

**UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ**

**LUCAS ANTUNES TAMBARA**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A AFRONTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CURITIBA  
2016**

**LUCAS ANTUNES TAMBARA**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A AFRONTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel  
em Direito, da Universidade Tuiuti do  
Paraná.**

**Orientador: Roberto Aurichio Junior**

**CURITIBA  
2016**

## TERMO DE APROVAÇÃO

**LUCAS ANTUNES TAMBARA**

### **O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A AFRONTA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Curitiba, de        de        2016.

---

Bacharelado em Ciências Jurídicas  
Universidade Tuiuti do Paraná.

Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite  
Coordenador do Núcleo de Monografias do Curso de Direito  
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador: \_\_\_\_\_

Prof. Roberto Aurichio Junior  
Universidade Tuiuti do Paraná  
Curso de Direito

Supervisor: \_\_\_\_\_

Prof.  
Universidade Tuiuti do Paraná  
Curso de Direito

Supervisor: \_\_\_\_\_

Prof.  
Universidade Tuiuti do Paraná  
Curso de Direito

## DEDICATÓRIA

Aos meus familiares, em especial meus pais, Sergio Mendes Tambara e Universina Antunes Tambara, meus irmãos, Sergio Augusto Antunes Tambara e Vinicius Antunes Tambara, pelo carinho, força nos momentos difíceis, compreensão e auxílio incondicional para a concretização deste trabalho.

## **AGRADECIMENTO**

Primeiramente agradeço a Deus por ter iluminado o meu caminho até aqui. Ao meu Orientador Professor Roberto Aurichio Junior, pela dedicação e auxílio na elaboração deste trabalho. A todos os meus familiares e amigos, pelo apoio e incentivo nesta longacaminhada e, por toda compreensão e amparo, que foram fundamentais para a concretização deste sonho.

## RESUMO

Este texto tem como objetivo promover uma análise pormenorizada da obra: “Direito Penal do Inimigo” do Professor da Universidade de Bonn, GüntherJakobs, de forma a expor e dissecar todos os conceitos e aspectos relevantes, visando sua ampla e irrestrita compreensão. Ademais, subsequentemente, para que haja a ideal reflexão acerca do tema, há de se analisar as principais características pertinentes as garantias individuais asseguradas pelo Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional, interligadas entre si, compilar e discorrer acerca dos princípios fundamentais que o regem, sempre à luz das diretrizes do Direito Penal brasileiro. Destarte, naturalmente verifica-se uma veemente incompatibilidade entres os modelos em foco, sendo imperiosa a reflexão acerca do paradoxo de utilização ilimitada da pena como solução de distúrbios sociais e a necessidade de manutenção do Estado Democrático de Direito e das garantias fundamentais, constitucionais e processuais do cidadão como ser humano.

**Palavras-chave:** Direito, Direito Penal, Direito Penal do Inimigo, direitos e garantias fundamentais, Estado Democrático de Direito, Pena, Professor GüntherJakobs.

## ABSTRACT

*This text aims to promote a detailed analysis of the "Criminal Law of the Enemy" of the Professor of the University of Bonn, GüntherJakobs, in order to expose and dissect all relevant concepts and aspects, aiming at their wide and unrestricted understanding. In addition, subsequently, in order to have an ideal reflection on the subject, the main characteristics pertinent to the individual guarantees provided by Criminal Law, Criminal Procedural Law and Constitutional Law, interrelated, compile and discourse about the fundamental principles that the Always in the light of the guidelines of Brazilian Criminal Law. Thus, there is a serious incompatibility between the models in focus, and it is imperative to reflect on the paradox of unlimited use of punishment as a solution to social unrest and the need to maintain the Democratic State of Law and fundamental, constitutional and procedural guarantees Of the citizen as a human being.*

**Key-words:** *Law, Criminal Law, Criminal Law of the Enemy, rigths and guarantees, Democratic State, Punishment, Professor GüntherJakobs.*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	5
<b>ABSTRACT</b> .....	6
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	13
2.1. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL DO CIDADÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	13
2.2. A PENA E A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DA PROPOSTA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	18
<b>3A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	25
<b>4CONCLUSÃO</b> .....	33
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	36
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	37



## 1 INTRODUÇÃO

A obra: “Direito Penal do Inimigo”, do professor alemão GüntherJakobs, tem por escopo a criação de um sistema em apartado, que visa justamente a punição de indivíduos que não somente podem ser considerados infratores da lei, mas também, inimigos do Estado.

O supracitado tema, além de polêmico, é ademais, extremamente atual, podendo ser entabulado em diversas situações sócio-políticas de uma vasta gama de países hodiernos.

Esta necessidade de combate ao crime, no sentido de proteção social, é o grande objetivo da teoria do direito penal do inimigo, de forma que Jakobs intenta instrumentalizar a pena para reduzir a perigosa criminalidade específica, atuante contra a ideia de Estado. Segundo Juarez Cirino dos Santos:

O Prof. Dr. GUNTHER JAKOBS é um penalista no sentido literal da palavra: acredita na pena criminal como método de luta contra a criminalidade. Após o fracasso universal da *prevenção geral positiva* para legitimar a pena criminal [...].<sup>1</sup>

Compreende-se da lição do “Direito Penal do Inimigo” a sugerida cisão do Direito Penal em dois subsistemas apartados, que por sua vez vislumbravam duas classes distintas de seres humanos, cidadãos e inimigos, relativizando-se, por consequência, o princípio do Direito Penal democrático, cuja análise recai sobre a culpabilidade do agente e o fato por ele praticado, e utilizando-se de um Direito Penal que sopesa apenas a gravidade do ato e seu autor.

Outrossim, a este respeito:

---

<sup>1</sup>SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016.

No começo do novo milênio as energias deste famoso penalista foram consumidas no trabalho de dividir o Direito Penal em dois sistemas diferentes [...] cujos postulados transitam dos princípios do democrático Direito Penal do fato e da culpabilidade para um discriminatório Direito penal do autor e da periculosidade.<sup>2</sup>

Destarte, compreende-se que para o penalista alemão, existem um grupo de indivíduos que constituem ameaça à sociedade em que estão inseridas, motivo pelo qual a estes não pode se proporcionar todas as garantias fundamentais de proteção penal e processual penal.

Defende-se este posicionamento através do pressuposto de que o Direito não é pacífico, ou, ao menos, em determinados momentos de dificuldade, não o pode ser. Por este motivo é que se autorizaria a utilização aumentada da coerção estatal, justamente em defesa do bem estar social e do bem comum.

Assim posiciona-se a doutrina geral neste tópico, senão veja-se:

O Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso a Justiça sustenta em uma das mãos a balança em que pesa o Direito, e na outra a espada de que se serve para defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do Direito.<sup>3</sup>

Entretanto, a supressão de direitos, sugerida pela tese em comento, apresenta-se como diametral divergência entre o modelo estabelecido de Direito Penal Ocidental, ressaltando-se que este compilado de garantias fundamentais é fruto de intensa batalha dos penalistas atuantes nas mais diversas esferas dos ordenamentos jurídicos.

Neste tocante vale ressaltar o excerto do discurso de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli:

---

<sup>2</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016.

<sup>3</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2004, p.287.

Quando refletimos sobre o Direito penal, mormente sobre a pena, nos defrontamos com uma relação de poder do Estado, com um confronto dialético entre a soberania do Estado e os Direitos Humanos. [...] Seja qual for a concepção da função da pena, o Direito penal, num Estado Constitucional de Direito[...]<sup>4</sup>

E ainda:

[...] há de orientar-se por critérios de “proporcionalidade de imputação” (Meliá), preservando-se as garantias constitucionais e a essência do ser humano, ou seja, sua consideração como pessoa, como ser humano, como cidadão [...]<sup>5</sup>

Ademais, resta clara a proposição de quebra de uma estrutura preestabelecida do Direito Penal, de modo a desprestigiar-se a prevenção e permitir-se a extensão de suas possibilidades de punição como método de diminuição da criminalidade, algo antagônico ao efetivado até então. Francisco de Assis Toledo afirma que:

A característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é sua finalidade preventiva: antes de punir ou com o punir, quer evitar o crime. Com razão assinala Radbruch: “importa não esquecer que o direito não pretende somente julgar a conduta humana; pretende também determina-la em harmonia com os seus preceitos e impedir toda conduta contrária a eles”.<sup>6</sup>

Contudo, este choque entre o as garantias fundamentais do cidadão, estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito e a teoria enraizada pelo Direito Penal do Inimigo, indubitavelmente estabelecem um paradoxo, representado por uma vasta gama de questionamentos, tais quais: Podem as garantias fundamentais constitucionais do cidadão serem relativizadas? Pode haver a supressão do princípio da igualdade formal, distinguindo-se o ser humano em cidadão ou inimigo? É justa a

---

<sup>4</sup>CALLEGARI, André Luís. GIACOMOLLI, Nereu José. In JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 17.

<sup>5</sup>CALLEGARI, André Luís. GIACOMOLLI, Nereu José. In JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 17.

<sup>6</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.3.

retirada dos direitos de contraditório e ampla-defesa de um indivíduo, por ser sua conduta perigosa à coletividade ou ao Estado? Resta sólido o princípio da segurança jurídica nesses casos?

Pois bem, a parte majoritária da doutrina penalista ocidental moderna posiciona-se forma bastante adversa à obra cerne deste estudo, perceba-se:

Independentemente da gravidade da conduta do agente, este, há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou o crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. [...] O infrator continua sendo um ser humano. [...] Defendemos que a intervenção do Estado através do Direito penal, encontra limites na Carta Constitucional. Por isso, o tratamento há de preservar as garantias constitucionais substanciais e formais, sob pena de não ser direito penal legítimo.<sup>7</sup>

Pelo visto, para que haja a eficiente compreensão do tema, faz-se necessário o estudo aprofundado da obra “Direito Penal do Inimigo”, quer dizer, de todos os seus elementos relevantes e de sua estrutura sistemática, bem como de uma análise acerca do Direito Penal Brasileiro, especialmente no tocante às garantias fundamentais do cidadão, o respeito à dignidade da pessoa humana, o cumprimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal e da manutenção do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, apto se estará a propor uma reflexão no que tange às propostas de Direito Penal supracitadas, verificando-se as incompatibilidades e sopesando-se os institutos de cada uma, de forma a, através da crítica, perceber com proficiência a atualidade vivida pela sociedade e vislumbrar-se o norte a ser seguido e o caminho a ser trilhado pelo ordenamento jurídico penal moderno.

---

<sup>7</sup> CALLEGARI, André Luís. GIACOMOLLI, Nereu José. op cit. p. 18

## 2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 2.1 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL DO CIDADÃO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Uma vez exposta a linha de reflexão que se pretende seguir, há de se iniciar o estudo da obra: “Direito Penal do Inimigo” de forma pormenorizada.

Inicialmente deve-se compreender que, conforme já dito, o jurista alemão pretende, com seu modelo, propor uma cisão entre o Direito Penal convencional, ou seja, aquele que deverá ser utilizado para com indivíduos considerados cidadãos, e o Direito Penal do Inimigo, quer significar, daquele outro que, devido à sua conduta perigosa ou danosa ao Estado, perde esta condição humanizada, e, conseqüentemente os respectivos direitos, e passa a ser considerado inimigo.

Claramente, para que possa estar-se apto ao prosseguimento desta análise, deve-se retomar a definição dos conceitos elaborados por Jakobs, para os termos supracitados. Entretanto, desde já, frisa-se que esta é uma distinção doutrinária proposta pelo autor, que classifica os considerados criminosos, ou seja, que entraram em conflito com a lei e cometeram algum ilícito em algum momento.

Dito isto, no que se refere ao vocábulo “cidadão”, tem-se da exegese da obra em comento, que trata-se de um indivíduo que cometeu algum crime que pode ser considerado convencional, aquele que respeita uma ideia de fidelidade jurídica de uma determinada sociedade, ou seja, um juízo de valor de caráter subjetivo, que determina aquela conduta criminosa porém aceitável para os padrões de manutenção da sociedade, ou ainda, da ideia de funcionamento sistemático de um Estado.

Exporta-se trecho específico neste tocante, com fulcro de esclarecimento adicional:

Por outro lado, entretanto, em princípio, nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico.<sup>8</sup>

Ademais, apresenta-se fundamentalmente conveniente e iluminador o excerto do artigo “O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual”, de autoria do professor Juarez Cirino dos Santos, neste momento:

[...] o cidadão é autor de crimes normais, que preserva uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social [...]<sup>9</sup>

Já o conceito de “inimigo”, por sua vez, pode ser compreendido como o de um sujeito que comete crime perigoso e contrário aos ideais de uma sociedade, mas além disso, que pode ser capaz de desestruturar um Estado, ultrapassando-se os limites da subordinação jurídica social, e violando toda expectativa consuetudinária de determinado povo.

De Jakobs percebe-se a seguinte postura:

Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito penal do inimigo. Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permite sua inclusão em uma constituição cidadã. Como já se tem indicado, Kant exige a separação deles, cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos.<sup>10</sup>

Da mesma forma:

---

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.43.

<sup>9</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p.8.

<sup>10</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. op. cit. p.43.

[...] inimigo é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social.<sup>11</sup>

Compreende-se, a partir destes sinais, que necessariamente para implementação desta teoria, recorrer-se-ia à análise psicológica do criminoso, para que assim se possa distingui-lo entre cidadão ou inimigo.

Verifica-se que, para Jakobs, a possibilidade de previsão da conduta do indivíduo, quer dizer, dos seus limites e suas intenções, é de suma importância pois difere todo prosseguimento da operacionalização desta tese.

Veja-se o subsequente comentário:

[...] que permite a JAKOBS considerar o cidadão um ser calculável pelo princípio do prazer, cuja subsistente capacidade de orientação normativa indica uma imanente fidelidade jurídica, justificando as expectativas normativas da comunidade quanto a um modus vivendi comum (relação cidadão/sociedade); também permite a JAKOBS considerar o inimigo um animal não-calculável pelo princípio do prazer, cuja intrínseca incapacidade de orientação normativa exclui atitudes de fidelidade jurídica e, assim, desautoriza a expectativa normativa da comunidade: o inimigo seria uma personalidade criminógena definível como adversário de princípio da organização de poder social, incapaz de um modus vivendi comum (contradição inimigo/sociedade) [...]<sup>12</sup>

Destarte, uma vez devidamente determinada a diferenciação dos vocábulos supramencionados, pode-se prosseguir com esta decomposição.

Há de se destacar também que, a distinção entre os autores acima enumerados, quais sejam: o cidadão; e o inimigo, somente se faz a partir da prática da atividade criminosa praticada.

<sup>11</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p.5.

<sup>12</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p. 6.

Recorda-se que, em sendo ambos criminosos, o elemento capaz de fazer a mencionada distinção é justamente o fato realizado. Nesta seara, devem ser debatidos duas espécies diferentes: o fato do cidadão e o fato do inimigo.

Sobre o primeiro, deve-se fazer uma ressalva inicial. Para Jakobs, a ideia de gravidade do crime, cuja concepção é aplicada hodiernamente em nosso ordenamento jurídico, não deve ser utilizada em primazia às demais características da ação.

Neste momento, deve-se observar a contradição de determinada norma, proveniente de fato produzido no passado, que deve, conseqüentemente, ser remediado com uma pena. É o entendimento tradicional da teoria da prevenção positiva, pela qual, através da coerção estatal, pune-se a todos que cometerem crimes e demonstra-se aos demais cidadãos as conseqüências da conduta criminosa, disciplinando-os, por conseqüência.

O jurista retrata a ideia da seguinte forma:

[...] o fato dirige-se não contra a existência do Estado e nem, em princípio, contra suas instituições: o mau sobrinho pretende, pois, por seu lado, gozar a proteção da vida e a proteção da propriedade do Estado... Por isso o moderno Estado vêno autor (...) não um inimigo, que é preciso aniquilar, mas um cidadão, uma pessoa, que avariou a validade da norma mediante seu comportamento e, por isso, será chamado, coativamente, para compensar a lesão da validade da norma, mas como cidadão (e não como inimigo) [...]<sup>13</sup>

Entende-se então, que os fatos do cidadão são aqueles que não trazem, ou melhor, não poderão trazer condições de perigo à manutenção da sociedade, ou seja, uma conduta realizada no passado que, em que pese ser contrária à norma inserida no ordenamento jurídico, é finita e pode ser combatida com a aplicação de uma pena tradicional.

Outrossim, há de se abordar também o denominado “fato do inimigo”. Acerca do tema, recorre-se ao conciso ensinamento proferido pelo Professor Juarez Cirino dos Santos:

---

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. 2004, p. 91.



[...] fatos do inimigo: criminalidade econômica, organizada ou sexual e, em especial, ações de terrorismo político constituiriam lesões duradouras da validade da norma e indicariam autor incapaz de orientação normativa, no sentido de indivíduo insuscetível de cálculo conforme o princípio do prazer, cuja intrínseca infidelidade jurídica excluiria as expectativas normativas da comunidade, com aplicação antecipada de pena como segurança para impedir fatos futuros, com função de neutralização da periculosidade do autor, segundo a teoria das medidas de segurança.<sup>14</sup>

Denota-se, desta maneira, que para Jakobs, a prática criminosa realizada pelo inimigo tem naturezas específicas, quais sejam de terrorismo, criminalidade econômica, e sexual, desde que gerem dano contínuo ou prolongado à determinada norma e conseqüentemente à uma sociedade.

Por este motivo, há a necessidade de aplicar a pena de forma antecipada, mais célere, para que através da implementação da segurança, possa-se impossibilitar maiores prejuízos subsequentes, neutralizando-se o autor e sua capacidade danosa.

Jakobs também traz a ideia de prevenção, de segurança, de fatos futuros, afastando-se diametralmente, neste ponto, da teoria da prevenção geral positiva do Direito Penal, o que faz nos seguintes termos:

A reação do Direito a tal criminalidade (...) não se dirige, primariamente, para a compensação de um dano à validade da norma, mas para a eliminação de um perigo: a punibilidade é antecipada amplamente no âmbito da preparação, e a pena serve para segurança de fatos futuros, não para castigo de [fatos] realizados.”<sup>15</sup>

De forma forçadamente sintética, pode-se retratar que a diferenciação dos fatos praticados deve ser efetivada com o fito fundamental de separação dos indivíduos considerados não perigosos, ou seja, cidadãos, dos considerados perigosos, ou melhor, inimigos.

<sup>14</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p. 8.

<sup>15</sup> JAKOBS, Günther. op. cit. , p. 92.

A partir dos discernimentos acima retratados é que se pode progredir na teoria da jusfilósofo norte-europeu, mostrando-se habilitado para, a partir desta etapa, tratar da questão da pena a se aplicada na sistemática do Direito Penal bipartido a que se analisa.

## 2.2 A PENA E A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DA PROPOSTA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Previamente estabelecidos os critérios retro, faz-se devida a separação das penas entre aquela a ser implementada contra o cidadão, daquela a ser operacionalizada em face do inimigo.

Primeiramente, sobre a pena para o cidadão, tem-se que esta nada mais é do que a reação contra o ato praticado, cujo valor corresponde ao reforço da norma violada, com intuito de reprimir dada conduta. Assim descreve:

O fato, como fato de uma pessoa racional significa algo, ou seja, uma rejeição da norma, uma agressão à sua validade, e a pena significa igualmente algo, ou seja, a imposição do autor seria incompetente e a norma continuaria valendo inalterada, portanto, a configuração da sociedade continuaria mantida.<sup>16</sup>

Percebe-se, uma vez mais, no excerto colacionado, a constante ideia de necessidade de preservação de da “configuração da sociedade”, elemento importante para que se justifica o sistema proposto pelo penalista.

Ainda, há de se tratar da pena a ser entabulada ao inimigo, ou seja, aquele que representa perigo à determinada sociedade.

Verifica-se, desta leitura, que o sujeito perigoso deve ser impedido de causar possível dano futuro, sendo refreado através de meio efetivo, vigoroso e até mesmo físico.

---

<sup>16</sup> JAKOBS, Günther. op. cit. , p. 89.

Assim apresenta-se a doutrina especializada:

[...] a pena para o inimigo seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir.<sup>17</sup>

De forma lógica, uma vez sendo distinguido o cidadão do inimigo, através dos elementos objetivos e subjetivos elencados pelo penalista, bem como determinando-se quais os limites da tese para diferenciação do fato do cidadão e do fato do inimigo, conclui-se pela aplicação de penas específicas para cada tipo de indivíduo, estando estas descritas e com finalidade específica determinada.

Destarte, possível se faz a caracterização do sistema de imputação penal como duplo, etimologicamente nada mais significando do que aquele conjunto de normas que organizadamente e coordenadamente possibilite dois sistemas distintos de aplicação de pena aos indivíduos que entrarem em conflito com a lei, de acordo, por sua vez, com sua conceituação perante à teoria, qual pode ser a de cidadão ou de inimigo.

Jakobs, o patrono da teoria invocada, discursa acerca da bifurcação entre o sistema penal e o sistema processual penal, e, subsequentemente, de subsistemas de cada categoria, estabelecendo para tal, um leque de predicados acerca de cada método, bem como de sua utilidade e objetivo.

Sobre o sistema penal, afirma que pode ser visto sob à luz da culpabilidade, sendo este é formado por uma análise de um fato passado, ou seja, verifica-se a culpabilidade de determinado autor por ato já cometido anteriormente, posicionado num lapso temporal anterior ao presente. Por assim ser, define o autor da conduta criminosa como cidadão, de acordo com o já exposto anteriormente.

Da mesma forma relê a doutrina elaborada acerca da obra objeto deste estudo:

---

<sup>17</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p. 3.

O sistema penal seria constituído por um Direito Penal da culpabilidade pelo fato passado de autores definidos como cidadãos, por um lado, e por outro um Direito Penal preventivo da medida de segurança pelo perigo de fato futuro de autores definidos como inimigos, por um outro lado [...]<sup>18</sup>

Ademais, compreende a outra face do sistema penal como àquela voltada à punição do inimigo, e, consoante ao exposto, com natureza claramente preventiva, ou seja, tornando o sistema penal um instrumento do Direito Penal capaz de, ao enxergar o perigo de fato futuro a ser executado por determinado indivíduo considerado inimigo como.

Feitas tais considerações, partir-se-á para a compreensão do duplo sistema de imputação, ou seja, do conglomerado de mandamentos empenhados na punição dos infratores das leis.

Nesta parte da obra, o ilustre juriconsulto alemão, promove a cisão dos sistemas para que um seja respeitador das garantias fundamentais do Direito e do Estado Democrático de Direito, cuja função é a de punir o cidadão, ou seja, atribuir pena àquele que cometeu fato já terminado, realizado no passado e que não trouxe ou trará quaisquer prejuízos à sociedade ou à manutenção do Estado.

Pelas razões expostas, inclusive, verifica-se ser este o cerne da oposição de grande parte dos doutrinadores e Tribunais oriundos do Direito Ocidental Moderno, à teoria de Jakobs.

Há duras críticas acerca deste posicionamento, senão veja-se:

O duplo sistema de imputação de Jakobs suprime seculares garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, como expressamente propõe: o processo contra o inimigo não precisa ter forma de Justiça, porque não é regido pelo processo legal devido; ao contrário, o processo contra o inimigo deve ter forma de guerra [...]<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p. 11.

<sup>19</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p. 11.

Entretanto, a tese do professor da Universidade de Bonn se fortalece justamente nesse tópico inovador de relativização de determinadas garantias para que o bem comum possa ser atingido. Pontua, que o procedimento a ser aplicado em face do criminoso considerado inimigo merece ter forma de guerra, ou seja, não deve ser poupados esforços para combater os crimes considerados gravemente lesivos aos Estado.

Corroborando com o dito:

A imputação fundada no princípio inquisitório para o inimigo, punido sem as garantias constitucionais do processo legal devido (defesa restrita, presunção da culpa etc.), com investigações ou inquéritos secretos, vigilâncias sigilosas, interceptação telefônica, escuta ambiental, prisões temporárias, proibição de contato com o advogado etc)<sup>20</sup>

Jakobs fortalece sua teoria ao exemplificar como fatos de inimigos como: atos de terrorismo, lembrando-se, obviamente, que o mundo contemporâneo já está calejado por diversas investidas promovidas por grupos extremistas.

Acerca do tema, recorda-se:

Em um processo, que (...) certamente não pode ser designado como conforme à Justiça, mas pode ser designado muito bem como conforme à guerra, tenta o Estado [...] destruir as fontes dos terroristas e tornar-se senhor deles mesmos, melhor ainda, mata-los imediatamente, assumindo o risco, no caso, também da morte de pessoas inocentes conhecido como dano colateral.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p. 11.

<sup>21</sup>JAKOBS, Günther. op. cit. , p. 93

Desta feita, verifica-se que existe clara e manifesta desigualdade na aplicação da Lei sobre fatos e, principalmente sobre os agentes. Quer dizer, percebe-se, de forma cristalina, que princípio da igualdade formal ou ainda da isonomia, que por sua vez pode ser efetivado como um dos mais resguardos e firmes princípios constitucionais dos direitos de grande parte dos países ocidentais.

Por este motivo, uma vez mais, em homenagem aos princípios constitucionais e garantias fundamentais da pessoa humana, estes que por seu turno foram conquistados de maneira extremamente árdua pelos serenos operadores do Direito que são sensíveis à ideia de Justiça, frisa-se que a formatação geográfica do Direito, orientada pela política e interesses econômicos, não pode, de forma alguma, nortear a aplicação de pena e julgamento do criminoso.

Neste sentido:

Os paradigmas preconizados pelo “Direito Penal do Inimigo” mostram aos seus “inimigos”, toda a incompetência estatal, ao reagir com irracionalidade, ao diferenciar o cidadão “normal” do “outro”. A excepcionalidade há de ser negada com o Direito penal e processual penal constitucionalmente previstos, na medida em que a reação extraordinária afirma e fomenta a irracionalidade.<sup>22</sup>

E ainda mais:

Defendemos que a intervenção do Estado, através do Direito penal, encontra limites na Carta Constitucional. Por isso, o tratamento há de preservar as garantias constitucionais substanciais e formais sob pena de não ser direito penal legítimo.<sup>23</sup>

Ainda, em um brevíssimo retrospecto histórico no que tangencia a efetivação de tribunais de exceção e/ou regimes autoritários embasados na anulação do inimigo, seja ele qual for e por qual motivo for, trazem a mente

---

<sup>22</sup>CALLEGARI, André Luís. GIACOMOLLI, Nereu José. op cit. p. 17.

<sup>23</sup>CALLEGARI, André Luís. GIACOMOLLI, Nereu José. op cit. p. 18.

episódios terríveis como os períodos de Ditadura Militar nos países sulamericanos como o Brasil ou a Argentina, ou ainda, os sistemas autoritários de administração políticas do Nazismo alemão e do fanatismo italiano de Mussolini.

Na mesma trilha:

Descontada a extravagância da hipótese, [...] o nazismo dividiu a sociedade alemã e europeia entre cidadãos (arianos) e inimigos (judeus e comunistas) com mais eficiência do que qualquer Estado autoritário, antes ou depois. Talvez a psicanálise pudesse descobrir nostalgias políticas reprimidas na proposta desse direito penal do inimigo.<sup>24</sup>

Finalmente, alerta-se sobre o perigo de haver o retrocesso em considerar o sistema penal inquisitório como o mais adequado para determinadas situações, em detrimento do desenvolvido sistema penal acusatório que fora polido por longos anos na construção do Direito Penal e do Direito Processual Penal, searas integrante do Direito Ocidental Moderno.

Acerca desta temática, tem-se que, ao que parece, é o intuito de Jakobs realizar tal polêmica cisão entre Direito Penal e Direito Penal do Inimigo, assim também percebe-se do seguinte excerto opinativo:

Nenhum conflito entre o direito penal do inimigo e os fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito parece impressionar JAKOBS: ao contrário, o ilustre jurista sustenta a superioridade da institucionalização legal do direito penal do inimigo – propondo a divisão dos seres humanos em cidadãos e inimigos, a nível nacional e internacional, que seria preferível à atual confusão do inimigo e do cidadão, própria do Direito Penal igual para todos.<sup>25</sup>

Por fim, não a toa se fala que o Direito Penal do Inimigo sustenta o princípio da desigualdade legal, atribuindo à análise casuística o condão de

---

<sup>24</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p. 13.

<sup>25</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p. 20.

determinar se o sujeito tem ou não o direito individual de ser processado com direito ao contraditório e ampla defesa.

Nesta toada:

[...] Se o princípio de igualdade perante a lei é substituído pelo princípio da desigualdade legal, ou se as garantias constitucionais do processo legal devido são casuísmos dependentes do tipo de autor – aplicadas ao cidadão e negadas ao inimigo, conforme preferências idiossincráticas dos agentes de controle social -, então o Estado Democrático de Direito está sendo deslocado pelo estado policial.<sup>26</sup>

Com todos conceitos acerca da obra objeto deste estudo devidamente examinados, parte-se para a análise de evidenciar a incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo de GüntherJakobs, frente ao ordenamento jurídico brasileiro e do Estado Democrático de Direito, guiados pelo norte do Direito Ocidental Moderno e pelos já agregados avanços obtidos pelo Direito Penal, nesta sistemática.

---

<sup>26</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**.p.1. Disponível em [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016. p. 20.



### 3 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, a primeira análise que pode ser feita ao Direito Penal do Inimigo, é a sua grande semelhança com o Direito Penal do Autor, segundo o qual, considera-se relevante não o fato criminoso, mas sim a tendência criminosa do agente, em outras palavras, pune-se antecipadamente pelo que você é, pelo risco social que você apresenta frente ao estado e sociedade, deixando de lado, ou em segundo plano o fato típico propriamente dito.

A primeira observação que se pode fazer a Jakobs é que seu Direito Penal do Inimigo lembra muito o Direito Penal do Autor que propugnaram os penalistas nazistas, segundo o qual o relevante não era o fato delitivo cometido, e sim a “perversão”, “inclinação ou tendência ao delito”, ou “periculosidade criminal” que pudesse ter o autor.<sup>27</sup>

Atualmente, frente aos avanços da sociedade em um mundo cada vez mais globalizado, vislumbra-se um crescente aumento da pretensão punitiva dos estados penais modernos.

Isso vem ocorrendo com o objetivo de combater a criminalidade e a insegurança demasiada nas grandes nações democráticas. Neste sentido, pode-se dizer que após o deslinde da 2ª Guerra Mundial, o grande fundamento para o reaparecimento de um direito penal que reprime as garantias constitucionais ao acusado, tais como a ampla defesa, contraditório, devido processo legal, dignidade da pessoa humana, dentre outras normas principiológicas que regem o Estado Democrático de Direito, fora os atentados terroristas que ocorreram nos Estados Unidos da América no início deste século.

---

<sup>27</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo**. 1ª edição. São Paulo: Editora Juruá, 2012. p.41.

Após este fato, muitas nações passaram a aplicar parcialmente como meio punitivo, fundamentos encontrados no Direito Penal do Inimigo, mesmo sabendo que tais restrições afetam diretamente garantias fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Nos últimos cinco anos e, sobretudo, depois dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque e Washington, se observa não só nos Estados Unidos da América, como também em outros países, uma crescente tendência ao que o penalista alemão GuntherJakobs denomina de um Direito Penal do Inimigo. Com isso, disse o citado penalista, o legislador não dialoga com seus cidadãos, e sim ameaça seus inimigos, castigando seus delitos com penas draconianas em franco descompasso com a proporcionalidade, retirando garantias processuais e ampliando as possibilidades de sancionar condutas muito distantes da lesão a um bem jurídico.<sup>28</sup>

Após dissecar de forma pormenorizada todos os aspectos que regem o Direito Penal do Inimigo do Professor GuntherJakobs, parte-se para uma análise detalhada e fundamentada no que toca a incompatibilidade da referida teoria com os preceitos de um Estado de Direito.

Nesta seara, vejamos as indagações e os ensinamentos do Professor Francisco Muñoz Conde, ao que se refere à notável incompatibilidade com os princípios que norteiam um Estado Democrático de Direito, frente a teoria criada por GuntherJakobs.

Não sei se Jakobs chegaria a admitir, nem sequer como hipótese, uma proposição tão extrema quanto esta, mas não há dúvida de que é possível chegar a esta conclusão, quando se admite a existência de dois Direitos penais, inspirados em princípios diferentes e com distintas finalidades ou funções. De todo modo, cabe aos que assumem essa distinção como inevitável, aclarar o que se quer dizer com a, bastante ambígua expressão Direito Penal do Inimigo e quais sejam os limites que o mesmo deveria ter, se é que tem algum. Considero que, no momento atual, não basta identificar e descrever nos ordenamentos jurídico-penais atuais embriões ou exemplos

---

<sup>28</sup>CONDE, Francisco Muñoz. op cit. p. 31

evidentes de um Direito Penal do Inimigo, mas sim que é preciso manifestar também se são compatíveis com o marco constitucional de um Estado de Direito e com os pactos internacionais de direitos civis reconhecidos e acolhidos nos ordenamentos jurídicos dos Estados civilizados.<sup>29</sup>

Assim, segundo tece o Ilustre Jurista Francisco Muñoz Conde, deve se verificar com extrema cautela, se as características do Direito Penal do Inimigo, são compatíveis com o ordenamento jurídico da nação que pretende adotar tal tese.

É como descrever como funciona uma cadeira elétrica sem se pronunciar, a favor ou contra a pena de morte.<sup>30</sup>

Desta feita, resta evidente que, tal teoria proposta por GuntherJakobs, é conflitante num Estado Democrático de Direito, que consequentemente é amparado pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que em seu escopo ideológico, veda a subtração da posição de cidadão de qualquer pessoa, independente da gravidade do crime por esta cometido.

No Brasil, apesar de termos poucos sinais do Direito Penal do Inimigo na legislação vigente, tal tese não encontra abrigo na Carta Magna, que estabelece como clausula pétrea, ou seja, imutáveis, os direitos e garantias individuais, senão vejamos seu artigo 60, §4º IV.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

---

<sup>29</sup>CONDE, Francisco Muñoz. op cit. p. 65.

<sup>30</sup>CONDE, Francisco Muñoz. op cit. p. 66.

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.<sup>31</sup>

Ora, a luz da própria Constituição Brasileira de 1988, verifica-se que, não pode o Estado, amparado pelo Direito Penal, e o seu poder punitivo, valer-se de penas que violem ou minimizem garantias fundamentais e individuais do cidadão.

Contudo, mesmo com a evidente vedação constitucional supramencionada, no Brasil e, no intuito de satisfazer a opinião pública, clamando por segurança, e a redução da criminalidade em avante crescimento, editaram-se leis mais rigorosas, mesmo que seja nítida sua inconstitucionalidade e sua semelhança com o Direito Penal do Inimigo.

A fim de exemplificar o exposto, remete-se a Lei nº 10.792/2003 que altera a Lei de Execuções Penais para instituir o Regime Disciplinar Diferenciado a determinados detentos, conforme retira-se do seu artigo 52, senão vejamos:

"Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

---

<sup>31</sup>PLANALTO. Constituição Federal. Disponível em <[WWW.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 10/10/2016.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando."<sup>32</sup>

Sobre a referida lei, vejamos o entendimento do Jurista Romulo de Andrade Moreira:

Recentemente foi promulgada uma lei que alterou o Código de Processo Penal e, de quebra, modificando também a Lei de Execução Penal, instituiu entre nós o chamado Regime Disciplinar Diferenciado - RDD. Como outras tantas leis no Brasil, esta também foi editada no afã de satisfazer a opinião pública e como resposta a violência urbana.<sup>33</sup>

Assim, resta dizer que, a supracitada Lei, foi sancionada com o objetivo de dar uma resposta eficaz ao clamor social pela segurança, uma vez que as organizações criminosas dentro e fora das penitenciárias se expandiram em ritmo acelerado, como por exemplo o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, e o Primeiro Comando da Capital em São Paulo.

Assim, destina-se esta lei, conforme leciona o Ilustre Penalista Paulo Cezar Busato:

Dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário,

---

<sup>32</sup>PLANALTO. Lei Federal de Execução Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm)>. Acesso em 10/10/2016.

<sup>33</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. In Revista Jurídica.** N.325. Porto Alegre: Editora Notadez, 2004. p.106.

representam um risco social e/ou administrativo ou são “suspeitas” de participação em bandos ou organizações criminosas.<sup>34</sup>

Este arrojo conduz, além de um tratamento desumano e cruel contra o indivíduo, que pode lhe causar sérios distúrbios psiquiátricos, a um direito penal do autor e uma antecipação da punibilidade. Ora, o fator determinante para a decretação de um tratamento diferenciado inserido no sistema prisional não é o fato em si cometido pelo custodiado, mas sim a sua personalidade e características, premissa esta incompatível com os ditames constitucionais, penal e processual penal, o que leva, como já falado em um estado de insegurança jurídica permanente.

Desta forma, Paulo Cezar Busato, explica as semelhanças da Lei do Regime Disciplinar Diferenciado com o Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs:

A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um “Direito penal de inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”.<sup>35</sup>

Resta então, devidamente demonstrado um caso concreto de uma lei que, mesmo segundo a doutrina majoritária apresentada nesta pesquisa, viola os limites legais punitivos, está absolutamente vigente no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

---

<sup>34</sup> BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em 09/09/2016. p. 20.

<sup>35</sup> BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em 09/09/2016. p. 20.

Doutra banda e, a fim de demonstrar a existência de julgados que discutam a violação e supressão de direitos, traz-se a baila o julgamento do Habeas Corpus de nº 85531, relatado pelo Ilustríssimo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, neste caso, houve o afastamento do tratamento desigual, emanado pelo poder punitivo do Estado, senão vejamos.

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO A REGIME DE CUMPRIMENTO PENAL MAIS BRANDO - POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES, CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 08 (OITO) ANOS (CP, ART. 33, § 2º, "b") - ESTIPULAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO - FUNDAMENTAÇÃO BASEADA APENAS NOS ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL, NO RECONHECIMENTO DA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA FORMULAÇÃO DE JUÍZO NEGATIVO EM TORNO DA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. - Revela-se inadmissível, na hipótese de condenação a pena não superior a 08 (oito) anos de reclusão, impor, ao sentenciado, em caráter inicial, o regime penal fechado, com base, unicamente, na gravidade objetiva do delito cometido, especialmente se se tratar de réu que ostente bons antecedentes e que seja comprovadamente primário. - O discurso judicial, que se apóia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime - e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciários meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do "direito penal simbólico" ou, até mesmo, do "direito penal do inimigo" -, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País. Precedentes.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Nº. 85531 da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 dez. 1994. Relator: Celso de Mello. Disponível em: LINK. Acesso em: 05 out. 2011.

Assim, conforme se retira da decisão que deu provimento a ordem de Habeas Corpus, verifica-se que, qualquer tratamento punitivo desigual e desmedido, que comprima direitos assegurados pela Ordenamento Jurídico Brasileiro, faz alusão a teoria do Direito Penal do Inimigo, que, conforme restou demonstrado neste tópico, é incompatível com o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, ao ordenamento Constitucional, Penal e Processual Penal deste país.



## 4 CONCLUSÃO

O presente trabalho acadêmico abordou minuciosamente a teoria desenvolvida pelo professor alemão GüntherJakobs, originalmente batizada de Direito Penal do Inimigo.

Em sua matriz conceitual, a proposta elencada por GüntherJakobs, apresenta uma bipartição do Direito Penal, em que este se subdivide entre o usual Direito Penal do Cidadão, em que são aplicadas todas as garantias constitucionais ao acusado, tais como a ampla defesa, contraditório, devido processo legal, dignidade da pessoa humana, dentre outras normas principiológicas que regem o Estado Democrático de Direito, de outra banda, aplica-se o chamado Direito Penal do Inimigo aos indivíduos que perderam titularidade de cidadão, ou seja, não são considerados pessoas dentro do contexto social, portanto, deixam de ser detentores da condição de humano, a estes, aplica-se um acirrado sistema punitivo de controle social, na contramão de todos os pilares garantistas, cominando-se assim aos “inimigos”, a antecipação da punição, desproporcionalidade das penas impostas, supressão de certas garantias processuais, criação de leis severas direcionadas a determinados grupos eleitos como nocivos a sociedade, tais como, terroristas, delinquentes organizados, traficantes, criminosos econômicos, dentre outros.

A partir disso, descreveu-se o contexto dentro do qual a dicotomia do direito direcionado cidadão e ao inimigo se realizou, qual seja, descontrole da criminalidade, práticas de atividades terroristas e ascensão das organizações criminosas, cenário este de extrema insegurança que se valeu GuntherJakobs para criar as hipóteses legais para despersonalizar um indivíduo, até o momento cidadão, e lhe suprimir suas garantias a fim fornecê-lo um tratamento diferenciado. A problemática da questão se revela, todavia, quando tal proposição é inserida em um Estado de Direito.

Nessa toada, foram explicadas as principais características da forma em que um direito penal voltado ao inimigo seria colocado em prática, bem como os critérios em que se embasariam os aplicadores de tal ordenamento para diferenciar “pessoa” do “inimigo” e demais particularidades teóricas.

Buscou-se, ainda, destacar o olhar crítico lançado pelos doutrinadores acerca da proposta elaborada pelo professor alemão, ressaltando, em suma, a impossibilidade de um ordenamento discriminatório conviver com um direito

constitucional como o modelo brasileiro atual, o qual foi edificado pouco a pouco para proteger os integrantes interessados e, antes de qualquer coisa, realizadores do pacto social que lhe deu origem.

Após profunda análise realizada acerca da Teoria do Direito Penal do Inimigo, migrou-se para um fundamentado exame de compatibilidade entre a referida tese de GüntherJakobs e o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte com o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Assim, constatou-se que a problematização atine a notável incompatibilidade entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito, sendo que, a sua aplicação, inevitavelmente implicaria na supressão de direitos e garantias essenciais, tais como a ampla defesa, contraditório, devido processo legal, dignidade da pessoa humana, dentre outras, ou seja, a sua inserção no ordenamento jurídico, acarretaria em uma drástica alteração na essência do norteador princípio da legalidade.

Sendo assim, o assentado ao final do projeto acadêmico é que o direito pena do inimigo, além de ilegítimo e inconstitucional, se demonstra por diversas razões como expostas, também ineficaz e inadequado.

Apesar deste ponto de vista crítico, almejou-se explicitar que ainda existem manifestações expressas do tratamento social e jurídico aos assim designados “inimigos”, o que se contraria toda a construção democrática até hoje realizada, colocando toda a sociedade em tamanha insegurança jurídica, razão pela qual o tema mereceu atenção neste trabalho.

Neste aspecto, verificou-se ainda, vestígios ideológicos do Direito Penal do Inimigo na legislação pátria atualmente vigente, isso se deve ao fato de que atendendo ao clamor social, exprimido por uma população sedenta por justiça a qualquer custo, o legislador penal, processual penal e constitucional elaborou leis que tratam de forma distinta determinados grupos e pessoas, afrontando assim, direitos individuais assegurados pela Carta Magna.

Esse estudo, enfim, não pretendeu sanar todas as discussões relativas as ideias aqui ostentadas, mas apenas manifestar a preocupação latente de um crescimento da utilização do instrumento penal para frear uma guerra invisível.

Por fim, conclui-se que, a construção teórica do Direito Penal do Inimigo, deve ser integralmente refutada, vez que a sua estrutura ideológica afronta a raiz do

Estado Democrático de Direito e, por conseguinte ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, frente a Constituição Brasileira de 1988.

O que é de toda forma evidente, é que o Direito Penal do Inimigo representa ou pode representar uma ameaça para os princípios e garantias do Estado de Direito e, com isso, desvalorizar a segurança normativa, acentuando apenas a segurança puramente cognitiva.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus N°. 85531 da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 dez. 1994. Relator: Celso de Mello. Disponível em: LINK. Acesso em: 05 out. 2011.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal de inimigo.** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em 09/09/2016.

CALLEGARI, André Luís. GIACOMOLLI, Nereu José. In JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo.** 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo.** 1ª edição. São Paulo: Editora Juruá, 2012.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.43.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Regime Disciplinar Diferenciado – RDD.** In **Revista Jurídica.** N.325. Porto Alegre: Editora Notadez, 2004.

PLANALTO. Constituição Federal. Disponível em <[WWW.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 10/10/2016.

PLANALTO. Lei Federal de Execução Penal. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm)>. Acesso em 10/10/2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em 09/06/2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.3.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do Direito.** São Paulo: Atlas, 2004.

## BIBLIOGRAFIA

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.