

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar
Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-045-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju,
SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO SUA APLICABILIDADE

LE DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI ET LA PROBLÉMATIQUE CONCERNANT SON APPLICABILITÉ

**Patrick Carlos Tietre De Araujo
Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato**

Resumo

O "Direito Penal do Inimigo", teoria desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs e que trata do estabelecimento de uma política criminal bastante severa de controle social é o objeto deste estudo. Atualmente a percepção da violência tem se tornado cada vez mais intensa, o emprego de práticas associadas à teoria de Jakobs tem se entrelaçado com os modernos ordenamentos jurídicos do mundo inteiro. A fim de criar uma base para sustentar o estudo do tema, deve-se considerar a finalidade do Direito Penal e o atual contexto social no qual estamos envolvidos, uma vez que as novas demandas penais e a complexidade da sociedade moderna ensejam transformações na dogmática penal. A partir deste diagnóstico e trabalhando na linha do funcionalismo de Luhmann, Jakobs constrói uma argumentação lógico-científica para legitimar a aplicação de um Direito Penal da normalidade, que ele chama de "Direito Penal do Cidadão". Na face oposta, em situações em que o comportamento do indivíduo cause desestabilização da sociedade, enfraquecendo a própria norma, caberia a aplicação de regras mais rígidas: o "Direito Penal do Inimigo". Um dos pontos mais sensíveis de sua teoria está em como caracterizar o indivíduo como inimigo e como flexibilizar os direitos e garantias conquistados pelo homem no decurso da história. Verifica-se ainda casos em que são aplicados traços desta teoria e procura-se entender as razões de sua utilização em cada situação. Na elaboração deste estudo teórico-bibliográfico, utilizou-se o método de abordagem dedutivo. Quanto aos métodos de procedimento foram empregados o método comparativo e o interpretativo.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo, Sociedade de risco, Teoria do crime, Funcionalismo penal sistêmico

Abstract/Resumen/Résumé

La présente étude analyse le "Droit Pénal de l'Ennemi", théorie développée par le juriste allemand Günther Jakobs et qui traite de la mise en place d'une politique criminelle de contrôle social très strict. Actuellement, la perception de la violence est devenue de plus en plus intense, l'emploi des pratiques associées à la théorie Jakobs est entrelacé avec les systèmes juridiques modernes dans le monde entier. En vue de créer une base pour soutenir le thème de l'étude, nous traitons le but du Droit Pénal et le contexte social actuel. Les nouvelles demandes pénales et la complexité de la société moderne engendrent des

changements dans la dogmatique pénale. Fondé sur de ce diagnostic et illuminé par le fonctionnalisme de Luhmann, Jakobs a construit un argument logique et scientifique pour justifier l'application d'un Droit Pénal "de la normalité", qu'il appelle "le Droit Pénal du Citoyen". Sur le côté opposé, dans les situations où le comportement de l'individu provoque déstabilisation de la société et l'affaiblissement de la norme elle-même, ce serait nécessaire l'application de règles plus strictes: "le droit pénal de l'ennemi". Un des points les plus sensibles de sa théorie s'agit en comment caractériser l'individu comme un ennemi et comment assouplir les droits et garanties conquis par l'homme à travers l'histoire. Également, on a trouvé des auxquels on applique des traces de cette théorie et nous essayons de comprendre les raisons de leur application. On a utilisé la méthode déductive d'approche. Pour les procédures ont été utilisés la méthode comparative et d'interprétation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Droit pénal de l'ennemi, Sociétés de risque, Théorie de la criminalité, Fonctionnalisme systémique.

1. INTRODUÇÃO

Neste estudo abordaremos a teoria do “Direito Penal do inimigo”, idealizada pelo jurista alemão Günther Jakobs. Este polêmico modelo, apesar de proposto inicialmente em meados dos anos 1980, não deixa de ser atual, despertando embates fervorosos entre seus defensores e opositores.

Jakobs (2012) acredita que uma política criminal baseada na força da pena é o método eficaz de luta contra a criminalidade e de estabilização social. O discurso do jurista alemão baseia-se na prevenção como meio de legitimar a pena criminal. O *coeur* de sua teoria reside na construção filosófica e posterior diferenciação normativa entre os conceitos de “cidadão” e de “inimigo” e resulta no surgimento de um Direito Penal com enfoque no autor e na sua periculosidade. A pena aplicada para um “cidadão” seria uma reação frente ao fato típico e ilícito por ele praticado levando em consideração sua culpabilidade, por outro lado, para o “inimigo” a pena seria uma medida de força, que serviria como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir.

Considerando que vivemos em uma sociedade de risco e sabendo que as mesmas facilidades tecnológicas que nos atendem agilizando as atividades do dia-a-dia podem ser utilizadas também para facilitar a organização de ações criminosas, devemos perceber que a teoria de Jakobs tem por propósito, *grosso modo*, a mitigação do risco social através da prevenção. O Direito Penal do inimigo se pauta então no ataque aos riscos e por isso deve-se conhecer o “inimigo” e puni-lo antes que ele consiga atingir os bens jurídicos protegidos pela norma penal.

Políticas criminais baseadas nos argumentos de Jakobs já vêm sendo empregadas em alguns países ao redor do mundo há algum tempo de maneira pontual. É necessário analisar mais profundamente os efeitos que tais políticas podem provocar na sociedade.

A fim de melhor compreender o tema, analisaremos os alicerces do Direito Penal, buscando construir uma base argumentativa consistente e que nos permita chegar a uma conclusão bem fundamentada. Nos próximos capítulos abordaremos a finalidade do Direito Penal, a moral da sociedade, a sociedade de risco, as teorias do delito com especial ênfase no funcionalismo sistêmico, o Direito Penal do Inimigo e sua estrutura, e por fim, antes de expormos nossas considerações finais, trataremos da aplicabilidade da teoria e seus traços no Brasil e no mundo.

2. SOBRE O DIREITO PENAL E A SOCIEDADE

O Direito Penal tem a finalidade de proteger os bens de maior importância para os indivíduos de uma sociedade, servindo de escudo contra as tentativas de perturbação da ordem social. Luiz Régis Prado (1999, p.47), corroborando com esta ideia, afirma que "o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade". Na mesma esteira, Rogério Greco (2011, p.2) aduz que "com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito".

Para Émile Durkheim (1978, p.73), observando-se o fenômeno social que faz necessária a existência do Direito Penal, qual seja a violência, somos levados a compreender que as relações humanas sempre são contaminadas, em maior ou menor grau, pelo seu uso. Quando o uso exagerado da força ou de outro ardil por ventura lesa bens jurídicos considerados de extrema importância pela sociedade e não é mais possível efetivar o controle social por outros meios, aplica-se o Direito Penal, pois apenas ele, segundo César Bitencourt (2011, p.31), "com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado", mostra-se eficaz para resolver conflitos e frear o ímpeto destrutivo do homem.

Sobre a relação entre a moral dos componentes de uma sociedade e a aplicação da norma penal, podemos estabelecer o seguinte paralelo: quanto menor for a necessidade da aplicação do Direito em um determinado grupo, mais virtuosos são seus integrantes. Podemos ir mais longe, segundo Jean-Claude Guillebaud (apud SANCHEZ 2002, p.59), quando uma sociedade perde seus pontos de referência relativos ao "bem" e ao "mal" o código penal será seu último (e único) socorro. Como um dos sintomas decorrentes da diluição da moral dos indivíduos ocorre o fenômeno que hoje se convencionou chamar de hipertrofia legislativa (VERBICARO 2008).

2.1 A moral da sociedade

José Maurício de Carvalho (2014, p.476), explica que toda sociedade, para conviver harmoniosamente, carece de um mínimo ético que estabelece princípios norteadores para a vida em coletividade. Os membros da sociedade, individualmente, devem ter incorporada à sua moral tais princípios de modo a possibilitar a paz social. Aprofundando-se neste raciocínio, Silva Sanchez explica que:

A moral social considera as regras de convivência, ocupando-se dos princípios que devem existir para tornar possível o convívio entre os povos ou os membros de uma sociedade. Entendemos que ela deva nascer de negociação, o que é cada vez mais necessário em virtude da complexidade assumida pela vida social. Existe, pois um hiato entre a moral individual e coletiva. Nem tudo a que um indivíduo se obriga pode ser necessariamente imposto a todo o grupo que ele integra. As normas coletivas não são a soma dos princípios assumidos pelo indivíduo.(CARVALHO, 2014, p.475)

Quando os indivíduos não incorporam de maneira suficiente os princípios coletivos em sua moral individual começam a surgir os problemas sociais. O Estado é chamado a intervir para assegurar o bem estar coletivo e então se desenvolve o processo anteriormente citado: a hipertrofia legislativa. Avolumam-se as leis penais e seus enunciados passam a ser cada vez mais detalhados e exaustivos a fim de policiar cada “novo” comportamento ilícito. O ideal onde a moral social nasceria do consenso entre os indivíduos servindo de estímulo para a tolerância e para a convivência pacífica está cada vez mais distante, sobretudo em nosso tempo de globalização. É fato que vivemos em uma sociedade de risco.

2.2 A sociedade de risco

A fim de contextualizar a aplicabilidade do Direito Penal do inimigo se faz necessário conhecer o arquétipo da sociedade moderna. Na visão de CAMPILONGO (2000, p.54) a realidade social é marcada pela ineficiência do Estado na execução de políticas públicas básicas, sendo bastante evidente perceber que o problema não reside na norma e sim em sua operacionalização. Sentimos as constantes mudanças originadas pelo encurtamento das distâncias e facilidade de comunicação trazidas pelo desenvolvimento tecnológico.

Segundo Ulrich Beck (1998), o desenvolvimento tecnológico por que passamos é fator marcante para a desestabilização da ordem social, pois ocasiona a imprevisibilidade dos riscos, dificultando a ação do Estado no seu mapeamento. Quanto mais evoluímos nos mais diversos campos do conhecimento, mais nos expomos às possibilidades de transgressão social. Chega a ser curioso constatar que à medida que evoluímos (cientificamente) nos tornamos mais vulneráveis a condutas transgressoras. Entretanto, analisando com cautela a afirmação anterior e as ideias de BECK, após certo trabalho mental podemos constatar o seguinte: as novas possibilidades advindas do rompimento de antigas fronteiras do conhecimento nos levam a um território desconhecido, até que a luz paire sobre o novo, o risco aproveitar-se-á das trevas. Até que descubramos todas implicações envolvidas a cada nova descoberta, novas descobertas são realizadas, provocando um círculo sem fim.

Relacionando os conceitos de sociedade de risco e de globalização, Julia Guivant (2013, p.96) reconhece que "os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo". Em poucas palavras, os riscos que surgem a partir das inovações como a globalização econômica e cultural, o surgimento de novas drogas, a facilidade de migração e desenvolvimento do transporte, as transações efetivadas por meios telemáticos e outras novidades invariavelmente acabam gerando insegurança e temor nas populações. Neste diapasão, SILVA (2010) apoiando o posicionamento de BECK (1998) esclarece que a relação entre os efeitos da modernização e as estruturas da sociedade tecnológica e industrial desenvolve-se em dois estágios: o primeiro seria o do furor ocasionado pelo rompimento de mais uma barreira tecnológica que legitima as ameaças produzidas, mas que, inicialmente, encontram-se em estado de latência; o segundo seria o momento em que estes riscos abandonam o estado de latência e começam a fazer parte dos debates diários. Neste segundo momento os precursores do desenvolvimento são culpabilizados por não terem controle sobre as ameaças geradas.

2.3 A influência da mídia

Não se pode olvidar do papel da mídia no processo de "afirmação" da insegurança no modelo de sociedade de risco. O Rádio, a Televisão, a Internet (esta última com o surgimento das redes sociais e mais recentemente do *whatsapp*, tornou a *viralização* da informação em tempo real uma realidade) exercem grande poder de influência sobre a população. Onde quer que esteja, o indivíduo será informado dos homicídios ocorridos em sua cidade durante o final de semana, ou do assalto a banco na cidade vizinha, ou ainda do bombardeio na faixa de Gaza.

A mídia, seja ela organizada (meios de imprensa tradicional) ou individualizada (o contato do celular que envia a cena de uma execução via aplicativo de mensagens) tem o condão de mexer com a percepção da realidade que cerca o indivíduo, fazendo parecer próximo algo que está distante, por exemplo ao "colocá-lo" dentro da cena de um crime que fora realizado fora do seu perímetro de convivência, ou ainda fazendo-o sentir-se atingido por algo ocorrido em outro continente.

Sobre a influência da mídia Lola Anyar Castro esclarece que:

A notícia sobre delito cria um suspense: faz com que fiquemos esperando – ‘pendentes’ do que ocorrerá a seguir. Essa condição de “refêns” da notícia delitiva favorece os sentimentos de insegurança. [...] O poder também ‘seleciona’ o que vai ser publicado e o que não vai. Ao selecionar, ‘oculta’ por um lado e revela por outro. Quando revela, confere ‘caráter público’ a algo. Essa operação gera níveis

imaginários de implicação, ampliando ainda mais os sentimentos de insegurança.(CASTRO, 1994, p.89)

A sociedade contemporânea parece não saber lidar com as emoções, sobretudo com as emoções negativas. Ao ser humano, não resta mais a possibilidade de entristecer-se ou de sentir o medo, qualquer traço destas sensações gera a urgência de um ato de defesa, uma “medicação”. A sociedade é hipocondríaca e espera uma resposta rápida para tudo, talvez em virtude da velocidade da circulação da informação a que nos acostumamos nas últimas décadas. No caso da sensação de insegurança, o analgésico deve ser convertido em um ato que faça o "paciente" sentir-se mais confortável. A produção normativa, nesse contexto, faz às vezes da vitamina C usada como placebo nos gabinetes médicos para que o paciente se sinta mais confortável e confiante que a “doença” está sendo combatida.

Silva Sánchez dá arrimo a essas afirmações quando afirma que "a revolução das comunicações sociais dá lugar uma perplexidade derivada da falta sentida e possivelmente real - de domínio do curso dos acontecimentos" (SÁNCHEZ, 2002, p.14). O mesmo autor entende que a sensação da existência dos riscos é muito superior aos verdadeiros riscos aos quais os indivíduos são expostos. É isto que se convencionou chamar de "sensibilidade ao risco" (SÁNCHEZ, 2002, p.14).

Dado que os meios de comunicação participam de forma ativa da formação de opinião da massa, e considerando que esse processo passa pelos interesses econômicos e políticos dos grupos controladores da mídia, os problemas sociais são expostos de maneira bastante peculiar pela imprensa (CALLEGARI; WERMUTH, 2009, p.56). Tais peculiaridades passam pelo interesse no sucesso comercial da notícia como produto, o objetivo principal é atrair a audiência a qualquer custo. Há então uma visão de mercado na maneira em que se apresenta a notícia.

Ainda segundo Wermuth e Callegari, em decorrência desses interesses de mercado, os meios de comunicação chegam a manipular os dados envolvendo a realidade social a fim de gerar manchetes mais rentáveis, sobretudo quando se trata de assuntos relacionados à violência. É a partir daí que surge o clamor popular pela intervenção estatal sobre algo que muitas vezes inexistente!

Assim, percebe-se que o sentimento de insegurança que muitas vezes nos aflige pode ser simplesmente o fruto de uma construção da midiática um tanto quanto perigosa, pois o Estado, em resposta aos novos anseios construídos sobre um alicerce poroso, forjado à base de informações irreais, encarrega o Direito Penal de solucionar este problema. Apesar de a segurança pública ser um direito legítimo e estampado na Constituição da República, em seu

artigo 6º (BRASIL, 1988), não cabe cobrar do Direito Penal a resposta imediata para cada novo problema social que surge.

3. TEORIA DO DELITO

A Teoria do delito, tema que abordaremos ao longo deste capítulo, tem por objetivo estudar o crime e as particularidades que determinado fato deve englobar para ser considerado criminoso. Nas palavras de ZAFFARONI (apud GRECO, 2011, p.317), a teoria do delito é: "a parte da ciência do Direito Penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, quer dizer, quais são as características que qualquer delito deve possuir". GRECO (2011, p. 317) complementa afirmando que o crime não é passível de fragmentação, haja vista que "é um todo unitário". Entretanto, para fins acadêmicos é necessária a observação de cada um de seus elementos em separado, quais sejam o fato típico, a antijuricidade e a culpabilidade. Para Hans Welzel cada uma destas características se encarrega de estabelecer uma relação lógica com a outra, desta maneira o filósofo ensina que:

A tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade - a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico - pressupõe a antijuricidade do fato, do mesmo modo que a antijuricidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. (WELZEL, apud GRECO, 2011, p.135).

3.1 Teoria clássica (causalismo)

Von Lizst e Beling, precursores deste modelo, vislumbravam a ação como um processo causal, composto de manifestação da vontade, resultado e nexos causal. BITENCOURT (2011), a partir das lições de Luzó Peña esclarece que a teoria clássica do delito foi o produto de um pensamento jurídico caracterizado pelo positivismo científico, afastando assim quaisquer valorações filosóficas ou de outras ciências. Deste modo, entendia-se que "a ação era um conceito puramente descritivo, naturalista e causal, valorativamente neutro. Era um conceito essencialmente objetivo [...]" (BITENCOURT, 2011, p. 247). O Tipo e a tipicidade, por seu turno, representavam o caráter externo da ação, compreendendo somente os aspectos objetivos do fato descrito na Lei. A antijuricidade aparece como elemento objetivo, valorativo e formal - uma espécie de juízo de desvalor. Já a culpabilidade era vista como aspecto subjetivo do crime, também tinha caráter puramente descritivo, pois se limitava a comprovar a existência do vínculo subjetivo entre o autor e o fato.

Para os positivistas, não havia dúvidas que a abordagem baseada nas ciências e no método lógico, resolveria todas as questões que atormentavam o ser humano. Apenas resoluções baseadas em teses científicas comprovadas teriam o respaldo para manter a ordem social e provocar o progresso (LARENZ, 1989, p.36).

O norte da concepção clássica do delito encontra-se na causalidade, ou seja, o resultado depende de uma causa que geraria um resultado. O resultado assim como ação deveriam se subordinar às leis da natureza, que por seu turno é passível de comprovação através do método científico.

Entendemos então que para a teoria clássica, ação é o comportamento humano voluntário que produz modificação no mundo exterior, sem deixar de esclarecer que a ideia de vontade, neste caso, está associada à conduta em si e não direcionada ao resultado. Juarez Cirino dos Santos (2005, p.12) complementa a explicação ao assinalar que considerando que a ação é o produto causal do resultado da modificação do mundo exterior, a natureza da ação é puramente objetiva pois gera o resultado com forma mas sem conteúdo. Depreende-se dessa explicação que, de acordo com a teoria causalista, para confirmar a existência de uma ação era suficiente verificar se o sujeito ativo agia de forma voluntária ou não, haja vista que a vontade encontrava-se na culpabilidade.

O grande problema dessa concepção teórica estava no fato de que seria impossível verificar a prática de crimes omissivos, culposos e tentados, uma vez que nestes casos o conteúdo da manifestação de vontade do agente é desprezado.

O modelo causalista, portanto, pode ser considerado como a tentativa inicial para explicação deste complexo fenômeno que é o crime. Malgrado seu contexto fortemente cientificista, deve-se enaltecer sua concepção, pois serviu como base para o estudo de um tema até então superficialmente explorado pela rasa dogmática penal da época. Foi o alicerce para a formulação das teorias modernas no estudo da teoria do crime.

3.2 Teoria neoclássica (*neokantismo*)

A teoria clássica do delito com o passar dos anos sofreu profunda transformação. A ciência jurídica distanciou-se do positivismo puro e passou a flertar com a filosofia *neokantista*, que representava a superação do positivismo. Não é que tenha havido uma completa negação do modelo anterior, mas, o positivismo da teoria clássica estaria agora “ungido” pela filosofia dos valores. Carlo Velhor Masi, sobre o mesmo tema, explica que:

O surgimento da Teoria Neoclássica do Delito foi o produto da reorganização teleológica do modelo causal de ação, segundo os fins e valores do Direito Penal. Embora o crime continuasse sendo a ação típica, antijurídica e culpável, foi necessária a reformulação do velho conceito de ação, uma nova atribuição à função do tipo, a transformação material da antijuridicidade e a redefinição da culpabilidade. (MASI, 2012, p.1).

Foi seguindo esta linha que todos os elementos do conceito clássico do delito passaram por uma significativa transformação. O conceito de ação que segundo Bitencourt "constituía o ponto mais frágil do conceito clássico de crime"(BITENCOURT, 2011, p. 248) não deixa de ser causal, contudo perde o viés meramente naturalista para e passa a ter um caráter normativo, prevendo o comportamento humano voluntário. O tipo, que para a teoria clássica era apenas descritivo, passa a ser um instituto provido de pleno sentido pois agora prevê a existência de elementos normativos, que dependem de interpretação para se extrair o significado, ou seja, é necessário um juízo de valor sobre os elementos subjetivos (que exigem uma finalidade especial para determinados tipos penais) e objetivos (que consistem na descrição pura do tipo penal). A antijuridicidade deixa de ser vista apenas como a contradição entre conduta e norma jurídica, sua abrangência passa a ser mais ampla, passando a observar o grau de dano social representado pela conduta criminosa. Não havendo lesão a um determinado bem jurídico, não haverá ilicitude, mesmo que o fato seja típico. Tais questões axiológicas e teleológicas facilitam a interpretação restritiva de condutas antijurídicas. A culpabilidade, por sua vez, ainda abriga o dolo e a culpa, contudo, ganha novo componente. Trata-se da formação da vontade contrária ao dever, ou seja: a “reprovabilidade”, é o também chamamos de exigibilidade de conduta diversa.

Assim, percebemos que o *neokantismo* contribuiu para a alteração da percepção do conceito de crime, que mesmo sem alterar seu conceito como ação típica, ilícita e culpável, passou a ter uma interpretação voltada a teoria dos valores, quebrando assim o velho paradigma positivista.

3.3 Teoria finalista

Hans Welzel, em seus estudos, procurava confrontar a ação humana com a teoria do direito, sempre considerando a questão do "dever ser". Abandonou-se o pensamento fundado exclusivamente na lógica e passou a tratar o ilícito naturalístico como ilícito pessoal. A teoria finalista se opõe em definitivo ao conceito causal da ação assim como à separação entre vontade e seu conteúdo. O filósofo alemão, e desenvolvedor desta teoria, entende que a ação

humana é voltada a uma finalidade, portanto se difere dos eventos puramente naturais, não podendo ser considerada como uma simples sucessão de causa e efeito.

O homem racional tem o poder de selecionar seus objetivos e realizá-los pelos meios que melhor lhe aprouver. Ele possui a capacidade de compreender as conseqüências de seus atos e age de acordo com sua consciência. Segundo Anibal Bruno (1984), o homem tem inteiro domínio do fato que produz exatamente pela consciência que lhe é inerente, portanto tem o condão de dirigir suas condutas a um determinado fim. Sintetizando este raciocínio, Kai Ambos(2006) escreve que a ação humana não se resume a mera causa objetiva para se obter um resultado, na verdade a ação humana determina o resultado e contém um elemento subjetivo. Tal elemento subjetivo seria o desejo de que o resultado produza o efeito esperado.

Estruturalmente, o dolo deixa de fazer parte da culpabilidade e passa a integrar a estrutura conceitual da ação, a partir daí pode-se extrair que o dolo é tido como a consciência e a vontade do fato. A culpabilidade também é alterada de maneira a verificar apenas a consciência de ilicitude e a reprovabilidade do ato, pretende-se assim que a culpabilidade não atinja aquele que não poderia, justificadamente, agir em conformidade com o Direito.

O ser humano, dada sua capacidade agir em conformidade com as regras de Direito exigidas através da norma Penal, passa a assumir responsabilidade pelos atos ilícitos que pratica. Contudo é importante perceber que para Welzel o Direito não se deveria converter em um mecanismo do poder e apoiar-se nele, pelo contrário, o Direito deve "manter-se como uma ordem supra-individual" (ABREU, 2009, p.179) a fim de proteger os cidadãos.

3.4 Funcionalismo Penal

A teoria funcionalista, sofreu forte influência do período pós segunda guerra mundial, para Hassemer (1993), os pontos mais contundentes desta influência se encontram na falta de interesse pelos efeitos das decisões de política criminal tomadas à época e na pretensão de solidez e completude das ideias de Jakobs e Roxin.

O mundo passava por grandes transformações, as cicatrizes da guerra ainda estavam abertas e as pressões para evitar conflitos exacerbavam a seara política e atingiam as ciências penais. Para os seguidores da teoria funcionalista, o Direito Penal é o principal instrumento para garantir a ordem social. Um dos primeiros adeptos da escola funcionalista foi exatamente Jakobs, que anos depois viria a sustentar a aplicação do direito penal do inimigo. Roxin, assim como Jakobs também se esforçou no intuito de desenvolver um sistema penal "funcional".

Evidenciada pela preocupação positivista e encarada como uma reação à exagerada abstração da teoria finalista (sobretudo no tocante à caracterização subjetiva do "ser"), o funcionalismo norteia a ciência penal de acordo com aspirações de política criminal que podem ser executadas por meio do Direito Penal. Sendo assim Direito Penal cumpriria sua função de instrumento de operacionalização de tais políticas.

A grande diferença entre o funcionalismo e o finalismo consiste no fato de que para o modelo finalista a realidade seria única, não havendo outras formas de enxergá-la, ademais, bastaria conhecer uma realidade para que as celeumas jurídicas fossem solucionadas. Por seu turno, o funcionalista consegue enxergar que a "realidade" depende da interpretação a que ela for imposta, portanto, a disputa jurídica deve recorrer a ponderações axiológicas, isto é, que se refiram à eficácia e à legitimação da aplicação do Direito Penal. (GRECO, Luis, 2000)

A partir da exposição acima, percebemos uma verdadeira mudança de paradigma. Se antes a pergunta que se fazia era sobre em que consistia o Direito, com o funcionalismo a pergunta a se fazer seria "qual a utilidade do Direito?". O Direito Penal então começa a se preocupar mais atentamente com a punição e com a redução da criminalidade (manutenção da paz) em conjunto com outras medidas de natureza política. Seriam então aspirações do funcionalismo a criação de medidas que garantam as expectativas normativas, por meio da delimitação do papel social a que cada pessoa obrigatoriamente se submeterá de maneira coordenada e orientada a um objetivo sistêmico comum.

O funcionalismo possui três correntes distintas. O funcionalismo moderado, que é defendido por Roxin e prega a integração entre Política Criminal e dogmática penal. O funcionalismo limitado, defendido por Zaffaroni, que "fundamenta-se por sua utilidade social e encontra a sua própria limitação no estado democrático de Direito" (GOMES, 2010, p.2), valendo-se dos princípios balizadores das condutas estatais para limitar as ações do Direito Penal. E finalmente no funcionalismo sistêmico, Jakobs acompanha a teoria sistêmica de Luhmann, "buscando delinear a função do direito penal dentro do sistema social, pois, para ele, a manutenção dos contatos sociais exige a vigência segura e estável das normas"¹.

3.5 O funcionalismo sistêmico de JAKOBS

Assinalamos que a teoria funcionalista prospera em diferentes correntes, aquela que analisaremos mais profundamente em virtude da sua importância para este trabalho, é

¹PUGNALONI, Melina Maria de Carvalho. O Funcionalismo Sistêmico de Jakobs e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>> data de acesso: 22 dez. 2015

representada através de Jakobs. Em sua obra, o jurista alemão, sempre seguindo diretrizes focadas na prevenção geral, sugere uma metodologia gravemente influenciada pela teoria dos sistemas sociais de Luhmann. A idéia da concepção de um novo suporte metodológico surge no contexto de readaptação da sociedade alemã, que passava pelo período pós segunda guerra mundial, no qual o Direito sofreu diversas perversões. Jakobs pretendia que, em suas palavras, que o Direito adotasse "uma atitude isenta de ilusões" (JAKOBS, 2003, p.2).

Na perspectiva do funcionalismo sistêmico, observa-se que o Direito Penal serve a consolidar a identidade de uma sociedade, uma vez que o foco não está nos bens ou situações e sim no respeito à norma. A grande missão do Direito Penal estaria no fato de garantir que os sujeitos se submetam às normas vigentes. Extrai-se daí que o fenômeno delitivo é percebido como uma espécie de "desarranjo social". Há severas críticas a este modelo de pensamento, conforme veremos mais adiante, pois o Direito Penal não deveria existir para ser um mero guarda-costas de suas próprias normas e sim um protetor de bens jurídicos relevantes.

Estruturalmente, na concepção o funcionalista de Jakobs, a ação seria parte da teoria da imputação. Em primeiro lugar dever-se-ia estabelecer o sujeito que deve ser punido por ter agido contra a estabilidade do sistema, o agente infrator sofre a punição por agir de modo danoso à estabilidade da norma. A pena tem função garantidora da norma. Quando uma norma é infringida, é importante que fique claro que a norma continua mantendo sua vigência. O caráter orientador da norma não pode ser maculado. A pena serviria para destacar com altivez para o infrator que sua conduta não fará com que a norma esmaeaça. Portanto o delito seria negativo na medida em que denigre a norma, por fraudar expectativas, já a pena, seria positiva uma vez que afirma a vigência da norma ao repudiar seu desrespeito (BITENCOURT, 2011).

A finalidade do Direito, de acordo com o panorama apresentado por Jakobs, consistirá na sua afirmação como modelo de comportamento a ser seguido, uma vez que a sociedade espera que as instituições funcionem de maneira ordenada, considerando que o enfraquecimento desta expectativa levaria ao risco promovido pela instabilidade social generalizada. Isto porque, caso não haja a punição adequada para uma conduta considerada ilegal na forma da lei, não haverá mais parâmetro para o certo e o errado no escopo definido pela norma penal (BONFIN; CAPEZ, 2004).

Deste modo, depreende-se que o funcionalismo sistêmico adota a teoria preventiva positiva, cuja ferramenta é a "educação" através da intimidação pelo rigor da punição. A intenção é inculcar no intelecto a certeza de punição para condutas contrárias a norma jurídica,

assumindo nítida coação psicológica no sentido de inibir delitos. Portanto, a pena, tem a função de restabelecer a ordem social almejada pelo sistema, havendo assim a certeza que o meliante será punido pelos seus atos considerados ilegais, servindo a pena como paradigma de conduta não esperada no âmbito social.

É importante pontuar que várias críticas surgem ao modelo funcionalista desenvolvido por Jakobs. Biterncourt (2011), por exemplo, entende que JAKOBS comete um erro quando substitui o conceito de culpabilidade pelo de prevenção geral. Ademais, assevera que se está permitindo, ou ainda forçando a utilização da pena, mesmo em situações em que a proteção dos bens jurídicos seja desnecessária, mais uma vez baseando-se na ideia de prevenção geral. Deste modo, se a única razão de ser do Direito Penal for a de assegurar a confiança depositada pela população nas normas penais, qual seria o motivo de aplicar um mal tão severo quanto a pena, uma vez que o que se busca não é o temor e sim possíveis dúvidas quanto à vigência da norma.

Por outro lado, o próprio Roxin, afirma que "a teoria da imputação de Jakobs impressiona por sua sólida fundamentação filosófico-sociológica" (ROXIN, 2002, p.118) e complementa enaltecendo que a "beleza do sistema de JAKOBS está não só em sua teoria de imputação objetiva, mas nos reflexos que essa teoria provoca no restante da teoria do crime e na precisão e harmonia com que cada problema é resolvido, sempre se levando em conta tais efeitos colaterais"(ROXIN, 2002, p.118).

Enfim, o funcionalismo sistêmico proposto por JAKOBS é fruto da necessidade de se manter a ordem social dado o contexto que a atual sociedade de risco proporciona aos indivíduos. É a partir desta concepção que surgem as premissas fundamentais para a delineação de um modelo diferente de Direito Penal que será alvo de nosso estudo adiante: o Direito Penal do Inimigo.

4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

4.1 Conceitos introdutórios

Conforme já explicado no capítulo anterior, Jakobs, como incentivador do funcionalismo sistêmico, sustenta que o Direito Penal está incumbido de garantir a vigência da norma, conforme seu próprio entendimento, seu objetivo é o de fomentar a obediência à norma a fim de preservar o bem estar social do cidadão.²

²Mais a frente veremos que JAKOBS trata de forma distinta o que ele chama de cidadão e inimigo.

Lançada em meados da década de 1980, a hipótese do Direito Penal do Inimigo surge impulsionada pelas políticas públicas de combate a criminalidade, que ganhavam força ao redor do mundo. Perceba que justamente nesse período vivíamos grandes avanços tecnológicos advindos da guerra fria entre EUA e União Soviética assim como de grandes transformações sociais. A Sociedade de risco (*vide* capítulos anteriores) era uma realidade e as pessoas nos grandes centros urbanos cobravam por políticas mais duras de combate a criminalidade. A terceira velocidade do direito³, como Silva Sánchez nomeia o tema, passou a atrair mais atenção à medida que o terrorismo se apresenta como nova ameaça à soberania dos Estados.

O Estado, para Jakobs, tem o direito de providenciar mecanismos que garantam a sua segurança contra indivíduos que reincidem de maneira freqüente na comissão de crimes. E mais, os cidadãos têm o direito de exigir do Estado medidas adequadas contra os riscos sociais (JAKOBS; MELIA, 2012). Nas palavras do jurista "o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar a guerra" (JAKOBS; MELIA, 2012, p.29). O inimigo não será excluído de todos os direitos, até porque futuramente ele pode deixar a condição de inimigo e fazer parte daqueles que são considerados cidadãos. Em suma, o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo combate perigos.

4.2 Base filosófica

A fim de construir uma forte base filosófica para suportar sua hipótese, Jakobs recorre a Fichte com o argumento de que aquele que abandona o contrato cidadão em um ponto em que se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão (JAKOBS; MELIA, 2012, p.25).

De Hobbes, Jakobs comenta sobre o contrato de submissão ao qual o cidadão está vinculado. Para ele, Hobbes de maneira acertada sempre mantém o delinquente em sua situação

³O tema "velocidades" do Direito Penal é tratado por Silva Sanchez e divide o Direito Penal em três velocidades: direito penal de primeira, segunda e terceira velocidade. Entende-se por direito penal de primeira velocidade o modelo que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, embora fundando em garantia individuais irrenunciáveis. O modelo adotado pelo direito penal de segunda velocidade incorpora duas tendências, quais sejam: a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão. O Direito Penal da terceira velocidade 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). Para mais informações verificar SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do Direito Penal. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002

de cidadão, mesmo quando este delinque. Contudo, em determinados casos considerados extremamente graves, como a traição ao Estado, o homem estaria rescindindo seu contrato voltando ao estado de natureza. Por conseguinte, aqueles que não estariam abarcados pelo contrato social poderiam ser castigados como inimigos.

Em Rousseau, aquele que ataca o direito social deixa de ser considerado um membro do Estado, uma vez que estaria agora em guerra contra ele. Este estado de guerra entre indivíduo e Estado é a punição para o malfeitor: ser um inimigo do Estado.

4.3 O cidadão e o inimigo

Jakobs considera que aquele que segue uma conduta desviada não oferece garantia de cumprimento da ordem social, desse modo não pode ser tratado como cidadão, devendo ser combatido. Isto porque, na concepção do jurista alemão, caso o meliante fosse tratado como cidadão, o Estado estaria pondo em risco toda a coletividade. Logo, não seria dado do devido exemplo para a população de que a norma deve ser respeitada.

Há dois tipos de indivíduos a sob a observância do Estado: o **cidadão** e o **inimigo**. Este é o ponto central do Direito Penal do inimigo: como distinguir quem é inimigo do Estado e quem não é?

O conceito de cidadão corresponde ao sujeito livre que representa um papel na sociedade. Trata-se da pessoa cumpridora da norma e zelosa dela. A idealização de "cidadão", citada por Jakobs e que parte da visão sistêmica de Luhmann, implica na separação jurídica entre o indivíduo (ser humano), ora entendido como ser pensante que se baseia em sua consciência individual, e sociedade que é entendida como um sistema que se baseia na comunicação. Sendo assim, tem-se que o Direito é uma estrutura da sociedade e que obrigações e direitos são expectativas normativas e não se dirigem aos indivíduos (seres humanos isolados) e sim aos cidadãos (pessoas que se vêem ligadas às outras pessoas da sociedade através da submissão à norma – contrato).

O inimigo, por seu turno, seria o indivíduo que, não está alinhado à ordem social, ou seja, reiteradamente comete condutas criminosas graves, não garantindo assim a segurança que a norma prevê. Nas palavras de Sánchez o inimigo seria alguém que "mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou ainda sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental" (SÀNCHEZ, 2002, p.149). Entende-se que Jakobs teve a intenção em sua teoria de inibir através da coação determinados fatos delitivos considerados de certa gravidade. Criminosos

do colarinho branco, corruptos, terroristas, organizações criminosas, estupradores, traficantes... Enfim, aqueles que cometem infrações de certa envergadura são potencialmente tratados como inimigos. Isto por que ao se afastarem do Direito, não oferecem garantias que continuarão cumpridores da norma.

Essa divisão entre cidadão e inimigo é um ponto muito sensível da teoria de JAKOBS. Muitas críticas são movidas no sentido de que tal diferenciação não seria concebível em um Estado de Direito por ofender aos direitos humanos. O tema é realmente espinhoso, sobretudo no que tange à possibilidade de um governo tirano se utilizar destes meios para controlar a sociedade de maneira extremamente repressiva. Não resta dúvida que é necessário ao Estado que utilize esses critérios um elevado grau de evolução social. No decorrer deste trabalho daremos destaque às críticas ao Direito Penal do Inimigo.

4.4 Características

Analisando a obra de Jakobs, Câncio Meliá, em tom crítico, entende que se podem extrair três elementos principais da teoria: adiantamento da punibilidade, penas extremamente elevadas e a relativização de garantias processuais. No primeiro elemento, afirma que a perspectiva do ordenamento jurídico penal é relativa ao fato futuro em lugar de tomar como referência o acontecimento passado; no segundo, relata que as penas são desproporcionais, desrespeitando uma lógica de gradação punitiva; por fim, as garantias processuais são mitigadas podendo inclusive ser suprimidas a depender do caso (JAKOBS; MELIÁ, 2012)

Luis Flávio Gomes, por seu turno, assinala os seguintes pontos como características do Direito Penal do Inimigo:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (GOMES, 2005, p.132)

Portanto não custa perceber que o Direito Penal do Inimigo seria uma espécie de Direito Penal com altas doses de parcialidade, uma vez que o inimigo pode ser punido de forma antecipada e mais rigorosa que outro membro da sociedade.

Alguns Direitos e garantias materiais e processuais são flexibilizados para que se possa aplicar a punição e, por conseguinte garantir a vigência da norma e diminuir o risco social. Resta claro também que há um choque com princípios fundamentais para a ordem jurídica a exemplo da ofensividade, imputação objetiva e presunção de inocência. Por outro lado as medidas adotadas devem guardar proporcionalidade com as lesões que se visa prevenir.

Não menos importante é notar que as reações as quais o Estado emprega por intermédio de seus governantes a fim de combater o inimigo nunca poderão ser compreendidas como desejo de vingança ou utilizadas de modo a abusar do poder Estatal. O fim perseguido é exclusivamente cessar o risco provocado pelo inimigo.

4.5 Periculosidade e culpabilidade

O debate envolvendo um Direito Penal voltado para o agente ou para o fato criminoso traz à tona a discussão sobre como se deve tratar culpabilidade e periculosidade na dogmática penal.

Zaffaroni (2005) é incisivo ao afirmar que quando se fala em Direito Penal de periculosidade não pode haver interpretação diferente daquela definida pelo tenebroso direito penal do autor. O Direito Penal do autor, que nos remete ao pensamento de Cesare Lombroso⁴, configura-se quando a reprovabilidade social, bem como a aplicação das sanções penais são baseadas não na ocorrência de um fato ilícito, mas sim no modo de ser do agente. Nele, a penalidade deveria ser aplicada com fundamento na personalidade do agente, sendo a conduta uma mera característica do sujeito que foi forjado a delinquir.

Sem o mesmo extremismo de Zaffaroni, Moniz Sodré (1952, p.217) pondera sobre a importância da análise da periculosidade do agente como fator importante que deve ser considerado na reestruturação da dogmática penal. Segundo o jurista, o grau de "temibilidade" do criminoso deve servir como parâmetro para definir a medida da pena. Quanto mais "perigoso" fosse o indivíduo, maior deveria ser sua punição, uma vez que aquele indivíduo perigoso estaria demonstrado sua incapacidade de viver em sociedade.

⁴Ver: LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente*, quinta edizione, 1897. Bompiani, 2013.

Garofalo (1893, p.180), utilizando da mesma lógica proposta por MONIZ SODRÉ, define a periculosidade ou temibilidade, como sendo uma espécie de perversidade constante que se deve prever em toda ação do indivíduo perigoso. A proporção da pena, em seu entendimento, deveria ser medida principalmente com base no perfil criminoso do agente.

Percebemos dois caminhos a serem seguidos. O primeiro, passa pela culpa antes de se definir a pena. O segundo, nos leva a analisar a periculosidade do agente. Entendemos que pode haver uma combinação entre estes dois caminhos, havendo espaço para utilização da periculosidade como um dos critérios de definição de pena. Contudo a culpabilidade, indubitavelmente, deve ocupar um espaço maior nessa proporção.

4.6 Enfrentando o inimigo

Para enfrentar os perigos que atormentam a sociedade moderna – a exemplo dos crimes praticados via internet, dos crimes praticados por associações criminosas, do terrorismo – existe uma dificuldade adicional, sobretudo na confecção de provas e durante todo o processo penal. As novas formas de delinquir apresentam meios sofisticados de driblar o sistema penal. O criminoso conhece o sistema e assim evita deixar vestígios que poderiam ser colhidos durante a persecução penal tradicional. Com base nessa argumentação, Sánchez reconhece que quando a conduta delitativa não somente causa desestabilização da norma em concreto, mas de todo o Direito, deve-se discutir a questão do aumento das penas de prisão assim como a flexibilização das garantias processuais. (SANCHEZ, 2002)

Portanto, interceptações telefônicas, uso de agentes infiltrados, quebra de sigilo bancário entre outras medidas que normalmente seriam atentatórias à princípios fundamentais, poderiam ser utilizadas em um processo penal adequado à combater o inimigo.

O inimigo do Estado, na concepção de Jakobs, está sujeito a uma punição através de medida de segurança, e não através de pena. Isto porque a pena seria reservada ao cidadão, como meio retributivo ao ilícito causado. Já a medida de segurança, mesmo que aplicada *post delictum*, serve como uma espécie de prevenção à prática de novos crimes e se aplica ao inimigo. Segundo Bruno (1984), as medidas de segurança servem como meio de promoção da recuperação social do indivíduo ou ainda para segregá-lo do convívio social quando impossível sua ressocialização.

5. APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Exemplos de utilização de Direito penal excepcional de uma forma ou de outra sempre existiram. Hoje em dia, em muitos países em que o fenômeno terrorista adquiriu proporções consideráveis, os governos, pressionados pela opinião popular fortemente influenciada pela mídia, se viram "forçados" a adotar leis penais de emergência. Tais normas vão de encontro ao sistema de garantias processuais e a primeira vista, desrespeitam aquilo que é previsto pelos padrões internacionais do devido processo legal.

A adoção deste tipo de mudança na política criminal evidentemente revela as transformações por que passa nossa sociedade. O Direito Penal clássico ou está perdendo a força aos poucos ou está se deixando moldar pelas novas demandas das sociedades pós-industriais. Os direitos individuais e coletivos que deveriam gozar de uma proteção universal estão cada vez mais difíceis de delimitar. Por outro lado o legislador cada vez mais faz uso das normas penais em branco ou dos crimes de perigo abstrato. Mais duro é o golpe quando se deixa violar o princípio da intervenção mínima, da legalidade, da presunção de inocência, enfim, os direitos garantidos constitucionalmente aos cidadãos (GUILLAMONDEGUI, 2005)

O maior desafio enfrentado pelos Estados no tocante à crescente ameaça à vigência da norma estaria em legitimar o Direito Penal do Inimigo como forma de combate à criminalidade. Com isto, estar-se-ia garantindo que os princípios constitucionais do Estado democrático de Direito fossem respeitados. Luisi (2003) apresenta um questionamento bastante sucinto mas seu teor de provocação e de profundidade exigem uma resposta demasiadamente complexa: é possível combater o terrorismo e a criminalidade organizada respeitando as garantias proporcionadas pelo Estado e pelo Direito Penal?

5.1 Exemplos na legislação estrangeira

5.1.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 que mataram centenas de pessoas em várias cidades daquele país, George W. Bush, presidente à época, não tardou a sancionar o *patriot act*⁵. Ocorreu uma espécie de sopro patriótico no povo

⁵O Decreto sancionado por Bush permite, entre outras coisas, que órgãos de segurança e de inteligência dos EUA interceptem ligações telefônicas e e-mails de organizações e pessoas supostamente envolvidas com o terrorismo, sem necessidade de qualquer autorização da Justiça, sejam elas estrangeiras ou americanas. Após várias prorrogações durante o governo de George Bush, em 27 de Julho de 2011, o presidente Barack Obama sancionou

americano em combate ao "terror". A legislação antiterrorismo passou a flexibilizar substancialmente liberdades e direitos civis. Apenas a título de exemplo, agências do governo podem monitorar pessoas através de interceptações telefônicas sem necessidade de prévia autorização judicial e até mesmo traçar perfis suspeitos com base naquilo que as pessoas lêem nas bibliotecas ou das compras que fazem em seus cartões de crédito.

Essa legislação pretendia expandir a atuação das agências de segurança norte americanas a exemplo da CIA (*Central intelligence Agency*) e do FBI (*Federal Bureau of Investigation*) entregando-lhes maiores poderes. O objetivo a ser alcançado seria capturar os mentores dos ataques terroristas em solo americano. Hoje em dia, existe sob a justificativa de prevenir a incidência de novos ataques.

5.1.2 França

A França, que recentemente conheceu um atentado terrorista no centro de Paris contra o semanário "*Charlie Hebdo*", aprovou em outubro de 2001, seguindo o exemplo norte americano, sua "LSQ"⁶ (*Loi sur la Sécurité Quotidienne*⁷), como ficou conhecida sua lei de segurança nacional antiterror (os franceses preferem chamá-la de lei *Big Brother* – em referência ao romance de George Orwell). De acordo com esta lei, assim como se implementava nos Estados Unidos, O Estado poderia interceptar comunicações privadas de prováveis terroristas e também burlar outros direitos individuais em prol da segurança da coletividade.

5.1.3 Inglaterra

Na Inglaterra, os agentes da *Scotland Yard* têm permissão para matar em casos de **suspeita** (isso mesmo, mera suspeita) de terrorismo. O comissário chefe da agência da rainha Elizabeth, Ian Blair, em 2006 argumentou o seguinte: "revisamos essa política várias vezes, mas não conseguimos encontrar uma alternativa. Em um local abarrotado de pessoas, a única possibilidade de impedir que um suposto terrorista cometa um atentado é atirar para matar."⁸ Percebe-se que, nestes casos, a responsabilidade sobre definir quem é o acusado e julgá-lo sumariamente é de inteira responsabilidade da polícia. Tragicamente, o brasileiro Jean Charles

a extensão do USA PATRIOT Act que terá validade até meados de 2015. Para verificar o teor do decreto acesse: <http://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>

⁶A legislação completa pode ser acessada a partir do seguinte endereço eletrônico: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000222052>

⁷.os franceses preferem chamá-la de *Big Brother* - em alusão ao romance "1984" de George Orwell

⁸Agência de notícias EFE. "Ian Blair mantém permissão para matar, pois 'não há alternativa'" Uol Notícias, 23 jan. 2006. <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2006/01/23/ult1807u25606.jhtm>>

de Menezes foi vítima de um "julgamento equivocado" e acabou recebendo oito tiros, quase todos na cabeça, por ser suspeito de atentados terroristas que ocorreram na cidade de Londres.

5.1.4 Itália

Na Itália, foi aprovado em 2009 um novo tipo penal que criminaliza a imigração ilegal⁹. Trata-se de um crime permanente, portanto admite flagrante a qualquer tempo. A conduta criminosa é atribuída ao indivíduo que está em solo italiano sem o consentimento das autoridades migratórias daquele país. Além disso, imigrantes ilegais que cometem delitos são punidos de maneira mais dura do que cidadãos italianos que infringem a lei. Como justificativa, o governo italiano se utiliza da pressão da população, que acompanha diariamente em seus telejornais manchetes envolvendo imigrantes africanos com toda sorte de desordem social.

5.2 Traços no ordenamento brasileiro

5.2.1 Lei do abate

No Brasil também podemos encontrar normas que apresentam características penais e processuais que remetem ao Direito Penal do Inimigo de Jakobs. Podemos citar como exemplo claro a Lei nº 7.565/86 (regulamentada pelo decreto nº 5.144/04 assinado pelo presidente Lula). O decreto autoriza a derrubada de aeronaves suspeitas de transporte de entorpecentes que estejam circulando no espaço em espaço brasileiro. Abaixo alguns fragmentos do decreto:

Art. 4o A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.

Art. 5o A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra. (BRASIL, 2004)

No caso do abate, o decreto cita em seu artigo 2º "**suspeita** de tráfico de substâncias entorpecentes"(grifo meu). Resta claro que há uma supressão de qualquer rastro de devido

⁹Agência de notícias EFE: "Lei que criminaliza imigração ilegal entra em vigor amanhã na Itália". Folha de São Paulo, 07 ago. 2009 <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2009/08/606368-lei-que-criminaliza-imigracao-ilegal-entra-em-vigor-amanha-na-italia.shtml>>

processo legal nesta norma, sequer é necessária uma prova cabal de que a aeronave é usada para fins de tráfico, basta uma mera suspeita. Contudo, a finalidade da norma em tese serve à preservação da segurança nacional. Temos então a flexibilização de garantias, que é apontada como necessária por Jakobs em casos extremos.

5.2.2 Regime disciplinar diferenciado (RDD)

Outro exemplo que não poderíamos deixar de lembrar é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado, mais conhecido como RDD. O RDD foi instituído através da Lei nº 10.792/03 e prevê que detentos considerados "subversivos" sejam tratados de maneira diferenciada. Os presos submetidos ao RDD devem ser alojados em celas individualizadas, não podem ter contato com outros detentos. O banho de sol é limitado a duas horas por dia e visitas semanais são mais rigorosamente controladas. O preso no RDD é um inimigo do Estado, portanto não precisa ser tratado como os outros. Não podemos esquecer o contexto histórico que precedeu a criação do RDD. Rio de Janeiro e São Paulo sofriam com ataques do crime organizado. O comando vermelho e o primeiro comando da capital (PCC), liderados de dentro das penitenciárias, provocavam pânico nestas cidades. Uma vez mais a opinião pública, forjada pela imprensa, clamou por uma atitude emergencial do Estado, que em resposta aprovou rapidamente o RDD.

5.2.3 Lei de crimes hediondos

Ainda no ordenamento brasileiro, a Lei nº 8.072/90 que dispõe sobre os crimes hediondos também contem traços do Direito Penal do inimigo. A lei prevê que aquele que cometa algum dos crimes por ela previstos, terá tratamento processual diferente dos demais infratores. É considerado inimigo, e por conseguinte deve ser apartado dos demais, o indivíduo que comete homicídio qualificado ou quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, o latrocida, aquele que pratica extorsão mediante sequestro, o esturpador... enfim, todos os tipos previstos no art. 1º da Lei de crimes hediondos. Estes "inimigos" têm progressão de regime diferenciada (mais demorada) e devem cumprir pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

5.2.4 Outras impressões

Concordamos com o pensamento de GOMES quando ele afirma que "ninguém contesta que o Estado deve intervir, com firmeza, para evitar danos para o patrimônio e vida

das pessoas. Mas dentro do Estado de Direito até mesmo o Direito tem limites”¹⁰. A grande problemática está em encontrar um meio de garantir a segurança da população com o mínimo de prejuízo aos direitos e garantias historicamente conquistados. É uma balança é difícil de equalizar.

Constatamos que a evidente crise dos mecanismos de controle social acaba por delegar ao Direito Penal a responsabilidade e a esperança de solução de todos os problemas. Nesse contexto é que o Direito Penal é tão sensível ao comportamento social.

Mesmo com todas as críticas, sobretudo aquelas relativas à violação de Direitos individuais e coletivos, os Estados continuam se servindo de políticas criminais emergenciais, leiam-se políticas criminais cada vez mais duras e sempre relativizando princípios e garantias do cidadão. Talvez a curto e médio prazo esta seja a melhor solução para pacificar a sociedade, contudo em paralelo, devem ser desenvolvidas outras políticas de estabilização social. Assim pondera Sánchez (2002) e é também desta forma que percebemos o tema.

5.3 Críticas

Em tom bastante duro, Rogério Greco compara a distinção "cidadão x inimigo", proposta por Jakobs, ao projeto nazista de Hitler. Ao asseverar que a sociedade é composta por cidadãos de bem e por inimigos da sociedade, nos colocar em uma guerra sem fim não resolveria os problemas sociais, pelo contrário, poderia criar outros piores. Complementa o autor afirmando o seguinte: "Com o argumento voltado ao delinquente habitual, ou criminosos pertencentes às facções organizadas [...] taxando-os de irrecuperáveis, propondo-se, para eles, medidas de privação da liberdade com tempo indeterminado, enfim, tratar o ser humano como um estranho à comunidade, é o máximo da insensatez a que pode chegar o Direito Penal".¹¹ Rogério Greco preocupa-se ainda com o processo de identificação do inimigo, uma vez que não há um rol fechado de possibilidades. O governante mal intencionado poderia, por exemplo, aplicar alguma punição ao seu rival na política sob o pretexto de falta de patriotismo ou qualquer razão que convencesse a opinião popular. Finalizando sua crítica, o autor conclui afirmando que "não podemos afastar todas as nossas

¹⁰GOMES, Luiz Flávio. LEGISLAÇÃO INGLESA ANTITERROR NÃO VALE. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/i/a/terrorismo-luiz-flavio.pdf>> Acesso em: 02 jan. 2015.

¹¹GRECO, Rogério. Direito penal do inimigo. <<http://rogeriogreco.com.br/blog>, 2006.> Acesso em 10 jan. 2015

conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento do cidadão versus inimigo".¹²

Em crítica não menos tenaz, Zaffaroni, crítico frequente da teoria de JAKOBS, analisa o Direito Penal do Inimigo como um instrumento de dominação estatal que usa da punição para manter-se no poder. Segundo o seu entendimento, o sistema penal para manter sua legitimidade deveria sempre estar caçando os inimigos. Tudo isso, sem limites bem definidos de atuação. O Estado deixaria de ser de Direito para ser Estado de polícia. Ainda segundo Zaffaroni, a principal arma utilizada hoje pelo Estado para convencer o povo que sua política criminal é adequada consiste em sua própria vitimização. Neste processo a imprensa sensacionalista tem papel fundamental. Amedrontada, a população passa a enxergar uma política criminal de aniquilação do inimigo como única salvação, aderindo cegamente ao discurso de políticos demagogos. Zaffaroni complementa alertando que hoje em dia o Direito Penal é trabalhado como um produto a ser vendido e na lógica de mercado tanto melhor será o produto quanto melhor for o discurso publicitário. Em breve síntese Zaffaroni esclarece que:

De todas as teses européias dos últimos anos, esta é a que se expressa com maior sinceridade, mas também com maiores riscos para nossa realidade regional, onde, historicamente, a definição dos inimigos foi brutal e as conseqüências genocidas. Além disso, sua raiz também *hequeliana* - como foi dito - importa uma classificação dos cidadãos, dando por certo a existência de incluídos e excluídos, o que não é menos alarmante, tendo em conta a difícil situação que atravessam nossas sociedades. (ZAFFARONI, 2013, p.235).

Luiz Greco em detalhado estudo enxerga no conceito de "Direito Penal do Inimigo" tão somente "um instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo". Serviria apenas para classificar algumas normas do Direito Penal, contudo isto não significaria que tais normas seriam boas ou ruins, apenas estariam caracterizadas pela conveniência de um jurista. Em outro prisma, caracterizar uma norma como de direito penal do inimigo seria uma maneira de carregá-la com certo estigma de contrária ao Estado de Direito. No viés da legitimação do direito penal do inimigo, o jurista brasileiro aduz que "afirmar que o estado tem o dever de não respeitar seres humanos como pessoas é nada menos do que um escândalo. E por isso é também compreensível que se tenham feito comparações com a recente história alemã (...)". Usando da lógica argumentativa o jurista demonstra que:

O conceito de direito penal do inimigo aponta para um dado empírico: a existência de um potencial para o cometimento de delitos. Se este dado empírico estiver presente, torna-se legítima a intervenção do poder punitivo estatal. Mas aqui nos deparamos com um problema epistemológico: do empírico não deriva nada de modo necessário, mas apenas de modo contingente; o que é empiricamente X, pode sempre ser algo diverso, um Y. (GRECO, Luis, 2005, p.235)

¹²idem.

Ou seja, a observação experimental de certo comportamento social pode inclusive nunca ser materializada, tornando o direito penal do inimigo como ineficaz para os fins para os quais foi criado.

O penalista Luiz Flávio Gomes em sua crítica ao Direito Penal do Inimigo assevera que essa teoria não passa de uma reprodução do Direito Penal do autor, que serve para punir o indivíduo observando apenas aquilo que o sujeito é sem considerar o que ele faz. Gomes também faz referência ao nazismo quando critica o direito pena do inimigo, ao afirmar que foi durante o terceiro *reich* que o Direito Penal do autor teve seu apogeu. Para o autor, a tese de Jakobs serviria para apenas para "demonizar um determinado grupo de pessoas". Sendo "claramente inconstitucional", uma vez que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais, a não ser que consideremos que estamos em constante estado de guerra. (GOMES, 2005)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo verificamos que a problemática envolvendo o direito penal do inimigo e sua aplicabilidade, não obstante considere os argumentos jurídicos favoráveis e desfavoráveis, não pode deixar em segundo plano o contexto da realidade social em que se aplica o Direito. Percebemos justa a preocupação de Jakobs com a crise de legitimação que sofre não apenas o Direito Penal, mas também todas as instituições que utilizam alguma forma de controle social.

A crise social por que passamos e que torna o indivíduo cada vez mais egoísta e individualista, tem como pano de fundo a era do desenvolvimento tecnológico e da globalização. Além disso, a forma e a velocidade com que a comunicação circula também são fatores decisivos para a formatação da chamada "sociedade de riscos", conforme analisamos no capítulo inicial.

Não restam dúvidas de que cabe ao Direito Penal o papel de bastião dos bem jurídicos mais importantes nas sociedades organizadas, havendo a necessidade de um imperativo que force os cidadãos a manter a paz social. A norma faz o papel deste imperativo e enquanto há respeito ao seu conteúdo a sociedade estará em harmonia. Nesse contexto, JAKOBS inaugura a concepção de Direito Penal do inimigo, com o objetivo de assegurar a operacionalidade e a eficiência do sistema social.

O Direito Penal seria dividido em dois: o primeiro, do cidadão, seria aplicado àquele delinquente que em sua prática delitativa não provocasse desestabilização à vigência da norma.

O segundo, do inimigo, combateria a possibilidade do enfraquecimento da vigência da norma, tendo como alvo o indivíduo classificado como inimigo, tal classificação levaria em consideração a sua potencial periculosidade. Este ponto é o mais discutido e criticado na teoria de JAKOBS.

Verificamos que a idéia lançada por JAKOBS tem por objetivo, em linhas gerais, a diminuição do risco social através da prevenção. O Direito Penal do inimigo se pauta então no ataque aos riscos e por isso deve-se conhecer o “inimigo” e puni-lo antes que ele consiga atingir os bens jurídicos protegidos pela norma penal.

Quanto à sua legitimação e aplicabilidade, entendemos que estas são questões que pertencem mais à seara política do que propriamente jurídica. Isto porque é perfeitamente possível justificar juridicamente que um direito individual seja enfraquecido em virtude do fortalecimento de outro, tudo isso se observando a proporcionalidade e razoabilidade das medidas envolvidas.

Alguns países, inclusive o Brasil, adotam elementos do Direito Penal do inimigo. No caso da legislação brasileira, entendemos as circunstâncias que levam a utilização de normas mais duras para determinados criminosos, como acontece no RDD, como sendo uma medida aceitável ao analisarmos sua razoabilidade e proporcionalidade. Contudo, em casos como o observado na Itália, em que o imigrante ilegal é um criminoso, (e não um mero descumpridor de norma administrativa) percebemos um excesso que pode ser perigoso para o Estado Democrático de Direito. O clamor social não pode interferir sobremaneira na adoção dessas políticas de segurança, sob o risco de um perigoso inchaço no Direito Penal e de "super-poderes" dos governantes.

As críticas ao modelo, capitaneadas por Zaffaroni, consideram que o sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta a extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar.

Não se pode esquecer que as conquistas históricas do cidadão relativas aos seus direitos individuais não podem ser violadas a cada vez que uma onda de violência se abater sobre um determinado local. Até porque, como vimos, nem sempre essa sensação de violência é real, e sim uma extrapolação da realidade promovida pela mídia. Devem ser buscadas soluções de controle social que envolvam além do Direito Penal, outros ramos do Direito e também as ciências sociais. O uso do Direito Penal como única trincheira para esta finalidade

pode gerar uma crise social ainda maior do que a que vivemos hoje. Os problemas sociais poderiam se agravar ao ponto de estarmos presos permanentemente em um estado de guerra civil entre dois lados, o bem e o mal, cidadão x inimigo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Iduna Weinert A teoria da ação finalista de Hans Welzel. **Revista de informação legislativa**, v. 13, n. 51, p. 179-198, 2009

AMBOS, Kai. Da "Teoria do Delito" de Beling ao Conceito de Delito no Direito Penal Internacional. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 16, n. 3, p. 363-384 jul./set. 2006.

BECK Ulrich, **La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, Tradução: Jorge Navarro. Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. Saraiva, São Paulo, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 5.144 de 16 de julho de 2004**, Poder executivo, Brasília, DF, 16 de julho de 2004.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 1

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. "Deu no jornal": Notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, nº. 2, p.56-77, set. 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; DE GIORGI, Raffaele. **O direito na sociedade complexa**. 2011. São Paulo: Max Limonaud, 2000.

CASTRO, Lola Anyar. **Mídia & Violência Urbana**. Rio de Janeiro: FAPERJ, p.67-78 1994.

CONSTITUIÇÃO, BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

DE CARVALHO, José Maurício. Pessoa humana e moral social. **Revista da Faculdade de Letras-Série de Filosofia (Segunda Série)**, v. 14, n. 1, 2014.

DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **A terceira velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**. 2006.

DURKHEIM, Émile. **Las reglas del método sociológico**, Espanha, Morata, 1978.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**. 3^a ed. Lisboa, Livraria Clássica, p.180, 1893

GOMES, Luiz Flávio. Curso de Direito Penal pela internet. PG–Fato punível, in www.estudoscriminais.com.br, em, v. 13, n. 02, p. 02. 2010. Disponível em: <<http://www.estudoscriminais.com.br>>. Acesso em: 02 jan. 2015

_____. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). **Revista jurídica Eletrônica UNICOC**. Ribeirão Preto, ano, v. 2, pp. 131-136, 2005.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**, n. 272, p. 35-63, 2000.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 7, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo. **Editorial La Ley Sup Act**, v. 21, n. 07, 2005.

GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, UFFRJ, p.95-112, abr. 2001.

HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JAKOBS, Gunther *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. São Paulo: Manole. **Coleção Estudos de Direito Penal**, v. 1, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). 6^a ed. Porto Alegre, p.28, 2012

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: FCG, 1989.

MASI, Carlo Velho. As modernas teorias do delito e suas receptividades no Direito Penal brasileiro. Desafios da dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22983>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do Fato Punível**. 4^a ed. Curitiba: Lumens Juris, 2005.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-criminais sob o Paradigma da Sociedade Mundial do Risco. **Revista Liberdades**, São Paulo, IBCCRIM, n. 5, p. 85-115, 2010.

VERBICARO, Loiane Prado. Judicialization of politics in Brazil. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 389-406, 2008.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Buscando o inimigo**: de satã ao direito penal cool. Criminologia e Subjetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 3-31, 2005.