

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPÍ
BACHARELADO EM DIREITO

GILCIELLE SOUSA OLIVEIRA
JOÃO VICTOR MENDES DE CARVALHO
STEFANY DA SILVA PAES LANDIM

**APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL À LUZ DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO**

TERESINA
2022

GILCIELLE SOUSA OLIVEIRA
JOÃO VICTOR MENDES DE CARVALHO
STEFANY DA SILVA PAES LANDIM

**APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL Á LUZ DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ma. Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães

TERESINA

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

O48a Oliveira, Gilcielle Sousa.

Aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil à luz do direito penal do inimigo. Gilcielle Sousa Oliveira; João Victor Mendes de Carvalho; Stefany da Silva Paes Landim. – Teresina: Uninovafapi, 2022.

Artigo (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNINOVAFAPI, Teresina, 2022.

21. p.; il. 23cm.

Orientador (a): Prof. Me. Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães. Centro Universitário UNINOVAFAPI, 2022.

1. Direito penal do inimigo. 2. Seletividade do sistema penal. 3. Pena privativa de liberdade. 4. Direitos e garantias fundamentais. I. Título. II. Magalhães, Viviane Maria de Pádua Rios.

CDD 341.481

Catálogo na publicação
Antonio Luis Fonseca Silva– CRB/1035
Francisco Renato Sampaio da Silva – CRB/1028

GILCIELLE SOUSA OLIVEIRA
JOÃO VICTOR MENDES DE CARVALHO
STEFANY DA SILVA PAES LANDIM

**APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL Á LUZ DO
DIREITO PENAL DO INIMIGO**

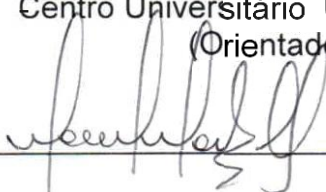
Artigo de Trabalho de Conclusão de
Curso apresentado à Banca Examinadora
do Centro Universitário UNINOVAFAPI,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Data de Aprovação: 16/11/2022

BANCA EXAMINADORA



Prof.ª Ma. Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães
Centro Universitário UNINOVAFAPI
(Orientadora)



Prof. Me. Marcelo Martins Eulálio
Centro Universitário - UNINOVAFAPI
(1º Examinador)



Prof.ª Ma. Sarah Maria Veloso Freire
Centro Universitário - UNINOVAFAPI
(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradecemos a Deus, que nos permitiu chegar até aqui, por não ter nos deixado desistir até mesmo nas inúmeras dificuldades, angústias e tristezas. Que fez com que nossos objetivos fossem alcançados, durante todos os anos de estudos, por ter permitido que tivéssemos saúde e determinação para não desanimar durante a realização deste trabalho, pela nossa vida, e por nos permitir ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo da realização deste trabalho.

Agradecemos aos nossos pais, que foram essenciais durante todo esse tempo de estudo, que sempre nos motivou e nunca mediu esforços para nos manter erguidos, seus ensinamentos e conselhos foram o nosso porto seguro e são a nossa fortaleza.

Somos gratos ao Centro Universitário Uninovafapi, que foi essencial durante esses anos de curso para a formação profissional, e por tudo que aprendemos ao longo dos anos.

Agradecemos à nossa orientadora Prof.^a Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães, por nos guiar durante todo o percurso da pesquisa, com suas perguntas estimulantes e paciência. Nossas reuniões e conversas foram vitais para nos inspirar a pensar fora da caixa, de múltiplas perspectivas para formar um artigo abrangente e objetivo.

Agradecemos à professora Prof.^a Fernanda Claudia Miranda Amorim, que nos acompanhou nessa jornada acadêmica de elaboração do artigo, de perto nos dando muito apoio em sala de aula. Obrigada pela incansável dedicação e confiança.

Agradecemos a banca examinadora, por analisar o nosso artigo, nos prestigiando na avaliação e nos ensinando a dar o nosso melhor.

RESUMO

A presente pesquisa teve como objetivo analisar a aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil, à luz do direito penal do inimigo. Aprender sobre essa aplicação e como ocorre possibilitou entender se é permitida ou não no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo pretendeu compreender a teoria do direito penal do inimigo que foi criada por Gunther Jakobs, indagar as características e ideias que são defendidas por ele. Estudar a seletividade do sistema penal no Brasil, onde se sabe que há uma grande desigualdade com aqueles que não são considerados cidadãos pelo Estado, e acredita-se que essa desigualdade se utiliza para que o Estado possua o poder/dever de punir com penas mais severas aqueles que não têm o reconhecimento de cidadão. Contudo, a pesquisa percorreu-se sobre a grande importância dos direitos e garantias fundamentais, pois a Constituição Federal enquadra diversos desses direitos nos quais todos os cidadãos precisam dispor e devem ser respeitados pelo sistema penal. O método explorado na pesquisa foi a metodologia bibliográfica e método qualitativo. Conclui-se, portanto, com as observações feitas, que é possível notar que o Direito Penal do Inimigo apresenta cada vez mais vestígios na lei penal brasileira, disfarçado de medidas que visam coibir a criminalidade, tendo o Estado por vez tentando eliminar o indivíduo aplicando leis penais mais severas.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Seletividade do Sistema Penal. Pena Privativa de Liberdade. Direitos e Garantias Fundamentais.

ABSTRACT

This research aimed to analyze the application of deprivation of liberty in Brazil, in the light of the enemy's criminal law. Learning about this application and how it occurs made it possible to understand whether or not it is allowed in the Brazilian legal system. The study intended to understand the theory of criminal law of the enemy that was created by Gunther Jakobs, to investigate the characteristics and ideas that are defended by him. To study the selectivity of the penal system in Brazil, where it is known that there is great inequality with those who are not considered citizens by the State, and it is believed that this inequality is used so that the State has the power/duty to punish with more severe penalties severe those who do not have the recognition of citizenship. However, the research discussed the great importance of fundamental rights and guarantees, as the Federal Constitution frames several of these rights in which all citizens need to have and must be respected by the penal system. The method explored in the research was the bibliographic methodology and qualitative method. It is concluded, therefore, with the observations made, that it is possible to notice that the Criminal Law of the Enemy presents more and more traces in the Brazilian criminal law, disguised as measures that aim to curb criminality, with the State trying to eliminate the individual by applying stricter criminal laws.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Selectivity of the Penal System. Deprivation of Liberty. Fundamental Rights and Warranties.

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desse trabalho é a teoria de Gunther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, compreender a sua criação e como ocorre sua aplicação no sistema do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Esse estudo pretende responder os seguintes problemas: ao aplicar a pena privativa de liberdade o Direito Penal Brasileiro adota a teoria do Direito Penal do Inimigo? Há uma proporcionalidade da aplicação da pena com os princípios constitucionais?

A pesquisa tem como objetivo geral analisar aplicação da pena privativa de liberdade à luz do Direito penal do Inimigo. E tem como objetivos específicos: Estudar o contexto histórico da teoria do Direito Penal do Inimigo; Explicar a seletividade do sistema penal no Brasil; e discutir a aplicabilidade da pena privativa de liberdade na teoria do direito penal do inimigo no Brasil.

A pesquisa tem como justificativa as críticas relacionadas ao Direito Penal do Inimigo, de forma que viéssemos discorrer e escolher tal tema, considerando assim a grande repercussão do tema sobre o presente e futuro do Direito Penal Brasileiro, bem como atingindo a atual realidade na sociedade. A relevância do tema trata-se da importância do grande excesso de aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil ao Direito Penal do Inimigo no sistema jurídico brasileiro e ao analisar até que ponto essa pena privativa de liberdade deixa de ser objeto de punição e passa a ferir direitos e garantias fundamentais como a dignidade humana.

Para o desenvolvimento desse estudo será utilizado a metodologia bibliográfica e método qualitativo. A pesquisa bibliográfica é a investigação em material teórico sobre o assunto de interesse, precedendo assim o reconhecimento do problema ou do questionamento que funcionará como delimitador do tema de estudo. Sendo assim, as pesquisas serão feitas através de livros, artigos e legislações. O método qualitativo é o estudo de um objeto, que busca interpretá-lo em termos do seu significado. Neste sentido, a análise considera mais a subjetividade do pesquisador.

Dito isso, o artigo será dividido em 3 (três) tópicos, a saber: O primeiro item, aborda a parte histórica do Direito Penal do Inimigo criado por Gunther Jakobs, compreendendo assim a sua criação e características, e, também as mudanças sociais realizadas nos últimos anos.

O segundo item, discorre acerca da seletividade do sistema penal no Brasil e o poder de punir, onde possui um sistema de ordenamento jurídico no qual todos devem receber tratamento de maneira igualitária, sem haver distinções.

O terceiro item trata-se da aplicação da pena privativa de liberdade fazendo alusão ao Direito Penal do Inimigo, sob o enfoque das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime que alterou o instituto da pena privativa de liberdade aumentando o quantum da pena, ferindo direitos e garantias constitucionais.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No que se refere à parte histórica afirma que, em 1985, Jakobs apresentou o conceito de “Direito Penal do Inimigo” para a sociedade de Frankfurt, não recebendo a publicidade e a notoriedade que o tema necessitava. Somente em 1999 que a teoria fora apresentada e passou a ganhar força no setor jurídico, após a apresentação do tema perante o Congresso do Milênio. Em Berlim, foram levantados diversos questionamentos acerca da teoria, que se repercutiram, nas regiões de língua portuguesa e espanhola (MORAES, 2008).

O autor defende que as pessoas que são consideradas inimigas da sociedade não devem receber o mesmo tratamento criminal que aqueles que são considerados cidadãos. O tema ganhou mais notoriedade pública após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, na cidade de Nova York. Isso porque Jakobs teve a ideia de dividir Direito Penal em duas áreas: uma é o direito dos cidadãos, que trata dos crimes cometidos por estes, e a outra é o direito penal do inimigo, que trata dos crimes cometidos pelos inimigos do Estado, nessa ocasião, os terroristas.

É nesse sentido que Jakobs (2007, p.21) inicia sua obra:

Quando no presente texto se faz referência ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito penal do inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão.

Após os ataques terroristas mencionados, o mundo não foi mais o mesmo, pois todos temiam que algo dessa magnitude pudesse acontecer a qualquer

momento, por conta disso, países entraram em alerta e passaram a debater medidas, a fim de impedir ataques terroristas.

Além de criador da teoria, Jakobs (2007) também desenvolveu a ideia por trás do funcionalismo sistêmico ou radical, com base na Teoria dos Sistemas de Luhmann, o radicalismo refere-se à crença de que tudo está conectado por meio de um conceito único e abrangente. A proteção só é possível através da restrição de opções alternativas, o jurista alemão só reconhece o poder da lei quando aplica consistentemente suas decisões. De acordo com suas crenças culturais, os indivíduos exigem uma conduta comum.

Para Luhmann (1983, p.168):

A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem se referir. Ela transforma o indeterminado em determinado, ou pelo menos em uma complexidade determinável para outros sistemas. A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente mais domesticado, de menor complexidade, no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema.

É claro que o Direito Penal deve refletir a realidade no que diz respeito à evolução social, ter uma resolução para as preocupações atuais, é fundamental saber o quanto da tradição do Direito Penal terá que ser abandonada para manter esse contato (HASSEMER, 1993).

A proposta sistêmica funcionalista de Jakobs pretende explicar essas mudanças sociais, tentando aliviar a insegurança dos processos modernizadores e a multiplicidade de questões em nossas atividades cotidianas. Desse modo, ele propôs essa segurança no quadro jurídico da justiça penal e processual, uma obstrução, não é uma garantia à legitimidade do Direito Penal, isso indica chances perigosas a não conclusão do processo de criação de um Direito Penal básico que defenda as liberdades fundamentais.

É evidente que o Direito Penal do inimigo e a divisão entre cidadãos e inimigos, contrariando o conceito e fundamento de um Estado Democrático de Direito, porque exclui as pessoas que são vistas como inimigas do Estado, rotuladas e colocadas em quarentena, e assim remove suas garantias individuais e elimina seus direitos básicos.

2.1 Características do Direito Penal do Inimigo

As características do Direito Penal Inimigo são pautadas pelo modelo de direito penal do autor, que se diferencia deste de fato. O vigente sustenta que o indivíduo deve ser punido de acordo com o que ele fez e seu crime. O outro, entretanto, defende que o indivíduo deve ser punido apenas pelo o que ele é, apesar daquilo que ele fez (GOMES, 2006).

Um bom exemplo da lei penal do autor ocorreu no nazismo de Hitler, muitas pessoas foram mortas simplesmente por serem judias, não por violarem as leis vigentes na época. Em vista disso, caso um judeu e um alemão ambos cometessem o mesmo delito, o primeiro seria punido com mais severidade, visto que é considerado inimigo do Estado, pela Lei de Nuremberg, e o segundo como cidadão alemão os direitos não seriam restringidos, uma vez que receberia uma pena mais leve por ser cidadão.

Ademais, a Lei Nuremberg na época considerava que:

A Lei da Cidadania do Reich declarava que apenas aqueles de sangue alemão, ou com ele relacionado, eram elegíveis para serem cidadãos do Reich; os restantes eram classificados como sujeitos do estado, sem quaisquer direitos de cidadania. (KERSHAW, 2008, p. 345).

A característica distintiva do "Direito Penal do Inimigo" é seu forte conteúdo simbólico, em outras palavras, novas leis penais são incitadas em resposta à agitação da sociedade a ameaça da insegurança nas grandes cidades. Ressalta-se, ainda, que sob a ótica do Direito Penal hostil, na abordagem dos fenômenos criminais, prevalecem as normas do direito penal (GOMES, 2006).

Sintetizando as características principais do Direito Penal do Inimigo, segundo Jakobs (2000, p. 55):

Ampla antecipação da punibilidade, ou seja, mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido, como no caso de terrorismo e organizações criminosas; b) falta de uma redução de pena proporcional ao referido adiantamento; c) mudança da legislação de Direito Penal para legislação de luta para combate de delinquência econômica. d) ordenamento jurídico-penal prospectivo; e) penas desproporcionalmente altas o que, equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada e; f) relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.

Dadas essas características do Direito Penal do inimigo, uma análise crítica deste artigo é importante. Vários princípios constitucionais e penais da Constituição Brasileira de 1988 são afrontados por esse direito de sistema de penalidade, distinguindo claramente os seres humanos, classificando como "cidadão" e "inimigo". O argumento da lei criminal do inimigo impõe flexibilidade de segurança de direitos constitucionais contra a democracia e o Estado de direito.

2.2 O Direito Penal do Inimigo no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Nossa Constituição Federal garante a igualdade perante a lei, ou seja, em elaboração desta, é fundamental que tenha tratamento igualitário para situações idênticas, isso quer dizer que o Direito Penal do inimigo em teoria, não se aplica no nosso Estado de Direito, pois qualquer tratamento diferenciado iria representar enfraquecimento dos direitos fundamentais. Portanto, os argumentos de Jakobs não devem ser amparados no ordenamento jurídico brasileiro, mas, a possibilidade de resquícios da teoria que deve ser examinada, uma vez que sua aplicação pode representar uma supressão de princípios e fundamentos constitucionais.

Um exemplo mais visível que apresenta vestígios da teoria de Jakobs está presente no artigo 288 do Código Penal, com redação dada pela Lei 12.850/2013, tipifica o crime de associação criminosa da seguinte forma: “associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes - pena: reclusão de 1 a 3 anos”. A redação de 2013 conferiu novo nome ao delito, antes chamado de “quadrilha ou bando”.

Para haver crime de associação criminosa não é preciso que as pessoas ligadas tenham precisamente praticado algum delito, sendo suficiente que se agrupem com o objetivo de cometer crimes. O que se pune assim é o fato de pessoas se organizarem para futuramente praticarem algum ato ilícito, dessa maneira, constatamos que há uma expectativa de punição, característica do Direito Penal do inimigo, em que meros atos de preparação e até mesmo pensados são punidos para coibir possíveis atos do inimigo da sociedade.

A teoria de Jakobs nos encoraja a ter sempre em mente a formulação contratualista de aceitar ou não o contrato social, aqueles que não aceitam esse contrato proposto pela maioria serão considerados fora deste e, portanto, na margem da sociedade, no entanto, não é compatível com o Estado Democrático de

Direito, pois além de classificar as pessoas como fiéis ou descumpridoras da lei, há uma deturpação sobre se constituem uma fonte de perigo atual e futura, com base em quão fiéis são à lei, as pessoas serão julgadas sob leis diferentes, embora estejam sujeitas a mesmo Estado Democrático de Direito (SIQUEIRA, 2008).

Gracia (2007, p. 156) também acredita que é impossível conciliar o Estado Democrático de Direito e o Direito Penal do Inimigo, porque a primeira é guiada pelo princípio da dignidade humana:

Na medida em que o Direito Penal do Inimigo for apenas força e coação físicas para imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser invalidada e deslegitimada de modo absoluto. O horizonte da democracia e do Estado de Direito não pode abarcar nenhuma coexistência entre um Direito Penal para cidadãos e um Direito Penal para inimigos. O Direito Penal do inimigo não tem lugar no horizonte da democracia e do Estado de Direito, porque só no horizonte de uma sociedade não democrática e de um Estado totalitário é imaginável a emergência de um Direito Penal do inimigo.

Ao mesmo tempo, as tentativas de destacar os inimigos acabam afetando a todos, e a distinção nem sempre é clara, o tratamento pessoal viola os direitos e garantias de todos, remetendo muito mais ao Estado Absoluto que ao Estado de Direito.

3 A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NO BRASIL E O PODER DE PUNIR

No Brasil, nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988), adota que todos diante do seu art. 5º, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assim como no princípio da igualdade que se relaciona com a concepção de que a lei penal é igual para todos e de que a reprimenda penal se aplica para todos de maneira igualitária. Baseia-se na ideia de que a norma penal é neutra e imparcial, aplicada à minoria de comportamentos desviantes que estão presentes na sociedade (BARATTA, 2011).

Por outro lado, segundo a teoria do direito penal do inimigo, já existe uma distinção preestabelecida entre pessoas “inimigas da sociedade” que não recebam as mesmas garantias e benefícios concedidos pelo Direito Penal para àqueles que são considerados cidadãos pelo ordenamento. Nesse sentido, percebe-se que há um tratamento diferenciado, em relação às pessoas que são consideradas inimigas do Estado.

Zaffaroni (2007, p. 18) menciona:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito.

Nesse aspecto, percebe-se quando se trata de um ser humano que é considerado perigoso, necessitando assim de uma restrição, ele passa a não exercer seu caráter de pessoa, ou seja, dele é retirado ou negado certos direitos que lhe sejam reconhecidos (ZAFFARONI, 2007).

O sistema penal não elimina as violações, mas, administram as violações de forma desigual, impondo assim a seletividade dos poderes punitivos a determinados indivíduos que se enquadram em estereotípicos específicos (FOUCAULT, 1977).

Nesse aspecto, Batista (1990, p.26) leciona, que:

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas.

Pelo contrário, a lógica desde o estabelecimento do sistema penal, orientando sua função, não se trata de um tratamento igualitário, mas sim de um tratamento de desiguais, diferenciados, seletivos e incluindo certas pessoas, de acordo com o grau de suas características sociais.

A seletividade do sistema penal, é fruto de uma construção social e cultural, diversificada e influenciada pela cultura, pela mídia (popularismo criminoso) e valores no discurso do poder, é legitimado o processo eleitoral a todo momento, embora inconsciente, o comportamento criminoso e características criminosas fazem o perfil do cidadão considerado criminoso (FERNANDES, 2017).

Quando o Estado ganha o poder de resolver conflitos por meio do direito penal, ele monopoliza o poder/dever de aplicar sanções previamente definidas por meio de mecanismos e ferramentas de tranquilização. No momento atual, esse comportamento punitivo do Estado não se dá apenas por um desejo de estabilidade social, mas também por uma busca de harmonia nas relações individuais e também nas relações coletivas.

O Sistema de Justiça Criminal, opera no marco legal do direito penal, cumprindo assim suas funções públicas de zelar pela ordem justa, proteger os interesses jurídicos gerais e promover o bem comum (SANTOS, 2014).

No sistema penal, o poder de punir é atualmente marcado por dois discursos de legitimadores, o da legalidade, porque é exercido no âmbito das disposições legais e normativas; o discurso do utilitarismo, segundo a qual no discurso, o sistema penal tenta defender a sociedade vinculando-a ao propósito expresso. Da mesma forma, o Estado moderno é representado pelo Estado de direito, e seu poder punitivo é representado para garantir a defesa social (ANDRADE, 1997).

Outro detalhe importante, é que o poder punitivo é o monopólio do conflito, onde o Estado toma o lugar da vítima do dano, excluindo-a da decisão e dando a ela um papel ínfimo na justiça criminal. Zaffaroni (2013) afirma que o poder punitivo se caracteriza pelo confisco da vítima, ou seja, uma modalidade que não resolve o conflito porque, por definição, uma das partes (a vítima) é excluída da decisão.

Baratta (2011) destaca-se que o poder punitivo traz à tona o mito da igualdade no direito penal, pois este é o protege a todos igualmente, simplesmente porque as ações dos indivíduos são uma violação de um direito pena, norma imposta pelo Estado para ser objeto de processo de condenação criminal, cuja as consequências são iguais para todos.

O nosso sistema penal, se manifesta como exercício de um poder racionalmente planejado, e se pretende interpretar esse planejamento estatal através do discurso do direito penal ou da ciência criminal. Entretanto, se a ciência criminal é racional e opera de acordo com os procedimentos legais no sistema penal, então somente os direitos fundamentais podem ser legítimos e efetivamente garantidos (ZANFFARONI, 1991).

4 A APLICABILIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

Com o temor da sociedade diante o aumento da criminalidade diariamente, atrelado ao sentimento de impunidade, ainda que seja utilizado em *ultima ratio*, o Direito Penal é imprescindível para a proteção do indivíduo e da sociedade, regulando as relações sociais de modo legítimo e eficaz.

À medida que a sociedade evolui advém dessa evolução a necessidade de inovações e alterações na legislação penal brasileira para proporcionar o aumento da segurança social, bem como diminuir a criminalidade que assola nosso país. Em decorrência disso, o Estado ao invés de garantir a proteção dos bens jurídicos, suprime garantias e direitos constitucionais, principalmente ao tomar medidas no sentido de aumentar penas, tornando essa medida praticamente ineficaz.

Sobre essas inovações temos como mais recente a Lei Federal nº 13.964/19, a qual é popularmente conhecida como Pacote Anticrime, que entrou em vigor no dia 23/01/2020 e trouxe diversas mudanças para ordenamento jurídico brasileiro, sendo alvo de críticas negativas e positivas quanto ao seu conteúdo. Dentre essas discussões temos como ponto principal de que essa lei possui caráter apenas punitivo, pouco contribuindo para a segurança social, ao contrário disso a referida lei fere direitos constitucionais garantidos aos indivíduos que cometem algum crime, o qual antes de tudo deve ser considerado um cidadão titular de garantias.

Uma das alterações mais significativas diz respeito ao Art. 75 do Código Penal, antes o dispositivo previa o quantum da pena privativa de liberdade em 30 (trinta) anos, com a alteração feita pela Lei 13.864/19 passou a ser 40 (quarenta) anos, ocasionando consequências também em outros institutos penais como o da progressão do regime carcerário cumprido pelos apenados, que também foi alterado pelo pacote anticrime, tendo o réu que cumprir mais tempo de pena para poder avançar de regime prisional (BRASIL, 2019).

Pode-se observar que a referida Lei no instituto da aplicação da pena privativa de liberdade faz alusão ao Direito Penal do Inimigo, uma vez que posiciona o criminoso como adversário da sociedade, e não como parte integrante desta, fazendo com que o réu passe mais tempo recluso e como consequência desse lapso temporal termine sua vida encarcerado.

Segundo Jakobs (1981, p.42):

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato como o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua periculosidade.

Nota-se que acerca das discussões a respeito da legitimidade do direito penal do inimigo, que essa teoria não possui o viés de decisão jurídica, mas sim política.

Em casos concretos ainda que extremos, é possível justificá-los juridicamente mesmo essas decisões sendo contrárias aos direitos e garantias constitucionais pertencentes ao indivíduo. Com isso podemos definir quem deve ser tratado como inimigo e em que circunstâncias uma política criminal dessa natureza pode-se justificar, mesmo havendo defensores de que o Direito Penal do Inimigo é inconstitucional, pois afronta diversos preceitos legais, sendo essas correntes insuficientes diante das normas penais no nosso ordenamento (MORAES, 2001). O autor ainda considera que “o panorama do atual Direito Penal nada mais representa como pretendem Luhmann e Jakobs, que um retrato na sociedade. Nesse sentido, o Direito Penal do Inimigo é o retrato da crise da humanidade” (p. 334).

4.1 Críticas ao Pacote Anticrime Sob o Enfoque da Pena Privativa de Liberdade

A aplicação da pena privativa de liberdade é parte essencial na resposta estatal. Durante muito tempo acreditava-se que este seria o meio mais adequado para a ressocialização do apenado. No entanto, com as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, há uma descrença por diversos doutrinadores.

Para Masi (2019, p. 01):

Ao invés de criar filtros mais restritivos para o encarceramento dos indivíduos mais perigosos, o projeto de Lei Anticrime generaliza e pretende ser uma solução aparente dos problemas de segurança pública que assolam o país. A realidade é que se trata de um projeto criado em gabinete, voltado a situações ideais, pensado por pessoas que trabalham diretamente com a macrocriminalidade, sobretudo do colarinho branco, então com a grande massa dos crimes comuns praticados diuturnamente no Brasil.

O aumento do quantum da pena privativa de liberdade teve como um dos argumentos pertinentes o aumento da perspectiva de vida do brasileiro, se a expectativa de vida aumentou, uma pessoa pode permanecer um período maior recluso em um estabelecimento penal, porém ainda que o Pacote Anticrime tenha feito essa alteração com o objetivo de combater o crime, o legislador não observou as drásticas consequências que afetarão ao Estado.

Essas mudanças configuram um irrefutável retrocesso e trazem irreparáveis consequências ao ordenamento jurídico, pois se está diante de possíveis grandes problemas como a unificação das penas e a situação caótica em que se encontra o sistema carcerário brasileiro. Essas modificações não garantem comprovadamente a

diminuição da criminalidade, pelo contrário majorar o tempo de cumprimento da pena apenas vai contribuir para o aumento dos gastos públicos e para a superlotação carcerária, em nada contribuindo para a ressocialização do indivíduo e a diminuição da reincidência.

Dessa forma, ao ser aprovado o Pacote Anticrime este trouxe drásticas mudanças no que se diz respeito ao endurecimento das leis penais, divergindo do Estado Democrático de Direito, ferindo os diversos princípios, como o da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, omitindo garantias legais e constitucionais, sendo incapaz de oferecer condições para a futura reinserção social do apenado, o que exigiria condições adequadas de execução, em especial quanto às condições de educação, trabalho e salubridade do espaço prisional.

4.2 A Aplicação da Pena Privativa de Liberdade e a Dignidade da Pessoa Humana

Os direitos e garantias fundamentais são as garantias básicas intimamente relacionadas com os direitos humanos e são as verdadeiras restrições ao poder do Estado, destinado a conter suas ações arbitrárias e imensuráveis, tem, portanto, um nível mínimo e invisível do direito de ser observado. Nesse aspecto, Bonavides (2011) declara que os direitos fundamentais são concebidos para criar e manter os pré-requisitos básicos para uma vida livre, respeitando a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º descreve uma lista de direitos fundamentais sem limitação e esses direitos não são omissos, diz que, tais direitos não são excluídos de outros decorrentes do sistema e dos princípios por eles adotados. A Constituição reconhece ainda, que existem outros direitos fundamentais, para além dos descritos no seu texto, que estão implícitos e, como afirma o artigo 5º, parágrafo 2, “decorrem do sistema de princípios” aceitos pela Constituição (FERREIRA, 2015).

Além disso, a Constituição Federal em seus dispositivos visa assegurar os direitos e garantias individuais e coletivos do cidadão, dessa forma, constituindo-se de um Estado Democrático de Direito em seu Art. 1º são elencados direitos fundamentais que regem a sociedade, dentre eles a dignidade da pessoa humana,

um dos fundamentos basilares da Constituição, que possui a sua garantia de permanência inviolável (BRASIL, 1988).

Para Sarlet (2005, p. 37):

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base e a direção de todos os demais princípios oriundos do ordenamento jurídico brasileiro, e nos quais se busca a validade, entendido como uma norma hierárquica superior, que impede que os legisladores promulguem normas que violam a dignidade da pessoa humana.

Essa dignidade tem como um preceito constitucional que visa assegurar a integridade do cidadão, bem como respeito, proteção e promoção do indivíduo, sem qualquer distinção, isso inclui dizer que mesmo tratando-se de um criminoso, o Estado deve agir de forma a salvaguardar seus direitos, assim como menciona o Art. 3º da Lei de Execuções Penais em que o preso é detentor de todos os direitos assegurados a um cidadão comum, com exceção àqueles decorrentes da sentença condenatória ou da legislação, como a liberdade, sendo imprescindível o respeito da integridade física e moral do apenado (BRASIL, 1984).

No que se refere à execução da pena privativa de liberdade, podemos observar que essa está longe de cumprir sua real finalidade, qual seja a segurança social e a ressocialização do criminoso. Ao observarmos os procedimentos legais para a execução da pena no cárcere, devendo ser a dignidade da pessoa humana fundamento basilar da pena, podemos notar que essa garantia constitucional é infringida desde a produção legislativa das leis penais, que tem como reflexo disso a realidade inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, com as inúmeras supressões de direitos e garantias.

Nota-se que a realidade carcerária brasileira está longe de estar em conformidade absoluta aos parâmetros da dignidade humana. Assim, verifica-se em um depoimento de um apenado que retrata o sistema carcerário brasileiro como um lugar hostil, denotando o sistema precário:

Vou fazer uma comparação grosseira, só para o senhor entender: Pega um cachorro que foi maltratado e coloca na jaula e trata com respeito e dignidade pode ter certeza que ele vai se tornar um animal dócil e preparado para viver em sociedade para viver em qualquer lugar, mas se jogá-lo na jaula e só maltratar humilhar pode ter certeza que ele vai ficar 10 vezes pior que entrou. Depoimento extraído de Felisberto (2018, p. 142).

Destarte, o apenado descreve acerca da jaula que colocam animais maltratados e humilhados, de modo que se mostra instável, mencionando o tratamento desumano em que um apenado é submetido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando, tudo que foi estudado foi possível compreender e fazer uma análise crítica a respeito da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil à luz do Direito Penal do Inimigo. Primeiramente, a teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs foi analisada, segundo ele, essa teoria distingue entre cidadão e inimigo do Estado, este último sendo o sujeito do estudo que são infratores bem como devem ter certos direitos relativos para restaurar a ordem social.

De acordo com Jakobs, essa regra deve ser protegida para que outros cidadãos possam cumpri-la, então quem violar a regra será severamente punido, vemos o Direito Penal do inimigo como uma presunção bem estabelecida de defesa nacional e para combater crimes contra a segurança pública.

Partindo disso, o Direito Penal do inimigo é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Isso porque a obrigatoriedade da execução pelo Estado não pode ser exercida a seu critério, e seus limites estão nos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. Estabelece-se o princípio da dignidade humana.

Contudo, foi avaliado como é possível ver resquícios do Direito Penal do inimigo no Brasil, mesmo que indiretamente. Um bom exemplo disso é a Lei 12.850/2013, o crime de associação criminosa, o que se pune dessa forma é o fato de as pessoas se organizarem para cometer transgressões no futuro, verificamos que há uma antecipação da punição, que são características do Direito Penal do inimigo, a mera preparação para ações e até mesmo pensamentos são punidos para evitar qualquer ato criminoso.

Quanto à seletividade do sistema penal, buscou-se saber que a sociedade se vê indefesa contra criminosos cujo perfil é extremamente perigoso, fazendo com que exista uma distinção entre cidadãos que são considerados inimigos pelo Estado. Essa distinção viola os direitos garantidos pela própria Constituição Federal, que diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o que fica estabelecido que essa seletividade se torna prejudicial aos menos favorecidos.

Ademais, perante as inovações da Legislação Penal trazidas pelo Pacote Anticrime, principalmente em relação ao disposto no Art. 75 do Código Penal quanto à alteração ao aumento da pena, observa-se que o Estado perante aos seus grandes obstáculos diante do sistema prisional brasileiro se encontra em verdadeiro colapso, pela superlotação e as condições precárias no cárcere, buscando dessa forma, de maneira ineficaz e exacerbada uma política criminal punitivista, se assemelhando a teoria do Direito Penal do inimigo, pois essas alterações apenas passam uma falsa percepção de segurança.

Dessa forma, com essa política adotada pelo Estado tendo a prisão como principal resposta estatal, tem-se essa alternativa há anos e até o presente momento não se demonstra tão eficaz, ao contrário disso surgem diversas problemáticas no tocante aos gastos públicos, bem como a população carcerária que está cada vez maior, estando ao passo que não há estrutura no Estado capaz de garantir a dignidade dos encarcerados, e suas garantias e eles reservados, causando assim uma insegurança jurídica. Além disso, à medida que o Estado adota uma pena mais severa e não se atenta à conformidade com os regulamentos nacionais e internacionais, isso se reverte a um Estado de coisa inconstitucional.

Por consequência, a pena sofre oscilações quanto a sua legitimação, divergindo da sua real finalidade, qual seja, a ressocialização do indivíduo, que em razão do despreparo do Estado para reestabelecer os apenados ao convívio social, a pena passa a servir como um fator para o crime diante a proporção em que se toma, desviando-se de sua função ético-social.

Portanto, insta mencionar que ainda que alterações trazidas pelo Pacote Anticrime tenham como objetivo mais rigor contra a atuação de organizações criminosas, crime com grave violência e corrupção, a nova lei nas condições impostas em razão do aumento da pena, na progressão de regime, e demais alterações sob a execução, não contribuirá para o controle da criminalidade vivenciada no país, pelo contrário só violará direitos e garantias fundamentais

principalmente o da dignidade da pessoa humana, evidenciando dessa forma a similaridade com a teoria do Direito Penal do inimigo, contribuindo dessa forma para um irreparável retrocesso, sem garantir comprovadamente a criminalidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 de out. 2022.

BRASIL. **Art. 2º da Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. **Art. 3º da Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm#:~:text=Art.%203%C2%BA%20Ao%20condenado%20e,%2C%20social%2C%20religiosa%20ou%20pol%C3%ADtica. Acesso em: 24 out. 2022

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 31 out. 2022.

BRASIL. **Lei federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, Brasília, DF, dez 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%204%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal. Acesso em: 31 de out. de 2022.

FELISBERTO, Fernanda. Palavras encarceradas: as escrevivências em espaço prisional. In: PIRES, Thula; Freitas, Felipe (orgs.). **Vozes do cárcere: ecos da resistência política**. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018.

FERNANDES, Sérgio Ricardo Aquino; PELLEZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de. **Fraternidade como Alternativa à Seletividade do Direito Penal**. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 76, p. 155-182, May 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/dpfxV497Yz5P7rSyMr9cRd/?lang=pt>. Acesso em: 01 out. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1977.

GOMES, Luiz Flávio; Bianchini, Alice. **Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal**. Revista Ultima Ratio. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRACIA martín, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Trad. de Carlos Eduardo Vasconcelos. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel, **Derecho penal del enemigo**, 1981.

JAKOBS, Günther. **La ciência del Derecho Penal ante las exigências Del presente**. Tradução de Teresa Manso Porto. Bogotá: Iniversidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de derecho Penal Y Filosofia Del derecho, 2000.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas**. Tradução André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther; **Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo / terroristas como pessoas de direito?** In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org e trad.). **Direito penal do Inimigo: noções e críticas**: Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

KERSHAW, Ian; **Hitler: A Biography**. New York: W. W. Norton & Company, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, vol. I.

MASI, Carlo Velho. **Comentários ao Projeto de Lei Anticrime do Min. Sérgio Moro**. Jus.com.br, 2019. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/73149/comentarios-ao-projeto-de-lei-anticrime-do-min-sergio-moro>. Acesso em: 25 de out. 2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito Penal do inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal**. São Paulo. 2001.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões de Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1701, 27 fev. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10989>. Acesso em: 18 out. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

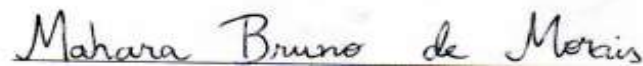
ZAFFARONI, Eugênio Raúl; **O Inimigo no Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. – 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DECLARAÇÃO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Eu, Mahara Bruno de Moraes, graduado (a) em Letras pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA, declaro para o Centro Universitário UNINOVAFAPI que revisei o Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito intitulado Aplicação da Pena Privativa de Liberdade no Brasil à luz do Direito Penal do Inimigo, dos alunos Gilcielle Sousa Oliveira, João Victor Mendes de Carvalho e Stefany da Silva Paes Landim. Declaro ainda que o presente trabalho encontra-se de acordo com as normas ortográficas e gramaticais vigentes.

Teresina, 04 de novembro de 2022.



Mahara Bruno de Moraes
CPF: 064.638.143-18