

GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI
CAMPUS PROF. ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

SARA GONÇALVES FERREIRA DE SOUZA

A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Biblioteca UESPI PH6
Registro Nº 11493
CDD 341.5
CUTTER S729a
V 01 EX. 01
Data 15 / 03 / 16
Visto _____

PARNAÍBA

2015

SARA GONÇALVES FERREIRA DE SOUZA

**A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
apresentado à Universidade Estadual do Piauí -
UESPI, como Requisito Parcial para a
obtenção de Grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dra. Maria da Graça Borges de
Moraes Castro.

PARNAÍBA

2015

S729a

Souza, Sara Gonçalves Ferreira de

A aplicação do Direito Penal do inimigo no Processo Penal Brasileiro / Sara Gonçalves Ferreira de Souza - Parnaíba: UESPI, 2015.

51 f. : il.

Orientador: Dra Maria da Graça Borges de Moraes Castro.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual do Piauí, 2015.

1. Direito Penal do inimigo 2. Princípios fundamentais 3. Constituição Federal 4. Estado Democrático de Direito I. Castro, Maria da Graça Borges de Moraes II. Universidade Estadual do Piauí III. Título

CDD 341.5

SARA GONÇALVES FERREIRA DE SOUZA

**A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
apresentado à Universidade Estadual do Piauí -
UESPI, como Requisito Parcial para a
obtenção de Grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Maria da Graça Borges de Moraes Castro.
Orientadora

Prof.
Examinador interno

Prof.
Examinador interno

A minha mãe que sempre lutou muito para que fosse possível por meio da educação a conquista dos meus maiores objetivos de vida.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer de antemão e acima de tudo a Jeová Deus a quem sou eternamente grata, pois além de derramar sua agraciada benção me rodeou de pessoas maravilhosas e verdadeiras que sempre acreditaram na minha capacidade de conquistar todos os meus sonhos, até os mais impossíveis.

No rol daqueles a quem eu me sinto na obrigação de mostrar minha profunda gratidão está minha mãe que sempre me incentivou a não desistir e buscar na educação o meio de retorno certo para tudo àquilo que eu almejasse. Minha vó amada que tenho como exemplo de superação frente os obstáculos que a vida pode apresentar e a quem expresso todo o meu reconhecimento pela paciência, preocupação e acima de tudo amor por me auxiliar desde pequena nos estudos. Meus irmãos, Klevison e Kelliany, que mesmo estando muito longe nunca deixaram de exprimir o reconhecimento necessário do valor de meus esforços.

No quesito amizade agradeço a minha amiga Marise que há quase dez anos não só acompanhou minhas vitórias como também demonstrou em todos os momentos acreditar na minha competência, além de exprimir com sincera alegria e emoção a felicidade pelos meus êxitos. Reconheço todo o empenho em me ajudar a concretizar mais esta importante etapa da minha vida. Também não poderia deixar de agradecer a meu amigo Pedro Iago que me acompanhou nestes cinco anos de faculdade e que sempre esteve do meu lado nos trabalhos, problemas e discussões em sala de aula.

Agradeço a meu noivo Thiago que procurou despender tempo para ajudar no que fosse preciso e com sua tranquilidade imensurável buscou me acalmar nos momentos em que fraquejei. Nunca deixou de me prestar auxílio e mostrar prontidão. Também a sua família que se tornou minha e esteve torcendo por mim.

"... a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em táticas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo..."

(José Saramago)

RESUMO

A presente monografia versa sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo abalizada pelo penalista alemão Günter Jakobs, consistindo no emprego de uma legislação pautada no recrudescimento das penas e na possibilidade de suprimir importantes garantias processuais, levando-se em consideração a despersonalização do autor do fato que devido à sua contumácia na prática delitiva, não oferece garantias de que não voltará a ameaçar a vigência da norma. Por meio da análise de diversos dispositivos normativos confrontados com as disposições contidas na Constituição Federal de 1988, buscou-se sopesar a importância ímpar dos princípios fundamentais atrelados ao processo penal brasileiro. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica e o exame crítico do escândalo envolvendo a boutique de luxo Daslu a fim de esquadrihar a respeito da realidade prática e os desdobramentos das ideias de Jakobs no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo; Princípios Fundamentais; Constituição Federal; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This current monograph deals with on the theory of the Penal Law of the Enemy pointed out by the criminalist german Ginter Jakobs, consisting in the employment of a legislation lined by the recrudescence of penalties and possibility of suppressing important procedural safeguards, taking into account the depersonalization of the author of the fact that due to its contumacy in these unlawful activities does not offers assurances that it will not return to threaten the effective of the standard. By means of the analysis of various normatives devices confronted with the provisions contained on Federal Constitution of 1988, it sought to weigh the odd importance of the fundamental principles harnessed to the brazilian criminal proceedings. The literature search and critical exam of the scandal involving luxury boutique Daslu to in order to scan about the practical reality and the unfoldings of Jakobs's ideas in a Democratic State Law was used.

Keywords: Criminal Law of the Enemy; Fundamental principles; Federal Constitution; Democratic State of Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1. ASPECTOS CONCEITUAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	11
CAPÍTULO 2. NORMAS PROCESSUAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	21
CAPÍTULO 3. A REALIDADE PROCESSUAL BRASILEIRA E OS REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

Diante do crescente número da criminalidade no país e a propagação pela mídia dos mais variados ilícitos penais cometidos em sua maioria de forma vil e sádica, tem-se ascendido de maneira gradativa um intenso clima de insegurança por parte da população. Não obstante, receosa de conviver com a violência ao passo que alimentada pela opinião de jornalistas ou apresentadores de programas policiais, ou seja, figuras geralmente leigas no que tange ao direito e as leis, uma grande parcela da sociedade tem clamado por um recrudescimento das normas e uma consequente amortização de direitos a fim de punir com maior severidade infratores. Clima propício para o avanço da teoria de Günter Jakobs criada na segunda metade da década de 1990, pautada na figura de um inimigo do Estado e da ordem, que por não ser considerado cidadão é tolhido de garantias inerentes ao devido processo legal além de estar sujeito a aplicação de penas exacerbadas e desproporcionais.

No Brasil a Teoria do Direito Penal do Inimigo tem se materializado não só através da criação de determinadas normas incriminadoras como também de vários veredictos, em sua grande maioria de ampla repercussão, o que se explica de certa forma pelo fato de estarem ligados à casos polêmicos, disseminados de maneira excessiva nos meios de comunicação social. Há de se frisar ainda, o controverso resultado da multiplicação do volume de julgamentos empreendidos por alguns operadores do direito no desenrolar processual, uma vez que ao se amoldarem ao pensamento de Jacobs obtiveram a aprovação por parte de uma grande parcela da sociedade, ávida por vingança ao passo que foram também, alvos de intensos debates e críticas por se traduzirem como uma afronta aos direitos e garantias individuais assegurados na Constituição Federal de 1988.

É de incontestável notoriedade a árdua tarefa do legislador ao empenhar-se em conter ilícitos penais através da inserção de normas incriminadoras. Não obstante, o que se tem observado é a dificuldade na criação de leis que antecedam a prática delitiva, uma vez que, é cada vez mais corriqueiro observar-se primeiro a ocorrência do crime, isto é, uma modificação danosa no mundo exterior para somente depois suceder-se a elaboração de uma norma para a contenção de uma conduta lesiva. Objetivando dirimir a situação ora explicitada, Günter procura através de seu funcionalismo normativo revestir a sanção penal de um cunho eminentemente preventivo, no intento de alcançar fatos futuros relacionados a riscos ou fontes de ameaças.

O inimigo, figura central da teoria defendida por Jakobs necessita ser delimitado com rigor a fim de se lograr êxito em seu combate e em uma repressão célere e eficaz de suas

condutas. Aqui há de ser encarado como em um verdadeiro estado de guerra onde a política a ser adotada é a utilização de todas as punições possíveis e que bastem para a eliminação do adversário. Neste contexto seria normalmente aceita a supressão de garantias fundamentais ou a eliminação das mesmas para os infratores contumazes que na visão do autor da teoria em tela seriam, por exemplo, as atividades terroristas, os crimes econômicos e também os delitos sexuais.

Ante todas as alterações expostas, o presente trabalho buscará realizar uma análise a respeito dos fundamentos da tese esposada por Günter Jakobs, discorrendo a respeito da dicotomia existente entre o tratamento infligido ao cidadão e o inimigo, traduzindo-se de antemão a figura dos mesmos, elemento este imprescindível para a aplicação da teoria em tela no âmbito penal. Além disso, se fará menção a realidade brasileira exteriorizando os reflexos do Direito Penal do Inimigo no processo criminal trazendo à baila um caso concreto e de grande repercussão na mídia e também uma breve discussão acerca das implicações da adoção do pensamento apresentado.

CAPÍTULO 1. ASPECTOS CONCEITUAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

É de inegável primazia a necessidade de uma apresentação das devidas considerações no que tange aos pilares de apoio das ideias de Günther Jakobs, a fim de que seja possível vislumbrar com clareza as raízes do seu pensamento em compasso com o progresso da Teoria do Direito Penal do Inimigo. Logo, vale ressaltar que tal doutrinador trata-se de um penalista alemão e professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Bonn, na Alemanha e que foi fortemente influenciado pelo finalismo de Hanz Welzel. Com efeito, Mansoldo (2011, p.02) procura sintetizar a forma como se operaria tal vertente, da seguinte maneira:

Na teoria finalista, encontra-se, além dos elementos objetivos (ação, nexos de causalidade e resultado), o elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa). Por fim, a teoria finalista, trás na vontade seu próprio centro, seja no ato de assumir o risco de praticar eventual conduta (dolo), seja na forma em que não observadas as medidas de cuidado, acabou por praticar o fato penalmente incorreto (culpa).

Da evolução do finalismo derivou a teoria funcionalista, também denominada de pós-finalista a que Günther associou-se. Nesta linha de raciocínio o mesmo procurou adotar uma concepção eminentemente legalista, com fundamento na proteção à soberania da norma dentro do sistema jurídico, sem qualquer apreciação à relevância dos bens jurídicos tutelados. Capez (2006, p. 137-138) procurou sintetizar tal posição doutrinária de Jakobs, aduzindo:

Nessa linha, o conceito de crime não resulta de uma lesão a um interesse vital do homem, mas de uma mera desobediência a uma determinação do sistema. A prática da infração penal consiste em uma disfunção, ou seja, uma quebra do funcionamento do complexo social, devendo a repressão criminal ser aplicada como forma de comunicar à sociedade e ao agente que foi desobedecido um comando necessário para o desempenho da função sistêmica do Estado. (...) Se a função do direito penal se restringe a fazer atuar a autoridade da norma, fixando na mente coletiva a necessidade de sua observância, a existência do crime não dependerá de nenhuma avaliação quanto à efetiva lesão ou ameaça aos bens jurídicos por ela protegidos, limitando-se à verificação sobre o descumprimento ou não da regra legal. (...) Em suma, lei é para ser cumprida, obedecida, e sua violação é uma deslealdade do infrator para com o sistema, a qual deve ser prontamente punida, restabelecendo-se a autoridade da norma.

No funcionalismo esposado por Jakobs a ideia central baseia-se na figura do grupo sem haver a distinção singular de cada indivíduo componente do mesmo. Conforme já aduzido é incontestável a particularidade da norma em se sobressair dentro do Direito Penal. Neste sentido, a cominação legal não deveria possuir outro caráter, senão, manter as expectativas sociais criadas por cada sujeito na vida em coletividade. Isso significa que o

infrator da norma estaria em nítido confronto com o seu dever de não fazer ou fazer o socialmente esperado, criando por óbvio um clima de instabilidade no restante dos envolvidos com a conduta normativa. Diante de tais ponderações acerca da estabilidade das expectativas discorre Júnior (2010, p.19):

Nesse diapasão, a aplicação da pena nada mais é do que uma necessidade de confirmação da sociedade, ou seja, de confirmação das expectativas sociais. Desenvolve um conceito funcional de culpabilidade, compreendido enquanto um sistema fechado, no qual basta que se preencha os seus elementos (capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) para se estabelecer um pressuposto para a aplicação contra-fática da sanção, restabelecendo a crença no sistema. O referencial da culpabilidade defendida por Jakobs é a plena e perfeita vigência do ordenamento jurídico. Percebe-se que a culpabilidade é compreendida como uma atribuição de prevenção geral, como meio de recuperação na fidelidade do direito. Constitui a afirmação de que o agente precisa sofrer a aplicação da pena, encarada enquanto um árduo processo de comunicação, com o objetivo de restabelecer a confiança no ordenamento jurídico.

O catedrático penalista aprofundou seus estudos e desenvolveu o Direito Penal do Inimigo, onde abalizado pelo sistema funcionalista projetou a noção de uma identidade normativa, isto é, um arcabouço de leis onde estariam presentes bens e valores jurídicos provenientes dos anseios e litígios da vida em coletividade, levando as normas a tutelarem condutas comuns a todos os indivíduos e, por conseguinte, configurando-se verdadeiras identidades normativas ou sociais a serem observadas por todos. Logo, presumir-se-ia uma cognição unânime pela busca de um comportamento em conformidade com as leis editadas. Nesse diapasão sustenta Jakobs (2007, p. 33):

Pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la.

Referido panorama defendido pelo professor de Bonn é em grande parcela resultado da adoção da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, abalizado no funcionalismo sistêmico onde se faz presente a cognição de comportamentos esperados no seio da vida em coletividade. Isso significa que para Luhmann cada indivíduo viveria em uma sociedade fundamentada na confiança mútua no que diz respeito à conduta praticada pelo outro, pautada pelas normas. Acerca do tema explicita Júnior (2010 p. 17-18):

Toda e qualquer expectativa consiste em uma antecipação do futuro e, como tal, está apta a ensejar frustrações. Assim, existem duas formas para lidar com estas

frustrações: ou se adapta a expectativa à situação que a frustrou ou se volta contra tal situação. No primeiro caso, estar-se-ia diante de uma expectativa cognitiva, que se adapta à situação que a contrariou. No segundo, todavia, verifica-se uma expectativa normativa que deve se manter firme contra a situação que a decepcionou. Conforme o pensamento de Luhmann, essas duas formas de lidar com a frustração de expectativas encontram no direito a sua estabilização por meio da normatização. A norma seria uma forma de estruturar as expectativas, fixando-as como normativa e, através de determinados mecanismos, neutralizá-las contra as condutas que dela se desviam.

Em síntese, na visão de Luhmann a sociedade deveria adquirir a feição de um típico sistema em que o Direito funcionaria como meio regulamentador da conduta. Tal desdobramento se daria em grande parte devido às normas e sua função coercitiva, ou seja, a capacidade de positivar condutas a serem observadas por todos e lograr em sua imposição. Todas as considerações acima expostas foram desenvolvidas tendo como ponto de partida a biologia sendo, portanto as concepções de Niklas intituladas de teoria dos sistemas autopoieticos. Júnior (2010, p.16) explica:

O mencionado autor acolhe a orientação de autopoiesis, desenvolvida no âmbito da biologia, acerca da funcionalidade dos sistemas, denominando a sua teoria de “teoria dos sistemas autopoieticos”. Assim, um conjunto de órgãos, por sua vez, forma um sistema e vários sistemas integrados podem formar um organismo e alguns sistemas, como o sanguíneo e ósseo, possuem funções autopoieticas, ou seja, conseguem se regenerar, com a diferenciação de células jovens ou imaturas em células maduras. De modo semelhante, para Luhmann a sociedade constitui um sistema que é caracterizado e diferenciado pela sua capacidade de auto-referência e pela autopoiesis, encontrando na comunicação o seu elemento essencial, através do qual constitui uma rede de relações fechada sobre si mesma. Diante deste fechamento estrutural, defende que se mantém como uma rede de relações e inter-relações em “aspiral evolutiva não teleológica”, que deve buscar a redução da complexidade dentro do próprio sistema. A sociedade moderna pode ser caracterizada como um amplo sistema social orientado por uma diferenciação funcional. Consoante afirma Luhmann, após um longo período de estabilidade da sociedade liberal, observou-se um acelerado aumento da evolução industrial e tecnológica, o que, conseqüentemente, propiciou o surgimento de uma sociedade complexa, evidenciada a partir da capacidade de auto-referencialidade. Quanto mais evoluída for uma sociedade, maior será o seu grau de diferenciação funcional. Daí se constatar que a sociedade contemporânea é mais complexa que as anteriores, e por isso, mais eficiente na resolução dos seus problemas, pois somente o que é complexo possui capacidade e habilidade para contornar e reduzir esta complexidade. Através da técnica da diferenciação funcional, cerne da teoria dos sistemas, a sociedade se encontra apta para elevar a sua capacidade de comunicação, mantendo a sua originalidade de auto-reprodução autopoietica, inserido no seu estrutural fechamento auto-referente.

Com respaldoado em grandes jus filósofos contratualistas Jakobs segrega o ser coletivo em dois importantes e distintos grupos, sendo para tanto, determinante em seu delineamento a prática de uma ação contrária à norma penal. Nesta questão, Jakobs procurou evidenciar que em meio a um Estado construído com base em um contrato social, o delinquente, isto é, o indivíduo infrator do referido instrumento pactuado pelos cidadãos,

deveria manter em um primeiro momento seu status de pessoa, na condição de titular de direitos e deveres. Referido autor ao discorrer sobre as implicações de tal problemática comenta Jakobs (2007 p. 26-27):

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

Ademais, ainda no contexto do sujeito que pratica ato contrário à norma, além da posição adotada pelo Estado de preservar seu status de cidadão, não sendo excluído da concepção de integrante da coletividade, haveria também a possibilidade de ser tolhido o caráter de cidadania. Neste caso, o que seria levado em consideração diz respeito ao perigo para a segurança da vida em coletividade sendo representado pelo infrator que passaria a ser considerado como inimigo. Discorrendo sobre tal enfoque esclarece Silva (2011, p. 62):

(...) o Estado pode agir de duas formas distintas com os delinquentes: pode tratá-los como indivíduos que infringiram uma norma imposta mas que não se afastaram de modo duradouro do ordenamento jurídico; e os indivíduos que, por sua periculosidade, devem ser impedidos mediante coação, de aniquilar o ordenamento jurídico.

Não restam dúvidas que na visão de Günther haveria de ter um tratamento diferenciado para o indivíduo tipificado no conceito de inimigo, uma vez que este perderia a condição de pessoa. A despersonalização do inimigo se torna necessária para cumprir com a função da teoria esposada pelo renomado penalista que é a conservação da vigência da norma. Neste sentido poderia ser possível valer-se de sanções inaplicáveis aos cidadãos. Para efeito de uma melhor elucidação a respeito de tal dialética, procura explicar Costa (2010, p. 7):

O inimigo, para Jakobs, seria um indivíduo que, por vontade própria, distanciou-se da estrutura normativa da sociedade, frustrando as expectativas sociais. Por outro lado, o cidadão é aquela pessoa titular de direitos e deveres, da qual se pode esperar o conhecimento das estruturas normativas e o comportamento segundo expectativas comunicativamente compartilhadas. O inimigo, portanto, deixaria de ser considerado como uma pessoa social – cidadão – em função de seu comportamento, possível de ser compreendido como a vontade de abandonar a sociedade na qual se encontra e, assim, não mais ali compartilhar valor algum, tampouco respeitar suas condições de existência.

Isto posto, o citado penalista alemão utiliza-se de Hobes e Kant para delimitar um direito penal aplicado a uma parcela caracterizada como cidadão e a outra denominada de

inimigo, este último um delinquente contumaz, um indivíduo na qualidade de ameaça constante à sociedade e que por isso deixa de ser considerado e visto com um cidadão. Nesta direção o fato de Jakobs ter estabelecido um fascínio pelas ideias de Thomas Hobbes é que na concepção do contrato social como forma de constituir uma sociedade ordenada, tal pensador defende a coexistência de garantias inerentes aos súditos em compasso com a privação das mesmas para os casos de alta traição. Explana Silva (2011, p.97-98, 99):

Como para Hobbes o pacto social era a fonte do poder absoluto do monarca, ele se manifesta contrário à rebelião dos cidadãos e das autoridades constituídas, considerando-a como alta traição, devendo seus participante serem tratados como inimigos, pois significa uma não submissão às regras impostas pelo soberano, recaindo os indivíduos ao estado de natureza, não devendo ser considerados mais como súditos, retirando-lhes as garantias acima descritas. (...) Evidente, portanto, o posicionamento de Hobbes a respeito da rebelião. A rebelião seria irracional, sendo contrária a construção hobbesiana, consistente na necessidade racional da constituição de um Estado para a regulamentação e manutenção da vida dos indivíduos. Rebelar-se incide em alta traição ao Estado, situação que é repudiada por Hobbes, que considera aqueles que integram a rebelião, inimigos do Estado.

O perfil de inimigo concebido por Hobbes envolve a ideia da constituição do contrato social para por fim a guerra no estado de natureza, caracterizado pela presença imanente do uso da própria força para se alcançar certo fim almejado. Nesse sentido, os indivíduos abrem mão da parcela que detêm de poder e entregam-no a um soberano, não se admitindo qualquer tipo de resistência a este. Com efeito, aquele que comete atos que configurem oposição ao poder emanado do soberano, deixa de ser um mero delinquente para tornar-se inimigo ameaçador da paz em sociedade e como tal não se beneficiará das penas aplicadas ao cidadão. Quanto a isto Hobbes (p. 105) em sua obra *O Leviatã* descreve:

Por último, os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas. Dado que esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e portanto não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de danos. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei, portanto deve sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. Porque as penas são estabelecidas pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, deliberadamente se revoltam e negam o poder soberano.

Mais uma vez tratando das bases contratualistas perfilhadas pelo aludido penalista alemão, tem-se Emmanuel Kant que propõe a substituição do estado de natureza e suas

constantemente guerras através de um contrato capaz de assegurar paz perpétua. Para aqueles que não aceitassem a transição para a vida em um estado civil deveria ser rotulado como inimigo por estar ameaçando a paz social. Evidenciando sua aderência às teses acima relatadas, exprime Jakobs (2007, p.29):

Como acaba de citar-se, na posição de Kant não se trata como pessoa quem «me ameaça... constantemente», quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão. De maneira similar, Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão - contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio - e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em “outro sentido”. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos.

É evidente a caracterização de inimigo como aquele que por intermédio da prática reiterada de ilicitudes se perfaz ameaçador à segurança da ordem em sociedade mantida pelas normas penais. Deveras, uma vez reunindo tais elementos o indivíduo não mereceria ser tratado na condição de pessoa titular de direitos e deveres, ou seja, como um cidadão. Logo, o Direito teria como fim a busca em zelar pela salvaguarda das normas aliado ao combate de perigos iminentes a seu vilipêndio. Desta feita, na medida em que Jakobs (2007, p. 35) adverte com clareza tais pressupostos dá exemplos de crimes que se amoldariam com excelência à Teoria do Direito Penal do Inimigo:

(...) Há muitas outras regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delincente como pessoa. (...) Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, §30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.

Na dialética criada pelo penalista alemão o indivíduo que praticasse certas ilicitudes tais como delitos sexuais ou tráfico de drogas, por perder a condição de pessoa estaria sujeito à aplicação de um Direito Penal diferente daquele empregado à parcela de pessoas configuradas como cidadãs, passando a coexistir um verdadeiro estado de guerra. Pois o mesmo na condição de violador contumaz da norma deveria ser combatido com o fito

de evitar a destruição do ordenamento jurídico. É o que se infere com precisão das palavras do autor Jakobs (2007, p.37):

Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Caberia ao Estado a função de combater eficazmente o inimigo através de mecanismos de coação. O objeto principal a ser resguardado seria por excelência o arcabouço normativo que rege uma dada sociedade e, portanto, condutas socialmente adequadas. Isto significa que para Jakobs (2007, p. 42) o alvo de proteção para manter a segurança e estabilidade no seio coletivo não estaria ligado aos bens jurídicos tutelados pela legislação, mas a norma em si, uma constante busca em se velar pela garantia e guarda das leis, segundo se depreende de suas próprias observações acerca do tema:

Por tanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico mediante coação.

O penalista alemão menciona uma série de rígidas medidas muitas vezes desproporcionais ao mal causado, a serem impostas com o propósito de se lograr êxito na repressão do inimigo. Haveriam de serem aplicadas as mais variadas sanções para se aniquilar o inimigo, mesmo que as mesmas estivessem distantes das garantias asseguradas ao cidadão. Costa (2010) ao discorrer sobre o assunto sintetiza:

Quais seriam, então, as características essenciais desse pólo ou dessa não tão nova tendência do Direito Penal? Podemos citar: a ampla antecipação da punibilidade, ou seja, desloca-se a atenção do fato ocorrido para o fato vindouro, como por exemplo os tipos de formação de organização criminosa ou terrorista e a falta de redução da pena proporcional à antecipação; transição da legislação penal para a legislação de combate; e a supressão de garantias processuais.

A política de uma verdadeira retaliação ao infrator que não apresenta sinais suficientes de que não voltará a delinquir, traduz-se com a imposição de todas as ações possíveis para eliminar o que está causando insegurança à vigência da norma. Como anteriormente relatado o que se adequa à situação é o estabelecimento de um autêntico Estado de guerra e poder encontrar neste a permissão para lançar meios dos mais variados possíveis

como instrumentos de coerção. Zaffaroni (2006, p. 84) esmiuçando com clareza sobre mencionada conjectura expõe:

Como o mal que ameaça – a emergência que se invoca – requer uma guerra, a necessidade de neutralizar o mal em ato impõe a eliminação de todos os obstáculos para a defesa frente ao inimigo poderoso, ou seja, a plena disposição do poder ilimitado por parte do *dominus*, que atua sempre pelo e para o bem. Levemos em conta que o *dominus* não é o que é porque atua sempre para o bem, mas ele atua sempre para o bem porque é o *dominus*. Quando isso acontece, o direito penal se identifica com as medidas administrativas de coerção direta, ou seja, as que são acionadas quando é necessário neutralizar um perigo atual ou iminente. Em outras palavras, diante da emergência, a distinção entre a coerção que a política exerce para deter quem tenta nos apunhalar e a que se pratica em seguida como pena perde todo sentido: ambas passam a ter a mesma natureza discursiva. A conversão de todas as penas à coerção direta implica a consideração de que toda infração é parte de uma agressão real e, conseqüentemente, todo poder punitivo se exerce em situação de *legítima defesa*, o que habilita o dano ao ofensor na medida necessária para conter a agressão, *sem importar a magnitude do dano provocado*.

Ainda no que tange à aplicação de penas para o Direito Penal do Inimigo há que ser destacada a defesa de uma prévia repreensão, isto é, o esforço por parte do legislador em criar tipos abrangentes a fim de alcançar meros atos preparatórios com o objetivo de reprimir a execução de infrações. Nesse sentido elucida Jakobs (2007, p.44):

Portanto, o ponto de partida ao qual se ata a regulação é a conduta não realizada, mas só planejada, isto é, não o dano à vigência da norma que tenha sido realizado, mas o fato futuro. Dito de outro modo, o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo. O que, no caso dos terroristas - em princípio, adversários-pode ser adequado, isto é, tomar como ponto de referência as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, já realizado, se traslada aqui ao caso do planejamento de qualquer delito, por exemplo, de um simples roubo.

Segundo a Teoria do Direito Penal do Inimigo a sanção cominada teria uma feição preventiva no combate ao opositor da manutenção das leis sempre almejando tutelar fatos futuros, isto é, uma busca para suprimir ameaças ou fontes delas. À vista disso, seria justificável a antecipação da punibilidade que como evidencia Costa (2010, p.9):

Vislumbramos a representação desta característica do Direito Penal do Inimigo nos tipos em que a criminalização se dá a partir de condutas que acontecem no âmbito prévio à prática de qualquer delito, em que são punidos os chamados atos preparatórios. Tal situação encontra reflexos, por exemplo, nos casos de formação de organizações criminosas, podendo chegar até mesmo à punição para quem colabora ou faz apologia a tais organizações.

No Direito Penal moderno a perspectiva de se adotar a tipificação de condutas preparatórias à consumação de um fato delituoso, não é de todo distante e nunca observado.

Pois é possível apontar na dialética da antecipação da tutela penal o esforço do legislador em criar os denominados crimes de perigo abstrato, isto é, ligados a uma mera conduta ou comportamento, sem lesão de fato a um bem jurídico, como assevera Capez (2006, p. 137):

A norma pode, perfeitamente, incriminar condutas de perigo abstrato, infrações de mera desobediência, tais como dirigir sem habilitação, independentemente de resultar perigo concreto deste comportamento, pois o motorista que assim se conduz desatende uma determinação coletiva, confundindo os padrões de permitido e proibido.

Ainda discorrendo a respeito das características da tese elaborada por Jakobs, mais precisamente a respeito das medidas a serem aplicadas ao inimigo Meliá (2007, p. 33) sintetiza:

Segundo Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de -como é o habitual- retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

O professor espanhol Jesús-Maria Silva Sanchez ao abordar sobre o tema ora em análise procurou delimitá-lo dentro do que intitulou de velocidades do Direito Penal moderno. A primeira velocidade estaria relacionada com a imposição de penas privativas de liberdade sendo mantidos os princípios político-criminais e os processuais clássicos. Com relação à segunda estaria ligada a aplicação de penas pecuniárias ou restritivas de direitos e a terceira por óbvio, enquadraria o Direito Penal do Inimigo onde seria possível abarcar as duas outras velocidades e a flexibilização dos princípios das políticas criminais e as regras de imputação. Porém, para que esta última velocidade viesse a ser implementada deveria ser atendido o critério circunstancial da gravidade da lide, conforme pontifica Júnior (2010, p.26):

No entanto, Silva Sánchez só admite o que denominou de “Direito Penal da terceira velocidade” excepcionalmente, em situação de emergência diante da gravidade do conflito. Percebe-se, neste sentido, que “o novo modelo penal” deve atender aos cidadãos, de forma que contenha a insegurança provocada pela moderna sociedade e risco, ou seja, propõe-se a modernização do direito penal. Assim, medidas que flexibilizem as suas garantias, que antecipem a sua tutela para a fase dos atos preparatórios e que criem novas tipificações, são defendidas como forma do direito penal cumprir seu papel de prevenção e precaução.

Ademais, um importante comentário a ser destacado diz respeito à construção do grupo de indivíduos tipificados como inimigos. Quando Jakobs aponta como exemplos os

terroristas, os delinquentes sexuais ou a criminalidade econômica, na verdade está distinguindo os verdadeiros adversários de quem deveria ser o cidadão, pautando-se na imagem de alguém que se distanciou de modo duradouro do Estado e do Direito por ele amparado. O fato é que para tal sujeito deveriam ser relativizadas importantes garantias processuais e aplicadas medidas drásticas até mesmo antes do início do processo criminal, conforme elucida Júnior (2010, p. 31):

Com efeito, o Direito Processual do Inimigo surge como uma consequência do Direito Penal do Inimigo que, na busca da eliminação de riscos, vulnera garantias processuais, independente do comportamento do acusado como sujeito processual. O imputado já é tratado como “inimigo” por supostamente fazer parte de determinado grupo de risco, pela sua potencial periculosidade, digo presumida, por não ter sido ainda devidamente processado e condenado. Contra o “inimigo” defende Jakobs a aplicação de regras excepcionais, como a intervenção nas telecomunicações, investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados, mas de modo juridicamente ordenado para não contaminar o que ora se denomina “Direito Processual Penal do cidadão”.

Em síntese o Direito Penal do Inimigo vislumbra que para determinadas pessoas que empreendem a prática de um crime e, portanto, maculam o conjunto de normas vigente, há na própria cominação legal uma firme garantia de não reincidência e do cumprimento da função precípua de lei, qual seja, conter a criminalidade. Por outro lado, não é possível mencionar tais características no inimigo que faz do ilícito penal um hábito em sua vida.

CAPÍTULO 2. NORMAS PROCESSUAIS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Traçando um breve panorama do hodierno Direito Penal e sua atividade legiferante há de ser constatado um perceptível desenvolvimento de normas notadamente permeadas por uma crescente exasperação de sanções. Uma tendência expressiva e de muita repercussão pela busca ao combate da criminalidade vinculada à aplicação de leis mais severas tem crescido de maneira gradativa. Todo este contexto conduz a criação de um sistema jurídico muitas vezes dicotômico com a Carta Magna de 1988, como bem observou Júnior (2010, p. 42):

Trata-se de um conjunto de normas em plena desconformidade com os ditames constitucionais e com os pilares axiológicos do Direito Penal e Processual Penal; uma legislação especial que tem aparência de direito, editada apenas para atender aos anseios de uma sociedade carente de políticas públicas efetivas, voltadas, sobretudo, para a segurança pública e para o combate à criminalidade de grande porte e organizada.

No Direito Penal antigo, precisamente em 1957 já havia a utilização indiscriminada do Direito Penal do Inimigo onde não era dada pouca ou nenhuma garantia constitucional ao acusado. A crueldade, as penas desproporcionais e a máxima de punir o apenado com a própria vida ou insuportáveis sofrimentos corporais eram considerados aceitáveis. Felizmente, o hodierno sistema penal proíbe penas que atribuam sanções físicas ao condenado, garantindo a dignidade da pessoa humana em linha tênue com a limitação de penas cruéis, tratamento degradante e cruel. É preciso não se olvidar que o Estado Brasileiro é democrático e que há uma clara proibição de retrocessos para que não se volte às barbaridades vivenciadas da antiguidade. Com primazia Foucault (1999, p.8-10) relata um destes casos:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (...) Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horribéis, e muitas vezes repetia: "Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me". Os espectadores ficaram todos edificadas com a solicitude do cura de Saint-Paul que, a despeito de sua idade avançada, não perdia nenhum momento para consolar o

paciente. Depois desses suplícios, Damiens, que gritava muito sem contudo blasfemar, levantava a cabeça e se olhava; o mesmo carrasco tirou com uma colher de ferro do caldeirão daquela droga fervente e derramou-a fartamente sobre cada ferida. Em seguida, com cordas menores se ataram as cordas destinadas a atrelar os cavalos, sendo estes atrelados a seguir a cada membro ao longo das coxas, das pernas e dos braços. (...) Depois de duas ou três tentativas, o carrasco Samson e o que lhe havia atenazado tiraram cada qual do bolso uma faca e lhe cortaram as coxas na junção com o tronco do corpo; os quatro cavalos, colocando toda força, levaram-lhe as duas coxas de arrasto, isto é: a do lado direito por primeiro, e depois a outra; a seguir fizeram o mesmo com os braços, com as espáduas e axilas e as quatro partes; foi preciso cortar as carnes até quase aos ossos; os cavalos, puxando com toda força, arrebataram-lhe o braço direito primeiro e depois o outro.

No que diz respeito à referida argumentação Manuel Cancio Meliá procurou explicar o processo de expansão do Direito Penal no mundo frisando o estabelecimento de punições mais rígidas e antiliberais ao longo da construção dos mais variados sistemas jurídicos em todo o mundo conforme abaixo colacionado Meliá (2007, p. 56):

O ponto de partida de qualquer análise do fenômeno, que pode denominar-se a expansão do ordenamento penal, está efetivamente, em uma simples constatação: a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas. Resumindo: na evolução atual, tanto do Direito penal material, como do Direito Penal processual, pode constatar-se tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte político-criminal os traços de um Direito penal de colocação em risco de características antiliberais.

A realidade brasileira tem manifestado um quadro de insegurança crescente além de revolta frente às políticas públicas destinadas a conter a violência e punir com eficácia os infratores. A legislação penal passou a adotar características marcantes da teoria do Direito Penal do Inimigo conquistando forte aceitação tanto de leigos quanto de operadores do direito conforme assevera Júnior (2010 p.45-46):

Diante do visível fracasso das demais instâncias de controle em atender às demandas dos imensos contingentes populacionais dos grandes centros urbanos e da quase completa ausência de medidas destinadas a assegurar os serviços básicos de proteção, bem como do advento de novas formas de criminalidade, a tutela penal passou a ser deslocada da proteção de bens jurídicos individuais e concretos para os bens universais, coletivos e abstratos. Esta carga emocional surge em um contexto social especificamente, mas não exclusivamente brasileiro, no qual tanto leigos – grande parcela da população –, quanto, inclusive, operadores do direito, acreditam na eficácia da imposição de penas mais gravosas, bem como da adoção de medidas cada vez mais restritivas de liberdade, para conter o avanço da criminalidade violenta, organizada ou não.

Diante de tal conjectura não se pode olvidar da fonte suprema e espelho para a criação de qualquer norma, qual seja, a Constituição Federal. Nela encontram-se os princípios

basilares para a estruturação de um Estado Democrático de Direito. Considerada como fonte suprema dotada de primazia na hierarquia de normas do ordenamento jurídico, surgiu em decorrência de postulados liberais da Revolução Francesa do século XVIII e da independência Americana de 1776 tendo como principal atributo a contenção de uma ordem absolutista e a proteção a direitos e garantias fundamentais como explica Silva (2011, p.117):

Com o advento da independência dos Estados Unidos em 1776 e com a Revolução Francesa em 1789, os direitos fundamentais foram concebidos em seu modelo atual. Preocupou-se na época, em assegurar aos indivíduos determinadas garantias que se tornaram a base para o Estado de Direito. Assim, passou-se a disciplinar nas constituições de toda parte tais direitos, vinculando essa positivação ao conceito do aludido Estado. A regulamentação de direitos fundamentais passou a ser imprescindível para a configuração da democracia, delimitando um âmbito de atuação do Poder Público no desenvolvimento social e jurídico das pessoas, para evitar abusos do Estado contra seus cidadãos.

Há de ser considerado de antemão que os princípios consagrados na lei maior apesar de sua posição hierárquica no ordenamento jurídico não podem ser considerados sempre absolutos. Isto é um fato pautado nas próprias disposições da Constituição de 1988, a que atualmente vigora no Brasil, que de forma expressa, por exemplo, admite no artigo 5º, XLVII, *a*, uma flexibilização ao fundamental direito à vida pela contemplação da pena de morte em caso de guerra declarada. Não obstante, tal fato se perfaz a luz da doutrina e da própria norma como algo atípico, extraordinário por excelência e sempre aplicado dentro dos limites da razoabilidade e das regras dos direitos fundamentais indisponíveis, segundo preleciona Mendes (2013, p. 146):

A respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, é de assinalar que, se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional. São frequentes – e aceitos – atos jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim contratual legítimo. A liberdade de expressão, *v.g.*, cede às imposições de não divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão. A liberdade de professar qualquer fé, por seu turno, pode não encontrar lugar propício no recinto de uma ordem religiosa específica. Da mesma forma, o indivíduo pode ver-se incluído numa situação especial de sujeição.

Ademais, como já observado, para Jakobs a flexibilização de direitos e garantias individuais é utilizada como regra e aliada a penas desproporcionalmente altas e a uma constante relativização de princípios constitucionais para o indivíduo considerado como inimigo, sem a devida ponderação entre o mal causado e o fato perpetrado. Pois o delinquente haveria de perder a qualidade de pessoa, não se sujeitando às benesses do arcabouço jurídico

estendidas ao cidadão. Tal proposição esbarra frontalmente com o princípio da igualdade elencado no artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988 o qual apregoa que todos são iguais perante a lei. Apesar de tratar-se de uma isonomia substancial equivalente à máxima de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, o que se garante é um tratamento diferenciado, mas com a devida motivação, sem excessos esbarrando, portanto no princípio da razoabilidade que será melhor exposto *a posteriori*. Explana Silva (2011, p. 104):

O princípio da igualdade ao mesmo tempo em que proíbe o trato desigual, também o clama. Isto porque, a tarefa da lei reside em dispensar tratamentos diferenciados, desde que justificados. O ponto fundamental para a constatação se uma regra encontra-se correta em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fato erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele. Esta justificativa encontra-se amparo no princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade. O Estado pode tratar seu cidadão de forma diversa se for estritamente necessário e utilizando os meios adequados e razoáveis para sanar ou reduzir as diferenças.

Ademais, a Teoria do Direito Penal do Inimigo como anteriormente aduzido acolhe com veemência a necessidade de haver a imposição de penas desproporcionais ao mal causado. Tal proposta é conflitante com o princípio da proporcionalidade que se encontra pautado na noção de um equilíbrio que deve estar sempre presente entre a efetiva ação danosa a um bem jurídico ou apenas uma ameaça ao mesmo e a severidade da pena. Acerca de tal questão menciona com objetividade Távora (2011, P.72):

O campo de atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Tem-se admitido que ele deve ser tratado como um “superprincípio”, talhando a estratégia de composição no aparente “conflito principiológico” (ex: proteção à intimidade versus quebra de sigilo). Por sua vez, deve ser visto também na sua faceta da proibição de excesso, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime.

O princípio da proporcionalidade mesmo não se encontrando estampado de forma expressa no texto constitucional, se deduz de outros que por seu turno ingressaram e, por óbvio, ganharam manifestamente a salvaguarda legal como, por exemplo, o princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI). Cuidando em especial deste último, a sua observância dentro do plano abstrato e concreto se perfaz interiorizado na importante máxima da proporcionalidade. Individualizar significa dizer que cada condenado deve receber a sua pena de acordo com o ilícito perpetrado, não deixando de avaliar as circunstâncias de cada caso concreto, levando-se em consideração a lesão ou ameaça a determinado bem jurídico. Nesse diapasão descreve Greco (2015, p. 126):

No que diz respeito especificamente à proporcionalidade em concreto, ou seja, aquela levada a efeito pelo juiz, sua aferição não é tão tormentosa quanto aquela que deve ser realizada no plano abstrato. Isso porque o art. 68 do Código Penal, ao implementar o critério trifásico de aplicação da pena, forneceu ao julgador meios para que pudesse, no caso concreto, individualizar a pena do agente, encontrando, com isso, aquela proporcional ao fato por ele cometido. Assim, por exemplo, se depois de analisar, isoladamente, as circunstâncias judiciais o juiz concluir que todas são favoráveis ao agente, jamais poderá determinar a pena-base na quantidade máxima cominada ao delito por ele cometido, o que levaria, ao final de todas as três fases, a aplicar uma pena desproporcional ao fato praticado.

Ilustrando com excelência a desproporção existente quanto às cominações legais, tem-se o crime de lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor, tipificado no artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro. Mencionado dispositivo disciplina uma pena em abstrato de detenção de seis meses a dois anos, ao passo que o artigo 129, *caput* do Código Penal preleciona para a lesão corporal leve pena de detenção, de três meses a um ano. Como se encontra facilmente perceptível o legislador resolveu punir com mais severidade a culpa em detrimento da conduta dolosa em ofensa ao princípio da proporcionalidade. Corroborando para tal linha de raciocínio observa Greco (2015, p. 127):

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.

Cesare Beccaria em seu famoso livro *Dos Delitos e das Penas* também explanou a respeito dos ideais de proporcionalidade ao destacar a importância da busca por castigos que guardassem uma dimensão adequada com o crime praticado. O contexto social em que vivia o citado autor estava fortemente ligado a sanções que infligiam o corpo do apenado, em sua obra retratou como tais penalidades pudessem causar nos indivíduos uma certa repulsa e de como haveria aqueles expectadores que diante do sofrimento enfrentado sentiriam aprazível sensação de justiça. Aduz Beccaria (2008, p.49):

Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado. Quem não estremece de horror ao ver na história tantos tormentos atrozes e inúteis, inventados e empregados friamente por monstros que se davam o nome de sábios? Quem poderia deixar de tremer até ao fundo da alma, ao ver os milhares de infelizes que o desespero força a retomar a vida selvagem, para escapar a males insuportáveis

causados ou tolerados por essas leis injustas que sempre acorrentaram e ultrajaram a multidão, para favorecer unicamente um pequeno número de homens privilegiados? Mas, a superstição e a tirania os perseguem; acusam-nos de crimes impossíveis ou imaginários; ou então são culpados, mas somente de terem sido fiéis às leis da natureza. Não importa! Homens dotados dos mesmos sentidos e sujeitos às mesmas paixões se comprazem em julgá-los criminosos, têm prazer em seus tormentos, dilaceram-nos com solenidade, aplicam-lhes torturas e os entregam ao espetáculo de uma multidão fanática que goza lentamente com suas dores.

Um dos variados exemplos marcantes na história normativa brasileira diz respeito à lei nº 8.072/90 que além de estender o rol de crimes hediondos dispõe no artigo 2º, §1º o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado. Houve então nítida supressão da garantia processual da liberdade provisória prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. O enfoque principal da questão está em não se autorizar tal benefício legal mesmo preenchidos os requisitos do artigo 23 do Código Penal, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito; ou ainda, quando não verificados os requisitos da prisão preventiva. Como traço marcante do Direito Penal do Inimigo a proibição de tal benefício processual numa tentativa de combater eficazmente o inimigo é marcada por uma clara violação às garantias constitucionais como o devido processo legal e a presunção de inocência (artigo 5º, incisos LIV e LVII, respectivamente). Buscando explicar como tal contexto afrontaria a Constituição de 1988, comenta Júnior (2010, p. 126 a 127):

No seu artigo 2º, tornou aqueles crimes insuscetíveis de “graça, anistia e indulto; fiança e liberdade provisória”, indo além do autorizado pelo Inc. XLIII da Constituição que, como norma que indica a forma de produção de outras normas, disse tão somente que “a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”... Com efeito, tratando-se de exceção que a Constituição faz a si mesma, por conseguinte, não era dado ao legislador ordinário ampliar e estender uma exceção constitucional, sabido que, pela mais elementar regra de hermenêutica, as exceções devem ser interpretadas estritamente. Destarte, não podia o legislador tornar os crimes hediondos insuscetíveis também de indulto, nem muito menos proibir a concessão de liberdade provisória sem fiança, por falta de previsão e, conseqüente, autorização constitucional.

Com a edição da súmula vinculante nº 26 o entendimento a respeito da liberdade provisória foi modificado ficando assente que “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

Ainda no que diz respeito ao devido processo legal, a Constituição Federal de 1988 garante sem qualquer exceção no artigo 5º, LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Significa afirmar que há uma ampla e inegável proteção à instrumentalidade do processo levando-se em consideração a prática de todos os atos inerentes ao mesmo, isto é o procedimento essencial para a sua validade como, por exemplo, o processamento perante a autoridade competente. Para uma completa compreensão acerca do que significa o processo e o que estaria ligado à conceituação do mesmo, torna-se imprescindível expor as noções aduzidas por Távora (2011, p.39):

É o instrumento de atuação da jurisdição. É a principal ferramenta para solucionar os conflitos de interesse que se apresentam. No léxico, a palavra processo significa “ato de proceder ou de andar”. Contempla um elemento constitutivo objetivo, qual seja, o procedimento, que é a sequência de atos concatenados a um objetivo final, é dizer o provimento jurisdicional, e um elemento constitutivo subjetivo, que é a relação jurídica processual entre os sujeitos que integram o processo.

Com relação ao alcance das prerrogativas atinentes ao devido processo legal Gilmar Mendes procurou destacar a proeminência de tal instrumento abarcado por natureza dentro do processo, correlacionando a sua condição de princípio protegido pelo direito constitucional com outros princípios garantidores da ordem jurídica. Outrossim, como principal consequência há de se citar a formação de um ponto de vista crítico quanto a não supressão ou derrogabilidade de direitos fundamentais. Avalia Mendes (2013, p.529):

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por de determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

No que diz respeito ao princípio da não culpabilidade ou também chamado de presunção de inocência resguardado no artigo 5º, XVII, há de forma explícita a máxima de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, há entendimento consolidado de que tal direito não significa a total impossibilidade da aplicação de medidas cautelares como, por exemplo, nos casos em que é cabível a prisão preventiva. O que é importante entender é que o encarceramento bem como

outras medidas cerceadoras da liberdade devem estar pautadas como condição excepcional. Acerca da presunção de inocência assevera Távora (2011, p. 55):

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. Não é outro o entendimento do STF, que por sua composição plenária, firmou o entendimento de que o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração.

É assente a posição doutrinária de Gilmar Mendes ao esclarecer que com relação às garantias constitucionais quanto à prisão e a crescente manifestação por parte do legislador em criar normas com um caráter mais rígido têm causado sérios problemas quando sopesados aos princípios fundamentais e indisponíveis. Ainda no que tange ao instituto processual da liberdade provisória explica com propriedade Mendes (2013, p.569):

Toda prisão, antes do trânsito em julgado do caso, deve estar lastreada em razões justificadoras da necessidade de se garantir o funcionamento eficaz da jurisdição penal. Essa análise da efetiva necessidade da prisão, apenas como medida cautelar no processo, deve se basear nas circunstâncias específicas do caso concreto e, por isso, constitui uma função eminentemente jurisdicional. De tal forma, o legislador viola a Constituição quando, no âmbito de uma política criminal de enrijecimento do controle de certas atividades, proíbe a liberdade provisória, com ou sem fiança, tornando obrigatória a prisão cautelar do acusado pelos crimes nela definidos e, dessa forma, retirando os poderes do juiz quanto à verificação, no âmbito do processo e segundo os elementos do caso, da real necessidade dessa medida cautelar.

Configurando uma clara afronta aos princípios da razoabilidade e da isonomia (artigo 5º, caput) no direito processual a Lei nº 8.072/90 no artigo 2º, §2º disciplina que para a progressão de regime dos condenados a crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, só poderá ser deferida após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Todavia, a Lei de Execução Penal assinala requisitos mais brandos ao disciplinar no artigo 112 que a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, ocorrerá “quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”. Adverte Vasconcelos (2012, p.13):

- Assim, mais uma vez é comprovada uma diferenciação, onde existe uma punição mais severa até na própria progressão de regimes para determinados crimes e para outros não, pois a progressão mais rigorosa é aplicada a autores de crimes que atingem uma reprovção maior e conseqüentemente um clamor mais alto por punição por parte da sociedade. Deste modo, os delinquentes ou condenados por crime hediondo não beneficiam dos mesmos direitos dos demais presos.

Pode-se ainda citar como exemplo flagrante da teoria de Jakobs permeada nas regras processuais brasileiras a exceção contida no artigo 2º, §2º da Lei nº 9.613/98 que pugna pela não aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal aos crimes tipificados nesta. Em outras palavras significa determinar a inaplicabilidade da regra de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional no caso de citação por edital do acusado que não constituir advogado ou não comparecer para os crimes de “lavagem de dinheiro”. Nesse sentido preleciona Júnior (2010, p.181):

Contudo, a par da sistemática adotada no Código de Processo Penal brasileiro, o artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 9.613/98 dispôs que “no processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal”, numa previsão flagrantemente violadora de preceitos constitucionais inegociáveis em um Estado Democrático e de Direito. O mencionado dispositivo inserto na Lei 9.613/98 se encontra em absoluta desconformidade com a ordem constitucional vigente, pois representa grave violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, na contramão de um Direito Processual Penal Constitucional, evidenciando nítidos traços do processo penal do inimigo. (...) Além disso, o dispositivo, em epígrafe, viola o princípio da proporcionalidade, pois de aplicação prevista, tão-somente, para o processamento de delitos de lavagem. Assim, o que justificaria a incidência de tamanha restrição para os delitos em questão?

Ademais, com o advento da Lei nº 10.792/03 houve importantes repercussões na Lei de Execução Penal dentre estas a inserção do Regime Disciplinar Diferenciado enxertado no artigo 52. O diploma normativo em pauta admite que para a prática de fato prevista como crime doloso constituído como falta grave e tendo provocado subversão da ordem ou disciplina interna, poderá tanto o preso provisório quanto o condenado ser submetido ao mencionado regime sem prejuízo de sanção penal. Os incisos do referido artigo explicitam as condições em que estariam envolvidas na aplicação de tal instrumento processual:

- Art.52. I- duração máxima de 360 (trezentos e sessentas) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada;
- II- recolhimento em cela individual;
- III- visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de 2 (duas) horas;
- IV- o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol;

Manter sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado até mesmo o preso provisório se traduz incontestavelmente como uma transgressão ao princípio da presunção de inocência

além do devido processo legal e ampla defesa. Esquadrinhando as implicações no que diz respeito a manter um indivíduo isolado no encarceramento por 22 (vinte e duas) horas diárias, assevera Júnior (2011, p.212):

Há, portanto, flagrante violação a Constituição Federal, que dispõe em cláusulas pétreas, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5, III) e que “não haverá penas... cruéis” (art.5º, XLVII, “e”). (...) Os objetivos propostos não só pela Lei de Execuções Penais, como também pela citada lei nº. 10.792/03, e os instrumentos eleitos para a efetivação de tais objetivos, a exemplo do mencionado RDD, refletem uma política criminal maximalista ou antigarantista absolutamente incoerente com o Estado Democrático de Direito e, obviamente, com uma execução penal constitucional. O RDD possui fins que retratam a inocuização do condenado. Consoante já evidenciado, a inocuização é um exemplo eloqüente do direito penal do inimigo proposto por Jakobs, pois consiste no objetivo de evitar o cometimento de delitos enquanto o apenado está cumprindo a pena. Vale dizer, é uma aplicação contra-fática da sanção para preservar a harmonia do sistema.

Ainda no que tange ao citado regime disciplinar, o §2º do artigo 52 da Lei nº 7210/84 disciplina sobre a possibilidade de aplicá-lo ao preso provisório ou o condenado suspeito de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Neste caso mais uma vez se perfaz nítido o caráter das proposições defendidas por Jakobs devido à aplicação de tal instituto tendo como ponto de partida a busca pelo isolamento total do indivíduo, com o fito de garantir que o delincente esteja devidamente contido de perpetrar novos ilícitos sem garantir a ressocialização do mesmo. Lemes (2013, p. 272):

Pelas alterações trazidas com o advento da Lei 10.792 de 01.12.2003, que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, percebemos que notadamente estamos combatendo o inimigo a contrario sensu do Estado Democrático de Direito que vivemos, posto que este Estado de Direito reconhece a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, elevando tal valor acima de qualquer outro, vez que, impôs o seu resguardo mediante o estabelecimento dos direitos subjetivos individuais. Neste ponto cumpre ressaltar que a Constituição da República por meio de seus princípios, norteia o direito penal e processual penal, principalmente por serem direitos e garantias individuais, portanto não são passíveis de redução ou supressão pelo legislador, nem mesmo por emenda constitucional, aliás, neste sentido não podem ser sequer objeto de deliberação, uma vez que são cláusulas pétreas. Nesta linha de pensamento observa-se que o Estado que regula a sociedade por meio do direito penal e processual penal vai de encontro com os princípios constitucionalmente estabelecidos pelo legislador originário, pois permitindo a infiltração do direito penal do inimigo em sua legislação repressiva admite, por meio de medidas cautelares, a prisão do indivíduo tido como inimigo da sociedade fundada somente na periculosidade abstrata.

Como última avaliação a ser feita no que tange ao Regime Disciplinar Diferenciado há que se mencionar a sua total incompatibilidade com o artigo 5º, XLVII, alínea “e” da Constituição Federal de 1988, que proíbe a imposição de penas cruéis. Ficar

encarcerado nas circunstâncias do diploma normativo em destaque não se perfaz como aceitável dentro do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), uma vez que, o absoluto isolamento com o exíguo limite de 02 horas diárias de banho de sol por um período de até um ano é desumano. Também esbarra no artigo 5º, XLIX onde “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Discorrendo a cerca de todas estas e outras implicações aduz TÁVORA (2011, p.529):

As críticas ao RDD são as mais variadas, não só em razão das hipóteses de cabimento, mas acima de tudo quanto à utilidade da sanção, sem falar que o instituto não resiste a uma breve leitura constitucional. Permitir que a inserção em RDD se dê pela prática de crime doloso, materializando falta grave, sem o julgamento definitivo da infração, fere de morte a presunção de inocência. Imagine-se que o agente seja colocado no RDD, e depois absolvido da imputação pelo crime que autorizou a sanção. Estaríamos diante da verdadeira antecipação de sanção, sem prévio julgamento. Por sua vez, permitir o RDD em razão de o detento representar alto risco para a segurança do estabelecimento ou da sociedade é imputar o ônus da falência do sistema prisional exclusivamente ao preso. E o que seria este alto risco? A sanção seria motivada por aquilo que o preso representa, e não pelo que realmente ele fez, em verdadeiro direito penal do autor, e não do fato. Já a inserção no RDD pelas fundadas suspeitas de participação em organização criminosa, quadrilha ou bando, já foi tratada acima. Se eventualmente o envolvimento nestas organizações era pretérito, deve estar caracterizado na sentença condenatória, e não mais teríamos fundadas suspeitas, e sim certeza deste envolvimento. Já quanto às consequências da submissão ao RDD, percebemos que o ideal ressocializador, ressaltado pelo art. 1º da LEP, foi esquecido. O RDD peca por imprimir ao infrator uma sanção estática, onde nada é permitido, leitura, esportes, trabalho, jogos etc. Trava-se uma luta psicológica para não enlouquecer, pois o tempo é paralisado como forma de matizar o criminoso. A Carta Magna elenca como um de seus vetores a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). No art. 5º, inciso XLIX, por sua vez, assevera que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (grifo nosso). Já no inciso III do mesmo dispositivo, informa que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, ao passo que o inciso XLVII, em sua alínea “e”, veda as penas cruéis.

Não poderia deixar de serem aludidas como traço acentuado na dialética do Direito Penal do Inimigo as disposições contidas no artigo 303, §2º da Lei nº 7565/86, modificado pela Lei nº 9614/98, popularmente conhecida como Lei do Abate. A popularidade se deu pelo referido dispositivo permitir que depois de esgotados os meios coercitivos legalmente previstos para a identificação de uma aeronave sobrevoando território nacional, a mesma após ser classificada como hostil fique sujeita à medida de destruição depois de autorizado pelo Presidente da República ou autoridade por ele delegada. Para regulamentar tal norma e especificar que aeronaves estariam sujeitas a este regramento fora editado o decreto nº 5.144/04, abaixo colacionado o artigo 1º e 2º:

Art. 1º Este Decreto estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins,

levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública. Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações:

I - adentrar o território nacional, sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

Da leitura dos dispositivos acima elencados ficou estabelecido que seria considerada hostil as aeronaves em condições ligadas ao tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins sendo sujeitas segundo sistematiza o artigo 3º do decreto em questão às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, com a finalidade de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle no solo pelas autoridades policiais federais ou estaduais. Os parágrafos do mencionado artigo explicam como se dariam supracitadas providências de coerção:

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

§ 2º As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

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

Não obstante, infrutíferas as tentativas ora relatadas a aeronave considerada hostil será por fim destruída e segundo consta no artigo 5º do mesmo diploma normativo em comento irá consistir no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil. Tais implicações vão de encontro com o direito ao contraditório ou a ampla defesa, uma vez que a decisão pode vir a ser tomada sem qualquer espécie de prévia defesa ou manifestação do acusado. Com efeito, assinala Julião (2012, p. 61):

A partir da ideia de uma aeronave ser considerada hostil, ela será considerada inimiga do país e por consequência, seus tripulantes também. Trata-se de pessoas que não dão a mínima segurança que não irão transgredir a ordem penal, já que não respeitaram nenhuma ordem advinda do país. Característica esta específica do Direito Penal do Inimigo. E daí se faz legítimo adotar, portanto as providências cabíveis no Direito Penal do Inimigo, tais como relativização de direitos e garantias,

pelo fato de ser característica do Direito Penal do Inimigo a garantia dos direitos do cidadão, mesmo que isso venha a prejudicar o inimigo.

Instituto bastante conhecido na seara das penas diversas da prisão é a transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Considerada como medida despenalizadora consiste no poder conferido ao Ministério Público diante das infrações penais de menor potencial ofensivo, quais sejam aquelas em que a pena máxima cominada não exceda a 02 (dois) anos, antes da propositura de uma ação penal, aplicar medidas restritivas de direitos ou multa, respeitadas as disposições do artigo 76 da Lei nº 9.009/95. Não se pode deixar de atentar a clara afronta ao princípio da presunção de inocência, uma vez que nesta fase há apenas indícios de autoria e materialidade e mesmo assim, concordando o possível autor do fato, ser-lhe-á aplicada referida medida sem exame do mérito. Observa Pinto (2012, p.173-174):

Diante desse quadro, é de se perquirir se o oferecimento de prêmios ao réu em troca da confissão e da delação de corréus, condicionados à sua soltura, ou se o fato de se lhe acenar com uma pena mais branda antes mesmo do julgamento da causa para livrar-se de virtual sentença desfavorável e mais severa se constituem, respectivamente, em meios de obtenção de provas ilegítimos ou supressores das regras do devido processo legal (à luz da garantia prevista nos incisos LIII, LIV, LV, LVI, e LVII, da CF); ou, por outro lado, se nestes casos ocorre o uso de força desproporcional por parte Estado em face do cidadão capaz de influir decisiva e negativamente nas suas escolhas, no sentido de não terem sido tomadas livremente, despidas de qualquer constrangimento ou coação.

A história revela que houve e ainda há incontáveis exemplos na legislação pátria ligados aos fundamentos difundidos por Jakobs em sua teoria do Direito Penal do Inimigo. A quantidade de dispositivos e leis enxertos no ordenamento jurídico brasileiro dotado da mencionada característica ocasionam certos entraves quando o operador do direito em sua prática forense, necessita lançar mãos dos mesmos a fim de aplicá-los nos casos concretos. Aliada à pressão midiática que muito tem influenciado a sociedade e seus anseios de punição, há de ser destacada uma infinidade de processos que não se pode deixar de tecer certos comentários a respeito das imposições penais aplicadas conforme será analisado a seguir depreendendo-se devida atenção a um caso específico.

CAPÍTULO 3. A REALIDADE PROCESSUAL BRASILEIRA E OS REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

É sabido que de todos os pressupostos e características já delineados na busca por uma resposta satisfatória acerca da viabilidade do emprego da Teoria do Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático, o que se infere à primeira vista é que são pontos inconvergentes, pois não há que se considerar a supressão de garantias ou mesmo serem tolhidas boa parte delas em um sistema que ancorado em uma lei maior prima por direitos tidos como inerentes e inderrogáveis num processo criminal. Não obstante, mesmo tal assertiva sendo dotada de inegável verossimilhança no contexto do Direito Penal moderno, na prática não é algo raro visualizar na realidade processual brasileira situações diversas no que tange à aplicação dos princípios fundamentais.

Uma das características imprescindíveis para compreender a realidade brasileira diz respeito à denominada “sociedade de risco”. Tal temática está ligada pelo surgimento do período pós-industrial e com o acelerado crescimento econômico e tecnológico. Diante desta conjectura aumentam especificamente no mesmo compasso os problemas envolvidos com a violência e a sensação de insegurança no âmbito coletivo quando se versa sobre a insuficiência de políticas criminais de contenção dos riscos em potencial enfrentados na vida em sociedade. Como consequência surge a formulação de tipos penais ligados a uma tendência de exacerbação de sanções, como explica Silva (2011, p.28):

E para conter essa sociedade de risco marginalizada, conforme já afirmado, o Estado lança mão de um Direito Penal do risco, que por possuir um caráter expansivo, acolhe os novos interesses e demandas penais e antecipa a tutela penal. O Direito Penal do risco, seja no Brasil ou em outros países, adota uma política criminal caracterizada pela preocupação de prevenção e repressão exacerbada em face ao crime organizado, ao tráfico de drogas, ao terrorismo, à criminalidade econômica e aos crimes contra a humanidade, dando os primeiros passos a um duradouro Direito Penal de ‘terceira velocidade’ – o ‘Direito Penal do Inimigo’. (...) Esses riscos criados e/ou acentuados pela evolução da sociedade, pela globalização da economia, pela evolução dos meios de comunicação e tecnologia, etc., ocasionam uma reação irracional por parte dos atingidos, gerando uma imensa insegurança, que faz com que a sociedade aceite (e em alguns casos até clame) uma política de segurança pública em detrimento de interesses individuais.

É incontestável afirmar que o fenômeno da globalização aliado ao acelerado fluxo de informações alavancaram incontáveis progressos de forma generalizada em todo o globo. Contudo, à medida que surgiam novas curas para doenças anteriormente consideradas incuráveis, sofisticadas tecnologias que além de viabilizarem o intercâmbio entre pessoas em qualquer lugar do mundo, possibilitaram a realização de diferentes tarefas sem sair de casa

utilizando a rede mundial de computadores, advieram crimes anteriormente nunca presenciados além daqueles que embora não sendo inéditos ganharam maior reincidência e feição cada vez mais bárbara deixando os cidadãos em perfeito estado de terror. A esse respeito relata Moraes (2006, p.26-27):

As novas demandas e os avanços tecnológicos repercutiram diretamente no bem-estar individual. A sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, passou a deslocar para a marginalidade um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando-se, pois, o conceito de 'sociedade de risco'. (...) O caráter 'expansivo' do chamado 'Direito Penal do risco' vem acolhendo novas demandas e interesses penais e antecipando a tutela penal (com tipificações abertas e amplas, mediante o uso de tipos de perigo abstrato, mera conduta, omissivos impróprios etc.). Tanto na legislação pátria quanto na estrangeira, o 'Direito Penal do risco' vem permitindo a adoção de uma política criminal pautada pela preocupação incessante de criminalizar e prevenir a criminalidade organizada, a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes, a criminalidade econômica, o terrorismo e os crimes contra a humanidade, primeiros sinais da tendência de perenizar um Direito Penal de 'terceira velocidade' - o Direito Penal do Inimigo'.

Ao passo que crescem novas formas de se comunicar e interagir com o mundo moderno, além de poder realizar transações bancárias complexas através do computador, há que se falar do viés da vulnerabilidade de dados e o surgimento de sofisticados crimes cibernéticos. É possível identificar como exemplo os delitos sexuais ligados à pedofilia ou a prostituição, vazamento de informações pessoais e diversas fraudes. O legislador infelizmente na maioria das situações só consegue positivar em abstrato o crime do caso concreto após o mesmo já ter causado inumerados estragos para com suas vítimas. No que tange a tais entraves, observa Lemes (2013, p. 263):

Talvez o grande desafio do legislador nos dias atuais seja elaborar leis que atendam e acompanhem a crescente e acelerada transformação social, uma vez que as leis devem ser elaboradas e alteradas conforme se modificam os valores da sociedade. O fenômeno da globalização e desenvolvimento tecnológico de certa forma alteram as identidades culturais de determinada população em determinado momento histórico, vez que o contato com outras culturas de forma instantânea, o que era inimaginável há tempos atrás, fragmenta e cria outras formas culturais. Fenômeno este que podemos observar nas tantas alterações produzidas em nosso ordenamento jurídico penal (Código Penal brasileiro) que desde sua entrada em vigor em 1º de janeiro de 1942, sofreu e vem sofrendo ao longo dos anos inúmeras transformações, resultado de uma política criminal que busca refletir a formatação da sociedade.

Diante da construção do que seria a Sociedade de Risco o Direito Penal surge como uma válvula de escape para os problemas e focos de perigos confrontados. Quando há uma modificação no mundo concreto causadora de um dano e insegurança para uma vida pacífica e esta não está tipificada no ordenamento jurídico, logo surge um forte apelo para que

se criem normas rigorosas que abarquem a nova conjuntura conflitante. Pois em um mundo globalizado uma das principais preocupações está ligada a criminalidade e as formas de se conter a mesma. Refletindo sobre tais complexidades alude Silva (2011, 26-27):

Neste sentido, quando mais grave for o dano temido, mas justificado se considera a atuação do Direito Penal em sua qualidade de resposta mais dura do controle social. Recorre-se ao legislador cada vez mais frequente e cada vez com maior urgência buscando proteção frente aos problemas levantados na nova sociedade de risco. Surgem, todavia, os seguintes questionamentos: o Direito Penal é o meio necessário e adequado para apaziguar a aclamação popular e se tal ramo consiste no instrumento mais drástico de controle? Ainda, pergunta-se o que ou quem poderia, então, garantir segurança frente aos comportamentos indesejados?

Ainda no que diz respeito à tendência do cometimento de novas ilicitudes nunca antes observadas e o estado de temor suscitado nos cidadãos correlacionado com o âmbito das garantias asseveradas pelo poder público de uma vida protegida frente aos perigos gerados pelo aumento da violência, a solução encontrada foi a criação de inúmeros tipos penais abstratos. A tutela penal ganhou acima de tudo um caráter eminentemente preventivo com a indubitável preocupação em abranger o maior contingente exequível de condutas delituosas e logo, obter a capacidade de lograr êxito em criminalizar meros atos de preparação. Narrando com perfeição referido contexto e suas críticas quanto a referida situação, elucida Moraes (2012, p.32-33):

É inegável que nesse contexto da sociedade pós-industrial, além das novas demandas da criminalização, o prevencionismo tem ditado uma política criminal eficiente, por vezes criminalizando infrações meramente administrativas, tipificando meros atos preparatórios e abusando do uso dos tipos omissivos impróprios e das normas penais em branco. Contudo, a utilização exclusiva da técnica legislativa do Direito Penal clássico aparenta não se coadunar com a natureza dos bens jurídicos transindividuais, com a necessidade de repressão dos graves crimes transnacionais (terrorismo, organizações criminosas, lavagem de capitais etc.) e com as figuras inerentes aos avanços tecnológicos da modernidade (crimes de informática etc).

O que se infere é a utilização desenfreada do Direito Penal como único instrumento passível de conter os riscos gerados no âmbito da coletividade. Tal assertiva apesar de verossímil se conduz dicotômica com o princípio da intervenção mínima que rege o sistema vigente. Denota afirmar que tal ramo do Direito deve ser encarado como *ultima ratio*, ou seja, tão somente quando na esteira da proteção dos mais relevantes bens jurídicos as outras esferas do Direito se mostrarem insuficientes para a sua total amparo. A respeito da conceituação do princípio em tela alude Greco (2015, p.97):

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito

Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores. O Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser *soli citato* somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância.

No contexto atual os recursos midiáticos muito têm contribuído para o crescimento de insatisfação, revolta e clamor por parte da coletividade no que diz respeito ao patrocínio pelo recrudescimento das penas além de políticas criminais mais incisivas no combate à delinquência. Com efeito, diante do bombardeio de notícias relatando os mais variados crimes bárbaros ascende o clima de insegurança e a busca pelo amparo de novas leis mais severas e a consequente redutibilidade de prerrogativas fundamentais. Discorrendo com propriedade no que diz respeito a tal problemática relata Lemes (2013, p.262):

Neste contexto importante destacar a influência que a mídia de massa exerce sobre a sociedade, uma vez que, as informações por ela divulgadas, de um modo geral, são aceitas como verdadeiras pela maioria da população, que segue crente no que viu, ouviu ou leu, e na maioria das vezes a dúvida sobre o cometimento de um delito e quem foi seu autor é transformada automaticamente em certeza pelos meios de comunicação, especialmente pela forma com que a notícia é veiculada. A mídia, sempre atenta a todas as situações que envolvem especialmente a “desgraça alheia”, movida pelo combustível da curiosidade e da vingança, comuns a todo ser humano, em razão dos estardalhaços que faz acerca de um determinado fato criminoso, enaltece a violência e consequentemente desperta o sentimento de vingança no meio social que passa a exigir punição imediata.

Entre as mais variadas informações disseminadas pelos meios de comunicação está a incapacidade de ser conter a violência nas ruas. A publicidade costuma mostrar a máquina judiciária como deficiente e muitas vezes distante dos anseios de punição almejados pelos telespectadores. A imagem rotulada é de uma justiça incoerente e que não dispense um tratamento rigoroso com o apenado, pois para muitos a sanção deveria estar literalmente ligada à penitência, sofrimento e cárcere prolongado. Quando o assunto é propaganda eleitoral o enfoque é praticamente fraco quanto ao incentivo e melhoria da educação, mas indiscutivelmente incisivo quanto às políticas assistencialistas e ao combate ao crime como, por exemplo, a maior estruturação e policiamento ostensivo. No que tange ao tema ora em debate assinala Lemes (2013, p.262):

Há na atual sociedade a disseminação de um discurso pelo qual a criminalidade e a violência se encontram em limites incontroláveis, difundido principalmente pela

mídia sensacionalista. Com este discurso busca-se interiorizar a ideia na qual a legislação penal favorece o criminoso, pois com a legislação branda o delinquente não tem receio das sanções impostas. Assim, percebe-se que a tão difundida expressão “segurança pública”, fartamente explorada pela mídia de massa e pelos políticos eleitores, encontra-se num primeiro plano, enquanto que a pobreza, a ausência de investimentos sociais, a efetivação dos direitos sociais, o saneamento básico, a moradia, o trabalho, entre outras garantias sociais, encontram-se num segundo plano.

Sem dúvida os meios de comunicação possuem um proeminente papel no campo do processo penal, uma vez que se tornam um dos principais recursos ao alcance da população para se obter conhecimento dos mais variados ilícitos penais. Por óbvio, muitos deles devido ao grau de notoriedade ganham um acompanhamento pormenorizado no que tange aos atos processuais como, por exemplo, a oitiva de testemunhas, perícia ou a audiência de instrução e julgamento. Embora existam outros meios de publicidade como o Diário Oficial, nada consegue superar especificamente o poder da mídia televisiva que entre outros fatores conta com a facilidade no acesso e a linguagem compreensível sem a utilização de termos considerados técnicos para a visão dos leigos em direito. Dentro de tal temática analisa Dominguez (s.d, p.3-4):

Os meios de comunicação de massa dispõem amplamente de meios para facilitar o entendimento do povo sobre os atos do processo, enquanto por outro lado, os sujeitos processuais em algumas vezes se utilizam da linguagem técnica jurídica adequada (o que já possui difícil compreensão, por ser mergulhada em rigidez, permitindo apenas aos próprios operadores do direito lhe entender), em outras exageram, indo muito além do que se exige, utilizando-se demasiadamente expressões rebuscadas. O papel da imprensa, portanto, é de fazer com que os atos processuais cheguem ao saber populacional, devendo transmiti-los de forma clara ao leigo, isto é, traduzir o tecnicismo utilizado pelos sujeitos processuais, utilizando-se da linguagem simples que é característica dos meios de comunicação social.

Além do clima de insegurança anteriormente exposto, os recursos midiáticos na maioria das vezes também agregam um extremado sensacionalismo e um juízo de valor cada vez mais comum ao noticiar crimes. As informações amplamente divulgadas podem perfazer-se incompletas, tendenciosas e por estarem vinculadas em grande parte a um momento meramente inquisitivo, possuir provas pouco robustas de autoria e materialidade. No entanto, para os expectadores logo se formam concepções precipitadas com relação ao convencimento e a quase total certeza da prática delitiva por parte do agente que por encontrar-se totalmente exposto passa a ser considerado como inimigo. Com efeito, adverte Lemes (2013, p.272):

Ademais, cumpre asseverar que o sujeito hoje, principalmente àquele que se encontra excluído da sociedade dita “do bem”, esta vivendo num processo de nulidade pessoal, influenciado especialmente pela mídia de massa que está, de modo

subliminar, treinando, conduzindo e adestrando a população a consumir o que por ela é imposta. Porém, o problema é que por trás disso existem propósitos nada nobres: não pensar, não raciocinar, não questionar as notícias vinculadas pelos meios de comunicação de massa e tal se dá através da manipulação de informações feita por uma mídia, que ou detém o poder político, ou é controlada por quem tem laços estreitos com ele, que de qualquer forma utiliza-se indiscriminadamente para desviar a atenção da sociedade sobre algum outro assunto que naquele momento quer que seja esquecido, de acordo com os interesses de uma minoria, mediante a oferta de um novo bode expiatório, os “inimigos” no mercado da informação.

As consequências da influência midiática podem ir além da simples formação do juízo de valor quanto à escolha do delinquente para figurar como inimigo e através da busca incessante por vingança derivar em um retrocesso à típica “justiça com as próprias mãos”, figura esta tipificada no Código Penal Brasileiro no artigo 345, com pena de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da que corresponda à violência se houver. O resultado pode ser desastroso, uma vez que sem o respeito ao princípio da presunção de inocência na fase inquisitiva, em que se faz presente o recolhimento de apenas indícios de autoria e materialidade, poderá ocorrer uma retaliação errônea por parte da coletividade. Pois findo o processo probatório haverá a possibilidade de se verificar a inocência do acusado que por vezes já terá sido exposto e até mesmo sofrido represálias permanentes. Sustentando tal contexto discorre Caldas (2012):

O “Monstro da Mamadeira”, assim apelidada a desempregada Daniele Toledo Prado: foi acusada de causar overdose na filha bebê que veio a óbito. Foi acusada, em primeiro lugar, pelos médicos que avaliaram a filha. Depois, foi presa e sem sequer poder se defender e logo em seguida a grande mídia incentivou o “julgamento paralelo”, levando a sociedade a clamar por justiça e batizando-a de “monstro da mamadeira.” Consequências: Daniela foi considerada inocente tempos depois, provando o laudo que a filha não tinha ingerido cocaína. Antes disso, Daniela foi espancada com a permissão das autoridades que a tinham sob custódia (delegado Paulo Roberto Rodrigues, de Taubaté-SP, e o delegado Carlos Prado Pinto, de Pindamonhangaba-SP), teve os tímpanos perfurados, perdendo a audição e visão do lado direito.

Em acurado julgamento Zaffaroni procurou explicitar a manifestação publicitária carecedora de um ponto de vista sério e comprometido com a ciência jurídica, sendo sucedâneo de uma propaganda indubitavelmente com pouco ou nenhum conhecimento técnico no que diz respeito ao Direito. O poder punitivo é alvo de duras críticas ganhando forte impulso na seara penal onde a sensação de impunidade alcança níveis gritantes na população. A divulgação explícita do sofrimento enfrentado pelas vítimas e sua opinião do que seria considerado justiça para o futuro daquele que lhe causou alguma espécie de dano esbarra frontalmente com as garantias fundamentais inerentes ao processo criminal. Sustenta Zaffaroni (2006, p.74):

Neste contexto, o discurso autoritário *cool* latino-americano participa do simplismo de sua matriz norte-americana, carecendo igualmente de qualquer respaldo acadêmico, e se orgulha disso, pois esta publicidade popularisca denigre constantemente a opinião técnica jurídica e criminológica, obrigando os operadores políticos a assumir idêntica postura de desprezo. Tampouco é possível dotá-lo de qualquer coerência, pois trata-se apenas de *slogans* ou propaganda. A irracionalidade é de tal magnitude que sua legitimação não pode provir nem sequer de grosserias míticas – como o predomínio de imagens. Sua técnica responde a uma pesquisa de mercado, que vende o poder punitivo como uma mercadoria. Na medida em que se verifica o êxito comercial da promoção emocional dos impulsos negativos, ela é aperfeiçoada. Os serviços de notícia e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso. Os especialistas que aparecem não dispõem de dados empíricos sérios, são palpites livres, que reiteram o discurso único. Com frequência instrumentalizam-se as vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabeçam campanhas de *lei e ordem*, nas quais a vingança é o principal objetivo. As vítimas assim manipuladas passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal *völkisch* ao seu redor, diante dos quais os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular.

É sabido que os efeitos negativos da exploração sensacionalista dos recursos propagadores das mais variadas notícias relativas à delinquência como, por exemplo, programas de auditório, jornais policiais ou da própria internet, estão ligados ao desencadeamento de leis díspares com os valores e princípios de um Estado democrático. Neste sentido, o elemento propulsor de tal dialética é em grande parcela a atividade de criação da norma comandada pela política. Para garantir a simpatia e por óbvio, a aceitação da maior quantidade possível do eleitorado se conduz essencial buscar atender seus anseios de sanções mais rígidas e aumento expressivo das penas restritivas da liberdade a fim de combater o infrator considerado como inimigo. Diante da conjectura descrita comenta com propriedade Zaffaroni (2006, p. 78):

Esse discurso se impõe aos Estados porque exige a alienação dos políticos, que devem optar entre aderir à publicidade da repressão e ficar na moda (tornar-se *cool*) ou ser afastados pelos competidores internos de seus próprios partidos, que aproveitariam o flanco débil de quem se mostra antiquado e impopular, ou seja, não *cool*. Nesta conjuntura, os políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras dos princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar atos preparatórios, desarticular os códigos penais, sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo a pressões estrangeiras, ceder as burocracias internacionais que visam a mostrar eficácia, introduzir instituições inquisitoriais, regular prisão preventiva como pena e definitivamente constrianger os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool*, sem contar muitos outros *folclorismos* penais, como pretender condenar, por favorecimento, parentes de vítimas de sequestro que não renunciem ou paguem o resgate exigido. Esta legislação constitui o capítulo mais triste da atualidade latino-americana e o mais deplorável de toda a história da legislação penal na região em que políticos intimidados pela ameaça de uma publicidade negativa provoca o maior caos legal autoritário –

incompreensível e irracional – da história de nossas legislações penais desde a independência.

Nesse diapasão, operadores do Direito com o condão de realizar um julgamento justo frente ao infrator da norma possuem a difícil tarefa de aplicar as leis e os princípios no caso concreto e ao mesmo tempo buscar um julgamento que satisfaça os anseios de punição eficaz almejados pela sociedade, que leiga muitas vezes não consegue compreender o caminho a ser tomado. Dominguez (s.d, p.7) ao explanar sobre a questão assevera:

Como já visto, a mídia quase sempre gera uma estigmatização do acusado como bandido, criminoso, bicho, “condenando-o” antes mesmo de uma sentença condenatória transitada em julgado, ferindo de todas as formas sua presunção de inocência e todas as demais garantias constitucionais e processuais – o que já é suficiente para influenciar o convencimento do juiz penal, e conseqüentemente o resultado de suas decisões. (...) Essa influência, mesmo que não seja suficiente para efetivamente convencer o juiz, em alguns casos desempenham uma pressão implícita na sua consciência, o levando a agir de acordo com o que pensa que lhe é esperado, mesmo sem que a mídia se manifeste nesse sentido.

O juiz em sua árdua atividade de aplicar o direito da forma mais equânime possível encontra determinados empecilhos na própria sociedade quando precisa cumprir com o disposto no arcabouço normativo. Em meio a irresistível coação da grande maioria dos indivíduos que buscam na pena infligida a tão almejada vingança, o referido operador do direito se encontra na possibilidade de se tornar sujeito de estigmatizações e até mesmo linchamentos quando não conseguir produzir uma sentença que corresponda aos anseios sociais. Adverte Zaffaroni (2006, p.80):

Os juizes, por sua vez, também se encontram submetidos à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação de massa. Toda sentença e colide com discurso único corre o risco de ser esquematizada e magistrado, de acordo com as circunstâncias, pode envolver em sérias dificuldades e até mesmo acabar destituído, processado ou condenado, como aconteceu em vários países da região. Pouco importa o que as condições e o direito internacional dos direitos humanos disponham, se os juizes não podem aplicar suas disposições, sob pena de serem denunciados e perseguidos pela pressão dos meios de comunicação, pelos corpos colegiados das próprias estruturas judiciais, pelos políticos que aproveitam para eliminar os magistrados incômodos, para fazer publicidade ou, simplesmente, por seus próprios colegas empenhados em desprestigiar um possível competidor em uma promoção ou em intrigas palacianas. A vulnerabilidade dos juizes perante o discurso *cool* é muito grande e, não obstante alguns desvios e excessos lamentáveis, os juizes constituem a principal frente de resistência diante do avanço do autoritarismo *cool* não só na América Latina, como mostram as citadas sentenças da Corte Suprema norte-americana e da Câmara dos Lordes britânica

Um dos casos que remontam com perfeição o diálogo do emprego da teoria do Direito Penal do Inimigo na realidade criminal brasileira diz respeito ao que envolveu a

empresária Eliana Tranchesi, proprietária da boutique Daslu, Antonio Carlos Piva de Albuquerque, diretor financeiro e Celso de Lima, André De Moura Beukers, Roberto Fakhouri Junior, Rodrigo Nardy Figueiredo E Christian Pólo, todos representantes das traidings, isto é, empresas que atuam como intermediárias na importação e exportação de produtos. Tudo começou com as investigações irrompidas em decorrência da Operação Narciso onde a Receita Federal e o Ministério Público uniram-se com o objetivo de encontrar provas da prática dos crimes de quadrilha, falsidade material e ideológica e lesão à ordem tributária. Para entender melhor o caso explica Roriz (2011, p. 26) a respeito da história da empresa:

A história daquela que seria consagrada como a grife mais luxuosa do País começou em 1958 com Lucia Piva de Albuquerque, quando tinha ainda 17 anos. Ao lado da sócia, Lourdes Aranha, elas recebiam amigas em casa para conversar e fazer compras. O negócio cresceu e depois de pouco tempo, a dupla já tinha uma fiel clientela para a exclusiva boutique “das-lu”. Nos anos 60, com o sucesso alcançado pelas vendas domésticas, a marca passou a ocupar uma casa inteira na Vila Nova Conceição, em São Paulo. Com o tempo, cresceu mais ainda, mas não perdeu o ar aconchegante de um lar. Com pouco mais de vinte anos, a Daslu estabeleceu seu estilo sofisticado e jovem. A marca virou referência de moda a partir da década de 80, cresceu junto com o uso das ombreiras e mangas de morcego. Desde então, a boutique tornou-se um fenômeno entre as mulheres mais elegantes do país, e chegou inclusive a ser destaque em uma edição da Revista Vogue, na época. Em 1984, Lucia Piva faleceu e sua filha, Eliane Tranchesi, assumiu os negócios ao lado de Lourdes.

Das averiguações realizadas restou a denúncia proposta pelo Ministério Público Federal que tipificou as condutas dos citados envolvidos crime de quadrilha/bando (art. 288, do Código Penal), crime de descaminho tentado (art. 334, § 3º, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal) e crime de falsidade ideológica (art. 299, do Código Penal), todos os crimes em concurso material (art.69, do Código Penal) e tudo c/c a Lei nº 9034/95. A operação era baseada no subfaturamento das notas fiscais de compras realizadas pela boutique Daslu de diversos artigos de moda pertencentes a conceituadas grifes. Segue trecho extraído do relatório da sentença proferido por Maria Isabel do Prado, Juíza Federal, do processo em questão minudenciando como ocorria tal prática delitiva (p. 05- 06, 2006):

(...) Observa o Ministério Público Federal que, tais importadoras orbitavam em redor da Boutique Daslu, sendo que algumas delas chegaram a ser criadas especificamente para funcionar de maneira exclusiva em prol das importações realizadas pela Boutique. Outras, embora não tenham nascido necessariamente para servir os denunciados, passaram a servi-los com préstimos criminosos, aceitando e praticando condutas ilícitas necessárias ao subfaturamento de mercadorias importadas, o que culminou no surgimento de uma típica organização criminosa, nos termos da Lei nº 9034/95. Assevera que informações da Receita Federal constataram que a MULTIMPORT, empresa do denunciado CELSO DE LIMA, que formalmente

contabilizava prejuízos todos os meses, revertia à DASLU mais de 96% de tudo aquilo que importava, dados típicos de uma empresa “laranja”, ou seja, de uma empresa criada para funcionar como “serva” de outra, tudo na busca pela ocultação das fraudes perpetradas pela organização criminosa.

Segunda consta do referido relatório foi apreendida uma carta de autoria de Celso de Lima, ex- contador da boutique e proprietário da empresa Multimport, a qual deixava clara a ambiciosa empreitada de conseguir declarar a Receita Federal apenas um quinto do valor real das mercadorias importadas. Segundo informações de Elizabeth Lousada Moreira Baily, ex-chefe de importação, o esquema da compra de mercadorias era de incumbência de Eliana Tranchesi, que centralizava a escolha e compra de mercadorias pertencentes à determinada grife. Na tentativa de elucidar como ocorria tal faceta segue fragmento da sentença mencionando parte do depoimento acostado nos autos da citada testemunha (2009, p.17):

Esclarece que incumbia a Eliana Tranchesi, de forma direta ou através de prepostos, decidir quais as mercadorias de grife internacional que seriam compradas, negociando os preços, formas e condições de pagamento diretamente com o fornecedor estrangeiro (o fabricante da grife). Em alguns casos, a denunciada, para cumprir sua tarefa de escolha de mercadorias que seriam importadas (através de subfaturamento), viajava para o exterior rumo a feiras internacionais de moda e campanhas de venda de grifes estrangeiras famosas.

As provas da materialidade delitiva estavam ancoradas nas averiguações a cargo dos funcionários da Receita Federal através das declarações de importação juntamente com as respectivas faturas pertencentes à carga de mercadorias da Multimport para a boutique Daslu. O problema é que fora encontrada uma fatura contendo informações diversas, pois declarava que a mesma mercadoria obtida tinha na verdade como destinatária das mercadorias o nome Daslu. Logo, ficava evidenciada a sonegação do imposto incidente sobre a importação. Além disso, escutas telefônicas comprovaram que os acusados no processo estavam planejando a queima de documentos relacionados à fraude. Abaixo parte da sentença relatando o ocorrido (2006, p. 103-104):

A materialidade do delito veio à tona através de uma fiscalização visual (física) realizada pelos funcionários da Receita Federal da carga importada pela Multimport (acusado Celso de Lima) para a Daslu, oriundas das declarações de importação, DI nº 79-7 (relativas à várias grifes norte-americanas – peças de vestuário como calças, camisas, chapéus, sapatos, etc. - fls. 827/853 – Volume 04), acostando-se as respectivas faturas (fls. 854/890 – Volume 04) e DI nº 93-5 (relativas às mercadorias européias fls. 893/922 Volume 04), também com as respectivas faturas (fls. 923/943- Volume 04), logrando-se encontrar, no interior das caixas, as faturas originais emitidas pelo fornecedor estrangeiro Marc Jacobs (fls. 950/971 – Volume 04), assim como Picking Tickets (controle de saída de estoque) relativos às

mercadorias exportadas pela representante da grife Donna Karan, que continham o nome da Daslu com destinatária das mercadorias. Historiam os autos que, no mês de dezembro de 2003, CELSO DE LIMA, proprietário da importadora MULTIMPORT, estava a realizar, por determinação de ELIANA e ANTONIO CARLOS, importação de expressiva quantidade de roupas de grifes internacionais oriundas dos Estados Unidos da América e da Europa. As faturas supramencionadas (DI nº 93-5 e DI nº 79-7) diziam respeito a toda a carga de vestuário que a Multimport declarava importar em benefício dos denunciados ANTONIO CARLOS e ELIANA TRANCHESI. Ante tal situação, resolveram os funcionários compará-las com as faturas falsas apresentadas pela Multimport, documentação necessária para o desembaraço das mercadorias. As faturas da grife Marc Jacobs sinalizavam claramente que a mercadoria inserida na carga ora em comento havia sido faturada, vendida e enviada à Boutique Daslu por um preço similar a US\$ 44.493,00 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e noventa e três dólares - valor somado das faturas de fls. 950 a 971 – Volume 04). Já as mercadorias Marc Jacobs declaradas nas faturas contrafeitas de fls. 858/866 – Volume 04) possuíam um valor bastante inferior, ou seja, US\$8.387,00 (oito mil, trezentos e oitenta e sete dólares).

O principal problema encontra-se em como a imprensa manipulou a imagem da empresária Eliana Tranchesi e a rigorosidade das sanções a ela impostas. A possibilidade de eliminar o inimigo através de sanções desproporcionalmente elevadas é característica marcante do Direito Penal do Inimigo. A justificativa principal está ligada como antes exposto, a punir a mera periculosidade, ou seja, a ameaça em potencial da figura do delinquente. Analisando diversas notícias veiculadas pela internet em sites de jornais e revistas com grande notoriedade concluiu Roriz (2011, p.46 a 47):

Na primeira matéria sobre a crise da Daslu publicada em fevereiro de 2008, foram mostradas todas as denúncias feitas pelo Superior Tribunal de Justiça, Polícia Federal, Ministério Público Federal e Receita Federal. E exatamente desta forma repetiu-se em 11 matérias, que reproduziram todas as denúncias dos órgãos citados. Nas reportagens elencadas, a Daslu aparece como fonte de informação em 11 textos, sendo que em sua maioria o foco maior é para as acusações e não para a defesa. Em três vezes a defesa aparece apenas no último parágrafo e em outras quatro a posição da Daslu aparece no segundo parágrafo. Isso faz a pesquisadora concluir que a voz da acusada sempre foi colocada como última opção nas reportagens. Na divulgação da imprensa, a imagem da Daslu era sempre colocada de forma negativa e sempre relacionada as acusações de Eliana Tranchesi e outros acusados. Além disso, confirma a tese de que, dentro da hierarquização do texto, o “outro lado” foi colocado em segundo plano na reportagem, lembrando a teoria da pirâmide invertida em que o primeiro parágrafo resume os dados mais importantes da reportagem. Durante o gerenciamento da crise Daslu, a assessoria de imprensa só apareceu em uma reportagem, sendo feita por meio de um comunicado. Outras cinco tiveram a posição da Eliana Tranchesi, mas sem o apoio de sua assessoria. Além de que em uma aparece a afirmação de que Eliana Tranchesi não quis se pronunciar. Em outras quatro ainda a fala da empresária é divulgada apenas por meio de notas divulgadas a imprensa. Neste último caso, considera-se importante frisar que em três das 15 matérias analisadas, foram divulgadas notas ou cartas da empresária na íntegra. E mais do que isso, realizaram grandes análises sobre essas cartas, em alguns momentos inclusive deixando as acusações de lado e o foco sendo total para a posição da marca. Nessa perspectiva, compulsando-se as faturas fidedignas da DI 79-7, verifica-se que o valor de uma calça da Marc Jacobs é de 150 dólares, todavia, o valor declarado para importação foi de apenas 20 dólares.

A exposição desenfreada e controladora dos recursos midiáticos conforme já evidenciado pode ocasionar uma influencia mesmo que indireta ao magistrado no que tange a seu convencimento e aplicação das normas no caso concreto. Tal assertiva ganha verossimilhança ao se sopesar por todas as medidas impostas para com os envolvidos no escândalo de fraudes da boutique Daslu. SANTOS (s.d) comenta com inteireza todas as penalidades adotadas pela Justiça Federal que esbarram com primor na teoria do Direito Penal do Inimigo e que foram adotadas mesmo sendo uma afronta à Constituição vigente:

Prendeu antecipadamente e sem acusação formal os proprietários da boutique e fizeram questão de exibí-los presos à televisão e à imprensa; Somente após foram processados; -Submeteram todos ao julgamento público, tratando-os como grandes inimigos do país; -Condenaram em processo extremamente célere os donos da boutique a penas próximas a cem anos de prisão; -Desrespeitaram uma súmula do STF e prenderam novamente a proprietária da boutique quando ela fazia jus a aguardar seu processo até o trânsito em julgado em liberdade; -Inobstante o estado de saúde da proprietária, vitimada por um câncer, sequer o caráter humanitário da questão foi relevado, tendo sido a condenada levada imediatamente ao cárcere; - Novamente a imprensa mostrou os inimigos indo à prisão e logo que foram soltos, porque não era para terem sido presos, anunciaram que no Brasil os ricos não ficam na cadeia.

Em 26 de março de 2009 os envolvidos no processo do escândalo da boutique de luxo Daslu foram condenados a penas evidentemente altas, próximas a cem anos de prisão. Eliana Tranchesi foi condenada a em 94 (noventa e quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 330 (trezentos e trinta) dias-multa, fixado cada dia multa em 05(cinco) salários mínimos no valor vigente à época do crime; Celso de Lima por sua vez, 53 (cinquenta e três) anos de reclusão, bem como o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa; já André de Moura Beukers em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, bem como no pagamento de 100 (cem) dias-multa; Christian Polo em 14 (quatorze) anos de reclusão, bem como no pagamento de 80 (oitenta) dias-multa; Roberto Fakhouri Junior em 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como no pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa e Rodrigo Nardy Figueiredo em 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como no pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa.

Não se pode deixar de atentar para o fato de que as penas culminadas no caso encontram-se dotadas de maior proporção que aquelas aplicadas aos crimes no âmbito do Tribunal Penal Internacional, que se trata de uma corte de última instância responsável em julgar como se encontra no preâmbulo de seu regimento os crimes que “constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes

e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional”.

O Tribunal Penal Internacional conforme artigo 5º terá competência para julgar os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e agressão. No artigo 77 encontra-se disciplinado que para o cárcere o limite máximo será de 30 anos ou prisão perpétua justificada pelo elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado. O que se pode extrair é a evidente aparência de que aos olhos dos legisladores, operadores do Direito e também da comunidade como um todo, levando-se em consideração como as normas refletem os ideais e bens jurídicos considerados importantes em um dado momento histórico, existe a reflexão de que criminalidade ligada ao sistema financeiro se ajusta como mais desprezível e digno de uma maior punição que um crime contra a humanidade como, por exemplo, “agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável” (artigo 7º, ”g”); ou ainda, aqueles ligados à guerra como “a tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas (artigo 8º, “a”, i) e “o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde” (artigo 8º, “a”, iii). Destaca Pinto (2012, p.100-103):

De outra banda, querem-se também punidos com prisão, igualmente rigorosa e duradoura, os possuidores de alto nível profissional e elevada posição social, mas que ultrapassaram as normas limitadoras da ganância especulativa que o mercado financeiro estimula e provoca, findando por cometerem crimes; ou dos que praticaram ilícitos no exercício da administração de sociedades empresárias; contra o meio ambiente, em detrimento das finanças e administração públicas; ou ainda abusaram do poder político de que seriam possuidores. (...) O que soa surpreendente ao observador é que em nenhum destes casos as agências estatais de controle e fiscalização do sistema financeiro, que são, ao que se sabe (ou supõe), dotadas de sofisticados mecanismos de controle, não tenham identificado com razoável antecedência a movimentação extraordinária de recursos financeiros realizada por um único operador, sem que houvesse lastro econômico que as legitimasse e garantisse. É igualmente espantoso que nem mesmo as próprias instituições financeiras envolvidas, seja por meio de seus conselhos fiscais, ou através dos seus *compliance departments* percebessem a ocorrência de operações atípicas em volumes tão expressivos.

Segundo teor da decisão proferida pela juíza Maria Isabel do Prado da 2º Vara de Justiça Federal de Guarulhos fora decretada a prisão preventiva entre outros condenados, da empresária Tranchesi em desrespeito a já consolidada declaração feita pelo Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade de tal medida cerceadora da liberdade, no julgamento da reclamação constitucional nº 2391, em que ficou assente o posicionamento da possibilidade de poder recorrer em liberdade. Na reclamação figurava como parte o empresário João Celso

Minosso tendo sido declarada nula a prisão preventiva decretada por sentença da 1ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu (PR), pelos crimes de contrabando, falsificação, formação de quadrilha e participação em organização criminosa. A juíza do caso foi acusada de desrespeito à decisão da corte no Habeas Corpus nº 82909 julgado em 2003. Segue abaixo jurisprudência nesse mesmo sentido:

Habeas corpus: Apelação em liberdade: sentença que, sem fundamentação cautelar, cingindo-se a invocar o art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, ordenou a prisão imediata da paciente - que é primária e a quem não se atribuem maus antecedentes: questão pendente de decisão do Plenário, no qual já conta com diversos votos favoráveis à tese da impetração: "inadmissibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade" (Rcl. 2391, Inf./STF 334): deferimento da liberdade provisória da paciente, até que se complete a decisão plenária da questão constitucional (STF - HC-QO: 83173 SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 16/03/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-04-2004 PP-00017 EMENT VOL-02146-04 PP-00756 RTJ VOL-00191-03 PP-00999)

A doença enfrentada pela dona da boutique Daslu aliada às sessões de quimioterapia e radioterapia, estavam como um dos motivos alegados no habeas corpus impetrado por sua advogada Joyce Roysen a fim de que a justiça determinasse que sua cliente pudesse recorrer em liberdade. Com o estado de saúde debilitado e necessitando de cuidados intensivos a prisão e as condições insalubres da mesma se configurariam em um forte fator para aumentar os riscos de infecções devido ao tratamento contra o câncer diminuir significativamente a imunidade do paciente. Na carta que escreveu após ser presa, desabafou ao afirmar não ver motivo para ser presa e que não representaria perigo para ninguém. Por meio do habeas corpus nº 108.919/SP foi deferida a liminar para revogar a prisão preventiva decretada contra Antônio Carlos Piva de Albuquerque por haver similitude de situações, estendo os efeitos aos corréus Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi, Celso de Lima, André de Moura Beukers, Christian Polo, Roberto Fakhouri Júnior e Rodrigo Nardy Figueiredo. Segue abaixo trecho do voto da Ministra Maria Thereza De Assis Moura (Relatora):

O presente caso é daqueles que aglutinam muitos fatores que atraem a atenção e a expectativa de uma resposta dura do aparelho repressivo estatal. No entanto, é preciso ter isenção para verificar se, de fato, o paciente deve submeter-se à prisão processual. Como toda medida cautelar, a determinação da prisão processual depende da verificação dos pressupostos e requisitos a demonstrar a sua necessidade. No que se refere ao alegado risco para ordem pública, ratifica-se o já afirmado anteriormente, na decisão de fls. 626-628, quando deferi a liminar. A reiteração delitiva, reconhecida pela autoridade apontada como coatora, não se afigura clara a justificar a medida extrema da prisão preventiva. O Juiz estribou-se, para reconhecer a reiteração delitiva, na decisão proferida no mandado de segurança impetrado pela Columbia Trading, bem assim nas informações prestadas pela Delegacia da Receita Federal, que se encontram sub judice, na esfera cível. Não se verifica,

portanto, a necessidade do encarceramento do paciente para a manutenção da ordem pública, pois o acórdão não aponta, concretamente, qual conduta delitiva teria o paciente novamente perpetrado, tendo se referido a informações obtidas, por meio de contato com representante o Ministério Público Federal, para afirmar tal ocorrência. Colhe-se o respectivo trecho do acórdão guerreado: (...) A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. Cabe ao Julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual Adjetiva, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados às pacientes, a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria, comoção nacional, a personalidade supostamente audaciosa, covarde e perigosa das réis e a necessidade de mostrar o braço firme do Estado não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto. Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, cabendo salientar que as afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal. O fato de se tratar de crime hediondo, por si só, não basta para que seja determinada a segregação, pois, igualmente, exige-se convincente fundamentação, conforme tem decidido esta Corte. A motivação relativa ao fato de que as testemunhas estariam temerosas, assustadas, mudando, inclusive, de residência, não traz, da mesma forma, vínculo com situação fática hábil a configurar os requisitos da custódia preventiva, pois encontra-se ligada, tão-somente, à própria prática, em tese, criminosa, o que não é suficiente para a imposição da medida constritiva. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva decretada contra as pacientes, determinando a expedição de alvará de soltura em favor da réis, se por outro motivo não estiverem presas, sem prejuízo de que seja decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta. Ordem concedida, julgando-se prejudicada a alegação de excesso de prazo na instrução criminal, nos termos do voto do Relator.

Após os envolvidos no processo terem recorrido à sentença perante a 11ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, suas condenações foram drasticamente modificadas. Eliana Tranchesi por ter falecido em fevereiro de 2012 vítima por câncer teve sua punibilidade extinta; quanto a Antonio Carlos Piva a pena foi reduzida para sete anos e quatro meses de reclusão, em regime semiaberto; Celso de Lima, cinco anos e oito meses, em regime inicial semiaberto; André Moura Beukers 25 anos de prisão para cinco anos e quatro meses; Christian Polo, três anos e oito meses e quanto a Roberto Fakhoury e Rodrigo Nardy foram absolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo basilar da presente monografia consistiu em uma apreciação do emprego da Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida pelo penalista alemão Guinter Jakbos no processo penal brasileiro. O Catedrático alemão dentro de sua dialética segregou os indivíduos ao distinguir àqueles violadores da norma penal como cidadãos e nomear de inimigo o infrator contumaz. Neste diapasão, para cada grupo aplicar-se-ia normas diferentes, pois para o inimigo, isto é, o ameaçador da vigência das normas de maneira habitual e que por isso não conquistou a certeza de não voltar a delinquir, deveria ser utilizado um Direito Penal com pouca ou nenhuma garantia processual com o emprego, por exemplo, de penas desproporcionais ou cominações legais de meros tipos abstratos.

A disseminação do elevado grau da criminalidade atrelado à deficiência das políticas públicas em conter eficazmente o sujeito que de forma muitas vezes cruel e sádica comete uma ilicitude, acentua a visão de impunidade na população criando uma linha tênue entre o clamor público pelo recrudescimento das leis e o forte desejo de vingança. Referido contexto produz como reflexo na atividade legiferante a criação de um arcabouço normativo permeado por leis dotadas de inegável rigor e em sua grande maioria com a finalidade básica de cercear a liberdade do autor do fato delituoso. Verificou-se através da própria realidade brasileira que há casos em que o magistrado diante do seu mister de aplicar o direito no caso concreto comete por vezes nítidos excessos, como ocorreu no processo envolvendo a famosa empresária Eliana Tranchesi, dona do grande império de luxo da boutique Daslu. A quantidade de sanções descabidas impostas a mesma, em especial a sentença proferida pela juíza Maria Isabel do Prado da 2ª Vara de Justiça Federal de Guarulhos, que cominou pena de 94 (noventa e quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, revela o caráter punitivista e exacerbado na seara penal quando se aproxima da concepção de inimigo apresentada por Jakobs.

O ponto alvo da Teoria do Direito Penal do Inimigo é que a defesa pela supressão de garantias processuais como o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência, a individualização das penas e a proporcionalidade, embora amplamente permeados no ordenamento jurídico pátrio não se coadunam com os princípios fundamentais e inderrogáveis previstos em sua maioria de forma expressa no texto constitucional. Em um Estado Democrático onde há garantias inerentes a qualquer indivíduo e as mesmas encontram-se salvaguardadas por uma lei maior dotada de absoluta superioridade em uma escala de hierarquia no arcabouço normativo, não se pode reduzi-las ou mesmo retirá-las ao mero

arbítrio do elaborador dos dispositivos legais e do próprio juiz com a frágil justificativa de contenção do inimigo ameaçador da vida ordeira e pacífica em sociedade. A possibilidade de se estabelecer referida conjuntura encontra empecilho na própria proibição do retrocesso, ou seja, todos os ideais conquistados outrora em grande parcela frutos de uma luta árdua e histórica, não podem sem qualquer amparo na magna carta serem desconsiderados e não sopesados por operadores do direito em sua prática forense. Diante do que fora exposto, resta concluir que é indubitavelmente ilegítimo aplicar a teoria em destaque ao processo penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Edição eletrônica**: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.jahr.org>>

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acessado em 27 de set. de 2015.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm> Acessado em 24 de set. de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 9.613/98**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm> Acessado em 26 de set. de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 10.792/2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm> Acessado em 26 de set. de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 7.210/84** . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acessado em 26 de set. de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 7.565/86** . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm> Acessado em 29 de set. de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 9.099/95** . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acessado em 29 de set. de 2015.

CALDAS, Saulo Henrique Silva. **Direito penal do inimigo está baseado no totalitarismo**. Disponível em: <http://www.direitopenal_inimigo>.

COSTA, Fernanda Otero. **Uma linha abissal no estado democrático de direito: o direito penal do inimigo**. Disponível em: <<http://www.linhaabissal>>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal parte geral**. 10 ed. 2006. Vol. 1. Editora Saraiva

FARIA JÚNIOR, César. **O Processo Penal do Inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 2010 (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2010.

FERREIRA, Luiz Cláudio. **Sonegação e luxo: antíteses de uma crise de imagem** Estudo de caso sobre o gerenciamento de comunicação durante acusações à marca Daslu. Monografia (Graduação em Comunicação Social) - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Belo Horizonte, 2011.

FOUCAULT, Miche. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro, 2015.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal no inimigo: noções e críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- JULIÃO, Juliane Helena Pilla. **Direito Penal do inimigo: uma nova realidade no ordenamento jurídico brasileiro?** 2012. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo". Faculdade de Direito de Presidente prudente. Presidente Prudente/SP, 2012
- LEMES, Roger Luis. **Direito Penal do Inimigo e as Consequências da Influência da Mídia no Estado de Direito**, **O.ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba-PR, 2013.
- MALMESBURY Thomas Hobbes De Leviatã. **Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva.
- MANSOLDO, Mary. **Comentários sobre a Teoria do funcionalismo penal**. (Artigo). Disponível em: <<http://www.teoriafuncionalismopenal>>.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 revista atualizada. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**. 2006. Dissertação (Mestre em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.
- PINTO, João Carlos Castellar. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres**. 2012. Tese (Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.
- SILVA, Kelly Cardoso. **Um discurso sobre Direito Penal de Exclusão: Direito Penal do Inimigo – aspectos jus-filosóficos e normativos**. 2011. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2011.
- TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: jusPODIVM, 2011
- VASCONCELOS, Akemi Emanoella Braga. **Análise do Direito Penal do Inimigo e um Direito Penal brasileiro contaminado**. 2012 (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande-PB, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Instituto Carioca de Criminologia, 2007.