

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**DHIEGO EMANUEL PINHEIRO**

**REFLEXOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NAS  
LEIS DOS CRIMES HEDIONDOS E ANTIDROGAS**

**Sousa – PB**

**2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

**DHIEGO EMANUEL PINHEIRO**

**REFLEXOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NAS  
LEIS DOS CRIMES HEDIONDOS E ANTIDROGAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof<sup>a</sup>. Danielle Alves Lucena Lima.

**Sousa – PB**

**2014**

**DHIEGO EMANUEL PINHEIRO**

**REFLEXOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NAS  
LEIS DOS CRIMES HEDIONDOS E ANTIDROGAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof<sup>ª</sup>. Danielle Alves Lucena Lima.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientador(a): Prof<sup>ª</sup>. Danielle Alves Lucena Lima.– UFCG

Professor Orientador

---

Examinador interno

---

Examinador externo

Aos meus pais, em igual proporção, haja vista que sem a interferência deles eu jamais teria alcançado esse momento tão desejado. Posso me considerar, graças ao esforço e insistência deles, uma pessoa privilegiada.

## AGRADECIMENTOS

Nada ou quase nada se consegue na vida sem que, para tanto, possamos contar com a ajuda de outras pessoas. Em sendo assim, não há como chegar ao final de uma conquista sem deixarmos de agradecer àqueles que direta ou indiretamente contribuíram para tanto.

Dessa maneira, expresso toda a minha gratidão a todos que, de alguma forma, estiveram comigo durante essa caminhada, desde os amigos de longa data, até aqueles com os quais tive o imenso prazer da convivência universitária, seja nas salas de aula, nos corredores e até mesmo durante as cansativas viagens rumo ao Campus da Universidade Federal de Campina Grande, em Sousa/PB.

Para não cometer algum tipo de injustiça ao esquecer alguns dos nomes que compuseram essa história, me restrinjo a citar tão somente aqueles que mais próximos estiveram de mim durante os mais de cinco anos de sala de aula, quais sejam: Anelise Guedes, Deborah Manguiera, Ilana Marques, Mariana Mariz, Larissa Mendes, José Alexivando, Hadson Nobre e Wagner Rêgo.

Também não posso deixar de me referir aos amigos que tanto contribuíram com minha formação humana e intelectual durante os quase quatro anos de estágio curricular no Fórum da Comarca de Pau dos Ferros/RN e Vara Federal, também do mesmo município.

Caso seja possível estabelecer uma hierarquia - semelhante àquela existente entre nossa Constituição Federal e às demais normas infraconstitucionais - sem dúvida alguma, no ápice de tudo estão os meus pais, que em momento algum deixaram de acreditar no meu potencial e empreenderam grandes esforços a fim de possibilitar esta grande vitória, quem não é só minha, mas de todos nós.

Agradeço à minha orientadora, a professora Danielle Alves Lucena Lima, por toda a paciência e dedicação em prol da realização de um trabalho de conclusão de curso em altíssimo nível. Enfim, a todos que de alguma maneira ficaram na torcida para que tudo desse certo, o meu mais sincero agradecimento.

## RESUMO

Objetivou-se com a pesquisa, por meio de método dedutivo e procedimento comparativo, fazer uma análise da teoria do direito penal do inimigo, vista por seu criador como possibilitadora da existência de um direito penal garantista puro, através da coexistência do par conceitual Direito Penal- Direito penal do inimigo. Contextualizando-a no momento histórico, nacional e mundial, percebeu-se que as novas modalidades de criminalidade, e alguns fatos históricos e criminosos de grande amplitude, em especial os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, determinaram ampla divulgação do conceito. Baseada na filosofia contratualista de Rousseau, Flitche, Hobbes e Kant, a teoria vê na exclusão da qualidade de “pessoa” aos delinqüentes que, reiterada e persistentemente, negam o ordenamento jurídico, fundamento para aplicação do direito penal excepcional. Com a exposição das teorias que buscam justificar a pena, verificou-se que Günther Jakobs acredita ser a prevenção geral positiva ( reafirmação da norma penal) o fim que a pena deve ter para o Direito Penal, sendo a prevenção especial negativa (inocuidade e neutralização do indivíduo perigoso) a função da pena no direito penal do inimigo. Da análise dos elementos caracterizadores do conceito: antecipação da punibilidade; desproporcionalidade das penas, inclusive com relação a esta antecipação, e relativização ou supressão de garantias individuais e processuais, identificou-se nas legislações selecionadas (Lei de Crimes Hediondos e Lei Anti-drogas) a presença das características do conceito do direito penal do inimigo. Entretanto, as alterações operadas nestes estatutos revelaram uma tendência ao garantismo, pois revogaram-se os dispositivos que mais refletiam o conceito de direito penal do inimigo.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito penal do inimigo. Lei dos Crimes Hediondos. Lei Anti--drogas.

## ABSTRACT

The objective of the research is to make an analysis of the theory of criminal law of the enemy, as seen by its creator enabler of the existence of a pure garantista criminal law by the coexistence of the conceptual pair Criminal Law-Criminal Law of the enemy. Contextualizing it in historical, national and world time, it was realized that the new forms of crime, and some historical facts and criminals of great breadth, especially the terrorist attacks of September 11, 2001, led to widespread dissemination of the concept. Based on contractarian philosophy of Rousseau, Flitche, Hobbes and Kant, the theory sees the exclusion of the quality of "person" to offenders who repeatedly and persistently deny the legal, basis for applying the exceptional criminal law. With the exposure of the theories that seek to justify the penalty, it was found that Günther Jakobs believed to be generally positive prevenção (reaffirming the criminal standard) order that the penalty should be for the Criminal Law, being the negative special prevention (inocuição and neutralization the dangerous individual) the function of the sentence in the criminal law of the enemy. Analysis of the characteristic features of the concept: anticipation of punishment; disproportionality of penalties, including with respect to this anticipation, and relativization or suppression of rights and due process, we identified the selected laws (Act of Heinous Crimes and Anti-Drug Law) the presence of the defining features of the criminal law of the enemy. However, the changes operated in these statutes have tended to garantismo since-revoked devices which more reflected the concept of criminal law of the enemy.

**KEYWORDS: criminal law of the enemy. Heinous Crimes Law. Anti Law - drugs.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>I – ABORDAGEM CONCEITUAL ACERCA DA TEORIA DO “DIREITO PENAL DO INIMIGO”</b> .....	11
1.1-História e contexto: .....	11
1.2-Base filosófica: .....	13
1.3 – Teorias justificadoras da pena .....	16
1.3.1 – As teorias absolutas: .....	16
1.3.2 – As teorias relativas: .....	17
1.3.2.1 – Prevenção geral negativa .....	18
1.3.2.2 – Prevenção especial negativa .....	18
1.3.2.3 – Prevenção geral positiva .....	19
1.3.2.4 – Prevenção especial positiva .....	19
1.3.3- Teorias mistas ou unitárias .....	20
<b>II – FINS DA PENA, SEGUNDO GÜNTER JAKOBS, E ELEMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	22
2.1 – Os fins da pena .....	22
2.2- Elementos do direito penal do inimigo .....	25
2.2.1- Antecipação da punibilidade .....	25
2.2.2- Desproporcionalidade das penas .....	28
2.2.3 - Relativização ou supressão de garantias processuais .....	29
<b>III – IDENTIFICAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	32
3.1. Lei dos crimes hediondos .....	32
3.2– Lei Anti-drogas .....	38
<b>CONCLUSÃO</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	49



## INTRODUÇÃO

Em todo o mundo os avanços tecnológicos e sociais determinaram uma significativa mudança no comportamento e na forma de se relacionar e viver em sociedade uma vez que os valores já não são os mesmos e os conflitos sociais giram muito menos em torno de interesses individuais do que da defesa de direitos difusos e coletivos. Em outras palavras: o estágio no qual se encontra nossa civilização reclama novos paradigmas, a fim de que se ajustem à nova face da criminalidade, instrumentos eficazes para manutenção da ordem e para consecução da paz social.

É nesse ambiente de transformações pelo qual passa a humanidade que surge a chamada “teoria do direito penal do inimigo”, e a despeito das apaixonadas críticas formuladas contra ela, não se pode deixar de reconhecer que vem se expandindo ligeiramente e sem que haja um exame científico sobre o assunto, limitando-se seus críticos e defensores a uma abordagem meramente intuitiva.

Também, a realidade brasileira sofreu modificações, passou por agudos problemas sociais, em especial no que tange a segurança pública e a violência oriunda das enormes desigualdades econômicas e culturais existentes. Neste ambiente, o Brasil procura esquemas de ajustamentos e conformações, e em sendo a legislação penal o mais forte deles, deve-se perquirir cientificamente até que ponto ela é influenciada por esta nova forma de encarar o crime e o criminoso, chamada de direito penal do inimigo.

A importância de estudos sobre o tema advém da necessidade de se investigar, com método e de forma aprofundada, as soluções apresentadas pela referida teoria à metamorfose que ocorre no meio social. A relevância da pesquisa dá-se, consoante o próprio Jakobs, por já se encontrar disseminados fundamentos de sua teoria em alguns ordenamentos jurídicos, não havendo, no entanto, uma separação nítida entre o direito penal excepcional e o direito penal garantista.

Com escopo de investigar em que grau a legislação brasileira sofreu influências do direito penal do inimigo, buscou-se através desta pesquisa, esmiuçar a teoria de Günther Jakobs, desde sua origem, passando pela sua fundamentação filosófica, até a sua definição da função do objeto do direito penal, que é a pena, tanto para o direito penal do cidadão quanto para o direito penal do inimigo. Ainda em relação à pena, algumas teorias que buscam explicar e justificar sua existência serão expostas.

Para uma melhor síntese e compreensão da teoria, faremos uma análise de seus elementos por meio de método dedutivo e procedimento comparativo, sem, no entanto, assumir qualquer posição, seja de aprovação ou reprovação, haja vista não ser esse objetivo deste estudo, que busca tão somente identificar, com base nos seus principais caracteres, se há efetivamente reflexos dela no ordenamento jurídico pátrio, analisando-a como um conceito descritivo.

Por se ter em vista a impossibilidade de fazer tal descrição baseada apenas em elementos conceituais, desvinculados do panorama histórico em que nasceu e se desenvolveu a teoria, serão apontados alguns fatos que contribuíram de forma definitiva para propagação da ideia de Jakobs. Também, para cada legislação estudada no terceiro capítulo, há de se fazer uma breve descrição do clima social da época em que foram propostas, apontando os acontecimentos que por ventura influenciaram ou determinaram seu surgimento.

# I – ABORDAGEM CONCEITUAL ACERCA DA TEORIA DO “DIREITO PENAL DO INIMIGO”

## 1.1-História e contexto:

O idealizador da teoria do direito penal do inimigo, Gunther Jakobs, fez sua primeira explanação acerca do tema no ano de 1985, momento em que se mostrou crítico à forma como a lei da Alemanha punia a tentativa inidônea (quando o meio utilizado não possui a eficácia alguma para consumação do crime ou quando não existe o bem jurídico que se pretendeu atacar). Em tal circunstância ele apontou uma característica da teoria do direito penal do inimigo, que seria a criminalização do estado prévio ao bem jurídico, ou seja, não apenas a exteriorização da conduta seria capaz de ensejar a persecução penal, mas também o perigo decorrente da esfera íntima do agente. Seria a representação do direito penal do autor.

Em um segundo momento, já em 1999, a teoria foi apresentada de forma mais encorpada, trazendo uma base filosófica inspirada, especialmente, em Hobbes e Kant. Nessa nova aparição, inaugurou-se uma segunda versão, a qual abandonou a crítica à teoria, de modo que Jakobs passou a defender a existência de um direito penal excepcional convivendo com a lei penal ordinária (GRECO, 2005, p. 216).

Daí em diante, o tema repercutiu sobremaneira, de modo que a teoria ganhou inúmeros adeptos e também, críticos ferrenhos. O fato é que, embora encerrasse propostas de cunho radical, a obra jakobiana representava uma alternativa aos falhos sistemas normativos penais em vigor.

Veja-se que acontecimentos históricos de ampla repercussão como exemplo os ataques terroristas datados de 11.09.2001, ocorridos em solo norte-americano, fomentaram a ideia de “guerra” e “inimigo”, as quais não mais se referiam tão somente ao Estado, mas sim, especialmente à sociedade civil. Daí que se passou a mitigar garantias, a enrijecer penas e a praticar intolerância. Em “Direito penal do inimigo: breves considerações”, Damásio de Jesus (2006, p. 09) aduz que os fatos históricos ocorridos a partir da queda do muro de Berlim foram determinantes para que o direito penal fosse influenciado pelas teses jakobianas. Segue breve excerto extraído dessa obra:

“Entre a queda do comunismo e os recentes atentados terroristas no plano internacional e os ataques de facções criminosas em nosso País constitui uma ante-sala que prepara o delineamento das tendências as quais podem tornar-se hegemônicas no período que está por vir” .

Vale ressaltar que a sociedade brasileira também tem debatido acerca da necessidade de construir um direito penal bem mais rigoroso que o atual, haja vista a descrença no corpo social em relação à capacidade das normas vigente de por fim ao elevado índice de criminalidade. Ocorre que, malgrado exista pressão popular e de grande parte da mídia nacional, os estudiosos teimam em resistir à busca por tal solução, posto que não admitem que se abra mão de liberdades individuais em prol da segurança, posto que, segundo Marcelo Lessa Bastos<sup>1</sup>, em artigo publicado:

“É fato público e notório o fortalecimento das organizações terroristas, só para ficar no mais significativo exemplo.(...) O Brasil se insere neste contexto de forma ainda mais dramática, porque os recentes atentados terroristas praticados por facções criminosas de São Paulo e Rio de Janeiro não se prenderam a nenhuma causa propriamente dita, senão a uma articulação dessas organizações criminosas com vistas a negociar com o Estado a manutenção de privilégios espúrios para os seus líderes. Não bastassem as ações terroristas das organizações criminosas, a sociedade brasileira assiste, perplexa, a uma escalada sem precedentes da corrupção, infiltrada nos mais diversos setores da vida pública e das Instituições e Poderes da República. Isto sem falar na criminalidade econômica, outra espécie de organização criminosa que, embora de "mãos limpas" e "colarinho branco", produzem resultados muitas das vezes tão ou mais danosos do que aqueles outros já mencionados. A sensação que se tem hoje é uma só e pode ser resumida em uma só palavra: impunidade”.

Ainda no que versa sobre a realidade brasileira, é preciso ter em mente que decurso de tempo entre o nascimento da teoria do direito penal do inimigo e o momento atual foi marcado por transformações políticas importantes, visto que se transpôs uma etapa vivida sob a égide de um Estado antidemocrático para um estágio no qual se consagrou as mais diversas garantias aos indivíduos, dentre as quais podem ser citados: o princípio da legalidade, o princípio da presunção de inocência, o devido processo legal, o sistema acusatório, entre outros. Dito isto, é possível ter a perceber que em vez que caminhar para um recrudescimento da legislação, o Estado brasileiro, por meio da

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9481/alternativas-ao-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 20/06/2014.

Constituição Federal de 1988, operou o percurso oposto, dado o trauma decorrente dos tempos de exceção, das décadas de ditadura militar.

Os ares de democracia, tão desejados pelo povo, que sofria com a repressão ocorrida durante a Ditadura Militar, passados mais de duas décadas da abertura política, agora não satisfazem como outrora. Pois bem, agora se exige, além de liberdade, segurança pública, clama por punição.

Consoante pesquisa divulgada pelo instituto Datafolha, datada de março de 2007<sup>2</sup>, chegou-se à constatação de que o mal que mais incomoda 31% dos entrevistados são os graves problemas atinentes à segurança pública, deixando em segundo plano, questões como educação, saúde e desemprego. Inegável a sensação de insegurança que atormenta as pessoas, de modo que elas acabam por tolerar práticas repressivas ao invés de protetivas, de parte das forças policiais. Nesse sentido, Aduz Paulo Sérgio Rosso<sup>3</sup>:

“Vê-se, em proporções cada vez maiores, a desesperada luta da sociedade visando assegurar a integridade física dos seus cidadãos, o direito à propriedade, o direito de viver em paz, sem que o Estado consiga aplacar a avalanche de violência que, diariamente, é apresentada sem constrangimentos pela mídia”.  
“Nesse contexto, vozes clamam pelo endurecimento da ação policial, acreditando faltar ao Estado Democrático maior veemência em sua atuação repressiva. Estes clamores servem para aguçar os antigos vícios da polícia brasileira, acostumada a tratar o público como potencial inimigo, e não como "cliente" de sua atividade”.

Verifica-se, portanto, que o Brasil encontra-se inserto em um cenário de medo, afundado em uma sensação de insegurança que faz com que a sociedade, que conta com o barulho de setores importantes da mídia, um coro uníssono pelo endurecimento das leis penais e da atuação firme das polícias.

## 1.2 Base filosófica

A teoria jakobiana possui fundamento na filosofia contratualista de Hobbes e Kant, em maior medida, bem como nos ideais de Rousseau e Fichte. De um modo geral, Jakobs extrai, a partir das obras dos citados pensadores, a conclusão de que a segurança

---

<sup>2</sup>Notícia divulgada no site do datafolha, datada de 23 de março de 2007. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2007/03/1226754-violencia-assume-lideranca-como-principal-problema-do-pais-pela-primeira-vez.shtml>. Acesso em 10/05/2014.

<sup>3</sup>Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10565/direitos-humanos-e-ideologia-policial>. Acesso em: 24/06/2014.

é um direito pertencente a cada cidadão, de modo que merece perder a qualidade de pessoa todo aquele que por princípio viola o direito.

Da obra de Rousseau ele aponta a teoria do contrato social como sendo o instrumento capaz de garantir a convivência em no meio coletivo, posto que em seu estado natural, o homem teria a busca pela sobrevivência como único objetivo, utilizando-se, para tanto, da força física. Ocorre que a força não cria direitos, muito menos a submissão não resulta em deveres, haja vista que não se verifica a presença de ato de vontade, mas sim, de pura necessidade. Desse modo, “Convenhamos, pois, que força não faz direito, e que não se é obrigado a obedecer senão às autoridades legítimas” (ROUSSEAU, 2007, p.6).

O contrato social consistiria na comunhão de forças através da renúncia à liberdade individual de cada cidadão no sentido de compor uma vontade única, que interesse a todos, fazendo com que cada um tivesse direitos e obrigações perante os demais. Daí se infere que para a conservação do pacto, necessário se faz que cada um se mostre obediente à vontade geral, de modo que o pactuante será considerado cidadão até o instante em que resolva ser infiel ao ordenamento, momento em que deverá ser tratado como inimigo do Estado. Desta feita, segundo Rousseau (1988, p. 43):

“Todo malfetor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social, e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado”.

De maneira semelhante idealiza Fichte, que entende que, ao abandonar o contrato cidadão, passa o delinquente a figurar em um estado de total ausência de direitos, de modo que, nem ao menos a qualidade de ser humano lhe pertencerá. Segundo o mencionado autor (JAKOBS, 2007, p. 26):

“Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos”.

Jakobs não segue a linha radical asseverada pelos dois filósofos citados nas linhas anteriores, visto que, segundo ele, as hipóteses de supressão da qualidade de cidadão não devem ser estendidas a todo e qualquer criminoso, haja vista que, inserido dentro do Direito, ele poderá se reajustar aos preceitos sociais e, com sua personalidade mantida, incide no dever de reparar (JAKOBS, 2007, p. 26).

Outro filósofo que legitima seu contrato na conservação do homem em sociedade é Hobbes, o qual aduz que do contrato resulta como produto o Estado, possuidor do monopólio da violência, devendo cada pactuante ser a ele obediente. Então, não deve o Estado ser perturbado durante o seu intento de auto-organização, de modo que (Hobbes, 2006, cap. XVII):

“O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza”.

Nessa concepção, o delinquente ordinário é mantido no status de cidadão, exceto quando incorre no delito de alta traição, tendo em conta que na prática de tal delito há uma rescisão da submissão, significando um retrocesso ao estado de natureza. Daí em diante não se verificará uma punição a um súdito, mas sim, a um inimigo.

Ao contrário de Hobbes, que defende que o contrato social tem o fim de tornar legítimo o poder estatal sobre os súditos, Kant assevera que tal poder é limitado através do contrato. Quanto à condição de cidadão, Kant defende que ela é obtida na “passagem do estado de natureza ao estado estatal” (JAKOBS, p. 28, 2007). Neste ínterim, todos os pactuantes do contrato social poderiam compelir qualquer indivíduo a integrar o “estado comunitário-legal”, de modo eu não havendo esse compromisso, teríamos alguém ainda em estado natural, considerado um inimigo, ou seja, alguém em quem não se pode confiar. Jakobs (JAKOBS, p. 28, 2007) aponta a situação em que se deve ser hostil um ser humano, parafraseando Kant, quanto enfoca:

“Entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva... [da] segurança [necessária], e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao

meu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (*statu iniusto*), que ameaça constantemente; por isso posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança”.

Destarte, vê-se que Jakobs utiliza o contrato social como fundamento para a retirada da personalidade do indivíduo, não importando determinar quem assume as rédeas da soberania estatal. De tal maneira, seleciona-se o “inimigo” de acordo com a modalidade criminosa, se se trata de delito de alta traição ou se a afronta se dá contra a ordem jurídica comum.

### **1.3 Teorias justificadoras da pena**

Desde os tempos mais remotos tem-se a presença de penas a fim de remediar o abalo causado à segurança pública em razão do cometimento de um delito. Tratava-se, nas comunidades mais primitivas, de instrumento destinado à vingança, ao banimento do criminoso que se pusera a violar as regras comunitárias. Em seguida, passou-se ao tempo do arbítrio, onde aqueles que detinham o poder supremo tomavam a competência de indicar, ao seu bel-prazer, o quantum das penas aplicadas aos casos concretos, bem assim, de que maneira seriam cumpridas.

Tão somente após o surgimento de ideais liberais do período renascentista é que emergiu um movimento destinado a se opor ao modo como as penas eram aplicadas, trazendo ideias profundas acerca da razão de sua existência, bem como, inovando com conceitos humanistas e legalistas. É desse modo que parecem as teorias destinadas a justificar a existência da sanção penal como portadoras de uma função. Passo a destrinchar a essência de cada corrente:

#### **1.3.1 As teorias absolutas**

Segundo estas correntes, a pena consiste na efetivação da justiça, de modo que um mal se combate com outro mal, ou seja, a um crime se impõe uma pena. Não admitem a presença de uma utilidade na pena, posto que ela deve ser apenas uma reprimenda proporcional à gravidade do crime perpetrado, um retribuição. Era essa a ideia de justiça encampada pela teoria.



Como principais teóricos, podemos elencar Carrara, Petrocelli, Maggiore e Bettioli na Itália, Binding, Maurach, Welzel e Mezger na Alemanha, porém, especialmente, Kant e Hegel, os quais enxergavam no delito a única razão da existência da pena.

Tem-se que a rigidez na determinação da sanção penal encontra-se diretamente relacionada à culpabilidade do criminoso, de modo que esta é o parâmetro limitador do jus puniendi do Estado no momento de sancionar. Conforme já mencionado, o ideal de justiça apresenta-se esculpido na retribuição proporcional à lesão provocada, de acordo com a métrica legal. Preleciona Bitencourt (2000, p. 73) acerca da concepção que Hegel e Kant possuíam sobre a proporção do castigo conforme o delito:

“Como Kant, também Hegel atribui um conteúdo talional à pena. No entanto, apesar de Hegel supor que a ação realizada determina a pena, não o faz fixando sua modalidade, como ocorre no sistema talional, mas apenas demonstra, exclusivamente, sua equivalência”.

### 1.3.2 As teorias relativas

Consoante aduz a presente corrente, a pena cominada não é determinada em razão do delito praticado, mas sim, em razão de sua utilidade no que versa sobre o restabelecimento e garantia da ordem pública. Não se almeja, na tese em comento, perquirir o grau de culpabilidade do delinquente a fim de se aplicar a pena, posto que a finalidade da pena não consiste na justiça da retribuição, mas sim, na busca pela prevenção, que é obtida mediante o temor de futura punição.

As teorias que abordam esse conceito utilitarista na norma penal apontam a defesa dos bens jurídicos em dois momentos distintos: o momento anterior ao fato, com a previsão da pena em abstrato, como sendo uma forma de intimidar todo e qualquer indivíduo que mostrasse tendência à prática de delito (prevenção geral negativa), ou, como aduzem as teorias mais atuais, o intuito da pena seria afirmar a eficácia do direito penal (prevenção geral positiva); o posterior à prática do fato criminoso, impondo que delinquente uma medida consistente na supressão de sua liberdade (prevenção especial negativa) para que não persista na prática de crimes, ou, na cominação de pena no afã de obter a ressocialização do apenado, de modo que ele regresse à comunidade obediente aos preceitos legais (prevenção especial positiva).

Para melhor compreensão do tema, esmiucemos, uma a uma, todas teorias utilitaristas anotadas nas linhas anteriores.

#### 1.3.2.1 Prevenção geral negativa

Essa teoria dissemina a ideia de que a intimidação, a ameaça de sanção é a fórmula ideal para evitar que bens eleitos como de maior importância possam ser violados por pessoas que possam representar perigo. Desta feita, a aplicação de uma pena em abstrato a um infrator real resultaria, no corpo social, uma inibição aos potenciais criminosos. Reside aí a crítica de que a referida teoria “coisifica” o homem, tratando-o como instrumento em vez de fim. Cirino dos Santos (2006, p. 459), no tocante à pena, afirma:

“Sua ineficácia inibidora de comportamentos anti-sociais da ameaça estatal, pois não é a gravidade da pena ou rigor da execução penal que desestimularia o autor de praticar crimes, mas sim a certeza ou a probabilidade e/ou risco da punição”.

#### 1.3.2.2 – Prevenção especial negativa:

Dessa vez, o fundamento é a “inocuidade” do indivíduo, de modo que o crime é prevenido evitando-se fisicamente que o delinquente volte a agir. Tal neutralização será por tempo determinado ou sem fim (condenação à morte), sendo determinada em razão do grau de risco que o indivíduo apresenta à sociedade. Alexandre Cordeiro<sup>4</sup>, crítico da teoria, aborda com exatidão os seus males:

“A crítica a essa espécie de prevenção especial deve ser analisada sobre dois prismas, o primeiro em relação à inocuidade, pois a irracionalidade entre o fato e a sanção faz sucumbir o próprio Estado democrático de direito que apresenta suas premissas nas garantias e direitos fundamentais do indivíduo preconizado na Carta de 1988, assim a eliminação do homem ou de suas eventuais potencialidades fere o pluralismo ínsito da democracia. Já a segunda guarda relação com a intimidação, que facilita os eventuais abusos ou arbitrariedades, pois rompe com o ideal de garantismo do direito penal, vez que nem ao menos previne porque atua após a prática de um crime, não buscando, ao menos um fim preponderante”.

Além dessas intercorrências, cite-se ainda o fato de que essa teoria não soluciona o problema daqueles crimes mais graves que tendem a não mais se

---

<sup>4</sup> [http://www.juspodvm.com.br/artigos/artigos\\_1273.html](http://www.juspodvm.com.br/artigos/artigos_1273.html). Acesso em 30/05/2014.

repetirem, haja vista que em razão disso não deveria haver reprimenda a tais práticas. Renato Marcão e Bruno Marcon<sup>5</sup>, citando Claus Roxin, dão como exemplo o caso dos assassinos que agiam nos campos de concentração, que nos dias atuais se encontram, em sua maior parte, integrados na sociedade, não refletindo chance alguma de retorno à delinquência. “E arremata afirmando: ‘A teoria da prevenção especial não é capaz de fornecer a necessária fundamentação da necessidade da pena para tais situações’”.

#### 1.3.2.3 Prevenção geral positiva

Oriunda do século XX, informa que a prevenção é obtida através da justa punição do infrator, de modo que seu fundamento é a afirmação da validade da norma penal. A crítica à teoria geral preventiva encontra argumento na ausência de eficácia, posto que não há estudos que apontem que essa maneira de compreender a finalidade da pena tem reflexos positivos para segurança pública.

#### 1.3.2.4 Prevenção especial positiva

Fundamenta a pena como uma forma de prevenir o crime através da ressocialização do criminoso, reeducando-o para que haja sua reintegração ao convívio social ou, como se encontra na Lei de Execuções Penais em seu artigo primeiro, a execução da pena tem como finalidade a harmônica integração social do condenado, sendo este objetivo traçado de forma individualizada, seja pelo órgão de aplicação do direito, seja pelos órgãos de execução através de uma equipe multidisciplinar de assistência, composta de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais dentre outros profissionais. De um modo geral as críticas que se voltam contra esta teoria baseia-se nos argumentos de que um estado democrático fundamenta-se na pluralidade, que aqui é flagrantemente suprimida, visto que é imposto ao apenado um condicionamento psicológico e moral. Claus Roxin, agora citado por Alexandre Cordeiro<sup>6</sup>, critica questionando:

“... o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter à tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Por que

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/rediscutindo-os-fins-da-pena>. Acesso em: 23/06/2014.

<sup>6</sup> Disponível em: [http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_1273.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1273.html). Acesso em: 13/05/2014.

não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem a margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias?”.

Mas a crítica mais relevante é dirigida à pena de prisão, irretocável a colocação de Juarez Cirino dos Santos<sup>7</sup> ao apresentar a crise na execução da pena, desqualificando a função ressocializadora da pena privativa de liberdade:

“Mas a crise da execução da pena, como projeto técnico-corretivo da prisão, é irreversível: o projeto técnico-corretivo da prisão tem duzentos anos de existência e duzentos anos de fracasso, marcados pela reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado – definido como isomorfismo reformista por FOUCAULT[10]. E a explicação é simples: a prisão introduz o condenado em um processo irreversível de desculturação, pelo desaprendizado progressivo dos valores e normas da convivência social, cumulado com um processo simultâneo de aculturação, pelo aprendizado dos valores e normas de sobrevivência na prisão, ou seja, a violência e a corrupção[11]. Em poucas palavras, a prisão prisionaliza o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior”.

### 1.3.3 Teorias mistas ou unitárias

Temos nestas a reunião das funções apontadas nas duas correntes anteriores, quais sejam, a função retributiva e a função preventiva (geral e especial). A depender da função que entendam deva preponderar- justiça ou prevenção- estas teorias dividem-se em duas vertentes: a teoria da união aditiva e a teoria da união dialética.

Na primeira, busca-se unir utilidade e justiça, com prevalência desta última, por isso a fixação da pena pelo juiz deve atender precipuamente, mas não exclusivamente, ao princípio da culpabilidade, isto é, a pena deve ser proporcional à culpa do agente pela prática do delito.

Já a segunda, formulada por Claus Roxin, nega a retribuição como fim da pena, mas entende a culpabilidade como limite ao poder estatal de punir. Acredita, conforme Alexandre Cordeiro<sup>8</sup>, que há prevenção geral negativa na produção legislativa, prevenção geral e prevenção especial negativa (limitada pela culpabilidade) na aplicação da pena, e prevenção especial positiva na execução da pena.

---

<sup>7</sup>Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas\\_hipoteses\\_criminalizacao.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf). Acesso em: 23/06/2014.

<sup>8</sup>Disponível em: [http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_1273.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1273.html). Acesso em: 13/05/2014.

Alexandre cordeiro, afirma ainda, ser esta a teoria adotada pelo Direito brasileiro, pois o art. 59 do Código Penal, que estabelece os critérios para aplicação da pena, preceitua que:

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Sendo, portanto, nítido os dois fins a que pena se presta em nosso Código Penal, temos explicitamente a prevenção e a reprovação como objetivos, limitados pela culpabilidade, ou seja, extrai-se do comando acima que a pena não é fim em si mesmo, como acreditam os absolutistas, mas a culpa serve como limite da aplicação da pena, retirando, desta feita, o caráter arbitrário da função preventiva.

O principal argumento contra a esta teoria diz respeito à junção de filosofias inversamente opostas, afinal uma defende a pena como um fim (teorias absolutas) e outra vê na pena uma utilidade (teorias relativas). O resultado desta reunião é a quebra de seus princípios fundantes, o que conseqüentemente ampliaria o poder punitivo. Melhor explicita estas questões Alexandre Cordeiro<sup>9</sup>, ao afirmar que:

“A crítica imposta a estas construções teóricas unificadoras tem como argumentam que estas representam uma justaposição das diversas teorias destruindo assim suas concepções originárias ou fundantes, conseqüentemente ampliando a raio de aplicação da resposta penal estatal, quebrando a idéia de um direito penal concebido como mínimo. Outra crítica é a incongruência filosófica de tentar compatibilizar uma teoria que nega um fim a pena (absoluta), com outra que explicita uma finalidade (relativa)”.

---

<sup>9</sup> Disponível em: [http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_1273.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1273.html). Acesso em: 13/05/2014.

## II - FINS DA PENA, SEGUNDO GÜNTER JAKOBS, E ELEMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 2.1 Os fins da pena

A teoria da prevenção geral positiva será melhor tratada neste tópico, apesar de ser utilitarista, por aqui encontrar-se, segundo Jakobs, a finalidade que deva ter a pena, qual seja, a reafirmação da norma penal. A sociedade precisa ter a convicção da vigência e validade da norma penal através da punição imposta a todo aquele que contrarie seus preceitos, portanto, impõem-se a pena com intuito de se estabelecer no corpo social a certeza no ordenamento jurídico. A vigência da norma, então, é firmada pela previsão, e reafirmada pela efetiva aplicação e execução da sanção penal.

Esta teoria surgiu no final do século passado e subdividiu-se em duas vertentes: uma legitimadora, defendida por Jakobs e Wenzel, que identifica a norma penal como o bem jurídico a ser protegido, sendo sua violação justificativa bastante para imposição da pena, ou nas palavras de Jakobs (2003, p. 32):

“Entretanto, essa finalidade da pena de estabelecer, ou, mais exatamente, restabelecer a fidelidade à norma ainda não é tudo, ou, mais precisamente, descansa naquela finalidade da pena que já aparecia no caso da responsabilidade pelo fato: na manifestação de uma defraudação”.

Defendida por Roxin e Hassemer, a vertente limitadora, também entende ser a proteção ao ordenamento jurídico o único fim do direito penal, mas acredita ser necessário limitar essa utilização através de critérios como os princípios da proporcionalidade, da ressocialização, da intervenção mínima, entre outros. É nesta limitação que se encontra a diferença entre as duas vertentes<sup>10</sup>.

Juarez Cirino dos Santos<sup>11</sup> informa ser convincente, em primeira análise, a função que a pena exerce na prevenção geral positiva, esbarrando, no entanto, em alguns óbices. Dois deles seriam imediatamente ocasionados pelo desestímulo ao crime através da intimidação. Primeiro: dar-se-ia margem ao arbítrio estatal, afinal a aplicação da pena não estaria limitada pela culpabilidade. Segundo: feriria a dignidade humana,

---

<sup>10</sup> Disponível em: [http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_1273.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1273.html). Acesso em: 13/05/2014.

<sup>11</sup> [Http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas\\_hipoteses\\_criminalizacao.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf). Acesso em 07/06/2014.

pois seria dado o castigo ao indivíduo para servir de exemplo à coletividade. Jakobs (JAKOBS, 2003, p.37) responde que:

“As críticas que frequentemente se formula à concepção aqui exposta, no sentido que com ela se instrumentaliza o cidadão que irá ser submetido a pena, provavelmente não percebiam que somente se trata da descrição das condições de funcionamento de toda sociedade; uma descrição não instrumentaliza e sim em todo caso descobre instrumentalizações existentes há muito tempo. Bem é certo que a descrição pode desiludir, e nesse sentido tampouco falta objeção de que essa concepção tira à luz determinadas funções que deveriam “em essência permanecer latentes”. Essa afirmação, se fosse correta, se é que suportaria uma instrumentalização dos cidadãos que irão ser submetidos à pena, concretamente implicaria que se ocultaria-lhes a estrutura de sua submissão para evitar que intentassem sair violentamente dela. A dignidade humana, se tem um conteúdo mínimo, é desde logo incompatível com tal proibição de esclarecer a lógica da comunicação”.

Mas estes não são os maiores obstáculos, argumenta ainda Juarez Cirino dos Santos<sup>12</sup>, o grande problema desta teoria é ter surgido como fundamento para o direito penal simbólico, afinal este, como próprio nome sugere, não é uma solução real para os problemas sociais, mas apenas uma forma de satisfazer a opinião pública, através da criação de símbolos, dentre eles o endurecimento das leis penais, o que em nosso país é usado com fins eleitoreiros.

As palavras do renomado autor explicitam com plenitude a relação da prevenção geral positiva (indicando seus malefícios) com o direito penal simbólico:

“O conceito de prevenção geral *positiva* surge com o advento do *direito penal simbólico*, representado pela criminalização daquelas áreas definidas como *situações sociais problemáticas* (a economia, a ecologia, a genética etc.), em que o Estado não parece interessado em soluções *sociais* reais, mas em soluções *penais* simbólicas: protege *complexos funcionais* – a economia, a ecologia etc. –, nos quais o homem não é o centro de gravidade do direito, mas simples portador de funções jurídico-penais, segundo a tese de BARATTA.[19] Esse direito penal *simbólico* não tem função *instrumental* – não existe para ser efetivo –, apenas função política de criação de *símbolos* ou *imagens* na psicologia do povo, para produzir efeitos de legitimação do poder político e do próprio direito penal[20]. A legitimação do poder político ocorre pela ostentação de *eficiência repressiva*, que garante a lealdade do eleitorado e reproduz o poder – o lastimável apoio de partidos populares a projetos de leis repressivas no Brasil é explicável por sua conversibilidade em votos. (...) Aliás, o discurso eficientista da prevenção geral *positiva* – também conhecido como *integração/prevenção* – está na origem da redução das garantias constitucionais de liberdade, igualdade, presunção de inocência e outras do processo penal – cuja supressão ameaça converter o Estado Democrático de Direito em estado policial[21]. Enfim, o discurso da

---

<sup>12</sup>Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas\\_hipoteses\\_criminalizacao.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf). Acesso em: 23/06/2014.

prevenção geral *positiva* escamoteia a relação da *criminalidade* com *estruturas de desigualdade* das sociedades modernas, instituídas pelo direito e garantidas pelo poder do Estado”.

A prevenção geral positiva é o fim a que Jakobs considera deva ter a pena em relação ao direito penal do cidadão, mas e com relação ao direito penal do inimigo, seria esta a finalidade da pena? Temos que, na prevenção geral positiva fundamentadora não se leva em consideração a culpabilidade ou a periculosidade do agente, apenas a efetiva proteção ao ordenamento jurídico através da imposição da pena, esta condicionada tão somente à prática do delito.

O direito penal ao estabelecer regras que torne viável a vida social assume a missão de “... proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos” (CAPEZ, 2005, p. 1), mas essas regras sociais são débeis, por isso necessitam de algo que as estabilize, algo que motive seu cumprimento, portanto a fidelidade à ordem social é garantida através da pena.

“A finalidade da culpabilidade é a estabilização da norma débil” (JAKOBS, 2003, p. 31), um parâmetro para aferir o grau de reconhecimento da norma, a pena seria aplicada ao autor que pudesse reconhecer o ordenamento jurídico, enquadrando-se desta forma no status de pessoa, se o autor não apresenta garantia cognitiva de um comportamento pessoal, não deve ser tratado como pessoa e sim como um perigo, explica-se (JAKOBS, 2003, p. 34):

“Uma determinada ordem é um ordenamento jurídico ao menos para aquelas pessoas que ocupam dentro dele uma posição como pessoas, isto é, são titulares de direitos, ainda que devam respeitar os direitos dos outros. Em outras palavras: um ordenamento jurídico não pode se comportar diante do autor como se fosse um cão, e sim deve ser tratado como uma pessoa”.

O direito penal do inimigo, no entanto, não busca restabelecer a vigência da norma, pois não vê o infrator como pessoa, compara-o, por exemplo, ao alienado que não é competente para realizar uma correta compreensão da realidade. Ou, nas palavras de Jakobs (2003, p. 35):

“Só se corresponde ao autor uma pena enquanto for uma pessoa igual às demais, especialmente no que se refere a que todos são competentes para se manifestar sobre a configuração correta do mundo social. Se fosse incompetente, como é, por exemplo, o alienado, no lugar da pena haveria tratamento; esta, que é uma configuração vital final alheia, precisamente contém uma negação de uma personalidade plena”.



Pelo exposto, aduz-se que no direito penal do inimigo, por não se dirigir a “pessoas”, a pena assume a função de prevenção especial negativa, ao apenado impõe-se uma medida de segurança, isto é, através da contenção física do criminoso evita-se, ao menos enquanto estiver preso, que volte a delinquir.

Aqui a pena não estaria condicionada à efetiva prática do delito, mas apenas à periculosidade do autor. Fazendo uma diferenciação entre ambas, o autor informa que “O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o direito das medidas de segurança) combate perigos” (JAKOBS, 2007, p. 30).

## **2.2 Elementos do direito penal do inimigo**

O professor Manuel Cancio Meliá (2007, p. 67) aponta nas proposições de Jakobs os elementos característicos do direito penal do inimigo, mas é também possível identificá-los tomando como base a função da pena dentro deste conceito (onde a pena é tida como forma de neutralizar perigos, não assumindo nenhum significado comunicativo), seriam eles então: a antecipação da punibilidade para alcançar atos preparatórios; a desproporcionalidade das penas, desconsiderando, inclusive, esta antecipação da punibilidade como redutora; e a relativização ou supressão de garantias processuais. A seguir faremos uma exposição de cada um destes elementos.

### **2.2.1 Antecipação da punibilidade**

Se, como foi visto acima, a finalidade da pena no direito penal do inimigo é a eliminação de perigos, então é bastante óbvio que a atuação do direito deve ocorrer antes mesmo que a lesão ao bem jurídico se concretize, há uma prospecção no alcance do direito penal, em contraposição ao direito penal ordinário, onde a perspectiva é de retrospecção, em outras palavras, no direito penal do inimigo previne-se a ocorrência do fato (identificando e neutralizando o indivíduo perigoso), diversamente ocorre com as atuais regras de imputação em que efetiva realização da conduta delitiva é pressuposto para atuação punitiva do Estado.

Assim, é que também a esfera íntima do indivíduo seria alvo da persecução penal, incriminando-se atos preparatórios e tentativas inidôneas (crime impossível). A

crítica que se faz à antecipação da punibilidade é que ela reflete um direito penal do autor, contrariando o princípio constitucional da legalidade, norteador do direito penal do fato. Meliá (2007, p. 80) argumenta que:

“Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado na <<atitude interna>> do autor”.

Questão que deve ser respondida quando se fala em antecipação de punibilidade é: em que momento uma conduta, independentemente do resultado naturalístico, começa a ser considerada crime? Devemos iniciar a solução descrevendo o “inter criminis”, que se constitui de quatro etapas, a saber: cogitação, preparação, execução e consumação.

A cogitação encontra-se na mente do agente, trata-se apenas do planejamento, da conjectura, da idealização do crime, sendo por isso um irrelevante penal. Na preparação o projeto sai do campo da idealização e começa a se materializar, mas ainda não houve nenhum ato idôneo para realização do tipo penal, é também um irrelevante penal, confirma essas irrelevâncias o artigo 31 do Código Penal Brasileiro: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

E a tentativa, prevista no artigo 14, inciso II, caracteriza-se pelo início da execução e não-consumação ocasionada por circunstâncias alheias à vontade do agente, ou como observa Alberto Silva Franco, citado por Fernando Capez, “Se, de um lado, exige o tipo subjetivo completo correspondente à fase consumativa, de outro, não realiza plenamente o tipo objetivo.” (CAPEZ, 2005, p. 242). Por conseguinte, aquilo que pertence à esfera privada do autor, meras intenções ou preparações, aquilo que ainda não dá azo a produção material do delito, não deve ser punido.

Agora outra questão se impõe: em que momento inicia-se a execução? Para demarcação da linha divisória que separa os atos preparatórios do início da execução, utiliza-se alguns critérios, são eles: o critério lógico-formal vê o início da execução por uma perspectiva objetiva, afinal esta é a mais consentânea com “o princípio da reserva legal, uma vez que o único parâmetro para aferição do fato típico é a correspondência entre a conduta humana praticada e a descrição contida na lei .” e concluindo que não se concebe “início de execução sem começo de realização do verbo do tipo”(CAPEZ,

2005, p. 243); o critério subjetivo é bastante criticado por examinar o início da execução sob a perspectiva da intenção do agente, não importando se houve ou não realização parcial do fato típico, podendo, desta forma, a incriminação avançar infinitamente, alcançando até mesmo a esfera íntima do agente; o critério compositivo ou misto visa, com a composição dos critérios supra, complementar a diversidade de formas que a execução de um crime comporta, com a intenção do autor, isto é, se o início de atos puníveis ficar condicionado apenas à realização parcial do tipo, muitas condutas igualmente aptas a produção do delito poderiam ficar impunes, a solução seria avaliar a vontade do agente juntamente com os atos praticados.

A tentativa inidônea ou crime impossível, responsável pela formulação crítica de Günther Jakobs da teoria aqui estudada, pode ser definida como aquela tentativa que, por ineficácia total do meio ou impropriedade absoluta do objeto material, torna-se impossível de se consumir o crime.

Com relação à punibilidade deste tipo de tentativa, existem algumas teorias que são favoráveis a sua punição: sintomática e subjetiva, a primeira por causa da periculosidade do agente e a segunda por conta de sua vontade delitativa. Entretanto, as teorias objetivas são contrárias à sua punição argumentando que a conduta do agente não apresentou perigo objetivo para a coletividade, temos a objetiva temperada afirmando que a impossibilidade deve ser absoluta, pois se for relativa haverá tentativa punível; mas para a objetiva pura tanto a impossibilidade absoluta quanto a relativa não devem ser punidas.

Configura-se crime impossível por absoluta impropriedade do objeto material o delito putativo por erro de tipo - agente imagina estar cometendo um delito, mas sua conduta não se constitui fato típico -, e o delito putativo por obra do agente provocador ou flagrante preparado - fazendo ressalva para a diferença entre flagrante preparado, o flagrante esperado e o flagrante prorrogado, afinal o primeiro seria crime impossível por não oferecer, desde o começo, nenhuma ameaça; no segundo, há tentativa pois a vontade do delinqüente não é dirigida e o crime só não se realiza pela intervenção da polícia; no último a intervenção é retardada para que seja alcançando o objetivo da investigação, todos os atos praticados são punidos (CAPEZ, 2005, p. 256).

No direito penal do inimigo o critério adotado para se verificar o momento em que se iniciaria os atos executórios seria o critério subjetivo; com relação a punibilidade ou não dos crimes impossíveis a teoria condizente com este conceito é a sintomática. Bitencourt (2000, p. 369), comentando esta teoria, conclui:

“Não há dúvida de que essa teoria atende melhor aos interesses da defesa social, mas é absolutamente inadequada à garantia dos direitos fundamentais do cidadão, além de ser incompatível com o moderno Direito Penal da culpabilidade, de um Estado Social e Democrático de Direito”.

Por aferir a punibilidade do agente tomando como base sempre a perspectiva subjetiva é que se afirma tratar-se de um direito penal do autor.

### 2.2.2 Desproporcionalidade das penas

A proporcionalidade da pena é determinada pela função que esta deva assumir, e será informada no momento de sua cominação e da sua aplicação. Reiterando os estudos do item 1.3 deste trabalho verificamos que, se a pena é tida como uma retribuição, então ela deve ser proporcional à culpa do autor; se o intuito é prevenir o crime através da intimidação ou da tranquilização geral que a sua cominação e aplicação provoca, deve-se levar em consideração a importância do bem jurídico a ser protegido; mas, se a concepção for de que a pena deve prevenir a prática de novos delitos através do enclausuramento ou do condicionamento do delinqüente, conclui-se que ela, no momento de sua aplicação, não deve obedecer a nenhum critério de proporcionalidade, ficando apenas condicionada a necessidade da contenção ou do tratamento.

Não só o fim da pena oferece parâmetros para sua aplicação, mas também, a efetiva lesão ao bem jurídico, isto é, quanto menos fosse atingido, menor deveria ser a punibilidade. É assim, a tentativa em nosso Código Penal, que dá ao criminoso uma redução da pena na proporção inversa em que este se aproxima da consumação, sendo este critério de proporcionalidade uma construção jurisprudencial (CAPEZ, 2005, p. 246); e a isenção de punibilidade para os crimes impossíveis por causas absolutas.

A função que a pena exerce no direito penal do inimigo é a prevenção especial negativa, conclusão alcançada no item 1.4 supra, portanto, atinge-se o fim da pena retirando o indivíduo do convívio social, não estando sua punibilidade vinculada a nenhum critério objetivo, levando-se em consideração apenas a periculosidade do apenado.

Quanto à efetiva lesão ao bem jurídico protegido, também aqui não há limitação objetiva, pois não se pune o fato passado, busca-se evitar a ocorrência de novos delitos, servindo como medida para pena apenas o potencial lesivo do infrator.

Verificamos, portanto, que não há proporcionalidade entre a pena e o fato delituoso, sendo usado para aplicação daquela apenas o critério da necessidade.

### 2.2.3 Relativização ou supressão de garantias processuais

A função do Direito Penal não apenas se restringe a proteger os bens jurídicos mais caros à sociedade através da incriminação de comportamentos tendentes a lesioná-los, mas assume, também, a função de garantia, assegurando ao cidadão que o Estado não irá exercer seu poder punitivo arbitrariamente, pois terá que seguir regras previamente estabelecidas, estas condicionadas ao princípio da dignidade humana, entendendo Vanderson Roberto Vieira<sup>13</sup> que:

“Se a função de garantia for tomada em sentido amplíssimo, é possível fazer a constatação lógica de que ela engloba a função de indispensável proteção de bens jurídicos essenciais, pois funciona como uma garantia individual apenas sofrer sanção penal nos casos onde for indispensável a proteção do bem essencial. Assim, na nossa visão, não é possível uma oposição ou delimitação estanque entre as duas funções, ambas se complementando na busca de um sistema constitucional que seja garantidor da dignidade humana”.

Voltando à se referir aos fins da pena, lembrando que para o direito penal do cidadão a “indispensável proteção de bens jurídicos essenciais” é feita posteriormente à prática do delito, afinal a aplicação da pena teria como fim a reafirmação da vigência da norma.

Mas, para que se imponha uma pena a uma “pessoa”, deve-lhe ser garantido o devido processo penal, instrumento de limitação da ação do Estado, onde se busca “realizar uma Justiça Penal submetida a exigências de igualdade efetiva entre os litigantes” (OLIVEIRA, 2007, p. 7), a certeza do juiz imparcial (característica do juiz no sistema penal acusatório e fundamento para o princípio do juiz natural), e assegurado que a “verdade judicial seja resultado da atividade probatória licitamente desenvolvida” (OLIVEIRA, 2007, p. 7).

Sendo-lhe ainda conferido constitucionalmente a presunção de inocência até sentença condenatória transitada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF/88, art. 5º, LVII).

---

<sup>13</sup>[Http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1691](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1691). Acesso em 08/06/2014.

Temos, portanto, que uma das funções do direito penal é de proteger os cidadãos contra o poder punitivo do Estado, sendo esta proteção efetivada através das garantias processuais, em especial: a igualdade material entre as partes, construída mediante uma instrução contraditória e efetiva participação da defesa técnica; a imparcialidade do juiz, presumida pela feição acusatória do sistema penal (onde não se confunde as funções de acusação e julgamento em uma só pessoa) e pelo princípio constitucional do juiz natural: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (CF/88, art. 5º, inciso LIII) e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (CF/88, art. 5º, inciso XXXVII).

Entretanto o direito penal do inimigo não tem sua ação voltada para o fato passado e sim para os perigos futuros, assume, por isso, apenas a função de proteção aos bens jurídicos, sendo a outra função do direito penal, garantia dos direitos fundamentais, incompatível com a legislação de “combate”, afinal para este conceito o “inimigo” é uma ameaça e não uma “pessoa” titular de direitos e deveres, o Estado, através da pena, não reafirma a vigência do ordenamento, apenas otimiza a proteção aos bens jurídicos, desconsiderando os direitos de “pessoa” do indivíduo perigoso, Meliá (2007, p. 70/71) informa que:

“A essência deste conceito de direito penal do inimigo está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos”.

Logo, concluímos que este conceito prioriza a segurança pública em detrimento às liberdades individuais ao tratar como “não-pessoas” os indivíduos que ameaçam, por princípio e constantemente, a manutenção do Estado ou da ordem jurídica, Meliá argumenta ser impossível a existência do direito penal do inimigo sob a perspectiva da pena e do Direito penal, afinal ao reagir excepcionalmente à infração do “inimigo” estar-se-ia reconhecendo a capacidade de questionar a norma (MELIÁ, 2007, p. 81), ou seja:

“A infração à norma não serve para invalidá-la, mas para reafirmá-la em sua vigência. <sup>[16]</sup> Ora, admitir que a postura do infrator venha a ser o guia para a aplicação das garantias legais ou não a certos indivíduos, inclusive procedendo à distinção entre “pessoas” e “não-pessoas”, “sujeitos de direitos” e “excluídos dos direitos”, é conceder que o criminoso é quem dita a

aplicabilidade, vigência e validade do Direito. A partir daí o Direito não se impõe em sua legitimidade ao corpo social e a si mesmo, mas é submetido ao crivo do próprio desviante que passa a ter o poder de excepcioná-lo, criando para si um campo de "Não-Direito" reconhecido pelo próprio Direito".

A relativização, ou ainda a supressão, de algumas garantias está diretamente relacionada à desconsideração da personalidade, pois o Direito processual penal identifica o acusado como sujeito processual, cabendo-lhe, por isso, o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao direito de responder o processo em liberdade (afinal a Constituição Federal de 1988 não se mostrou indiferente à questão da liberdade provisória, ao contrário, erigiu-a à condição de um dos direitos fundamentais da pessoa humana na medida em que estabeleceu, no inciso LVI do art. 5º da Magna Carta, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança); o direito de não produzir provas contra si e nem a admissão de provas obtidas por meios ilícitos.

Porém, em não havendo sujeitos processuais com paridade de condições, não podemos afirmar que teremos um processo penal, mas sim um procedimento de guerra. Sendo este justificado apenas pela troca de paradigma representado pelo direito penal do inimigo, ou seja, excluindo do indivíduo o *status* de cidadão, legitima-se todas as práticas necessárias à determinação e neutralização de perigos, mesmo que estas contrariem os princípios e garantias acima mencionados.

### **III – IDENTIFICAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Tomando por base as características apontados por Günter Jakobs para definição dos delitos cometidos pelos “inimigos”, passa-se, neste capítulo, ao estudo de duas legislações de combate à criminalidade, começando pela Lei dos Crimes Hediondos. Primeiro, por ser esta alvo de críticas e controvérsias desde sua origem, sofrendo profundas alterações; segundo, por regular crimes que, como próprio nome define, causa maior repulsa social.

A Lei Anti-drogas com suas inúmeras modificações, deverá ser abordada porque visa combater delitos que se encaixam, segundo o conceito do direito penal do inimigo, com perfeição aos praticados pelos “inimigos” da ordem jurídica.

#### **3.1 Lei dos crimes hediondos**

A Lei 8.072/90 nasceu como exigência do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que determina serem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os crimes hediondos, assim definidos em lei (à época não existente). Quando publicada, a lei deveria ter as seguintes determinações, já apontadas na Constituição Federal de 1988: os crimes por ela regulados seriam inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia (acrescentada a impossibilidade de concessão de indulto pelo legislador ordinário), e a responsabilização daqueles que podendo evitá-los, se omitirem.

Mesmo antes de sua entrada em vigor a referida lei foi alvo de diversas críticas, sendo estas estendidas até mesmo ao dispositivo constitucional que determinou sua existência, segundo afirma Gustavo Henrique de Brito Albuquerque Cunha (2008, p. 298):

“A expressão crimes hediondos fora bastante discutida no Congresso Constituinte, tendo a mesma passado a fazer parte da redação original do art. 5º da Constituição Federal graças a barganhas entre parlamentares acerca de outras questões polêmicas”.

O citado autor credita a inclusão do inciso XLIII ao artigo 5º da CF/88 e a posterior edição da Lei dos Crimes Hediondos à influência da mídia sobre a opinião



pública e, conseqüentemente sobre os políticos, alegando que, com o fim da censura, os meios de comunicação passaram a divulgar rotineiramente a violência, em especial as extorsões mediante sequestro, o que provocou, na população, principalmente na classe média, o sentimento de insegurança (CUNHA, 2008, p. 298 ss).

Independentemente da pressão que a mídia exerceu, o certo é que a controvertida Lei sofreu, no processo de elaboração e nas posteriores alterações, influência de fatos criminosos que persistentemente foram noticiados e que chocaram sobremaneira a nação. Em sua redação original eram elencados, sem nenhum critério científico, ou definição legal do que seria “hediondo”, os crimes considerados aprioristicamente pelo legislador como tais, fazendo constar no revogado artigo 1º que:

“Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto -Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados”.

Segundo a Lei todos os crimes previstos no Código Penal teriam suas penas aumentadas, revogando-se dos textos originais seus preceitos secundários; vedou-se a possibilidade da concessão da liberdade provisória e de progressão de regime – devendo a pena ser cumprida em regime integralmente fechado; a prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960/89, teria o prazo de 30 dias, podendo ser prorrogada por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

De ressaltar a ausência, no primeiro rol, de qualquer espécie de homicídio, de modo que protege-se a vida, mas apenas transversalmente, como resultado agravador de outros delitos. Entretanto, a punição mais severa da extorsão mediante seqüestro é apontada como uma das causas determinantes da comentada legislação, pelo que “Pode-se afirmar que o sequestro do empresário Roberto Medina foi o fator imediato, a ‘gota d’água’ para a edição da Lei dos Crimes Hediondos.” (CUNHA, 2008, p. 299).

Em sua primeira alteração, a Lei teve revogado todo o artigo primeiro, excluiu-se o crime do art. 270 do Código Penal, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, e foram inclusos no rol os crimes de: o homicídio simples (art. 121), mas apenas quando praticado em atividade

típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V). Ainda sustentando a tese da influência da mídia, Gustavo Henrique de Brito Albuquerque Cunha (2008, p. 300), referindo-se a alteração ocorrida na Lei, argumenta que:

“Prova outra da influência da mídia na legislação penal recente houve no momento da publicação da Lei nº 8.930/94, cujo projeto originou-se da apresentação de um abaixo-assinado com mais de um milhão de assinaturas. Esse documento, ressaltou-se teve gênese com o assassinato da atriz Daniella Perez. Ou seja, passou a ser o homicídio qualificado um crime hediondo apenas após o crime que viria a chocar o país, haja vista a notoriedade da vítima”.

Rememorando um pouco acerca de tal fato, ocorrido no final de 1992, consta que a jovem atriz Daniella Perez era aguardada para o ensaio de uma peça no Shopping da Gávea, Rio de Janeiro/RJ, porém, foi vítima de uma emboscada arquitetada por Guilherme de Pádua, seu par romântico na novela “Corpo e Alma” (em exibição à época), e pela esposa dele, Paula Thomaz. A filha da escritora Glória Perez foi assassinada com 18 punhaladas, fato que chocou o país<sup>14</sup>.

Já em sua segunda alteração a Lei teve incluso o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677/98). Também aqui, fizeram-se críticas ao critério enumerativo adotado para confecção do rol dos crimes hediondos, alegando Guilherme Nucci (2007, p. 595) que apesar da segurança na aplicação da lei, afinal somente seriam considerados hediondos os delitos ali constantes, o ponto negativo deste critério seria a nebulosa avaliação legislativa, pois o Congresso Nacional pode agir (como já o fez) ao sabor das notícias e da mídia, elevando à categoria de crime hediondo um tipo penal qualquer, somente porque contou com um caso rumoroso, captador da atenção nacional (ex: falsificação de remédios, art. 273, CPB, hoje constante do rol dos delitos hediondos, após escândalos amplamente divulgados nesse sentido em determinada época).

È, portanto, bastante claro o casuísmo na eleição dos delitos que devem ser considerados hediondos. Mas, a parte da discussão acerca dos critérios utilizados na seleção das condutas que merecem uma maior reprovabilidade, este trabalho deve-se ater a identificar os elementos caracterizadores do direito penal do inimigo.

---

<sup>14</sup> <http://oglobo.globo.com/rio/daniella-perez-20-anos-do-assassinato-que-mudou-lei-7125130>. Acesso em 04/08/2014.

A Lei nº 8.072/90 foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico com objetivo de conferir tratamento penal mais severo aos delitos marcados pela hediondez assim considerados pelo legislador infraconstitucional. Encontra-se nesta finalidade um dos fundamentos para aplicação do direito penal do inimigo, qual seja, “combater”, e não prevenir delitos que, por sua maior gravidade, poria em risco a segurança dos cidadãos.

Diante da manifestação de tão graves condutas, deve o Estado reagir de forma mais severa, desconsiderando as garantias fundamentais do delinquente, para ver assegurado os direitos dos “adeptos do contrato social”. Entretanto, não se pode olvidar que a Lei 11.464/07 alterou recentemente dois dos mais rigorosos preceitos da Lei dos Crimes Hediondos, sendo o ponto mais controvertido alterado para dar resposta à declaração de inconstitucionalidade à vedação da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos; o outro ponto diz respeito à possibilidade de liberdade provisória.

É possível identificar, dentro da Lei dos Crimes Hediondos, dois elementos do direito penal do inimigo, quais sejam, a desproporcionalidade das penas e a supressão de garantias processuais. O agravamento das sanções dos delitos enumerados na Lei evidencia a falta de proporção, afinal os tipos penais já constavam no Código Penal com seus respectivos preceitos secundários, fazendo crer que foram devidamente ponderados quando de suas elaborações, sendo-lhes atribuído abstratamente a justa retribuição, então como se justifica um aumento no quantum das penalidades? Respondendo esta questão a partir da finalidade da pena, têm-se duas alternativas: ou impor maior intimidação, ou garantir por mais tempo a neutralização de criminosos perigosos. A primeira advém da prevenção geral negativa, a segunda decorreria da função preventiva especial negativa.

Mesmo com a revogação do óbice legal à progressão de regime de cumprimento da pena, fazem-se necessários comentários a este respeito, afinal até mesmo esta alteração repercute no objeto da pesquisa, que é a descrição da presença, ou ausência, dos caracteres da teoria de Günter Jakobs.

A proibição dos condenados por crimes hediondos progredirem de regime até pouco tempo vigente, consubstanciava-se numa exceção ao nosso sistema progressivo de cumprimento de pena, onde é dado ao apenado o direito de, por etapas, consoante requisitos objetivos e subjetivos, se aproximar da sociedade, onde voltará a conviver, realizando-se, assim, a função ressocializadora da pena.

Ademais, caberia ao juiz, na análise do caso concreto, avaliar, além do *quantum* da pena, balizado por sua cominação abstrata e pelas circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, o regime em que esta deverá ser cumprida. Na decisão do Habeas Corpus 82.959-7<sup>15</sup>, que culminou na revogação da impossibilidade de progressão de regime nos crimes previstos na Lei nº 8.072/90, irretocável o pronunciamento do ministro relator Marco Aurélio:

“A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção social. (...) Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (...)”.

Com o aumento das penas cominadas aos crimes constante do rol da Lei nº 8.072/90, onde a menor pena abstrata é de seis anos, observa-se a desproporcionalidade em dois momentos: o primeiro na fixação legislativa da margem mínima e máxima a ser observada pelo magistrado quando da fixação da pena em concreto (segundo momento).

Dois mandamentos constitucionais inseridos no artigo 5º indicam ser uma exceção, a prisão anterior à sentença condenatória irrecorrível, o inc. LXVI estabelece que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, já o inc. LVII afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Portanto, a liberdade – fundada no princípio da presunção de inocência – é a regra, que só admite como exceção a prisão de natureza cautelar dependente de ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial. Mas outras exceções à liberdade são impostas por lei, dentre elas, até o ano de 2007, a dos crimes hediondos, a qual, antes de sua última alteração negava em seu art. 2º, inc. II, a concessão de liberdade provisória.

Ora, se a natureza de toda prisão antes do trânsito em julgado é cautelar, visando a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a

---

<sup>15</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 03/07/2014.

segurança da aplicação da lei penal, como pode o legislador avaliar baseado apenas na gravidade do delito, a impossibilidade da concessão da liberdade provisória, visto ser a prisão cautelar uma medida excepcional vinculada à ordem judicial fundamentada, afinal (OLIVEIRA, 2007, p. 461):

“A vedação da concessão de liberdade provisória, feita abstratamente, ou seja, por força de lei, sem qualquer consideração aos elementos concretos levados aos autos, implica a transferência da tutela dos direitos e garantias individuais (ou, das liberdades públicas) exclusivamente para o órgão da acusação e, por vezes, até a própria autoridade policial. Não bastasse, implica permitir que o exame de periculosidade do agente ou o risco da fuga exista unicamente a partir da abstração do legislador, dependente apenas da ratificação por parte dos órgãos estatais (e até do particular em algumas hipóteses) encarregados da investigação e da acusação em juízo”.

A liberdade provisória somente tem cabimento a partir da prisão em flagrante, pois é a situação de flagrância com toda sua carga probatória que justifica a aplicação de outras medidas cautelares ao aprisionado, portanto, à prisão em flagrante, não se configurando as causas justificativas da imposição da prisão cautelar, sucede-se à liberdade provisória (PACELLI, 2007, p. 443).

Ainda com relação à liberdade provisória anote-se que com a recente alteração, a Lei em análise passou a permitir a liberdade provisória sem fiança, mantendo, no entanto, a proibição de concessão de fiança, por ser esta um mandamento constitucional. Observa-se, entretanto, que a liberdade com fiança é bem mais onerosa que a sem fiança, pois além da prestação desta, exige-se também que o réu afiançado não mude de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausente-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado, enquanto se concedida sem fiança cabe ao réu apenas o comprometimento em comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação (PACELLI, 2007, p. 447).

Com advento da liberdade provisória sem fiança em nosso ordenamento jurídico, passou ela a ser a regra geral, porque cabível na maioria dos delitos e também por ser menos onerosa ao aprisionado. Mas a fiança oferece quatro vantagens (PACELLI, 2007, p. 452):

“1) nas infrações cujas penas sejam de detenção ou prisão simples, poderá ser arbitrada a fiança pela própria autoridade judicial; 2) mesmo que nos casos

em que somente autoridade judicial possa arbitr -la, seu deferimento independe de manifesta o do Ministério Público; 3) afian avel a infra o, e desde que prestada, dificilmente, em havendo sentença condenatória, se recusar    concessão do recurso em liberdade; 4) quando cabível, a fiança pode ser prestada em qualquer tempo antes do trânsito em julgado, portanto, não cabível a execu o provisória da pena”.

No que diz respeito   manuten o do dispositivo permitindo ao condenado apelar em liberdade apenas mediante decisão fundamentada do juiz, Eug nio Pacelli de Oliveira (2007, p. 459) entende ser: “impertinente e carente de coerência normativa: se o acusado se encontrava livre exatamente pela inexistência de razões da prisão preventiva, porque se exigir fundamenta o judicial para aguardar o julgamento do recurso em liberdade?”.

### **3.2 Lei Anti-drogas**

O combate às drogas já mereceu por parte de nossos legisladores tr s diplomas legais, a Lei n  6.368/76 e a Lei N  10.409/02 foram revogadas pela Lei n  11.343/06, o estudo, portanto, fixar-se-  na mais recente, podendo em alguns momentos remeter-se às anteriores, tendo em vista uma melhor identifica o dos elementos caracterizadores do conceito analisado.

O trafico ilícito de entorpecentes e drogas afins   constitucionalmente equiparado aos crimes hediondos, recebendo por isso o mesmo tratamento. Por conseguinte, no que não conflitar com a lei especial, deve-se aplicar subsidiariamente a Lei 8.072/90. No t pico anterior constatou-se a presença de dois elementos do direito penal do inimigo. Entretanto, o novel estatuto anti-drogas apresenta em seu bojo, todas as características do conceito em estudo.

Começando pela antecipa o da punibilidade, ou incrimina o prévia   lesão de bem juridicamente protegido, verifica-se no art. 34 da Lei 11.343/06, a pesada incrimina o, penas de 3 a 10 anos e elevadíssimas multas, ao individuo que cometer o chamado crime de petrechos para o trafico ilícito, ou seja:

“Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado   fabrica o, prepara o, produ o ou transforma o de drogas, sem autoriza o ou em desacordo com determina o legal ou regulamentar”.

Os atos descritos no tipo penal são meros atos preparatórios, se objetivamente observados, para o crime de tráfico de drogas, portanto há uma antecipação de punibilidade com relação a este último, haja vista não ter sofrido a saúde pública, bem juridicamente protegido, nenhuma lesão.

Este tipo penal é aplicado somente subsidiariamente, isto é, pelo princípio da consunção, onde o crime maior absorve o menor, estaria o crime de petrecho (crime-meio menos grave) absorvido pelo de tráfico ilícito. Justifica-se esta antecipação pela necessidade de se combater todas as condutas idôneas ao tráfico de entorpecentes. João José Leal<sup>16</sup> informa que:

“Por isso, o crime de petrechos deve ser considerado como tipo penal subsidiário do crime mais grave, que é o tráfico ilícito de drogas. Na jurisprudência, já se decidiu que o crime em estudo “é de natureza subsidiária e, salvo hipótese excepcional, deve considerar-se absorvido pelo crime de tráfico de drogas”. Por isso, Isaac Sabbá Guimarães escreve que este tipo penal “incrimina condutas que, em regra, são meros atos preparatórios do delito previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas.” Trata-se, portanto, de tipo penal com função de controle penal essencialmente acautelatória. Na doutrina, há restrição a essa forma de incriminação por antecipação. No entanto, se partirmos da premissa político-jurídica de que é legítima a intervenção da lei penal para o controle das condutas relacionadas ao tráfico, cremos justificada, também, a incriminação da conduta descrita no art. 34, da Lei Antidrogas”.

Assim como o tipo penal acima, os crimes previstos no art. 35 e parágrafo único são também de natureza formal, isto é, constitui-se em crime a mera associação com a finalidade de praticar os crimes de tráfico, seu custeio ou financiamento. Entende-se por crime formal aqueles em que “o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente” (BITENCOURT, 2006, p. 267). Fernando Capez (2005, p. 262) afirma serem também denominados incongruentes estes delitos em razão de que para sua consumação “A Lei exigir menos do que a intenção do sujeito ativo”.

Em obediência ao princípio da proporcionalidade e por descreverem condutas meramente preparatórias, aos tipos penais acima mencionados deveriam ser impostas penas bem menores que às aplicadas aos crimes principais, insertos no art. 33, caput e § 1º da Lei em comento.

Entretanto, não é o que ocorre, aos delitos de maior gravidade e de efetivo dano ao bem juridicamente protegido estabeleceu-se a margem de 5 a 15 anos, enquanto que aos acautelatórios comina-se penas de 3 a 10 anos. Percebe-se, portanto, mais um

---

<sup>16</sup> Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10332>. Acesso em: 17/07/2014.

elemento caracterizador da teoria de Jakobs, qual seja, a desproporcionalidade das penas, se levada em consideração o avanço da punibilidade.

Desproporcionalidade também há no exacerbado aumento do valor das penas de multa ocasionado pelo advento da nova legislação de combate às drogas. Citando como exemplo os crimes constantes dos arts. 12, 13 e 14 da revogada Lei nº 6.368/76, onde eram previstas as maiores multas, as quais giravam em torno de 50 a 360 dias-multa, observa-se, tomando por base o limite mínimo, a ocorrência de um gigantesco acréscimo de mil por cento nas multas impostas aos mesmos crimes agora constantes nos art. 33, 34 e 35 do vigente estatuto, as multas estabelecidas nestes artigos variam de 500 a 2000 dias-multa.

Não são, contudo, as maiores, reservou-se ao crime de financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34, a multa que deve oscilar entre 1500 a 4000 dias-multa.

No Código Penal, os limites fixados são de 10 a 360 dias-multas, sendo o dia-multa não inferior a um trigésimo do salário mínimo vigente nem superior a cinco vezes esse salário, considerando-se os critérios adotados para o estabelecimento da pena de multa, quais sejam: obtém-se a quantidade de dias-multas avaliando-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, e o valor do dia-multa é vinculado à situação econômica do réu, podendo o juiz, entendendo ser o valor final da pena de multa ineficaz frente à capacidade econômica do réu elevá-la até o triplo (BITENCOURT, 2006, p.684), verificamos que as multas codificadas podem alcançar no máximo 5.400 salários mínimos.

Comparativamente, a maior pena de multa unitária (afinal em concurso de crimes as multas serão aplicadas cumulativamente) aplicável aos crimes da Lei Anti-drogas pode chegar a 200.000 salários mínimos tendo em vista que o juiz poderá aumentá-la até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-la ineficaz.

Mesmo que se considere os vultosos valores adquiridos com o tráfico, é patente a desproporcionalidade em relação aos demais delitos. Mas razões de política criminal justificam tal exorbitância, de modo que, consoante João José Leal<sup>17</sup>, a legislação:

---

<sup>17</sup> Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10332>. Acesso em: 17/07/2014



“(...) fez uma opção clara por um controle penal comprometido com a pena reclusiva como sanção prioritária. Mas, ao mesmo tempo, acreditou na idéia de que, em termos de Política Criminal, é conveniente atingir seriamente o patrimônio do traficante ou dos agentes relacionados ao tráfico”.

Por outro lado, a referida legislação em consonância com a tendência despenalizadora, provocou uma “mudança de tratamento reservado ao usuário de drogas, visto agora sob perspectiva muito mais terapêutica que punitiva” (PACELLI, 2007, p. 607), pois aos delitos relacionados ao consumo e à dependência de drogas, impõem-se apenas as sanções de advertência sobre os efeitos das drogas, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Na hipótese de recusa ao cumprimento das penalidades mencionadas, o juiz deverá impor multa que (art. 29 da Lei de Tóxicos):

“Atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo” (art. 29), devendo os acusados serem processados e julgados de acordo com Lei dos Juizados Especiais. Em outras palavras, descriminalizou-se o uso de drogas”.

Nesse caso, os acusados deverão ser processados e julgados em conformidade com a Lei dos Juizados Especiais, de modo que houve a descriminalização do uso de drogas.

Busca-se desta forma, um redimensionamento da questão, saindo do âmbito da reprovabilidade moral da conduta para focar as conseqüências que o uso da droga pode trazer (PACELLI, 2007, p. 608):

“Nessa linha, por exemplo, a criação de um tipo penal específico para a vedação de condução de embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (art. 39) bem demonstra que, tal como ocorre com a bebida alcoólica, o juízo de reprovação sobre condutas deve estar conectado com a efetiva proteção de bem jurídicos ou com a fundada limitação das liberdades. Por isso, trata-se aquele que, conduzindo embarcação ou aeronave, expõe terceiros a perigo potencial de dano, não como pessoa a ser punida, mas como uma pessoa causadora de um fato a ser punido. Direito Penal do fato, pois. Não o fato do uso, em si, mas do risco que dele decorre”.

Da análise da vigente Lei ° 11.343/06 verifica-se a omissão de dispositivo previsto no art. 34 da revogada Lei n° 10.409/02 e que faz referência aos seguintes procedimentos investigatórios: acesso a dados cadastrais, documentos e informações

fiscais, bancárias, patrimoniais e financeiras, e quebra do sigilo bancário por período determinado de contas bancárias, a interceptação e a gravação das comunicações telefônicas (observado o disposto no capítulo II da Lei nº 9.034/95).

Mesmo não constando expressamente tais procedimentos, não se excluiu a possibilidade da utilização dos mesmos, pois prescreve o caput do art. 53 da nova Lei Anti-drogas que além dos ali descritos são também admitidos os procedimentos previstos em lei, e todos eles estão presentes na Lei 9.034/95.

Excluiu-se a possibilidade da delação premiada ser objeto de acordo espontâneo (exige-se mais que voluntariedade, a iniciativa deve ser do agente) entre o indiciado e o Ministério Público, podendo tal acordo garantir-lhe até mesmo a impunidade, ou seja, se antes da denúncia o indiciado (Lei 10.409/02, art. 29, §§ 2º e 3º):

“Revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”.

Assim, teria ele direito à suspensão do processo, em ocorrendo depois, redução da pena de 1/6 a 2/3 (CAPEZ, 2005, p. 255).

O instituto da delação premiada constante no art. 41 da Lei revogadora, cujo teor informa ser possível a redução de 1/3 a 2/3 da pena se o indiciado ou acusado colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Como se vê a alteração trouxe desvantagens ao acusado, pois não lhe é mais possível a impunidade mediante acordo, e até mesmo a aplicação da causa de diminuição de pena está condicionada a condições e/ou circunstâncias objetivas e impositivas, deixando para trás a subjetividade da contribuição para os interesses da Justiça (OLIVEIRA, 2007, p 615).

Revela-se uma tendência punitivista ao retirar-se do acusado a alternativa de, em ajudando nas investigações, vê-se livre da ação penal, muito embora, seu arrependimento e efetiva colaboração ainda possa gera-lhe benefícios.

Estão previstos ainda no estatuto substitutivo procedimentos investigatórios, que só poderão ser implementados mediante autorização judicial e com parecer do

Ministério Público. Entre eles, a infiltração de policiais em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, aqui, ao contrário do estatuto anterior, não se deu ênfase a atuação de organizações criminosas, permite-se a infiltração de agentes policiais, entretanto, sem a finalidade específica de colher informações sobre as atividades ilícitas destas associações.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2007, p. 294) aponta a falta de tradição no Direito brasileiro como uma dificuldade para efetuação desta modalidade investigatória, argumentando que “a ausência de tradição poderá ser sentida, e profundamente sentida, por ocasião da aplicabilidade do recente instituto, quando se fará necessário saber quais ações policiais estariam acobertadas pela autorização judicial”, e questiona que, mesmo incluída na autorização judicial toda espécie de obtenção de provas possíveis, o juízo cautelar sobre a necessidade de tais meios de prova deveria se dar em cada caso concreto e não pela evidência de uma organização criminosa.

Continua, ainda, a perguntar quais as ações praticadas pelo agente infiltrado que estariam acobertadas pelo Direito, concluindo que (PACELLI, 2007, p. 294):

“Por estas considerações, poucas diante da complexidade da matéria, parece-nos conveniente aguardar nova iniciativa do Legislativo, mais esclarecedora e mais detalhada, para sua necessária adequação ao contexto das garantias individuais postas na Constituição da República”.

Ainda no art. 53, o inc. II estabelece que:

“A não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição”.

O procedimento investigatório descrito identifica flagrante diferido ou prorrogado, aquele em que a ação policial é postergada até “o momento de efetuar a prisão em flagrante, de acordo com a conveniência e a oportunidade da investigação.” (CAPEZ, 2005, p. 259). Ressalve-se que a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores. (art. 53, parágrafo único).

Não se confunde flagrante diferido com o flagrante preparado, pois a este último é dada qualificação de crime impossível (por absoluta impropriedade do objeto material), por isso impunível. Enquanto que no primeiro não há provocação na

iniciativa do delinqüente, apenas adia-se a prisão para o momento mais adequado do ponto de vista da investigação (CAPEZ, 2005, p. 259).

Há, no entanto, uma incongruência nesta posição, afinal a impropriedade do objeto material trata-se de uma circunstância objetiva que em nada se relaciona com a vontade do agente, ou seja, a ocorrência do crime impossível não decorre da falta de iniciativa volitiva do criminoso, mas sim pela eficiente intervenção policial.

Portanto, são dois os argumentos contrários à aceitação do flagrante preparado. O primeiro decorreria da intervenção definitiva de um terceiro a preparar a prática da ação delituosa e dessa forma o próprio flagrante. O segundo argumento diz respeito ao crime impossível, pois ao provocar o flagrante a polícia estaria preparada para impedir a consumação do delito, tornando desta feita sua realização impossível (PACELLI, 2007, p. 413).

Sob a perspectiva da impossibilidade de concretizar-se o delito, seja por que este é esperado ou provocado, Pacelli (2007, p. 414/415) entende não haver nenhuma diferença entre o flagrante preparado e o esperado, isto é, a eficiente atuação policial, sendo possível, em tese, tornar impossível em ambos, na mesma medida, a ação delituosa em curso, concluindo por não haver diferença entre os flagrantes preparados e esperados “no que diz respeito à eficiência da atuação policial para o fim de impedir a consumação do delito.” (PACELLI, 2007, p. 415) Deve-se assumir, por isso, que “ou se aceita ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na respectiva fundamentação.” (PACELLI, 2007, p. 416).

Para efeito de investigação, está prevista na Lei nº 11.343/06 a prisão temporária por até 30 dias, afinal esta é vinculada ao prazo de conclusão do inquérito, que aqui, segundo o art. 51, é de 30 dias, réu preso, ou de 90 dias, estando o réu solto. Podendo ainda “os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária” (art. 51, parágrafo único). Em relação à antiga disciplina houve um considerável aumento de prazo, fixados anteriormente em 15 dias (réu preso) e 30 dias (réu solto).

Ponto controvertido na recente legislação anti-drogas diz respeito à possibilidade de concessão de liberdade provisória, residindo às divergências no fato de a Lei 11.343/06 ter expressamente vedado tal concessão, todavia, a alteração ocorrida

em 2007 na Lei 8.072/90, suscitou muitas dúvidas, haja vista ter sido suprimido do texto da Lei dos Crimes Hediondos a proibição à concessão de liberdade provisória.

Surge da situação a seguinte questão: se o tráfico ilícito de entorpecentes é crime equiparado ao hediondo, merecendo por isso igual tratamento, a concessão de liberdade provisória deve ser concedida porque fundada na Lei dos Crimes Hediondos, que apesar de ser posterior é geral em relação à Lei Anti-drogas? A parte de qualquer posicionamento referente à inconstitucionalidade da proibição à liberdade provisória, deve-se aqui buscar a solução respondendo um outro problema: a Lei nº 11.464/07 (alteradora da Lei 8.072/90) geral e posterior revoga/derroga a Lei nº 11.343/06 especial em relação àquela? Se for o caso de conflito aparente entre normas, pelo princípio da especialidade deve-se aplicar a Lei Anti-drogas em detrimento à dos crimes hediondos, permanecendo, portanto, a proibição à concessão de liberdade provisória. Mas se o que ocorreu foi a sucessão de leis, então a mais antiga foi derogada pela mais nova, cabendo por isso, a concessão de liberdade provisória sem fiança.

## CONCLUSÃO

O conceito do direito penal do inimigo tem como fundamento, para vigência de um direito penal excepcional em conveniência com o direito penal garantista, a exclusão da qualidade de “pessoa” aos delinquentes que reiteradamente afrontem a ordem social. Surge num momento histórico mundial de grandes transformações sociais, ocasionadas pelo rápido avanço tecnológico e científico ocorrido no último século, determinado uma mudança no tratamento das questões criminais, ou seja, há uma maior defesa dos bens jurídicos difusos em relação aos individuais.

Os atentados terroristas nos EUA e na Espanha, revelaram quão ineficaz é o direito penal garantista no controle deste tipo de criminalidade. A vítima é menos o particular que a sociedade. Esta mudança de foco exige novos instrumentos investigatórios e processuais, argumenta-se que, ou se dá tratamento diferenciado aos autores destes delitos ou o direito penal garantista arrisca-se a ser contaminado pelos caracteres deste procedimento de guerra.

O Brasil, quando Günther Jakobs expôs pela primeira vez sua teoria, vivia um sentimento inverso, saía de uma ditadura militar, almejava-se liberdades e garantias individuais. Entretanto, o fim da censura trouxe aos noticiários ampla divulgação da violência, incutindo na população, ao longo destes 20 anos, o sentimento de insegurança, agravado pelos recentes ataques terroristas promovidos pelo PCC no Estado de São Paulo. No afã de reverter tal estado de coisas legitima-se até mesmo a truculenta atuação policial, e busca-se através do endurecimento penal solução para combater este novo perfil de crime.

De acordo com o exposto sobre as teorias que justificam a pena, conclui-se que são três os fins que podem ter: o de retribuir, de intimidar e de ressocializar, porém no direito penal do inimigo visa-se apenas a identificação e eliminação de indivíduos perigosos.

Para tanto, antecipa-se a punibilidade de situações emblemáticas da atuação dos “inimigos”, utiliza-se elevadas cominações da pena no combate à criminalidade mais danosa, imprimindo desproporcionalidade as mesmas, pois não se oportuniza ao magistrado de graduar, no caso concreto, o justo equilíbrio entre a relevância do bem jurídico tutelado e gravidade da ofensa a ele dirigida, e a culpabilidade e personalidade

da pessoa do condenado; suprime-se garantias individuais e constitucionais no intuito de dar maior eficiência a este combate.

Diante da análise realizada nas duas legislações selecionadas verificou-se a presença de todos os caracteres do conceito Jakobiano. Tem-se na Lei dos Crimes Hediondos, a prova de como a opinião pública pode influenciar a produção legislativa. Abstendo-se de uma elaboração mais técnica, fundada em dados científicos ou de política criminal, o legislador dobra-se ao apelo popular e impõe excessivo rigor aos delitos de maior visibilidade, assim, foram casuisticamente selecionados os que deveriam integrar o rol da Lei nº 8.072/90.

A periculosidade os autores de crimes listados como hediondos e aferida em tese, tomando como base apenas a gravidade do delito. Retira-se do judiciário, garantidor das liberdades individuais, a função de ponderar concretamente as circunstâncias do delito e do delinqüente. Aqueles que cometem um crime legalmente descrito como hediondo respondem ao processo penal não como sujeitos de direitos e deveres, cuja inocência é presumida até o trânsito em julgado de sentença condenatória, mas com a presunção de culpa e de desobediência ao ordenamento jurídico, são “perigosos” e, por isso, devem ser cercados de cautelas.

Entretanto, as recentes alterações deram à Lei uma nova feição, menos rigorosa e mais consentânea com os direitos e garantias individuais. O princípio da não – culpabilidade aplica-se também aos acusados por crime hediondo, ao menos em parte, afinal permanece a vedação de se apelar em liberdade. Atenuou-se ainda a desproporcionalidade das penas, haja vista, ser possível ao judiciário, no momento da aplicação e execução, individualizar a pena utilizando-se dos critérios de utilidade e adequação, reitores da proporcionalidade, muito embora, não lhe seja permitido definir o regime inicial de cumprimento, ao menos agora dá-se ao apenado a oportunidade de reinserir-se gradualmente à sociedade.

Percebe-se, pelos dispositivos referentes aos traficantes financiadores do trafico, que a legislação dispensa-lhes tratamento excepcionalmente acautelatórios, ou seja, não os encara somente como acusados, mas como “inimigos” de guerra que precisam ser neutralizados através de estratégias de inteligência, a exemplo da operação *undercover*, ou mantendo-se os presos, sem a devida análise do judiciário sobre a necessidade de tal medida cautelar.

Com relação a liberdade provisória, a celeuma instalada após a última edição da Lei de Tóxicos reflete a perplexidade que este tipo de criminalidade causa é

equiparado ao crime hediondo, mas com implicações bem mais complexas, pois tais delinquentes não atingem tão só a saúde pública, atuam em toda espécie de ações criminosas, tráfico de armas, seqüestros, homicídios, dentre outros.

Por conseguinte, o combate ao tráfico remete-se à identificação de uma poderosa rede criminosa, justifica-se por isso, as elásticas prisões temporárias, bem superiores às previstas no CPP. Entretanto, a nova Lei Anti-drogas estabeleceu enfoque diferente no que tange aos usuários, pois não os enxerga como criminosos, trata-os mais como vítimas atingidas pelo o dano causado pelas drogas. Preferindo a responsabilização dos atos praticados sob o efeito do uso de entorpecentes do que condenar o uso indevido de drogas.

O tráfico ilícito de entorpecentes é hoje visto como um dos grandes focos de criminalidade por isso, a legislação, de forma pragmática e pouco garantista, aponta seus dispositivos na direção de eficaz desbaratamento da rede de traficantes. Observa-se tal intenção no flagrante diferido, afinal é mais interessante e eficiente a prisão de grandes traficantes em vez de meros “soldados do tráfico”. A delação premiada, mesmo sendo instituto comum em outras legislações, mereceu da disciplina referente às drogas, e até a vigência da nova Lei de Tóxicos, previsão extremamente vantajosa aos indiciados colaboradores.

Priorizando-se as investigações ao permitir ao Ministério Público barganhar informações com os acusados, otimizando o combate às drogas, utilizando-se de “peixes pequenos” para capturar e incriminar os “peixões”. Todavia, a Lei 11.343/06 exige circunstâncias mais objetivas para concessão de tal benefício, e subtraiu a vantagem do sobrestamento do processo, revelou com isso, uma tendência punitivista, ou seja, o novel estatuto considera útil esse meio investigatório, mais não suficientemente para deixar sem punição aqueles que se envolveram, ainda que em menor grau, no tráfico ilícito de entorpecentes.

Aduz-se de todo exposto, serem as legislações estudadas reflexo da teoria do Professor Alemão. Porém, percebe-se pelas alterações que cada uma sofreu ao longo de suas vigências, um movimento de retorno ao garantismo. Por isso, ao menos no que se refere aos dois estatutos objetos da pesquisa, a tendência punitivista do conceito do direito penal do inimigo, mesmo influenciando sobremaneira suas disciplinas originais, não dá mostras de prevalecer em nosso ordenamento jurídico penal, muito mais afeto à manutenção das liberdades individuais.



## REFERÊNCIAS

- BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1319, 10 fev. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9481/alternativas-ao-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 20/06/2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**, volume 1. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1: parte geral (arts. 1 a 120). 9. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Trabalho apresentado na XVIII Conferência Nacional dos Advogados, Salvador, BA, em 13 de novembro de 2002. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas\\_hipoteses\\_criminalizacao.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf). Acesso em: 23/06/2014.
- CORDEIRO, Alexandre. **Teorias legitimadoras da pena como critério inicial da atividade judicial de individualização**. Jus Vigilantibus, Vitória, 17 jun. 2007. Disponível em: [http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_1273.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1273.html). Acesso em: 13/05/2014.
- CUNHA, Gustavo Henrique de Brito A. **“Influência dos meios de comunicação de massa e alopoise no recente direito penal brasileiro”** in ADEODATO, João Maurício; MAIA, Alexandre da. (coords.). Dogmática jurídica e direito subdesenvolvido-uma pesquisa pioneira sobre peculiaridades do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008.
- FREITAS, Jayme Walmer de. **A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas**. O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição da sua aplicabilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10146/a-causa-de-diminuicao-de-pena-do-art-33-4-da-lei-antidrogas>. Acesso em: 12/06/2014.
- GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Revista da faculdade de direito de campos, Ano VI, n ° 7 - Dezembro de 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

- JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e tradução, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- JAKOBS, Günter. **Fundamentos do direito penal**. Tradução André Luiz Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal do inimigo: breves considerações**. SADireito, 15 jul 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10836/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em 14/05/2014.
- LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Crime de petrechos para o tráfico ilícito e o controle penal das drogas: análise crítica do art. 34 da Lei nº 11.343/2006**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1518, 28 ago. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10332>. Acesso em: 17/07/2014.
- LIMA, Flávio Augusto Fontes de. **Direito penal do inimigo. direito penal do século XXI**. Revista da ESMAPE. Recife, volume 11 – número 24, julho/dezembro – 2006.
- MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. **Rediscutindo os fins da pena**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/rediscutindo-os-fins-da-pena>. Acesso em: 23/06/2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- ROSSO, Paulo Sergio. **Direitos humanos e ideologia policial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1575, 24 out. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10565/direitos-humanos-e-ideologia-policial>. Acesso em: 24/06/2014.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Pietro Nasseti. Coleção obra-prima de cada autor. Editora Martin Claret, 2007.