

## **DIREITO PENAL DO INIMIGO: uma alternativa para o combate à violência no Brasil**

Iasmin Dantas de Oliveira<sup>1</sup>  
Flávia Christiane Cruvinel Oliveira<sup>2</sup>  
Douglas Yamamoto<sup>3</sup>  
Rogério Mendes Fernandes<sup>4</sup>

### **RESUMO**

A proposta desse trabalho é analisar se o direito penal do Inimigo está em contraditório ao de direito penal garantista, pois o direito penal do inimigo visa a forma de combater a ação negativa que afeta a ordem social, bem como a prevenção dos crimes. Será feito um estudo do direito penal e do direito penal processual, bem como os princípios constitucionais e processuais penal, para que após a compreensão destes seja possível apresentar o conceito do direito penal do inimigo e se é possível a aplicação deste instituto no estado democrático de direito. Diante disso, vale esclarecer que, o presente trabalho não visa justificar as razões pelas quais foi criada a teoria do direito penal do Inimigo e sim para levar ao conhecimento de todos se é possível existir na sociedade democrática de direito o direito penal do inimigo.

**Palavras-Chave:** Direito penal do inimigo. Divergências. Aplicabilidade, Direito Penal Garantista. Princípios Constitucionais. Processuais Penal

### **ABSTRACT**

*The purpose of this work is to analyze whether the criminal law of the Enemy is contradictory to that of the guarantor criminal law, since the enemy's criminal law aims at combating the negative action that affects the social order, as well as the prevention of crimes. A study of criminal law and procedural criminal law will be made, as well as constitutional and criminal procedural principles, so that after understanding them it is possible to present the concept of the enemy's criminal law and whether it is possible to apply this institute in the democratic state of right. Therefore, it is worth clarifying that the present work does not aim to justify the reasons why the Enemy's criminal law theory was created, but to bring to everyone's knowledge whether it is possible for the enemy's criminal law to exist in democratic society.*

**Keywords:** Criminal law of the enemy. Disagreements. Applicability, Guarantee Criminal Law. Constitutional principles. Criminal Procedures

---

<sup>1</sup> Aluna do curso de Direito do Centro Universitário Atenas;

<sup>2</sup> Professor do curso de Direito do Centro Universitário Atenas;

<sup>3</sup> Professor do curso de Direito do Centro Universitário Atenas;

<sup>4</sup> Professor do curso de Direito do Centro Universitário Atenas;

# 1 INTRODUÇÃO

O direito penal do inimigo é uma tese desenvolvida por Günter Jakobs, jurista e professor alemão, que em 1985, com os fatos horrendos que crescem cotidianamente a desenvolvera para fins de solucionar ou no mínimo suggestionar uma solução com o fim de se dissipar a criminalidade

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.

Serão apresentados alguns aspectos introdutórios sobre o tema, com destaque para os dois momentos de sua formulação: as origens do direito penal do inimigo, no ano de 1985, e ainda a consolidação desta teoria nos trabalhos desenvolvidos a partir da década de 90.

Serão delineados os suportes filosóficos da referida teoria, por intermédio do estudo das concepções de Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e Johann Gottlieb Fichte.

Também serão delimitados os elementos caracterizadores do direito penal do inimigo, em relação à antecipação da tutela do direito penal e a relativização de garantias penais e processuais penais, bem como se estabelecerão as diferenças entre a pessoa (cidadão) e o inimigo (não-pessoa). Demonstrar-se-á, a presença do direito penal do inimigo em que alguns países, entre eles os estados unidos e a espana.

Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal, sendo o direito penal do inimigo e o direito penal garantista.

Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais. Que isto fique dito como primeiras considerações.

Direito penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto está, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes.

Ademais, um direito penal do inimigo implica, pelo menos, um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta

espontânea e impulsiva.

## **2 DIREITO PENAL**

### **2.1 ORIGEM DO DIREITO PENAL**

No início dos tempos quando foram formadas os primeiros grupos de pessoas e foram criadas as primeiras regras que nada mais era que tradições criadas pelo homem para reger sua convivência em sociedade. Inicialmente regidas pela fé pois tudo era divino e misterioso e assim se tornaram tradições mitos e costumes seguidos cegamente pela sociedade.

Não há ao certo uma data específica de quando iniciou o direito penal no nosso planeta, todavia, na sociedade primitiva, onde se acreditava que todos os fenômenos eram regidos por divindades e essas divindades ficavam enfurecidas quando eram contrariadas pelos povos, pode-se dizer que o direito penal iniciou com o objetivo de conter as fúrias das divindades, no qual foram criadas pelo poder vigente algumas proibições denominadas como tabus, e era através do descumprimento dessas proibições que eram gerados ao autor do descumprimento um castigo. Vale ressaltar que, não podemos chamar o tabu de Direito Penal, há aqui somente o ensejo, os primeiros passos do Direito Penal. (MIRABETE & FABBRINII, 2014.)

Com o passar do tempo essas cresças passaram a mudar pois já não se acreditava mais em divindades em mistérios e mitos a sociedade passou a ser regida pelas leis e acreditava-se em uma forma de punição para os infratores:

Já na sociedade moderna, não se acreditavam mais em divindades e com isso a denominação tabu passou a ser regida por leis e com o seu descumprimento o autor era punido por uma pena, pena essa que consiste na vingança. A vingança era tida como uma forma de revidar a agressão sofrida pela vítima, pela sociedade ou por ambas e essas foram divididas em fases, vingança privada, divina e pública. (MIRABETE & FABBRINII, 2014).

Assim, nessa fase da vingança, a objeção ao crime era não unicamente da vítima como também de grande parte da sociedade.

Dessa forma, caso a infração fosse cometida por um autor pertencente da tribo, o infrator poderia ser castigado com a expulsão ou com sua morte. Se este fosse de outra tribo, possivelmente se instalaria uma guerra eliminando uma das tribos. Com isso, a fim de evitar essa eliminação de tribos, foi criado a lei de talião (de talis = tal), que visa igualar os atos de punição aos danos causados. Essa perspectiva foi usada pelo Código de hamurábi, no Êxodo e na lei das XII tábuas. (MIRABETE & FABBRINII, 2014).

Logo após surgiu também o sistema de composição, no qual o transgressor,

para não sofrer a punição, poderia comprar a sua liberdade.

O direito penal teve um grande avanço com o *talmud*, com o povo hebreu no qual, a pena de talião cedeu espaço para a multa, prisão e punições físicas, acabando, quase que totalmente, com o castigo de morte, e em seu lugar foi imposta a prisão até a morte do indivíduo. O rigor da lei mosaica foi suavizado, tendo agora a palavra da testemunha, grande marco para se analisar uma condenação. (MIRABETE e FABBRINI, 2014).

O principal marco do direito penal foi com o direito romano, pois houve a separação do direito com a religião. Assim, os crimes foram divididos em crimes público e privados, seguidos da criação da crimina extraordinária. Dessa forma, os crimes públicos eram aqueles que envolviam a traição ou a conspiração política contra o estado e também os crimes de assassinatos, já os crimes privado eras os demais. Assim, vale demonstrar que julgamentos dos crimes públicos e dos crimes privados tinham atribuições diversas, senão vejamos:

Direito Romano foi grande contribuinte do desenvolvimento do direito penal, a pena se tornou pública e houve a criação das punições sobre o erro, culpa, dolo, imputabilidade, agravantes, atenuantes e legítima defesa, além disso, a pena de morte foi substituída pelo exílio e deportação (MIRABETE & FABBRINI, 2014).

Por mais que houve grandes avanços com o direito romano, o período humanitário do direito penal surgiu na época do Iluminismo, sendo discutida a necessidade de reformar as leis penais. Com isso, Cesar Bonesana (apud MIRABETE E FABBRINI, 2014), na obra: *dei delitti e dele pene* (dos delitos e das penas), pregava o limite pela lei moral e instituía alguns postulados como: apenas parte de sua liberdade e direito é cedido pelos indivíduos em sociedade. Surgindo aqui, o livre- arbítrio, ou seja:

[...] o homem pratica um crime consciente de sua conduta antissocial. Como consequência do controle do indivíduo sobre os seus atos, decorre que a pena deve ser sempre legalmente prevista, para que todos saibam diferenciar o vedado do permitido e escolher o caminho a trilhar, devendo ainda a sanção penal guardar proporcionalmente com o crime praticado, na medida exata da retribuição necessária. (MASSON).

O principal marco do direito penal foi o positivismo, o período criminológico e escola positiva tiveram como influência teve como marco as ideias de **Cesar Lombroso**, positivista, que contrariando carrara, acreditava ser o crime de natureza biológica e não jurídica, sendo assim, deve se usar o estudo experimental como base.

Para ele, o infrator já nasce delinquente e apresenta características específicas, tendo como causa do seu nascimento degenerado a epilepsia, por conseguinte o criminoso é doente antes de culpado.

Lombroso relacionava o delinquente nato ao atavismo. Logo, características físicas e morais poderiam ser observadas nesse indivíduo. De acordo com essa atribuição, o delinquente nato possuía uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais que o reportavam ao comportamento semelhante de certos animais, plantas e a tribos primitivas selvagens. (LOMBROSO, 2010, p.43-44).

Ademais Lombroso ainda diferenciava mais cinco grupos de delinquentes, além do além do criminoso nato:

- O delinquente moral;
- O epilético;
- O louco;
- O ocasional;
- O passional.

Entre eles ele dirigiu seu estudo no delinquente nato e o delinquente moral. Indicou diferenças e correlações em associação a determinadas características apresentadas por aqueles.

No que tangia à fisionomia do homem criminoso, afirmava que tais indivíduos apresentavam mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, pele, olhos e cabelos escuros.

Cesare Lombroso nunca afirmou que todos os criminosos eram natos, mas que o “verdadeiros” delinquente, era nato. Sustentava a que, tendo em vista a sua natureza, aplicação de uma pena era ineficaz. Em síntese, o delinquente nato era considerado um doente. Isso porque nascia assim, razão pela qual não deveriam mesmo ser encarcerado. Desse modo, sustentava que o criminoso devia ser segregado da sociedade, antes mesmo de se ter cometido delito, tendo em vista sua característica de criminalidade imutável (LOMBROSO, 2010, p. 43- 44).

A ideologia de Lombroso, ainda que incongruentes em alguns pontos foram empregadas como base para entender a pretensão ao crime.

O iniciador da fase jurídica do positivismo italiano, Rafael Garófalo, dizia existir dois sentimentos, a piedade e a probidade, e que esses sentimentos feridos é que causava o crime. Em sua obra criminologia ele estuda o delito, o delinquente e a pena. (MIRABETE & FABBRINI, 2014).

Assim surgiram as escolas mistas e contemporânea para conciliar as ideias da escola clássica com a escola positiva, objetivando combater o crime através de uma reforma social.

A nova defesa social prega a visão do condenado por uma via mais humanizada, devendo este ser reintegrado à sociedade:

Essa função de defesa social deveria ser garantida da forma mais eficaz e integral possível, repudiando a imposição de penas insuficientes, rotineiramente abrandadas pela indulgência dos tribunais. O combate à periculosidade tornara-se a principal finalidade do direito penal. (MASSON, 2015, p.88).

Portanto, foram com as escolas que surgiram as noções de crime e criminosos e como puni-los e assim reintegrá-los na sociedade, originando o direito penal.

## **2.2 CONCEITO DE DIREITO PENAL E SEUS PRINCIPIOS**

O código penal atual originou-se no projeto de José de Alcântara Machado no ano de 1940, entretanto esse projeto foi modificado e sobre o projeto desenvolveu-se o trabalho de onde originou-se o novo código, que por sua vez, foi sancionado em 7 de dezembro de 1940 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942.

Direito penal é um conjunto de normas jurídicas que estipula o que é crime e infração, e quais sanções devem ser tomadas, então, é a forma como o estado determina as condutas como sendo positiva e negativa, punindo assim, aqueles que são tidas como negativas/proibidas por meio de sanção penal. (QUEIROZ, 2012).

A interpretação do código penal frente a constituição federal apresenta os seguintes princípios essenciais:

- Princípio da legalidade;
- Princípio da ampla defesa;
- Princípio da dignidade da pessoa humana;
- Princípio da isonomia;
- Princípio da não auto incriminação;
- Princípio da presunção de inocência.

Os princípios do direito penal são regras fundamentais para sua aplicação

## 2.3 PRINCIPIO DA LEGALIDADE

É um princípio constitucional que de acordo com o artigo 5º da constituição de 1998, no seu inciso **XXXIX** e no artigo 1º do código penal determina que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; **no código penal**: Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Não pode julgar, por analogia, estabelecer pena sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, pois o processo penal é positivado tendo leis específicas para cada crime.

## 2.4 PRINCIPIO DA AMPLA DEFESA

Determina no seu artigo art. 5º, LV, da constituição federal preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”,

Nada mais é do que o direito do acusado de ter a possibilidade de efetuar a mais ampla defesa além de assegurar a igualdade das partes dentro do processo.

Pereira e Silva (2012, p.270) expõe que:

O princípio da ampla defesa determina a participação efetiva no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova passíveis de demonstrar a inocência do acusado, incluindo as provas obtidas ilicitamente.

Determinando que deve ser utilizados de todos os meios de prova possíveis para comprovar a inocência do acusado

## 2.5 PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o princípio basilar de todos os outros princípios dentro do direito tendo em vista que é um direito fundamental, elencado no

1º artigo da constituição federal no seu inciso III:

Art. 1º A República federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana;

A dignidade tem valor universal, está acima de qualquer discriminação sócio cultural, não importando as distinções físicas, psicológicas, intelectuais, econômicas para que um indivíduo possa ser detentor de igual dignidade.

## **2.6 PRINCIPIO DA ISONOMIA**

Princípio da igualdade onde todos os cidadãos brasileiros são iguais perante a lei sem qualquer diferenciação, sendo assim tratando os desiguais de forma desigual e os iguais de forma igual:

art. 5º, Caput, CF—“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes;”

A igualdade é chamada de formal, da maneira que, é vetado a criação ou edição de leis que violem o princípio da isonomia garantindo a todos o tratamento igualitário de acordo com a lei para os cidadãos.

## **2.7 PRINCIPIO DA NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO OU NEMO TENETUR SE DETEGERE**

Trata-se do direito de não produzir provas contra a si mesmo, sendo oral ou material ou documental, tendo o direito de não fornecer qualquer material em seu desfavor nem mesmo durante o interrogatório onde o acusado não pode ser compelido a responder ou a dizer algo incriminador

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

## 2.8 PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Esse princípio resguarda o direito do acusado de ser tratado como inocente durante todo o transito do processo, tendo em vista que só pode ser considerado culpado após o transito julgado da ação. Resguardando também o direito da não culpabilidade garantindo todos os meios de defesa para o acusado.

Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que preceitua que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"

Já no direito penal do inimigo trás como sua principal teoria decomposição do cidadão que insiste em viver em contrario a lei e as normas da sociedade se tornando uma ameaça a paz e ao convívio em sociedade, essa pessoa se tornará um inimigo devendo ser retirado da sociedade perdendo todos os seus diretos como cidadão devendo não mais ser tratado de acordo com as leis civis, pois já não e membro do estado tendo em vista que as leis civis seus princípios e regras são impontas apenas aos cidadãos.

Conforme Jakobs (2008, p. 28), o indivíduo que se rebela gravemente contra o ordenamento jurídico estabelecido, como em um ato de alta traição, não apenas deixa de ser cidadão, mas perde o *status* de pessoa, devendo ser considerando uma *não-pessoa*. O autor acrescenta: "De modo similar, argumenta Fichte: quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos" (JAKOBS, 2008, p. 26).

Deste modo Jakobs defende a ideia da existência de um direito penal para o cidadão e um outro direito penal para o inimigo:

O direito penal do cidadão, composto de todas as garantias penais e processuais, deve ser mantido para o cidadão delinquente eventual. Para ele, o ordenamento jurídico deve preservar o *status* de pessoa do cidadão criminoso, pois este tem o direito de tentar ajustar-se com a sociedade e reparar a sua transgressão (JAKOBS, 2008, p. 26).

Em contra partida, o direito penal do inimigo refecesse ao indivíduo e não ao cidadão, que configura uma ameaça frequente à norma vigente, por esse motivo deve receber uma solução não jurídica, imposta para acabar com perigo que ele representa perante o convívio social.

Isso porque o inimigo do estado "não proporciona a garantia cognitiva mínima

necessária a um tratamento como pessoa”. Assim, é tido como certo que, ainda que o inimigo recebesse um direito penal garantista, não se ajustaria como cidadão. (JAKOBS, 2008, p. 35).

Seguindo esse pensamento observamos que de acordo com JAKOBS o direito penal do inimigo não afronta o direito e penal e nem seus princípios pois ele não está relacionado aos direitos dos cidadãos, e sim dos indivíduos que não se encaixam na sociedade.

Para entender melhor o posicionamento de JAKOBS, vejamos as principais características do direito penal do inimigo a seguir:

## 2.9 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUAS PRÍNCIPÁIS CARACTERÍSTICAS

A teoria do direito penal do inimigo foi inserida por **Gunther Jaboks** um dos maiores criminalistas reconhecidos nos dias atuais, professor na universidade de Bonn, na Alemanha, no qual atua nas áreas de direito penal e filosofia do direito. Foi elaborado nos anos 80, entretanto na década de 90 obteve efetividade na presença de atrocidades, atentados terroristas dentre diversas ameaças que a humanidade sofreu.

O direito penal do inimigo surgiu devido aos fenômenos expansivos nas sociedades que fez ressurgir o sistema punitivo e o direito penal simbólico, no qual o direito penal simbólico é aquele que identifica o fato e especifica o tipo de autor para que o poder punitivo aja sobre ele. Assim pode-se dizer que “o direito penal simbólico e o punitivo mantêm uma relação fraternal.” (JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo– Noções e Críticas. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.88).

Assim, as principais características do direito penal do inimigo são:

- a) Amplo adiantamento da punibilidade;
- b) Penas desproporcionalmente altas;
- c) Garantias processuais relativizadas ou suprimidas.

Diante disso, Meliá aduz: Segundo Jakobs, o direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. (JAKOBS & MELIÁ, 2012).

## 2.10 ANTECIPAÇÃO DA PUNIBILIDADE

Ocorre em relação à tentativa e aos crimes de perigo (concreto e abstrato)

Regra geral é que a cogitação e os atos preparatórios não sejam puníveis. Em hipótese alguma a cogitação poderá ser objeto de repreensão pelo direito penal, pois *cogitationis poenam nemo patitur*. Contudo, em determinadas situações, o legislador entendeu por bem punir de forma autônoma algumas condutas que poderiam ser consideradas preparatórias, como nos casos dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, CP) e a posse de instrumentos destinados usualmente à prática de furtos (art. 25, LCP)” (Rogério Greco, 2008)

A tutela antecipada constitui-se nas ocasiões antecedentes ao da lesão podendo ser autorizada quando determinar relação de proporcionalidade entre a aplicação da pena (lesão do direito à liberdade do sujeito ativo do crime) e o perigo (probabilidade de lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal causado pela conduta incriminada).

No que se refere crime de perigo concreto temos que assegurar que é o crime que apresenta perigo real evidenciando a possibilidade do dano. Podendo ser aplicadas nas penas dos casos citados a seguir;

- Perigo abstrato.
- Perigo concreto.
- Punição de atos preparatórios.
- Tentativa.

## 2.11 GARANTIAS PROCESSUAIS RELATIVIZADAS OU SUPRIMIDAS

Assim como cita o autor o direito penal do inimigo é semelhante com o direito penal atual pois uma de suas principais características já se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro quando:

Tem se a flexibilização das garantias penais e processuais penais para o indivíduo que é considerado um “inimigo”. Porém, diferente das outras características mencionadas, tal característica encontra-se presente, mesmo que de forma bem mitigada, no nosso ordenamento jurídico. Tem se como exemplo, o fato de que a lei dos crimes hediondos possui certas diferenças quanto às garantias processuais em relação aos crimes não hediondos, tais como vedação de fiança, graça, anistia e indulto, porém, tais disposições serão abordadas de maneira mais aprofundada em momento oportuno.

Tendo em vista que a flexibilização das garantias penais já estão presentes

no ordenamento jurídico brasileiro, quando se trata de crime hediondo, o código de pena trata de forma diferente aquele indivíduo por ter cometido um crime que causa comoção social ou até mesmo repúdio na sociedade.

### **3 DAS DIFERENTES FORMAS DE PENA**

Não tem como dizer, ao certo, a origem das penas, pois se acredita que as mais remotas populações adotavam esse meio para regular o convívio social.

Cleber Masson afirma que:

De fato, o ponto de partida da humanidade da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todos os tempos em todas as raças, vislumbra-se a pena como uma ingerência na esfera do poder e da vontade de outrem. (MASSON, 2015, p.67).

No entanto, devido à evolução dos tempos, supõem-se que a pena se originou nos tempos sacral, tendo em vista que as pessoas por não saber explicar as questões naturais do ambiente acreditando no sobrenatural, e que ocasionados pelos seus comportamentos, as questões sobrenaturais reagiam de forma positiva ou negativa.

Queiroz:

Dessa forma, Manoel Pimentel, afirmou que é “plausível, portanto, que as primeiras regras de proibição e, conseqüentemente, os primeiros castigos (penas), se encontrem vinculados as relações totêmicas. (PIMENTEL *apud* MIRABETE & FABBRINI, 2014, p.229).

Vejamos então o conceito de pena atual, nas palavras de Queiroz

Na privação ou a restrição de um bem jurídico imposta por uma autoridade judiciária competente ao autor de uma infração penal (crime ou contravenção); a pena constitui, portanto, a principal consequência do fato punível, isto é, um fato típico, ilícito e culpável. Portanto, a pena é um instrumento Estatal, que através da ação penal, pune o infrator e promove a defesa social. (QUEIROZ, 2012, p.417).

Acentua Masson, que a pena é:

Espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções. (MASSON, 2015, p.604).

Entretanto, para garantia da humanidade nas penas, elas deveram conter as características de **legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade**, Sendo impostas por leis, que garantiram a personalidade, tendo em vista que a mesma não poderá ser transmitida a outra pessoa, mais somente para aquela que cometeu o crime, tendo também que garantir que cada crime tenha uma sanção proporcional e por fim, devem ser imposta e cumprida.

As penas corporais afeta ao principio de integridade física, sendo elas não previstas em nosso ordenamento jurídico. Assim, a pena no Código Penal Brasileiro, pode ser Pena Privativa de Liberdade, Pena Restritiva de Direito e Pena de Multa. (MIRABETE & FABBRINI, 2014).

### **3.1 A PENA PARA O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

A pena para o direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo intervindo para o combate do crime, observando desde do início da periculosidade.

Nas palavras de Jakobs e Meliá (2012, p.108) “O Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo é só coação física, até chegar à guerra“.

### **3.2 CONCEITO DE PERICULOSIDADE**

O conceito de periculosidade nasceu no final do século XIX na Escola Positiva do Direito Penal, considerando o delito um indicador, a personalidade anormal.

Já no conceito de Jakobs a periculosidade:

A periculosidade do agente serve à caracterização do inimigo, que contrapõe-se ao cidadão (cujo ato, apesar de contra o direito, tem uma personalidade voltada ao ordenamento jurídico devendo ser punido segundo sua culpabilidade), enquanto que o inimigo deve ser combatido segundo sua periculosidade. Não há vistas há uma conduta realizada, ou tentada, mas pressupõe-se o âmbito interno do indivíduo, o perigo de dano futuro à vigência da norma. JAKOBS & MELIÁ, 2012, p.108).

Nesse pensamento a pena tem função de aumentar a confiança no direito, impondo na sociedade o respeito pelo direito, com finalidade de promover a inclusão social, estabilizando a sociedade frente a indignação pela criminalidade: “A pena tem pois a missão preventiva de manter a norma como esquema de orientação, no sentido de que quem confia em uma norma deve ser confirmado como pessoa”. JAKOBS & MELIÁ, 2012, p.108).

Sendo assim a pena é um meio de determinar reparar e prevenir os efeitos

negativos que a criminalidade produz.

Para Jakobs “a pena é uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável”, tendo por função afirmar sua validade. “Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo de uma pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma. JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo– Noções e Críticas**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.108)

Os alvos da pena de acordo com Jakobs são: “Primariamente algumas pessoas enquanto autoras potenciais, senão todos, vez que ninguém pode passar sem interações sociais e dado que por isso todos devem saber o que delas podem esperar”. JAKOBS & MELIÁ, 2012, p.108).

Propondo uma prevenção geral positiva, que produzira efeito em toda a sociedade, Sendo assim os cidadão não terão medo da norma, mais sim a certeza de sua vigência que será fortalecida pela pena .

O direito penal do inimigo é :

a) determina ser o inimigo uma não-pessoa (se estabelecendo com ele uma relação de coação, de guerra);

b) visa a combater perigos;

c) atua por meio de medidas de segurança;

d) trabalha com um direito penal do autor e pune a periculosidade do agente;

e) é essencialmente preventivo;

f) antecipa a tutela penal para punir atos preparatórios (perigo) e por fim é um direito anti-garantista,

g) não promove a estabilização de normas (prevenção positiva) mas atribui a determinados grupos o status de infratores.

#### 4 CRÍTICA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jakobs defende sua teoria afirmando que: “Os inimigos não são pessoas de fato” e com isso não podem ser tratados como tal” (JAKOBS & MELIÁ, 2012, p.108).

Essa afirmativa de acordo com Conde, “compreende que na sociedade os seres humanos são tidos em duas classes distintas, “as pessoas” e as “não pessoas”. (MUÑOZ, 2012, p.57).

Seguindo esse raciocínio cada classe teria um ordenamento jurídico sendo o direito penal garantista e o direito penal do inimigo, sendo cada um utilizado de acordo

com sua necessidade.

Essa separação de acordo com Conde seria:

A separação dos Direitos e a distinção de Cidadão e Inimigo tratam-se, nas palavras de Conde, “de um regime totalitário”, pois no nosso Estado de Direito, é inconstitucional fazer essa distinção, uma vez que todos os sujeitos possuem proteção jurídica. (MUÑOZ, 2012, p.62).

Tendo em vista que o ordenamento jurídico atual é o direito penal garantista, seria inaceitável sua a separação pois a constituição garante direitos e deveres fundamentais para todos.

Assim, não há o porquê se falar em separação do Direito em uma sociedade que prega direito e garantia iguais a todos, esses direito e garantia são pressupostos irrenunciáveis do Estado de Direito. Além do mais, ao fazer a distinção ocorre um desmantelamento do Direito e com isso torna o ordenamento puramente tecnocrático ou funcional. (CONDE, 2012)

Conde questiona também o entendimento de inimigo a forma que ele está definido por Jakobs pois para ele se o inimigo é o delinquente e necessário uma definição clara de quem seria esse delinquente.

Diante disso, deve saber: “quem define o inimigo e como isso é definido? Todos os delinquentes são inimigos” Dessa forma, se a resposta a essa última pergunta for afirmativa poderíamos dizer que todo nosso ordenamento penal é direito penal do inimigo. Porém, se a resposta for negativa, faz necessária a delimitação precisa de quem realmente é delinquente. (MUÑOZ, 2012, p.67).

Conde afirma que Jakobs não especifica e não traz respostas plausíveis sobre o assunto:

[...] uma segurança cognitiva total nunca será garantia por nenhum sistema de qualquer tipo que seja. Poderá Haver níveis maiores ou menores de segurança; e trata-se de determinar quando tais níveis são compatíveis com o exercício dos direitos fundamentais. O equilíbrio entre os dois pólos é difícil e sempre se encontra em tensão. Mas se, como acontece em momentos de crise, a balança se inclina descaradamente e sem nenhum tipo de limites, a favor da segurança cognitiva, a consequência imediata será a paz, porém, a paz dos cemitérios. Uma sociedade em que a segurança se torna o valor fundamental é uma sociedade paralisada, incapaz de assumir a menor possibilidade de mudança e de progresso, o menor risco. (MUÑOZ, 2012, p.68).

Tendo em vista todos esses posicionamentos Conde chega à seguinte conclusão referente ao direito penal do inimigo:

Portanto, a teoria de Jakobs, Direito Penal do Inimigo, é frágil, pois não responde de forma clara a definição de inimigo e com isso fica a cargo do Estado mencionar qualquer um opositor ao seu regime, perdendo assim a essência do Direito, qual seja garantir aos indivíduos dos direitos e as garantias fundamentais. (CONDE, 2012).

#### 4.1 OS BENEFÍCIOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA TEORIA DE JAKOBS

Sabemos que o direito penal foi criada para proteção dos bens jurídicos tutelados, sendo assim qualquer ação em contrariedade com a lei deve ser combatido, proporcionando o direito penal do fato.

Meliá define o princípio penal do fato como:

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. JAKOBS & MELIÁ, 2012, p.108).

Todavia, Jakobs contrapõe a teoria do direito penal de fato, pois para ele a lei serve apenas para proteger a norma, ela não tem a função de proteção dos bens jurídicos tutelados.

Diante disso, no direito penal do inimigo para que se tenha uma punição, portanto, não é necessário que aja a transgressão dos bens jurídicos tutelados, basta que o indivíduo se enquadre nas regras tuteladas por Jakobs, qual seja, indivíduos de alta periculosidade sem garantia cognitiva de obediência futuras às normas.

Então, a culpabilidade do agente não é ponderada, basta aqui que ele se adéque a um padrão, padrão concebido de inimigo. Assim, pode-se concluir que no direito penal do inimigo o indivíduo é objeto do direito e não indivíduo detentores de direitos.

Portanto, o ato ilícito passa a ter um papel de menor relevância no direito penal do inimigo, pois aqui visa observar as ações futuras, combater o problema e isso só é possível quando há a separação do direito do cidadão e do inimigo.

Assim, para melhor elucidar a concepção que direito penal do Inimigo se assemelha a concepção de direito penal do autor, segue nas palavras do juiz federal Nivaldo Brunoni, para a Revista doutrinaria o que é o direito do autor:

Malgrado não haja consenso sobre o conceito de direito penal de autor, é possível afirmar que por ele o que verdadeiramente configura o delito é o modo de ser do agente, como sintoma de sua personalidade: a essência do delito radica em uma característica do autor que explica a pena. Ou seja, “a pena se associa de modo imediato à periculosidade do autor, pelo que para a justificação da sanção aquela deve ser atribuível à”. (...) Por esta concepção o direito penal não deve castigar o ato, que em si mesmo não expressa muito valor, mas sim a atitude interna jurídica corrompida do agente. O delito em si tem um significado sintomático. “O ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor”. (...) Por ser um ser inferiorizado e perigoso, como nas hipóteses do sujeito nocivo para o povo e do delinqüente habitual, o autor deve ser punido ou neutralizado, porque representa um perigo à sociedade.

Neste sentido, o direito penal de autor foi acunhado de direito Penal de ânimo, sendo a defesa social, em suma, o que nele justifica a pena.

Com o direito penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas ser ladrão; não se proíbe matar, mas ser homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da má vida ou estado perigoso, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc. Ou, também, a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc.

Portanto, o direito penal do inimigo não é compatível com o direito penal do fato, e sim com o do autor.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Analisando a doutrina em relação ao direito penal garantista e o direito penal do inimigo, foi verificada as principais características, os princípios, as formas de pena as críticas e os benefícios do direito penal e do direito do inimigo, com a finalidade demonstrar as mudanças que ocorreram através do tempo e a forma em que ele tem relevância na sociedade e sua aplicabilidade.

Em outra vertente o direito penal do inimigo seria uma resposta punitiva da pós-modernidade, dessa forma foi especificado seus principais princípios discutindo sua constitucionalidade e suas diferenças em contrapartida com norma penal vigente, especificando suas críticas e seus benefícios. Sabemos que, o direito penal do Inimigo surgiu como uma alternativa ao sistema penal, no qual através de seus fundamentos visa combater o inimigo.

Assim, sistema do direito penal do inimigo, visa combater as atuações ilegais dos transgressores por meio da aplicação de penas extremamente agressivas e altas. Porém, é importante salientar que este constitui um retrocesso do direito penal, pois além de dar ao estado um maior poder tornando-o autoritário, há aqui também uma perda essencial dos direitos do cidadão, direitos esses constituídos pelo estado democrático.

No entanto a constituição já incorporou inseriu levemente o direito penal do inimigo quando autorizou que essa teoria fosse aplicada na criação de legislação infraconstitucional e na própria atividade jurisdicional.

Por exemplo “a supressão de garantias fundamentais em casos de crime específicos.”

No artigo 5º da constituição federal e no seu inciso XLII- trata o crime de racismo

de uma forma diferente dos outros crimes, tendo em vista que este constitui crime inafiançável e imprescritível.

Assim como no inciso XLIII da constituição federal que trata a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Outro exemplo da supressão de garantias fundamentais em casos de crime específicos é ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático que constitui crime inafiançável.

No geral, pode-se dizer que o direito penal do inimigo já é aplicado na prática dentro do país, ainda que de maneira aberta, Entretanto sua legitimidade ainda é alvo de questionamento.

Vale ressaltar que o próprio criador do direito penal do Inimigo JOKOBS, critica a incorporação de fragmentos da sua teoria, como é o caso do Brasil.

Segundo o jurista alemão. Quando isso acontece, há um alto risco de que cidadãos possam receber o tratamento que deveria ser dispensado apenas aos verdadeiros inimigos da sociedade. Portanto, o adequado seria que a teoria fosse aplicada em sua integralidade.

A doutrina majoritária aponta mais um exemplo do direito penal do inimigo no sistema jurídico brasileiro.

O RDD-regime disciplinar diferenciado lei 9.614/98 que se refere ao abate de aeronaves suspeitas. Lei do abate possibilita a destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando armas de fogo ou traficando entorpecente, no espaço aéreo brasileiro, desde que não descumpra a ordem de pouso da força aérea.

A lei 8.072/90 a lei de crimes hediondos, alterada pela lei 11.464/2007, determina o cumprimento da pena, dos crimes elencados nesta lei, em regime inicialmente fechado.

E no artigo 59 do código penal nesse artigo também tem características do direito penal do inimigo tendo em vista que nele é analisado os fatos anteriores condenações do réu, além disso se ele tem maus antecedentes, bem como sua personalidade.

Em todas essas hipóteses descritas a cima, podemos encontrar fragmentos da tese defendida pelo brilhante doutrinador Jakbos no ordenamento jurídico, tendo em vista que o mesmo apresentou uma amplificação legislativa no âmbito penal, com a finalidade de combater a criminalidade, com a aplicabilidade do direito penal do inimigo

Mostrando que o ordenamento comum é ineficaz para aqueles que não se adaptam ao sistema, permitindo medidas de repressão em desfavor do inimigo retirando os direitos fundamentais, tais direitos tutelam os elementos essenciais da

pessoa e sua existência. Jakobs acredita que retirada desses direitos e apenas uma condição para o comportamento da pessoa que se torna um inimigo.

Contudo concluiu-se que existem duas correntes doutrinárias dentro do direito sendo uma o direito penal garantista corrente majoritária que preza os direitos fundamentais do cidadão, e o direito penal do inimigo que vem revolucionar e criar uma nova velocidade do direito penal tendo em vista os problemas atuais aumento da criminalidade e a ineficácia da norma vigente. Especificando que essa teoria pode ser integrada no ordenamento jurídico tendo em vista que indiretamente ela já é aplicada em casos específicos.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. **A inaplicabilidade do Direito Penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática**. In: Instituto Jurídico Roberto Parentoni - IDECRIM. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>>. Acesso em: 10 set. 2019.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARAGÃO, Ivo Rezende. **Movimento da Lei e Ordem**: sua relação com a lei dos crimes hediondos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7938](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938)>. Acesso em 13 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. retirado da obra *Direito Penal do equilíbrio – uma visão minimalista do Direito Penal*. Editora Impetus, 2005. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 21 set. 2019.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 6.ed. Trad. Andrés Luíz Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal do inimigo**: breves considerações. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Sistema Penal Brasileiro: Execução das penas no Brasil**. 2011. Disponível em: <Jus.com.br/artigos>. Acesso em: 22 outubro 2019.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**; parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do Direito Penal: O Direito Penal do Inimigo**. Dissertação de Mestrado, orientador Prof. Dr. Dirceu de Mello, PUC-SP, 2006.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PINHEIRO, Raphael Fernando. **A teoria do Direito Penal do inimigo sob a perspectiva do contrato social**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11334](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11334)>. Acesso em out 2019.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROXIN, Claus, **Tratado de Derecho Penal – Parte General**, Tomo I, Civitas, 1.997, p.252.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergência e alternativas à prisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUSA, Milena Cristina Meneghelli de. **Análise da controversa Teoria do Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54265/analise-da-controversa-teoria-do-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 18 out. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.