (2005, p. 02) infere-se que:

O que denota que o inimigo do Estado deveria ser condenado, sumariamente, sem contraditório, ampla defesa, devido processo legal, ou quaisquer outros preceitos ínsitos a dignidade humana. Aliás, os difusores dessa vertente do Penal e Processual, liderados pelo alemão Gunther Jakobs, chegam ao absurdo ao afirmarem que os inimigos não merecem a incidência dos direitos e garantias fundamentais, pois, não são serem humanos. Esse discurso simplista está se irradiando pelo mundo afora, provocando polêmica e infelizmente ganhando adeptos.

Por derradeiro, cabe trazer as principais premissas do Direito Penal do Inimigo, extraídas da doutrina de Jakobs: relatividade do princípio da legalidade; aumento desproporcional de penas; endurecimento da execução penal; abolição de direitos e garantias processuais fundamentais; infiltração de agentes policiais; abuso de medidas preventivas ou cautelares; reprovação da

periculosidade do agente em detrimento da culpabilidade; seu objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um perigo; a punibilidade avança em boa parte para a incriminação de atos preparatórios; a sanção penal, baseada numa reação a um fato passado, projeta-se também no sentido da segurança contra fatos futuros, o que importa aumento de penas e utilização de medidas de segurança.

## 2.1 Direito Penal do Inimigo: uma terceira velocidade do Direito Penal?

Antes de se adentrar, plenamente, no estudo do Direito Penal do Inimigo como sendo uma terceira velocidade do Direito Penal, procurar-se-á fazer um esboço da Teoria das Duas Velocidades do Direito Penal, aceita por uma gama de penalistas, dentre eles Figueiredo Dias e Silva Sánchez, que também criticam a Teoria do Direito Penal do Inimigo e o enquadram como uma terceira velocidade de Direito Penal.

Jorge de Figueiredo Dias *apud* Binato Júnior (2004, p. 110) aduz que a divisão do Direito Penal em dois ramos ou velocidades deve ser vista como uma corrente intermediária, na medida em que aceita a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais em casos excepcionais.

Silva Sánchez (2002, p. 141-143), ao advogar a tese do Direito Penal de Duas Velocidades diz que *“não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística centro do Direito Penal sempre e quando – isso sim – as sanções previstas não fossem de prisão”*, fazendo a seguinte conclusão, a título de verificação fundamental, sobre as razões de admissibilidade da flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, sem significar ataque ao Estado Democrático de Direitos:

Por um lado, como foi sendo demonstrado, que será difícil frear uma certa expansão do Direito Penal, dadas a configurações e aspirações das sociedades atuais. Por outro lado, que a teoria clássica de delito e as instituições processuais, que por sua vez refletem a correspondente vocação político-criminal de garantia próprias do Direito Nuclear da pena de prisão, não teriam que expressar idêntica

medida de exigência em um Direito Penal moderno com vocação intervencionista e “regulamentadora” baseado, por exemplo, nas penas pecuniárias e privativas de direitos, assim como para um eventual Direito Penal da reparação”.

Mas como seriam essas tais duas velocidades do Direito Penal? Quem nos responde é o Jorge Figueiredo Dias, nas palavras de Binato Júnior (2004, p. 110):

A velocidade “clássica” seria o Direito Penal como o conhecemos hoje, com todas as suas garantias e protetor dos bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, etc...). Já a outra velocidade seria voltada ao combate dos riscos, sendo dotada de algumas das características dos funcionalistas, mas em uma versão mais “mitigada” do mesmo. Esta velocidade do risco, de acordo com Figueiredo Dias (ele próprio defensor desta teoria) dever-se-ia reger por princípios autônomos, muito embora devessem estes manter uma certa relação com o Direito Penal.

O professor Damásio Evangelista de Jesus (2005, p. 01), bem sintetiza idéia do que vem a ser a segunda velocidade do Direito Penal, indicando, ademais, exemplos na legislação brasileira. Senão vejamos:

[...] cuida-se do modelo que incorpora duas tendências (aparentemente antagônicas), a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.). No Brasil, começou a ser introduzido com a Reforma Penal de 1984 e se consolidou com a edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099, de 1995).

Expostos os delineamentos principais do Direito Penal de Duas Velocidades, importa saber por que Silva Sánchez considera a Teoria do Direito Penal do Inimigo, estudada no item anterior, como uma terceira velocidade do Direito Penal.

Na visão Silva Sánchez (2002, p. 148-150), seria aquela “na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”, características essas típicas do Direito Penal do Inimigo de Jakobs. Não se pode olvidar que a diminuição das garantias penais e processuais do Direito Penal de primeira velocidade, em alguns âmbitos e diante de casos excepcionais, é inevitável, mormente quando se leva em conta o atual estágio da política criminal nas sociedades pós-industriais, ressaltando que a terceira velocidade somente poderá ser aplicada na “abordagem de fatos emergenciais”, já que se trata de um “‘Direito de Guerra’ com o qual a sociedade diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação”.

Em resumo, deduz-se da preleção de Silva Sánchez *apud* Damásio Evangelista de Jesus (2005, p. 01-02), a existência de três velocidades de Direito Penal, sendo:

- a) Direito Penal de primeira velocidade: trata-se do modelo de Direito Penal liberal-clássico, que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis.
- b) Direito Penal de segunda velocidade: cuida-se do modelo que incorpora duas tendências (aparentemente antagônicas), a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias etc.).
- c) Direito Penal de terceira velocidade: refere-se a uma mescla entre as características acima, vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade (como o faz o Direito Penal de primeira velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (o que ocorre no âmbito do Direito Penal de segunda velocidade).

O Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), o qual prega a total exclusão dos

direitos e garantias processuais dos indivíduos classificados como “inimigos” – conforme visto acima –, nas palavras de Binato Júnior surge como uma terceira velocidade, ou um terceiro gênero, “já que combina a relativização das garantias da velocidade do risco, com a cominação de penas privativas de liberdade (reservadas à velocidade “clássica”)”.

## 2.2 Críticas à Teoria do Direito Penal do Inimigo

Malgrado, a excelente fundamentação teórica e filosófica da doutrina do Direito Penal do Inimigo, não são poucas as críticas que incidem sobre ela, todas calcadas, basicamente, na sua incompatibilidade com a vigência do Estado Democrático de Direito constituído nas democracias ocidentais pós-industriais. Passemos a analisar cada uma das críticas mais célebres à Teoria do Inimigo no Direito Penal.

Logo de início, verifica-se que a própria denominação da teoria é falha, pois já que a Carta Política outorga todos os direitos fundamentais à cidadania, seria um “pleonasm” se falar em Direito Penal do Cidadão e uma “contradição em seus termos” a terminologia Direito Penal do Inimigo (CANCIO MELIÁ, 2005, p. 54).

Sobre o conceito de Direito Penal do Inimigo usado por Jakobs, Cancio Meliá (2005, p. 70-72) destaca que, o mesmo constitui tão só a reação do ordenamento jurídico contra indivíduos perigosos, e que para tanto a reação é desproporcional e não condiz com a realidade, nem com os postulados de psicologia social e direitos humanos. Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, supõe um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua “demonização”.

É sabido e ressabido que o Direito Penal do Inimigo ofende as Cartas Constitucionais, já que esta não admite que alguém seja tratado pelo Direito como mero objeto de coação, despido de sua condição de pessoa (ou de sujeito de direitos) (JESUS, 2005, p. 03).

Esse aspecto será mais bem sistematizado em capítulo próprio mais à frente, quando se propuser uma análise da referida teoria à luz da Constituição Federal de 1988. Conde *apud* Bonho (2006, p. 11) constata a impossibilidade de

classificação de um indivíduo como pessoa ou não-pessoa, dentro de um Estado de Direito.

Damásio E. de Jesus (2005, p. 05) diz que “o modelo decorrente do Direito Penal do Inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade”, razão pela qual Cancio Meliá (2005, p. 73) declara a não efetividade da teoria do Direito Penal do Inimigo na prevenção de crimes e na garantia da segurança nacional, além de inconstitucional.

Nesse sentido, é que Bonho (2006, p. 12) ao estabelecer diferenças estruturais (intimamente relacionadas entre si) entre Direito Penal do Inimigo e Direito Penal clássico, deduz que aquele, ao contrário deste, não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas, apenas e tão somente, denomina determinados grupos de infratores.

Cancio Meliá *apud* Jesus (2005, p. 04), ao tecer críticas, ainda preceitua que “o fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do Inimigo não significa que ele possa existir conceitualmente, i.e., como uma categoria válida dentro de um sistema jurídico”.

Segundo a lição de Cancio Meliá *apud* Damásio Evangelista de Jesus (2005, p. 06), “a melhor forma de reagir contra o ‘inimigo’ é confirmar a vigência do ordenamento jurídico” argumentando que, independente da gravidade do delito cometido, “jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (cidadão)”.

Ainda arrolando críticas a tese de Jakobs, bastante esclarecedoras são as palavras de Luís Flávio Gomes (2005, p. 01-02) ao dizer que o Direito Penal do Inimigo:

Não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica “de guerra” (de intolerância, de “vale tudo” contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito; perdem lugar as garantias penais e processuais. Tratar o criminoso comum como “criminoso de guerra” é tudo que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema

(desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do "vale tudo") conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade.

Outra crítica que se deve fazer à teoria do Direito Penal do Inimigo é pelo fato de se enquadrar como um direito do autor e não um direito do fato, burlando um dos princípios basilares do Direito Penal, que é, justamente, o princípio de direito penal do fato, que prega a impossibilidade de incriminar alguém baseado em simples pensamentos ("ou atitude interna do autor") (JESUS, 2005, p. 07).

Sobre o Direito Penal do Inimigo como exemplo de Direito Penal do autor, Cancio Meliá *apud* Luís Flávio Gomes afirma:

O que Jakobs denomina de Direito penal do inimigo [...], é nada mais que um exemplo de Direito penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele "é" e faz oposição ao Direito penal do fato, que pune o agente pelo que ele "fez". A máxima expressão do Direito penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova "demonização" de alguns grupos de delinquentes, perfazendo-se em um "não Direito", que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais. Não se reprovava (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade.

Outrossim, pode-se alegar que o Direito Penal do Inimigo é uma reação do sistema jurídico, frente aos problemas sociais como os riscos do mundo pós-modernos, internamente disfuncional. Pois, "os fenômenos, frente aos quais reage o Direito penal do inimigo, não tem esta periculosidade terminal pra a sociedade como se apregoa deles". A importância dada a estes fenômenos está em que tratam-se de comportamentos delitivos

que afetam elementos essenciais e vulneráveis da identidade das sociedades, principalmente num plano simbólico. Assim, uma resposta juridicamente-funcional deveria estar na afirmação do Direito Penal da normalidade, e não na afirmação de um Direito Penal para o inimigo. Portanto, "a resposta idônea no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade" (CANCIO MELIÁ, 2005, p. 76-78).

Luís Flávio Gomes (2005, p. 02), ao impugnar os pressupostos da teoria do Direito Penal do Inimigo aduz que este "não repele a idéia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados)".

Outro ponto questionado no Direito Penal do Inimigo é o seu caráter simbólico e populista, conferido pelo Poder Legislativo ao editar leis eivadas com as características de tal teoria. Nas palavras de Luís Flávio Gomes (2005, p. 04):

É fruto, ademais, do Direito penal simbólico somado ao Direito penal punitivista (Cancio Meliá). Esse Direito penal "do legislador" é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como "produto" o tal de Direito penal do inimigo.

Um dos fundamentos utilizados por aqueles que defendem a adoção da Teoria do Direito Penal do Inimigo, é o de que os inimigos podem colocar em risco as estruturas do Estado constituído, o que é uma inverdade, já que, como diz Damásio E. de Jesus (2005, p 06) "o risco que esses inimigos produzem dá-se mais no plano simbólico do que no real".

Luís Flávio Gomes (2005, p. 02) diz que a criminalidade "inimiga" tem o condão, apenas de "afetar bens jurídicos relevantes, causar grande clamor midiático e às vezes popular, não chegando a colocar em



risco a própria existência do Estado” e de suas instituições.

Para concluir, bastante elucidativa é a crítica de Inácio Belina Filho (2005, p. 03), o qual ressalta que:

[...] o Direito Penal do Inimigo nada mais é que uma nova roupagem do Direito Penal do Terror, da idade média, e mais recentemente do Direito Penal do Autor, da Segunda Guerra Mundial. Querem combater o crime com Direito Penal. Ledo engano! Combate-se a prática delituosa com a Criminologia e a Política Criminal, no entanto, se ambos não forem eficazes, aí sim, aplica-se o Direito Penal Sancionador, como *ultima ratio*. Indubitavelmente, a adoção de um direito autoritário ou antidemocrático, nos levará ao retrocesso; a humanidade pagará caro pelas injustiças: que Deus nos tome as contas!

### 3. DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL: A INFLAÇÃO LEGISLATIVA PÓS-88

Ao analisar as legislações penais brasileiras anteriores a 1988 verificamos que existiam apenas algumas leis penais esparsas, além do Código Penal de 1940, ao passo que após 1988 há um grande aumento na produção de leis.

Podemos afirmar que um dos fatores que influenciam a proliferação de leis penais pelo Poder Legislativo é a “opinião pública” transmitida por meio da mídia que transforma casos do “dia a dia” em verdadeiras novelas dramáticas.

Nesse sentido, Kumar *apud* Cabral (2005, p.43) lança algumas observações a respeito do papel central da mídia:

*O importante papel dos meios de comunicação de massa, sobretudo na era do computador e das telecomunicações, já era apontado desde as teorias acerca da sociedade de informação. Mas lá, ao menos, eles informavam e comunicavam. Na pós-modernidade, a mídia não apenas comunica, mas constrói uma realidade*

*eletrônica, saturada de imagens e símbolos, que acabou com todo e qualquer sentido de realidade objetiva por trás dos símbolos. Não é mais possível distinguir o imaginário do real, nem o signo de seu referente, nem o verdadeiro do falso.*

Nessa mesma toada, Binato Júnior (2007, p. 98) obtempera:

[...] A violência ingressa na casa de todos os brasileiros via meios de comunicação de massa (jornais, revistas, rádios e principalmente a televisão) na forma de produto de consumo cultural (produto este cada vez mais procurado e consumido, diga-se de passagem. Deste modo, a violência e a criminalidade passam a fazer parte da vida de pessoas que nunca a vivenciaram na realidade “real”, muito embora a vivenciem diariamente na realidade “virtual”, atuando esta exposição constante à violência como simulacro/espectro da realidade. Esta disseminação da violência e da criminalidade pela sociedade acaba por aumentar de forma muito significativa a sensação de insegurança por parte da população; e uma população que se sente vitimizada (seja esta vitimização real ou imaginada) tende a ser cada vez mais complacente para com meios violentos de reação, sejam estes provenientes do Estado (tanto na forma de leis mais rígidas no Direito Penal ou na forma de uma precarização dos direitos/condições dos presos) ou por parte de pessoas/empresas privadas que se dediquem a este fim.

Segundo Kumar citado por Cabral (2005, p. 49), nas sociedades contemporâneas há um enorme estado de fragmentação, pluralismo e individualismo, devido às transformações no trabalho e à queda das culturas locais e individuais. Em razão dessa fragmentação da sociedade aumenta-se o sentido de insegurança do indivíduo, nas palavras de Juliana Cabral (2005, p. 50):

*A realidade fragmentada e sem substância produz homens fragmentados, vazios e inseguros. A economia global impõe um padrão de flexibilização das leis trabalhistas, o que destrói a ideia de estabilidade no emprego. A catástrofe ecológica é algo que se mostra iminente. Os espetáculos televisivos exibem 'shows' de violência em delitos toscos. Os riscos da sociedade virtual e o seu caráter imprevisível produzem uma sensível insegurança no ser individual.*

Como bem adverte Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2008, p. 2):

*As transformações operadas na realidade social contemporânea diante do fenômeno da globalização econômica e do avanço tecnológico trazem em seu bojo a reocupação cada vez mais crescente com novas formas de criminalidade, ínsitas à sociedade de risco que se configura. Neste contexto, tornou-se "senso comum" no discurso jurídico-penal brasileiro contemporâneo a afirmação de que a intervenção penal pautada na teoria "clássica" do delito mostra-se obsoleta e, portanto, incapaz de fazer frente às novas formas assumidas pela criminalidade, dado que cada vez mais, nas sociedades modernas, surgem interesses difusos, muitos deles intangíveis, a reclamar proteção do Estado.*

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, embora pareça incontroverso diante da enorme gama de direitos e garantias constitucionais elencados para limitar o poder estatal, houve uma desmedida inflação legislativa em matéria criminal, até mesmo em razão dos novos valores trazidos por esta que se tornaram bens jurídicos a serem tutelados pelas legislações de natureza penal.

Antes de darmos início à análise das novas legislações penais pós-1988, cabe apontarmos a ressalva trazida por Binato Júnior (2007, p. 99):

*[...] Se o processo expansionista do Direito Penal no Brasil acompanha de perto o que ocorre na Europa e nos Estados Unidos, o mesmo não podemos dizer das garantias reais de sua justiça criminal e da estabilidade de seus valores e instituições*

*democráticas. Ocorre, segundo Azevedo, uma significativa defasagem entre a "justiça ideal", ou seja, a que encontramos na lei e na nossa constituição, e a "justiça real", aquela que se processa no dia a dia dos tribunais e dos estabelecimentos penitenciários. O acesso à justiça ainda é feito (quando o é) de forma muito incipiente, impera a desinformação da população no que concerne aos seus direitos e obrigações, a imagem de nosso Poder Judiciário é marcada pela corrupção, morosidade e ineficiência e as decisões judiciais estão bastante (e cada vez mais) comprometidas com a opinião pública (poder-se-ia dizer também com a opinião publicada). Desta feita entre o "ser" da realidade e o "dever ser" da legislação ainda temos um grande caminho a percorrer.*

Inicialmente pode-se citar a Lei nº 8.079, publicada no dia 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - criada em virtude da Comissão Parlamentar de Inquérito da Deputada Federal Rita Camata, a qual concluiu que a cidade de Recife não respeitava as crianças e adolescentes, uma vez que estes eram assassinados mais do que em países participantes de guerras. O referido diploma legal, com o pretexto de reduzir a "imputabilidade criminal do adolescente", reduz a idade para 12 anos, implantando as medidas socioeducativas para os adolescentes (12 anos completos até 18 anos incompletos) que pratiquem conduta definida como crime. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 2-3)

Logo depois, em 25 de julho de 1990, é publicada a Lei 8.072 - Lei dos Crimes Hediondos - para punir de maneira mais severa determinados tipos penais. Com isso, o sequestro que antes não tinha grandes embates, torna-se crime hediondo em razão da sequência de sequestros de ícones no país, primeiramente de Abílio Diniz, do Grupo Pão de Açúcar, o qual foi vítima de extorsão mediante sequestro e, posteriormente, Roberto Medina, do *Rock in Rio*, vítima do mesmo crime. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 3)

A redação original da Lei 8.072/90 não trazia em seu rol os crimes de genocídio e homicídio, haja vista que seu escopo inicial era

contra o crime de extorsão mediante sequestro, o qual possuía a maior pena do Código Penal. Destarte, somente após a morte da atriz Daniela Perez e de Marcos Velasco, um garoto da Capital Federal, é que a Lei nº 8.930/94 foi editada alterando o rol do artigo 1º da Lei 8.072/90, inserindo o homicídio qualificado e aquele praticado em atividade típica de extermínio, mesmo que por um só agente, como crimes hediondos. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 4-5)

A Lei dos Crimes Hediondos é um dos grandes exemplos da presença do Direito Penal do inimigo na legislação penal brasileira, uma vez que trata determinados criminosos de maneira mais rigorosa, chegando ao ponto de retirar-lhes alguns dos direitos e garantias assegurados pela Constituição.

No tópico seguinte atear-se-á mais às legislações penais específicas contaminadas pelo Direito Penal do inimigo. Desse modo, trataremos novamente a respeito da Lei dos Crimes Hediondos e os efeitos de seu tratamento diferenciado a determinados delinquentes.

Embora o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal fizesse previsão dos crimes de tortura e terrorismo desde 1988, este não encontrava definição em nenhum tipo penal, e aquele se tornou interesse do Poder Legislativo apenas quando câmeras ocultas divulgaram a violência policial no Rio de Janeiro e em Diadema-SP. Assim, em 7 de abril de 1997, é instituído o crime de tortura por intermédio da Lei nº 9.455. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 5)

Nesse passo, a edição de leis penais extravagantes, bem como a alteração dos tipos penais previstos no Código Penal, torna-se cada vez mais comum diante de acontecimentos graves ou de grande repercussão na mídia.

A esse propósito, merece ser trazido a lume o magistério de Sídio Rosa de Mesquita Júnior (2008, p. 6):

*O casuísmo continuou se fazendo presente em matéria criminal. Fatos graves, envolvendo a indústria farmacêutica, provocaram as mais diversas movimentações políticas e, naturalmente, a “solução” veio por meio da Lei n. 9.677, de 2.7.1998, a qual trouxe a seguinte ementa: “Altera dispositivos do Capítulo*

*III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos, crimes contra a saúde pública, e dá outras providências.” Ocorre que a lei deixou de dizer quais crimes contra saúde pública seriam hediondos. Essa lacuna obrigou a edição da Lei n. 9.695, de 20.8.1998, a qual inseriu no art. 1º da Lei n. 8.072/1990, os crimes do art. 273, caput, e seus §§ 1º, 1º-A e 1º-B. **Observe-se que até mesmo o legislador se perde em meio às leis que edita.** (grifo nosso)*

Diante do grande índice de corrupção no Brasil, nascem inúmeros movimentos contra o crime organizado. Em 1995, objetivando combater a corrupção dos “poderosos”, o Brasil incorpora a “operação mãos limpas” nascida na Itália, por meio da Lei nº 9.034. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 6)

Objetivando solucionar a criminalidade no país, a República Federativa do Brasil edita a Lei nº 9.613/98 – Dos Crimes de Lavagem de Dinheiro -, em virtude de ter sido classificada como a nação que tem o governo mais corrupto. Embora a Lei nº 9.613/98 não seja apta ao seu propósito, a Lei nº 10.217/01 amplia seu alcance por intermédio da alteração do artigo 1º da Lei nº 9.034/95, a qual tornou o conceito de organização criminosa tão abrangente, ao nível de torna-lhe incompreensível. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 6)

Contudo, estas leis que surgiram com o escopo de combater a corrupção e a sonegação de tributos, dois dos obstáculos à construção de um verdadeiro Estado Social no país, não possuem a efetividade necessária para solucionar a questão, uma vez que são delitos de investigação complexa, o processo penal é complicado e moroso e via de regra os que ainda são investigados, indiciados e processados terminaram impunes. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 101)

Na medida em que a mídia e as estatísticas criminais dão maior enfoque aos crimes praticados com emprego de arma de fogo, o Poder Legislativo edita a Lei nº 9.437/97, a qual posteriormente é revogada pela Lei nº 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento, que, por sua vez, traz um maior rigor aos crimes de porte e posse de arma de fogo. Ademais, com a finalidade de

solucionar as questões de violência e desrespeito aos direitos do idoso, o legislador publica a Lei nº 10.471/03 criando novas condutas criminosas. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 7)

Assim, devido à ausência de políticas de segurança pública efetivas que contribuam para maior proteção dos bens jurídicos essenciais, é manifesto o crescimento de leis como a dos crimes hediondos e a do Regime Disciplinar Diferenciado com o pretexto de solucionar os problemas da violência e do crime organizado leis, mas que na verdade não passam de simbólicas. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 101)

Nessa toada, em 21 de outubro de 1976, ante as discussões no mundo sobre psicotrópicos, é editada a Lei nº 6.368 que disciplina acerca das questões referentes aos psicotrópicos. No decorrer dos anos esta lei ficou totalmente desgastada, em virtude das fortes críticas que sofreu. Logo, foi publicada a Lei nº 10.409/02 com a finalidade de substituir a Lei nº 6.368/76, porém somente a inovou no que se refere à questão processual, sendo a parte material vetada, o que acarretou em novas críticas perante a existência simultânea das duas leis, levando à edição da Lei nº 11.343/06. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 8)

A história de Maria da Penha, a mulher vítima de tentativa de homicídio enquanto dormia, em 29 de maio de 1983, praticada por seu marido na época, um colombiano naturalizado brasileiro, rendeu uma representação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, a qual condenou o Estado do Ceará por não respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 8)

Desse modo, mantendo-se fiel à maneira em que surgem as leis penais brasileiras, ou seja, movido pela pressão da mídia acerca de um fato que se transformou em dramaturgia, o Poder Legislativo edita a Lei nº 11.340/06 com o espoco de combater a violência doméstica e familiar, conferindo-lhe o nome de Lei Maria da Penha.

Novamente, em virtude das influências da mídia e de organizações governamentais e não governamentais incitadas pela absolvição do fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura, alcunha "Bida", é instituída a Lei nº 11.689/08, a qual revoga os artigos 607 e 608 do Código de Processo

Penal que tratavam do Protesto por novo júri. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 9)

Ressalta-se que, o Projeto de Lei nº 4.203/01 que deu origem a Lei nº 11.689/08 ficou parado de 2002 a 2007, voltando a tramitar no Congresso, especialmente após o julgamento de "Bida", acusado de ser o mandante do assassinato da missionária Dorothy Stang, o qual foi absolvido em sede de protesto por novo júri. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 9)

Se não bastasse, no mesmo dia em que é publicada a Lei nº 11.689/08 que altera o procedimento dos crimes dolosos contra a vida, também é publicada a Lei nº 11.690/08, alterando a questão relativa às provas. Posteriormente, ainda no mesmo ano é instituída a Lei nº 11.705/08 - Lei Seca -, a qual modifica o Código de Trânsito Brasileiro, endurecendo o tratamento ao crime de embriaguês ao volante, bem como é editada a Lei nº 11.719/08 que altera vários dispositivos do Código de Processo Penal. (MESQUITA JÚNIOR, 2008, p. 9)

Podemos também citar uma das mais recentes leis que tratam de matéria criminal, a Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009 que modificou a maioria dos artigos do Título VI do Código Penal, alterando a própria denominação do Título para Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.

Ademais, é importante destacar que na pós-modernidade o Direito e principalmente o Direito Penal adquirem uma aparência de meros signos de controle estatal. Dessa maneira, para a configuração deste Direito Penal simbólico, os tipos penais de perigo tornam-se de grande incidência. (CABRAL, 2005, p. 54-55)

Nesse sentido, explanando sobre a proliferação dos crimes de perigo na atualidade, Juliana Cabral (2005, p. 66) assevera que:

*Tudo parece girar mesmo em torno da dessubstancialização da realidade, inclusive do 'bem jurídico', do privilégio sobre o processo, em detrimento do resultado, e sobre a demanda da população insegura por simulacros de controle estatal. Talvez por isso tenhamos tantos tipos de perigo atualmente. Não há, nas atuais circunstâncias, a preocupação em construir nada, nenhum bem. Deste modo, exigir a lesão concreta a um 'bem' jurídico*

como fundamento para a punição de uma conduta humana soa realmente 'démodé'. Muito mais consoante com as expectativas atuais deve ser punir aquilo que está em processo de transição, o perigo, o risco que pode vir a gerar a lesão. Em um momento no qual o capitalismo migrou o seu enfoque dos "bens" para as "ações prestadoras de serviços", também o Direito Penal segue seus rumos migrando o enfoque do "resultado danoso ao 'bem' jurídico" para a "'ação' potencialmente lesiva". [...] É tudo uma questão de signos de controle, ainda que sejam puros simulacros, sem qualquer correspondência com o real. Enquanto isso, o Estado simula cumprir seu papel social e o poder resta livre para seguir os reclamos dos grupos políticos em posição de comando e dos interesses internacionais.

Nos crimes de perigo o "objeto de proteção" se distingue do "objeto da ação". Nesses crimes a preocupação não está em torno da lesão do bem jurídico, mas da probabilidade de se lesar determinados interesses jurídicos. (CABRAL, 2005, p. 82). Por sua vez, os crimes de perigo se dividem em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Cabral (2005, p. 83), citando a obra de Tornaghi afirma que:

*Aí há a distinção entre dano e perigo em detalhes, bem como ocorre entre o perigo concreto e o abstrato. O perigo abstrato é tratado como uma perigosidade ínsita na 'ação', como fruto de um "juízo analítico de perigosidade" – é recusado o critério de ser ou não presumido pelo legislador – e o concreto, como fruto de um juízo sintético. Esta distinção é parte do processo de abstração do conceito de perigo. Uma contribuição importante é a de desatar as classificações de delitos em, de um lado, crimes de dano e de perigo e, de outro, crimes formais e materiais, deslinde feliz, mas de qualquer forma uma marca da abstração. Há, como traços de uma objetividade e concretude, a identificação do perigo como 'dano' potencial; a adoção da teoria objetiva sobre o perigo – perigo como um trecho da realidade e a afirmação*

*de que o objeto da tutela da lei penal "é sempre um 'bem' do Estado.*

É evidente, portanto, o aumento da edição de legislações criminais com a finalidade de modificar tipos penais já existentes ou de criar novos de acordo com os espetáculos midiáticos envolvendo a violência no país, muitas vezes com fins eleitorais.

#### **4. A CONTAMINAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL PELO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

No Brasil ainda não estamos no estágio que outros países ocidentais se encontram, portanto não podemos afirmar que estejamos presenciando um Direito Penal do inimigo. Todavia, é notório que o Brasil também está passando por uma expansão desmedida do direito penal, razão pela qual se faz notar a presença do Direito Penal do inimigo em algumas legislações penais.

Nessa esteira, André Callegari e Cristina Motta (2007, p. 3) asseveram que:

*Diante desse quadro, visualiza-se o Direito Penal como único instrumento eficaz de psicologia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, mas a consequência é a sua incontida expansão, submetendo-o a cargas que não pode suportar. Enquanto outros ramos do Direito vivem momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou apenas regulamentação administrativa, no âmbito do Direito Penal se verifica o contrário: há cada vez mais tipos penais intangíveis e abstratos; também se incrimina variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social; a supressão de limites mínimos e máximos na imposição das penas privativas de liberdade para aumentá-las indiscriminadamente; a relativização dos princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; a ampliação extraordinária da discricionariedade das autoridades policiais, permitindo-se, com isso, invadir esferas do Poder Judiciário; e finalmente a redução de determinadas*

garantias processuais por meio da substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitórios, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência e a consequente inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não prove a sua inocência. O problema é que a tendência atual da política criminal centraliza a resposta à crise vivenciada na utilização da pena, como se não existissem outros mecanismos de controle social válidos, ou ao menos igualmente eficazes. Portanto, segue-se com a antiga política ultrapassada de criminalizar cada vez mais condutas, aumentar as penas das já existentes e sujeitar cada vez mais o indivíduo à pena de prisão, política já demonstrada ineficaz na teoria e na prática.

No mesmo raciocínio são as afirmações de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2008, p. 7):

*Em síntese, pode-se dizer que, no Brasil, a utilização do medo como instrumento de gestão e controle social das classes populares pode ser analisada sob uma dupla perspectiva: primeiramente, o medo generalizado da violência gera um sentimento coletivo e cotidiano de insegurança, influenciando no processo de produção/alteração das normas penais, colimando, por um lado, a “tranqüilização” da sociedade frente aos perigos e, por outro, o restabelecimento na confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los por meio do Direito Penal. Não se buscam medidas eficientes no controle da criminalidade, mas sim medidas que “pareçam” eficientes e que, por isso, tranqüilizam (papel simbólico) não somente os grupos privilegiados, mas a sociedade como um todo.*

*Em segundo lugar, tem-se o exacerbamento punitivo em nível normativo, com mais rigor nas penas e a quebra de garantias fundamentais (eficientismo), tendo por escopo legitimar a intervenção arbitrária e seletiva do sistema punitivo contra a sua clientela tradicional,*

*composta preferencialmente por grupos socialmente excluídos, em relação aos quais o medo (da pena e dos agentes do sistema penal) torna-se instrumento de gestão social.*

O atual surgimento no Brasil do Direito Penal do Inimigo, o qual, conforme os ensinamentos de Günther Jakobs, confere um tratamento diferenciado àqueles delinquentes que se afastam do contrato social daquele dado aos que se mantêm fieis ao ordenamento jurídico, provocou inúmeras críticas por parte da doutrina. (CALLEGARI e MOTTA, 2007, p. 5)

De maneira bem exemplificativa Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2008, p. 10) resume as legislações penais brasileiras “contaminadas” pelo Direito Penal do Inimigo:

*Todas essas características são facilmente verificadas na legislação penal infraconstitucional que vem sendo produzida nas últimas décadas no Brasil. Com efeito, em nosso ordenamento jurídico são encontradas inúmeras normas que podem ser identificadas, dentro do processo expansivo do Direito Penal, como Direito Penal do Inimigo, podendo ser citadas, a título exemplificativo: a) a Lei n. 7.492/1986 que, ao definir os crimes contra o sistema financeiro nacional, elencou como delito a “gestão temerária de instituição financeira” (art. 4º, parágrafo único), sem delimitar a tipicidade de tal conduta, limitando-se simplesmente a referir o nomen juris da figura típica; b) a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que, ao definir como hediondas condutas já previstas no Código Penal, alterou consideravelmente as penas a elas cominadas e restringiu as garantias processuais dos autores de tais delitos; c) a Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei n. 9.034/1995), que criou a figura do “juiz investigador”, permitindo a introdução de técnicas de escuta e de investigação altamente lesivas às liberdades individuais, bem como a figura do “flagrante retardado”, cuja inspiração parece ter sido hollywoodiana (art. 2º); d) a Lei n. 9.613/1998, que, ao dispor sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens,*

*direitos e valores, tipifica condutas relacionadas ao terrorismo e ao crime organizado sem que tais condutas sejam descritas; e) o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003), que ampliou as figuras típicas e passou a penalizar mais severamente as condutas de perigo referentes à posse e ao porte ilegal de armas, declarando-os como inafiançáveis e prevendo penas que, às vezes, ultrapassam as cominadas para crimes como lesões e até mesmo o homicídio; f) a Lei n. 10.792/2003, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado na execução da pena de prisão, permitindo o isolamento do preso provisório ou do condenado por até um ano, buscando, assim, atingir os integrantes de organizações criminosas e prevendo, na prática, uma modalidade de pena cruel com fins notadamente inocuidadores.*

A primeira contaminação na legislação penal brasileira pelo Direito Penal do Inimigo que iremos no ater mais detidamente verifica-se na publicação da já mencionada Lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, onde não existe a previsão de novas figuras típicas, mas somente a modificação das penas e restrição de garantias processuais aqueles que cometam estes crimes, se aproximando, assim, ao Direito Penal do autor. (CALLEGARI e MOTTA, 2007, p. 6)

Inicialmente a Lei nº 8.071/90 previa em seu artigo 2º a proibição de anistia, graça e indulto (inciso I), de fiança e liberdade provisória (inciso II) e de progressão de regime (parágrafo primeiro). Tal tratamento diferenciado, com restrições de garantias penais e processuais para determinados crimes, demonstra a contaminação do Direito Penal do Inimigo na legislação ordinária. (CALLEGARI e MOTTA, 2007, p. 8)

A vedação de fiança e liberdade provisória significa que não será permitido que esses “novos criminosos” respondam ao processo em liberdade, devendo sempre permanecer presos, conforme a determinação da lei. É patente a afronta ao princípio da presunção da inocência, bem como aos requisitos necessários para a decretação e manutenção da prisão preventiva previstos no

Código de Processo Penal, uma vez que neste caso o que é levado em consideração é o tipo de delito praticado que por si só transforma o criminoso em perigoso, ou podemos chamar de “inimigo”. (CALLEGARI e MOTTA, 2007, p. 8)

Ademais, a proibição da progressão de regime impede a ressocialização ao impor ao autor do crime um regime integralmente fechado. O objetivo do legislador aqui é afastar o criminoso o maior tempo possível do convívio social, como se não fizesse mais parte da sociedade em razão do crime que cometeu, afrontando, assim, o princípio da individualização da pena. (CALLEGARI e MOTTA, 2007, p. 8)

A respeito da Lei dos Crimes Hediondos, Sídio Rosa de Mesquita Júnior (2008, p. 3) observa que:

*A doutrina, alavancada por Alberto Silva Franco, criticou duramente a lei hedionda. O mestre publicou um livro que demonstrou ser a lei irracional, o que, por si só, a tornaria inconstitucional. Disse que seu art. 9º é inconstitucional por violar a individualização da pena em seu primeiro momento, o que afetaria fatalmente o segundo momento. Verificou que o art. 2º, § 1º, da lei hedionda geraria um colapso no sistema penitenciário nacional, o qual já era ruim, e disse que tal dispositivo violava a individualização da pena em seu terceiro momento.*

O Supremo Tribunal Federal, ao realizar uma interpretação à luz da Constituição Federal, somente no ano de 2006, depois do sistema penitenciário brasileiro entrar em colapso em virtude dos ataques do Primeiro Comando da Capital - PCC, declarou a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos no que concerne a vedação da progressão de regimes e da possibilidade do réu recorrer em liberdade, em razão do princípio da individualização da pena. Todavia, cabe frisar que, o artigo 9º do referido diploma, que também fere o princípio da individualização da pena, uma vez estabelece que determinados crimes terão um aumento de pena na metade, acarretando uma única pena: prisão por 30 (trinta) anos, ainda não foi declarado inconstitucional.

Dessa maneira, a partir de 2006 passou a ser possível a progressão de regime para os autores de crimes considerados hediondos, desde que cumprissem ao menos 1/6 (um sexto) da pena e ostentassem bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional, conforme previsão do artigo 112 da Lei nº 7.210/84.

Entretanto, diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo decidiu logo editar a Lei nº 11.464/2007 para continuar a dar um tratamento mais rigoroso aos delinquentes que praticarem crimes considerados hediondos. Com a nova redação dada pela Lei nº 11.464/2007, o artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 passou a admitir a progressão de regime para os crimes previstos nesta lei, porém somente após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se não reincidente, e de 3/5 (três quintos) da pena, se reincidente, além do requisito subjetivo previsto no artigo 112 da Lei nº 7.210/84.

Nesse sentido, a Lei dos Crimes Hediondos se aproxima do Direito Penal do Inimigo proposto por Jakobs, tendo em vista que as pessoas que cometerem qualquer delito previsto nesta lei já não fariam mais parte do modelo ideal de garantias penais e processuais, isto é, já não integrariam a mesma relação jurídica. Não obstante a Lei dos Crimes Hediondos não retirar todos os direitos e garantias constitucionais daqueles que praticam os delitos nela previstos, chegando ao extremo, termina por suprimir várias garantias penais, processuais e de execução penal, determinando um tratamento diferenciado ao autor do delito. (CALLEGARI e MOTTA, 2007, p. 8-9)

Não satisfeito com o tratamento rigoroso dado pela Lei nº 8.072/90, o legislador, contaminado por uma legislação de exceção para solucionar os problemas da criminalidade, edita a Lei nº 10.792/03 na qual, além de outras medidas, estabeleceu o Regime Disciplinar Diferenciado, modificando o regime carcerário existente. (CALLEGARI e MOTTA, 2007, p. 9)

Segundo a Lei do RDD, a qual deu nova redação ao artigo 52 da Lei de Execução Penal, estão sujeitos ao Regime Disciplinar Diferenciado o preso provisório, ou condenado, nacionais ou estrangeiros, sem prejuízo da sanção penal, nos

seguintes casos: a) prática de crime doloso quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas; b) quando apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) quando existirem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

As características do RDD consistem no recolhimento do preso em cela individual durante o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, prorrogáveis por igual prazo, desde que não ultrapasse o limite de 1/6 (um sexto) da pena, em caso de cometimento de nova falta grave, tendo direito apenas a visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, por duas horas, podendo sair da sela durante duas horas para o banho de sol.

A sanção do RDD será autorizada por decisão fundamentada do juiz, mediante prévio requerimento do diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa, sendo a decisão judicial precedida pela manifestação do Ministério Público e de defesa do preso. A autoridade administrativa poderá ainda decretar o isolamento preventivo do preso faltoso, sem ouvir a defesa do preso, pelo prazo de até dez dias.

O legislador, assim como na Lei dos Crimes Hediondos, não se preocupou com o fato praticado, mas com o estilo de vida do autor, pois qualquer criminoso que cometa algum dos crimes previstos como de organização criminosa já estaria contido no regime de exclusão. Além disso, a lei apenas menciona a fundada suspeita de envolvimento ou participação em organização, não exigindo qualquer prova para incluir o preso no RDD. (CALLEGARI e MOTTA, 2007, p. 9)

Sobre tal aspecto, necessário se faz trazer a lume as palavras de Wilton Boigues Corbalan Tebar (2009, p. 7):

*Pensamos tratar tal situação específica da punição não pelo fato praticado, regra do nosso ordenamento jurídico, mas pela análise do autor como característica marcante do direito penal do inimigo. O professor Rômulo de Andrade Moreira em artigo publicado afirma que tais dispositivos do RDD são*



*inconstitucionais. Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranqüilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art.5º., XLVII, “e”, CF/88), assegurando-se ao preso (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art.5º.,XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art.5º.,III).*

Portanto, tanto a Lei dos Crimes Hediondos quanto a Lei que disciplina o Regime Disciplinar Diferenciado evidenciam a contaminação de exclusão, de tratamento diferenciado, de supressão de direitos e garantias constitucionais, colocando o indivíduo que pratica determinados crimes fora do convívio social, aplicando a este um sistema paralelo. (CALLEGARI e MOTTA, 2007, p. 10)

Binato Júnior (2007, p. 108) ressalta que embora houvesse grande incentivo as práticas punitivas, a adoção do RDD não foi unânime, uma vez que recebeu louváveis críticas por parte do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. Freire citado por Binato Júnior (2007, p. 108) traz os dizeres do Conselho:

*[...] o regime disciplinar diferenciado agride o primado da ressocialização do sentenciado, vigente na consciência mundial desde o iluminismo e pedra angular do sistema penitenciário nacional, inspirado na escola da nova defesa social. [...] entendem os membros desta Comissão que não se deve confundir sanção disciplinar com regime de cumprimento de pena e, muito menos, buscar no isolamento em “solitária” a solução para o funcionamento, em segurança, das unidades prisionais brasileiras.*

Nesse contexto social brasileiro, é aprovada a Lei nº 9.034/95 para combater o crime organizado, haja vista que a expressão “crime organizado” se tornou o principal problema de segurança pública no Brasil. A lei nº 10.217/01 altera o artigo 1º da LCO, o qual passa a equipar os conceitos de *quadrilha ou bando* com o de *organização criminosa de qualquer tipo*, demonstrando outro exemplo de “contaminação”

da lei ordinária pelo Direito Penal do Inimigo. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 102-103)

A Lei nº 9.034/95 prevê alguns procedimentos especiais dentre os quais podemos citar: a) a ação controlada, consistente no retardamento da ação policial diante da prática de crime por organização criminosa para um momento mais eficaz (art. 2º, I); b) a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, mediante autorização judicial (art. 2º, IV); c) a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência em organização criminosa, mediante autorização judicial (art. 2º, V); d) a realização de diligências pessoalmente pelo juiz, em caso de haver a possibilidade de violação de sigilo garantido pela Constituição ou por lei (art. 3º, *caput*); e) a identificação criminal de envolvidos em organização criminosa, mesmo que haja identificação civil (art. 5º); f) a redução da pena de um a 2/3 (dois terços) ao envolvido que se valer do instituto da delação premiada (art. 6º); g) a vedação de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes de intensa e efetiva participação na organização criminosa (art. 7º); h) a proibição de o réu recorrer em liberdade (art. 9º); i) a imposição do cumprimento da pena inicialmente em regime fechado (art. 10º).

Este tratamento diferenciado conferido aos envolvidos em organização criminosa retrata a contaminação pela lei ordinária do Direito Penal do inimigo, uma vez que viola em vários dispositivos os direitos e garantias assegurados pela Constituição. As hipóteses de ação controlada e infiltração de agentes acarretam na elaboração de prova duvidosa, pois estes podem influenciar sobremaneira a conduta dos autores ao ponto de induzi-los a prática criminosa antes não planejada, deixando a prova frágil para condenação. A captação ambiental de sinais viola o direito do acusado de permanecer em silêncio. A possibilidade de o próprio juiz produzir a prova viola o princípio acusatório do processo penal, haja vista que o mesmo órgão estaria produzindo provas e posteriormente a estaria julgando-as, tornando um juiz parcial (lembrando que o juiz pode decretar preventiva de ofício). Tanto a proibição de liberdade provisória quanto de recorrer em liberdade fere o princípio da presunção da inocência, assim como acontece na

Lei dos Crimes Hediondos. Por fim, a imposição de um regime inicial fechado vai de encontro ao princípio da individualização da pena, pois somente a condição de fazer parte de organização criminosa já impõe o regime inicial a ser cumprido pelo agente, incorrendo no mesmo erro que a citada Lei dos Crimes Hediondos também fazia antes de sua alteração. (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 104-105)

Deste modo, a Lei do Crime Organizado é mais um exemplo de lei ordinária contaminada pelo Direito Penal do inimigo, ao passo que restringe e suprime alguns dos direitos e garantias penais e processuais existentes em um Estado Democrático de Direito.

A lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), citada no tópico anterior, também reflete a presença do Direito Penal do inimigo na legislação penal brasileira, tendo em vista que, assim como os diplomas supramencionados, viola inúmeros direitos e garantias constitucionais. Esta lei veda a concessão de fiança e liberdade provisória (art. 3º), bem como permite o julgamento à revelia do réu (art. 2º, § 2º), e ainda inverte o ônus da prova no que diz respeito à prova de ilicitude dos bens, direitos e valores apreendidos cautelarmente (art. 4º, § 2º). (BINATO JÚNIOR, 2007, p. 105)

Outrossim, André Callegari e Cristina Motta (2007, p. 10-11) lecionam a respeito da “contaminação” na legislação penal brasileira pelo Direito Penal do inimigo:

*As características típicas do Direito Penal do inimigo já se encontram estampadas em nossa legislação, talvez dissimuladas ou, rotuladas com outros adjetivos (leis de emergência, de exceção, populistas, etc.). Por isso, embora a obra de Jakobs possa ser criticada sob uma ótica, demonstra, por outro lado, processos legislativos de exceção já existentes, apenas não reconhecidos por este nome. É que no Direito Penal do Inimigo se renuncia às garantias materiais e processuais do Direito Penal tradicional, e esse fato já ocorre em diversas leis vigentes no país. Dentre as características do Direito Penal do Inimigo, encontramos uma modificação na técnica de tipificação das condutas, ampliando-se a antecipação da*

*punibilidade, isto é, atos que em tese configurariam somente ‘atos preparatórios’, por regra não puníveis na legislação. Mediante esta técnica de tipificação se criminalizam determinadas condutas que aparecem previamente a qualquer fato delitivo tradicional, punindo-se quem atua neste estágio prévio. Isso pode ser demonstrado na freqüente busca por uma tentativa de tipificação do crime organizado, isto é, quem pertencesse a uma organização criminosa (estágio prévio criminalizado) já sofreria as sanções correspondentes.*

Nessa toada é que encontramos os crimes de perigo, os quais estão cada vez mais presentes em nossas legislações penais. Os crimes de perigo se antecipam a efetiva lesão, punindo simplesmente a ação que gera perigo de lesão ao bem jurídico, se aproximando ao Direito Penal do inimigo que antecipa a punibilidade para os atos preparatórios.

Assim, podemos afirmar que os crimes de perigo, principalmente, os crimes de perigo abstrato são decorrência dessa lógica de Jakobs, em visar apenas garantir a vigência da norma e não a efetiva lesão a bens jurídicos, sendo sua proliferação exemplo de contaminação na legislação penal brasileira do Direito Penal do Inimigo.

## 5. OS EFEITOS DA “CONTAMINAÇÃO” NO BRASIL

Essa “contaminação” no sistema penal brasileiro pelo Direito Penal do Inimigo gera efeitos catastróficos em um Estado Democrático de Direito, uma vez que desrespeita quase todas as garantias e direitos consagrados pela Constituição Federal e transforma o Direito Penal em solução para “todos” os problemas da sociedade pós-moderna.

Com a flexibilização/supressão das garantias penais e processuais penais estabelecidas pela Constituição Federal que se tem verificado na legislação penal brasileira, há um aumento demorado de condenações e penas injustas.

Reflexo desta realidade é a explosão da taxa de encarceramento que pode ser verificada

nas estatísticas apresentadas pelo Departamento Penitenciário Nacional que totaliza 152.612 (cento e cinquenta e dois mil seiscentos e doze) presos provisórios em todo o Brasil no ano de 2009, ao passo que no ano de 2000 havia “apenas” 80.775 (oitenta mil setecentos e setenta e cinco) presos provisórios.

De acordo com estas estatísticas, verificamos que a população total de presos no ano de 2000 (no sistema prisional e na polícia) era de 232.755 (duzentos e trinta e dois mil setecentos e cinquenta e cinco), sendo de 473.620 (quatrocentos e setenta e três mil seiscentos e vinte) presos no ano de 2009 (no sistema prisional e na polícia), o que resulta em um aumento na população carcerária brasileira de mais que o dobro da existente há quase uma década.

Somente no Estado do Tocantins até junho de 2010 os presos provisórios (no sistema prisional e na polícia) chegaram ao número de 915 (novecentos e quinze), ao passo que até dezembro de 2005, segundo informações da Secretaria da Justiça, os presos provisórios não ultrapassavam o número de 600 (seiscentos).

Nesse contexto, podemos perceber que as prisões processuais, as quais são exceções previstas pelo Código de Processo Penal, cada vez mais passam a ser a regra, sendo utilizadas na maioria das vezes de maneira abusiva e equivocada.

Deste modo, os presos provisórios estão ocupando cada vez mais espaço nos estabelecimentos prisionais que os próprios presos definitivos, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito que apenas admite a prisão provisória excepcionalmente e com curta duração.

Ao verificar a presença do Direito Penal do Inimigo na legislação penal brasileira, notamos que o processo penal passaria a ser composto por “duas etapas”: a) uma para análise da personalidade do agente; b) e outra que consiste no processo propriamente dito.

As alterações da Lei de Execução Penal, principalmente para instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, retiram o caráter original desta, qual seja o de ressocialização do indivíduo, e ferem inúmeros princípios constitucionais, em maior

destaque o princípio da humanização da pena e o princípio da isonomia.

Dessa maneira, essa “contaminação” do sistema penal brasileiro proporciona um aumento desmesurado das penas, um endurecimento sem causa na execução penal, a criação de novos delitos sem bens jurídicos definidos, a punição de meros atos preparatórios, o uso abusivo de medidas preventivas ou cautelares sem justa causa, a exclusão “eterna” do indivíduo do convívio social, o retorno ao Direito Penal do autor, a pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas, a utilização de um verdadeiro processo de guerra, o uso frequente de medidas excepcionais só admitidas em situações anormais (estado de defesa e de sítio), entre outras consequências.

Infelizmente é importante ressaltar as afirmações de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (2008, p. 10-11) a respeito do sentimento da população e da comunidade jurídica frente a essa contaminação das legislações penais brasileira pelo Direito Penal do Inimigo:

*[...] tais leis são recepcionadas pela maioria da população e da comunidade jurídica nacional como “avanços legislativos”, uma vez que respaldadas por discursos político-midiáticos falaciosos que criam imagens distorcidas da realidade, propondo como estratégia primeira de segurança pública o endurecimento das penas aliado à supressão de garantias e à busca pela superação da impunidade, olvidando-se de que o aumento do número de condutas definidas como criminosas, assim como o maior rigor na aplicação da pena, significam tão somente mais pessoas encarceradas e não necessariamente menos conflitos sociais em um país profundamente marcado pela desigualdade social desde os primórdios de sua história.*

Se a solução para a criminalidade estivesse no endurecimento das penas e na criação de novos tipos penais, no Brasil ao invés de haver um crescimento constante, a criminalidade deveria estar reduzindo.

Portanto, tal crescimento da taxa de criminalidade no Brasil pode ser verificado também pelo aumento do índice carcerário. No último quinquênio (2003-2007) teve um crescimento real da população carcerária de 37,00% (trinta e sete por cento), o que representa uma taxa média de crescimento anual de

aproximadamente 8,19% (oito unidades e dezenove centésimos por cento). De dezembro de 2006 a dezembro de 2007, o crescimento da população carcerária geral foi de 5,27% (cinco unidades e sete centésimos por cento).

Apenas do sexo masculino, de 2004 a 2007, houve um crescimento real da população carcerária de 24,87% (vinte e quatro unidades e oitenta e sete centésimos por cento), perfazendo uma taxa média de crescimento anual de aproximadamente 7,68% (sete unidades e sessenta e oito centésimos por cento). Do sexo feminino o aumento foi de 37,47% (trinta e sete unidades e quarenta e sete por cento), o qual representa uma taxa média de crescimento anual de aproximadamente 11,19% (onze unidades e dezenove centésimos por cento).

À medida que a população carcerária masculina representa, em dezembro de 2007, 93,88% (noventa e três unidades e oitenta e oito centésimos por cento) da população total de presos no Brasil, a feminina representa apenas 6,17% (seis unidades e dezessete centésimos por cento). Contudo, o crescimento da população carcerária do sexo feminino vem sendo maior que a do sexo masculino, mantendo-se em alto percentuais nos últimos anos.

Nessa mesma toada é que a quantia de presos provisórios aumenta de maneira exorbitante. No último quinquênio (2003-2007) houve um crescimento no número de presos provisórios de 88,84% (oitenta e oito unidades e oitenta e quatro centésimos por cento), o que importa em uma taxa média de aumento anual de aproximadamente 17,23% (dezessete unidades e vinte e três centésimos por cento). Conforme a tabela do documento em anexo (p. 11), de dezembro de 2006 a dezembro de 2007 o aumento do índice de presos provisórios foi de 13,75% (treze unidades e setenta e cinco centésimos por cento), equivalendo, em dezembro de 2007, a 30,19% (trinta unidades e dezenove centésimos por cento) da população carcerária brasileira.

Em decorrência da superlotação carcerária constatou-se um déficit de vagas em estabelecimentos prisionais. A população carcerária em dezembro de 2007 totalizava 422.373 (quatrocentos e vinte e dois mil trezentos e setenta e três), ao passo que o número de vagas existentes

nos estabelecimentos era de 275.194 (duzentos e setenta e cinco mil cento e noventa e quatro), ocasionando, assim, um déficit de 147.179 (cento e quarenta e sete mil cento e setenta e nove) vagas.

Por fim, o arquivo em anexo conclui que no próximo quinquênio (2008-2012) a população carcerária será de 626.083 (seiscentos e vinte e seis mil oitenta e três) presos, se levarmos em consideração a taxa média de crescimento anual de 8,12% (oito unidades e doze centésimos por cento), o que representará um crescimento de 32,54% (trinta e duas unidades e cinquenta e quatro centésimos por cento) com relação ao quinquênio antecedente (2003-2007).

Ao fazer uma análise comparativa entre o crescimento da população carcerária e o crescimento da população brasileira obteve-se um resultado alarmante. Nos últimos nove anos, um estudo comparativo demonstrou que a população carcerária do Brasil dobrou, enquanto que, no mesmo período, a população brasileira cresceu 11,8% (onze unidades e oito centésimos por cento). Baseando-se nessa proporção é possível supor que chegará ao ponto da população brasileira se tornar população carcerária, tendo em vista que esta cresceu 8 vezes e meia a mais que aquela.

## 6. REFERÊNCIAS

- BELINA FILHO, Inácio. *Considerações sobre o Direito Penal do Inimigo*. 2005. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33224/public/33224-42184-1-PB.pdf>> Acesso em: 04 jul 2010.
- BINATO JÚNIOR, Otávio. *Do Estado Social ao Estado Penal: o Direito Penal do inimigo como novo parâmetro da racionalidade punitiva*. Dissertação (Direito) Universidade Vale do Rio dos Sinos, 2007.
- BONHO, Luciana Tramontim. *Noções introdutórias sobre o Direito Penal do Inimigo*. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 14 mai 2010.
- CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo & a pós-modernidade: Uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günter. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. (tradução

André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli)  
Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. *Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social*. In: CALLEGARI, André Luís. (org.) *Política Criminal: Estado e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Disponível em: <[http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo\\_Thiago\\_Fabres.pdf](http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Thiago_Fabres.pdf)>. Acesso em: 21 abr 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Reação de Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo*. 2005. Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B488C5029-7244-4D5C-BA7C-441FDB80D0%7D\\_7.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B488C5029-7244-4D5C-BA7C-441FDB80D0%7D_7.pdf)>

Acesso em: 26 jun 2010.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal do Inimigo: Breves Considerações*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>. Acesso em: 19 jun 2010.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *A inflação legislativa brasileira em matéria criminal*. 2008. Disponível em: <[www.sidio.pro.br/PalestraAraguaina.doc](http://www.sidio.pro.br/PalestraAraguaina.doc)>. Acesso em: 27 out 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús 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.

WERMUTH, Maiquel Ângelo. *A dimensão desumana do Direito Penal Brasileiro contemporâneo: a utilização do medo como instrumento de controle social e disciplinamento das classes populares*. 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33260/public/33260-42322-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 out 2010.

TEBAR, Wilton Boigues Corbalan. *Direito Penal Do Inimigo E Novos Rumos Para A Política Criminal Brasileira*. Artigo Científico, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33224-42184-1-PB.pdf>>