

A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sérgio Souto Silva¹

Recebido em: 12/12/2024

Aprovado em: 11/07/2025

Resumo: o Direito Penal do Inimigo é uma criação teórica recente de um dos mais modernos e polêmicos juristas da atualidade. Com a ocorrência do atentado terrorista aos Estados Unidos da América em 2001, a conjectura elaborada por Gunther Jakobs ganhou destaque e passou a ser amplamente discutida no meio jurídico. Diante disto, o presente estudo tem o objetivo de analisar o Direito Penal do Inimigo, investigando-se a possibilidade de harmonização da referida teoria com os princípios constitucionais aplicáveis à matéria penal. Para tanto, far-se-á um estudo exploratório, utilizando-se da abordagem qualitativa, empregando-se, ainda, o método de pesquisa bibliográfica. O Estado Democrático de Direito tem como pressuposto o respeito aos direitos considerados fundamentais à vivência humana, preceitos estes que foram consagrados pela ordem constitucional vigente e orientam a edição e aplicação das leis brasileiras, inclusive na seara penal. Neste sentido, a partir de uma abordagem analítica do Direito Penal do Inimigo, observou-se que tal política criminal tem como pressuposto o tratamento diferenciado dos infratores que, no caso de cometimento de crimes mais graves e verificação de tendência delitiva perene, serão considerados inimigos do Estado e, portanto, despidos de garantias que, à luz dos princípios constitucionais da CRFB/1988 são invioláveis. Ao impor um tratamento dicotômico aos jurisdicionados em razão do seu comportamento social, aplicar sanção desproporcional ao fato cometido e relativo a fato futuro, a conjectura jakobsiana atenta contra os primados essenciais do Estado Democrático de Direito, afronta a própria ordem constitucional e negativo observância das garantias humanitárias irrenunciáveis segundo a legislação brasileira, pelo que se concluiu pela sua inconciliabilidade com a CRFB/1988.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Estado Democrático de Direito. Princípios Constitucionais. Inconciliabilidade.

The incompatibility of the criminal law of the enemy theory with the Brazilian legal system

Abstract: the Criminal Law of the Enemy is a recent theoretical creation of one of the most modern and controversial jurists of the present time. With the occurrence

¹ Aluno FAMIG.

of the terrorist attack on the United States of America in 2001, the conjecture elaborated by Günther Jakobs gained prominence and became widely discussed in the legal environment. In view of this, the present study aims to analyze the Enemy's Criminal Law, investigating the possibility of harmonizing the theory with the constitutional principles applicable to criminal matters. To do so, an exploratory study will be carried out, using the qualitative approach, using the method of bibliographic research. The Democratic State of Law presupposes respect for the rights considered fundamental to human life, which are enshrined in the current constitutional order and guide the edition and application of Brazilian laws, including criminal law. In this sense, based on an analytical approach to the Criminal Law of the Enemy, it was observed that such criminal policy has as a presupposition the differential treatment of offenders who, in the case of committing more serious crimes and verifying perennial delinquent tendency, will be considered enemies of the State and, therefore, the dismissal of guarantees which, in the light of the constitutional principles of the CRFB/1988, are inviolable. By imposing a dichotomous treatment on the courts because of their social behavior, applying a disproportionate sanction to the fact committed and relating to future fact, the Jakobsian conjecture attacks against the essential primacy of the Democratic State of Law, defies the constitutional order itself and denies observance of the guarantees humanitarian measures that could not be waived under Brazilian law, and it was concluded that it was not compatible with CRFB/1988.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Democratic state. Constitutional principles. unconciability.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como tema a incompatibilidade da teoria do direito penal do inimigo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Diante dos atentados terroristas ocorridos aos 11 de setembro de 2001 contra o pentágono norte-americano e a torre gêmeas situada em Nova Iorque nos Estados Unidos da América fez com que juristas se voltassem para a teoria do Direito Penal do Inimigo apresentada ao mundo por Günther Jakobs, que tem como característica a separação entre infratores-inimigos e infratores-cidadãos e propõe um direito não garantista e um tratamento rígido a indivíduos considerados de alta periculosidade e repulsivo às normas de conduta social.

Com a verificação de que a teoria jakobsiana possui características muito diferentes em relação às disposições jurídicas adotadas pelo ordenamento penal brasileiro, viu-se a necessidade de investigar a possibilidade de harmonização da nova tendência juscriminal às normas constitucionais vigentes.

Diante disso, elegeu-se como objeto da presente pesquisa a análise do Direito Penal do Inimigo à luz da ordem constitucional vigente, de modo a verificar a sua conformidade com os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Penal, identificando-se as críticas relativas à teoria jakobsiana. Assim, este estudo propõe-se a solucionar o seguinte questionamento: O Direito Penal do Inimigo harmoniza-se com os princípios constitucionais aplicáveis ao direito penal?

O marco teórico utilizado foi a teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvido pela Jurista Alemão Gunther Jakobs.

Para melhor compreensão do tema e coesão do trabalho, organizou-se o conteúdo explorado em três capítulos, assim divididos:

No primeiro capítulo será feita uma breve análise do Direito Penal do Inimigo, identificando-se a sua origem e principais características. Far-se-á, ainda, uma análise acerca da dicotomia existente entre o conceito de infrator-inimigo e infrator-cidadão consagrado pela referida teoria.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo das teorias da pena no Brasil, com a identificação de cada qual e a descrição do seu conteúdo.

No terceiro capítulo, far-se-á uma análise acerca dos princípios constitucionais a respeito do direito penal, identificando-se quais são estes e qual determinação contida em cada um. Por fim, no quarto capítulo estabelecer-se-á uma análise comparativa entre os referidos princípios e o Direito Penal do Inimigo de forma a verificar a compatibilidade entre ambos.

O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, apoiando-se em técnicas de pesquisa bibliográfica, as quais tiveram como fonte a legislação brasileira, artigos científicos e doutrina juscriminal.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 A Origem do Direito Penal do Inimigo

A expressão Direito Penal do Inimigo foi apresentada à comunidade acadêmica pelo jurista alemão Gunther Jakobs para descrever uma teoria derivada do chamado Direito Penal Máximo².

Gunther Jakobs, considerado um dos mais importantes juristas da contemporaneidade, era discípulo de Hans Welzel³ (1904-1977), tinha ideias consideradas polêmicas no meio jurídico. Jakobs foi responsável por idealizar o chamado funcionalismo sistêmico por inspiração do modelo teórico de Sistemas criado por Niklas Luman⁴ (1927-1998), o qual sustenta que o Direito Penal tem como objetivo principal reafirmar a vigência da norma apesar das infrações (Silva, 2016).

Jakobs apresentou sua teoria ao mundo pela primeira vez em 1985 durante uma palestra no Seminário de Direito Penal em Frankfurt, durante a qual descreveu sua teoria, embora não tenha tido muita publicidade (Valente, 2016).

Após aperfeiçoar a sua teoria, Jakobs reapresentou ao mundo através da Conferência do Milênio de 1999, ocorrida em Berlim, onde buscou evidenciar que a legislação penal, especialmente a pertencente à Alemanha, já carregava características típicas do que ele denominou Direito Penal do Inimigo, o qual diverge do paradigma liberal-clássico até então conhecido e tem como principal característica a coexistência de diferentes normas penais no mesmo sistema jurídico, isto é, um Direito Penal do cidadão aplicável aos membros da população que agissem em conformidade com as disposições normativas preexistentes, e o

² Conceito doutrinário que faz referência à aplicação do direito penal de forma rigorosa e abrangente. Um conceito abordado por diversos teóricos, mas um dos nomes mais destacados é do jurista alemão Claus Roxin

³ Jurista e filósofo alemão, mais conhecido pelas suas contribuições ao direito penal e pela elaboração da Teoria Finalista de Ação

⁴ Sociólogo alemão e responsável pela obra “Sistemas Sociais” e pela contribuição da Teoria dos Sistemas Sociais.

Direito Penal do Inimigo, cuja aplicação era voltada àqueles a quem Jakobs denomina inimigos (Moraes, 2011).

Com a repercussão mundial dos ataques terroristas da Al Qaeda aos Estados Unidos da América (EUA) em 11 de setembro de 2001, a teoria proposta por Jakobs ganhou destaque em face das discussões de natureza juscrimalistas surgidas na época. Após os atentados, fora desencadeada uma intensa onda de combate à criminalidade organizada, como também ao terrorismo⁵ tanto nos EUA como em outros países europeus⁶ onde potencialmente tais ataques poderiam ocorrer, sendo que crimes desse potencial ofensivo passaram a ser tratados com mais severidade, à semelhança daquilo que preconiza a teoria jakobsoniana (Souza, 2015).

Acerca do modelo de Direito Penal criado por si, Jakobs afirma que:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Essa coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias (Jakobs, 2015, p. 30).

Como se demonstra, para Jakobs, o infrator-inimigo não merece tratamento igual àquele dispensado ao chamado infrator-cidadãos, aos quais devem ser aplicadas regras diversas, de sorte que, se o primeiro deve ser despojado de alguns dos seus direitos e punido de forma mais rígida em relação aos demais membros da

⁵ Convenção de Haia (1970): Combate o ato de sequestro de aeronaves e promove a cooperação internacional na sua prevenção e repressão. Convenção de Tóquio (1963): Institui comportamentos ilícitos a bordo de aeronaves e dá competência ao comandante para manter a ordem a bordo.

Patriot Act: Trata-se de uma legislação dos Estados Unidos aprovada após os ataques de 11 de setembro de 2001, cujo principal objetivo era fortalecer as medidas de segurança e a capacidade de aplicação da lei para combater o terrorismo.

⁶ Atentado em Madri (11 de março de 2004); Atentados em Londres (7 de julho de 2005); Ataque ao Aeroporto de Istambul (28 de junho de 2016) e Ataque ao Bataclan em Paris (13 de novembro de 2015).

sociedade, o infrator-cidadão conserva, com exceção do direito tolhido da pena, as garantias que a lei lhe assegura, residindo, em tal distinção, a principal característica da teoria do jurista alemão (Moraes, 2011).

Neste aspecto, Jakobs menciona que sua teoria encontra suporte filosófico da distinção nos ideais propagados por Jean-Jacques Rousseau⁷ (1712-1778), Johann Gottlieb Fichte⁸ (1762-1814), Thomas Hobbes⁹ (1588-1679) e Immanuel Kant¹⁰ (1724-1804), posto que defendia que, o indivíduo que não aderir e obedecia às regras dispostas no chamado contrato social, perde também o gozo dos direitos porventura garantidos por aquele e, ainda, merece ser combatido como inimigo do Estado, posto que ameaça a solidez da ordem e ignora a vigência da norma penal (Souza, 2015).

A este respeito, Gomes e Bianchini observam:

[...] (a) O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant) (Gomes; Bianchini, 2017, p.07).

Ao descrever sobre o pensamento rousseauiano que influenciou o Direito Penal do inimigo, Silva afirma que, para Rousseau:

Quem quer preservar a vida às custas dos outros deve dá-la também por eles quando necessário. Ora, o cidadão não é mais juiz do perigo ao qual a lei quer que se exponha e, quando o príncipe lhe diz “É útil ao estado que morras”, ele deve morrer, pois foi nessa

⁷ Filósofo, escritor e compositor suíço do século XVIII. Conhecido por suas contribuições para a filosofia política e educacional, bem como responsável pelas obras; O Contrato Social e O Estado de Natureza.

⁸ Filósofo alemão do final do século XVIII e início do século XIX. Um dos principais filósofos idealistas alemães e responsável pelas contribuições; Idealismo Transcendental; Ética e Moralidade; Educação.

⁹ Filósofo inglês, mais reconhecido pela sua obra “Leviatã”. Onde aborda temas como a natureza humana, o estado de natureza e a necessidade de um governo forte para evitar o caos e a anarquia.

¹⁰ Filósofo alemão, considerado um dos pensadores mais influentes da filosofia ocidental. Mais conhecido pelas suas obras como “Crítica da Razão Pura”, “Crítica da Razão Prática” e “Crítica do Juízo”.

condição que viveu em segurança até então, e sua vida não é mais apenas um favor da natureza, mas uma doação condicional do estado. A pena de morte infligida aos criminosos pode ser considerada mais ou menos sob o mesmo ponto de vista: é para não sermos a vítima de um assassino que consentimos em morrer se nos tornarmos um (Silva, 2016, p.119).

Assim, segundo Rousseau, aquele malfeitor que contradiz o direito social através do cometimento de crimes é considerado um traidor da pátria, declarando-se guerra contra este, que passará a ser considerado inimigo. A consequência disto, é que o indivíduo perde o direito de ser considerado membro do Estado, que passa a ter direito de exterminar o seu inimigo para que dele não seja vítima (Silva, 2016).

No que diz respeito à influência trazida por Fichte, este refere-se à perda da condição do cidadão e, portanto, de sujeito de direitos, a que o indivíduo dá causa ao descumprir o contrato social, sendo o que argumenta Jakobs acerca dos pensamentos trazidos por aquele autor que foram absorvidos por sua conjectura.

[...] 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. Fichte atenua tal morte civil como regra geral mediante a construção de um contrato de penitência, mas não no caso do assassinato intencional e premeditado: neste âmbito, mantém-se a previsão de direitos ao condenado, se declara que é uma coisa, uma peça de gado. Com férrea coerência, Fichte prossegue afirmando que a falta de personalidade, a execução do criminoso, não é uma pena, mas só instrumento de segurança (Jakobs; Meliá, 2015, p. 25).

Vale destacar que, a respeito da influência de tais pensamentos sobre o Direito Penal do Inimigo, Jakobs não aderiu a nenhuma das teorias de modo exclusivo, influenciando-se pelas mesmas para criar a sua própria dedução, posto que, tanto Rousseau como Fichte defendiam uma discriminação absoluta entre o delinquente e o cidadão, considerando como inimigo todo aquele que agisse contra as normas do contrato social ao passo que, para Jakobs nem todo criminoso é inimigo e nem todo delinquente pode ser excluído do pacto social (Moraes, 2011).

Ao justificar tal posicionamento, Jakobs afirma que:

Um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente

tem o direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato (Jakobs; Meliá, 2015, p.25).

Acerca dos pensamentos defendidos por Hobbes e que inspiraram a criação do Direito Penal do Inimigo, Valente (2016) afirma que Jakobs evidenciou ter importado da obra Hobbes a ideia de não excluir do contrato social todos os delinquentes, mas apenas aqueles que infringirem normas contra o Estado de forma que possa a conduta ser considerada alta traição, mediante a qual deverá ser tratado como inimigo do Estado (Souza, 2015).

Neste sentido, destaca Jakobs:

Hobbes tinha consciência desta situação. Nominalmente, é um teórico do contrato social, mas materialmente é, preferentemente, um filósofo das instituições. Seu contrato de submissão – junto ao qual aparece, em igualdade de direito, a submissão por meio da violência – não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. De maneira plenamente coerente com isso, Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, alta traição: pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza. E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos (Jakobs; Meliá, 2015, p.26).

Como se percebe, a teoria jakobsiana assemelha-se à de Hobbes por permitir que o delinquente mantenha sua condição de cidadão em determinadas circunstâncias, apenas negando ao infrator este status quando a infração se voltar ao próprio Estado, ou em outras circunstâncias mais gravosas que Jakobs delimitou (Souza, 2015).

No que diz respeito à influência dos pensamentos kantianos no Direito Penal do Inimigo, diz-se que esta se refere à moderação da classificação de inimigo. Kant afirma que nem todo indivíduo que pratica crime é inimigo, considerando como tal aqueles que, além de não observarem as normas penais, ameaçam a ordem social. Além disso, segundo o autor, aquelas pessoas que vivem em estado de natureza ou

em desconformidade com o ‘estado comunitário legal’ e não em um estado de paz, estes poderiam ser tratados como inimigos. Diante desse raciocínio, Jakobs se identifica com tal tese, sobretudo ao distinguir um Direito Penal do Cidadão de um Direito Penal do Inimigo (Silva, 2016).

Confirmando tal afirmativa, destaca Jakobs:

Kant, que fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. Imediatamente, coloca-se a seguinte questão: o que diz Kant àqueles que não se deixam obrigar? Em seu escrito sobre a paz eterna, dedica uma extensa nota, ao pé de página, ao problema de quando se pode legitimamente proceder de modo hostil contra um ser humano, expondo o seguinte: Aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, [privada] segurança [necessária], e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao meu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (statu inisusto), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança. Consequentemente, quem não participa na vida em um estado comunitário-Jakobs legal deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido a custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado, como anota expressamente Kant, como um inimigo (Jakobs; Meliá, 2015, p.26).

Assim, segundo explica Moraes (2011), Jakobs sustenta a ideia de que, em um Estado e os cidadãos têm sua relação regida por um contrato social, a qual todos devem observar, sendo o delito interpretado como uma transgressão ao contrato social, de forma que os delinquentes que vierem a desobedecer ao pacto, não poderiam mais participar dos benefícios que este preveja.

Em outras palavras, a pessoa que transgredir o contrato social deixando de seguir as normas impostas por ele, deixa de ser considerado membro do Estado, passando então a conflitar contra ele, o que motiva a perda do seu direito de gozar da condição de cidadão e ‘pessoa’, supressão de seus direitos (Fichte), devendo este, ademais, ser combatido como um adversário (Rousseau), isto é, como inimigo do Estado (Hobbes e Kant).

2.2 Diferença entre inimigo e cidadão

A teoria criada por Jakobs admite a existência de uma figura denominada ‘inimigo’, o qual merece ser combativo pela infração das normas criadas pelo Estado. A respeito disso, para a teoria em estudo, nem todo delinquente deverá ser considerado opositor do ordenamento jurídico, o que motiva a separação do Direito Penal em duas vertentes diversas, uma aplicável ao cidadão e outra ao inimigo (Silva, 2016).

Segundo Jakobs, há circunstâncias em que os sujeitos podem manter o status de cidadãos mesmo após o cometimento de um crime, de modo a permanecerem a si asseguradas garantias jurídicas não extensíveis aos denominados inimigos, o que evidencia que o paradigma estabelecido pela teoria jakobsiana tem bases na diferenciação de tratamento legal entre o infrator-inimigo e o infrator cidadão, sendo, portanto, fundamental conhecer o conceito relativo a tais denominações (Valente, 2016).

De acordo com o que afirma Jakobs, o conceito de inimigo pode ser explicado da seguinte maneira:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas (Jakobs; Meliá, 2015, p.40).

Como se observa, para o pensador alemão, é inimigo todo aquele que tenha potencial infrator capaz de colocar em risco a segurança daqueles que aderem ao contrato social através como cometimento de crimes de natureza mais gravosa e que tenha tendência delitiva contínua (Zafaronni, 2007). Ainda sobre o conceito de inimigo, Gomes afirma:

[...] quem são os inimigos? Criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Em poucas palavras, é o inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma (Gomes, 2005, s.p).

São considerados inimigos, para Santos (2017), aqueles que praticam crimes de alta traição, que apresenta um comportamento de insubordinação intrínseca, e que

tenha suporte individual real com a capacidade de provocar até mesmo um estado de guerra contra a sociedade, tendo as expectativas desejadas pela sociedade frustradas, deixando de ostentar condições sociais de pessoas portadoras de direitos, pois desobedeceu ao sistema social.

Com isto, percebe-se que, todo aquele que indique não possuir fidelidade ao sistema jurídico proposto, deve ser considerado inimigo, de sorte que, perde os privilégios concedidos pelo Estado aos cidadãos, passando a fazer jus a um procedimento de guerra (Gomes; Bianchini, 2017).

Por outro lado, infratores-cidadãos são aqueles que, embora tenham incorrido numa conduta ilícita, continuam a oferecer uma garantia de adesão às normas jurídicas que regem a sociedade em que este se insere (Valente, 2016).

No mesmo sentido, Silva preconiza que:

O cidadão é o autor de delitos normais, que se conserva fiel ao ordenamento jurídico, mantendo as expectativas normativas da sociedade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, em virtude de não desafiar o sistema social (Silva, 2016, p. 146).

É de se ver, portanto, que aqueles que praticam crimes de potencial ofensivo diminuto¹¹, mas possuem uma tendência a conservar um comportamento de lealdade jurídica em relação ao Estado, são considerados cidadãos apesar da infração, pois não afrontam o sistema jus-social adotado, considerando-se o indivíduo, nestes casos, como pessoa e, portanto, sujeito de direito (Valente, 2016).

Dessa maneira, percebe-se que a teoria do Direito Penal do Inimigo proposta por Jakobs faz distinção ao Direito Penal comum, pois este assegura que o cidadão deve ser apenado pelo ato que cometeu e de acordo com sua culpabilidade, sem, não obstante, lhe serem tolhidos os direitos que lhe são garantidos como cidadão. Já aquele, assegura que o cidadão deve ser apenado apenas pelo que ele é, independentemente de qualquer conduta que tenha praticado, de forma que, de acordo com Jakobs, é necessária a adoção de repressão mais gravosa ao inimigo em

¹¹ Diz respeito a infrações penais que possuem uma gravidade menor e, por isso, apresentam um grau reduzido de ofensividade à sociedade

face da sua presumida periculosidade, que pode colocar em risco a ordem social estabelecida e a segurança do Estado e daqueles que estão sob sua jurisdição.

1.1.2 Características do Direito Penal do Inimigo

Além da peculiar diferenciação entre cidadão e inimigo, a teoria jakobsiana tem outras características que lhe são peculiares e o diferencia das normas jurídicas adotadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao mencionar as principais características atribuídas ao Direito Penal do Inimigo, Jakobs, afirma que:

O Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar constata-se um amplo adiantamento da punibilidade¹², 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 altas¹³ especialmente, a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (Jakobs e Meliá, 2015, p. 90).

A proposição do jurista alemão é favorecida, portanto, de atributos que lhe são peculiares, como a aplicação da repressão com base no potencial de periculosidade do indivíduo, isto é, a sanção reflete a expectativa de que este venha a delinquir, sendo que a punição aplicada é desproporcionada se considerado o fato delitivo,

¹² Existem no ordenamento jurídico brasileiro institutos que visam realizar o adiantamento da punibilidade, ou seja, antecipam a possibilidade de aplicação de sanções ou medidas repressivas antes da consumação do delito. Como exemplo, podemos citar a Lei 13.260/2016, que tipifica o delito de Terrorismo, em seu Art. 5º. “Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito”. Além desse exemplo, pode-se citar também o Art. 35º da Lei 11.343/2006, que diz: “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da lei 11.343”. O Código Penal Brasileiro, 2.848/1940, em seu Art. 291, “Petrechos para falsificação de moeda”, diz que: “Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda”.

¹³ Há uma aparente desproporcionalidade entre os crimes de Associação para o Tráfico de Drogas e Associação Criminosa, pois aquele estabelece em seu art.35 da Lei 11.343/2006, uma pena de 3 a 10 anos de reclusão e multa para quem se associa com o fim de praticar o tráfico de drogas. Já a associação criminosa estabelece em seu art. 288 do Código Penal Brasileiro, uma pena de 1 a 3 anos de reclusão para quem se associa com o fim de cometer crimes.

além de ser negado ao inimigo garantias que lhe seriam asseguradas se este fosse detentor da qualidade de cidadão (Silva, 2016).

No que se refere à aplicação da medida de segurança¹⁴ ao inimigo, esta faz referência ao tipo de sanção adequada para punir aqueles que assim sejam classificados. É que, para Jakobs, apenas o cidadão pode ser considerado destinatário da pena, já que esta, para aquele jurista, teria o poder de reafirmar a validade da norma infringida, ao passo que a custódia de segurança apenas objetiva neutralizar o inimigo de modo a prevenir a reincidência criminal ao isolá-lo¹⁵ com convívio social (Jakobs; Meliá, 2015).

A este respeito, Santos (2012, p. 02) afirma:

A pena para o cidadão seria uma reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir. 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 (Santos, 2012, p. 02).

Representando outra importante característica do Direito Penal do Inimigo, o critério de atribuição de punição eleito baseia-se na periculosidade do indivíduo ao invés de utilizar a culpabilidade como base. Para Jakobs, o fato de o indivíduo não aderir às normas jurídicas revela o risco que este representa para a sociedade e para o Estado e a possibilidade de o mesmo permanecer em estado de delinquência, devendo sofrer a consequência penal apenas em razão deste fato para que o seu potencial de periculosidade não se concretize através do cometimento crimes, o que faz com que o inimigo seja punido, na verdade, por fato futuro e virtual¹⁶ (Valente, 2016).

¹⁴ Conforme o Art. 96 do Código Penal Brasileiro que aborda sobre as medidas de segurança de “Internação em estabelecimento psiquiátrico” e “tratamento ambulatorial”.

¹⁵ Conforme a Lei 7.210/84 - Lei de Execução Penal, em seu Art. 53, inciso IV, prevê o isolamento do preso na própria cela ou em local adequado.

¹⁶ Futuro: Que ainda está por vir, um evento que pode ocorrer, mas ainda não ocorreu. Virtual: Algo que existe em potência, com base em condições presentes, mas que não é atual ou concreto.

Uma das mais polêmicas características da suposição jakobsiana refere-se à destituição da condição de pessoa em relação aos sujeitos considerados inimigos. É que, para Jakobs, o indivíduo que se nega a aderir às regras do contrato social que regem a sociedade ao qual ele está vinculado, deixa também de fazer jus aos direitos que lhe estariam garantidos enquanto cidadão, perdendo as características de pessoa, passando a ser mero objeto de coação do Estado (Santos, 2017).

A este respeito, Zaffaroni (2007, p. 18) afirma que:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas (Zaffaroni, 2007, p. 18).

Vê-se, pois, que, para evitar que o direito à segurança dos demais jurisdicionados seja comprometido pela não adesão às regras jurídicas pelo inimigo, a teoria do jurista alemão nega ao indivíduo a condição de pessoa de modo a despi-lo de suas garantias para que a pena possa lhe alcançar da forma preconizada por Jakobs, evitando, assim, que o sujeito venha a tornar concreta sua tendência delitiva (Jakobs; Meliá, 2015).

Ao fazer uma análise das características do Direito Penal do Inimigo, Gomes e Bianchini (2017, p. 07) elencam quais são elas, afirmando que:

- (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio

ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade (Gomes; Bianchini, 2017, P. 07).

É de se observar que as características que marcam a teoria do Direito Penal do Inimigo derivam da diferenciação entre cidadão e inimigo, de forma que todas impõem um tratamento diferente em relação a ambos.

3 TEORIAS DA PENA

3.1 Características

A sanção penal representa, atualmente, uma ferramenta imprescindível de controle jurídico e social do Estado em face do cidadão responsável pela prática de infrações. Diante disto, é necessário mencionar-se o seu conceito.

No que se refere à definição do vocábulo jurídico ‘pena’, Rogério Greco salienta que:

[...] é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi* (Greco, 2017, p. 617).

Em razão da sanção penal simbolizar a resposta do Estado ao ato infracional, diz-se, à luz da Teoria Absoluta da pena, que a repressão aplicada pelo Estado possui finalidade retributiva, tal como assevera Masson:

De acordo com esta teoria, a pena desponta como a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma contravenção penal (*punitur quia peccatum est*). Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal. A pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castigá-lo, fator este que proporciona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica (Masson, 2017, p. 541).

Sob a ótica da Teoria Absoluta, pois, nota-se que a pena é vista como a devolução do mal ao infrator autor de ato ilícito, de modo que apenas se reconhece o atributo de vingança, não possuindo a sanção, para tal hipótese, outra finalidade senão castigar o autor do crime. Em outras palavras, a referida teoria justifica a aplicação da repressão única e simplesmente na necessidade de compensar o dano provocado

pelo ofensor a partir da aplicação de punição equivalente ao ato perpetrado, de modo a considerar, portanto a pena um fim em si mesma, isto é, não dotada de finalidade social (Estefam, 2018).

A este respeito Roxin (1997 apud Greco, 2017, p. 620-621) explica:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense (Roxin, 1997 apud Greco, 2017, p. 620-621).

Dessa maneira, a Teoria Absoluta apenas atribui à punição o objetivo retributivo, considerando-a mero castigo sem finalidade social ou política (Cunha, 2015).

Ao contrário da suposição anteriormente apresentada, a Teoria Relativa defende que à sanção é conferida uma funcionalidade preventiva, isto é, de evitar a ocorrência de crimes (Souza, 2015). Acerca da Teoria Relativa da repressão, Mirabete (2010, p. 230) observa que esta atribui “[...] à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção. O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada”. Ao dissertar sobre tal hipótese e estabelecer uma análise comparativa entre esta e a Teoria Absoluta, Zaffaroni e Pierangeli aduzem que:

As teorias relativas desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concebendo a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Essas teorias são as que se subdividem em teorias relativas à prevenção geral e da prevenção especial (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 113).

Como é de se observar, à luz da Teoria Relativa, a pena tem como função única impedir o cometimento de novos crimes tanto no âmbito social como em relação ao infrator, motivo pelo qual considera-se que a punição possui ação preventiva geral e especial, tal como se evidenciará através da análise a ser realizada no item seguinte (Estefam, 2018).

Em suma, conforme a suposição citada, a advertência não se propõe a retribuir o fato típico já cometido, mas sim criar uma ferramenta capaz de minimizar as chances da ocorrência dos crimes através da prevenção (Dotti, 2002). Como resultado da junção dos ideais defendidos pelas duas teorias mencionadas, a Teoria Mista ou Eclética preconiza que a pena, na verdade, tem não uma finalidade exclusiva, sendo a mesma polifuncional, isto é, através da sua aplicação visa-se retribuir ao ofensor o mal causado através da imposição de um castigo, prevenir a ocorrência de outros ilícitos e reeducar o sujeito para a vida em sociedade (Cunha, 2015).

Acerca da Teoria Eclética, Bitencourt (2012, p. 319) assevera que esta busca “agrupar em um conceito único os fins da pena”. Esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas.

Segundo esta presunção, a pena não pode ser considerada um castigo vazio de função social ou jurídica, tampouco serve apenas a prevenir, de modo que, ao impor ao indivíduo uma repressão como vingança ao ilícito praticado, o Estado o pune pelo dano causado à esfera juridicamente tutelada de outrem, e previne a ocorrência de novos crimes (Estefam, 2018). Ainda no sentido de destacar em que consiste tal teoria, Masson (2017, p. 544) aduz que:

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial (Masson, 2017, p. 544).

Importa mencionar que o ordenamento jurídico brasileiro elegeu a Teoria Eclética como sendo a suposição vigente no sistema de justiça criminal, sendo que, neste sentido, o Código Penal de 1940 determinou:

Artigo 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

Como se conclui do dispositivo transcrito, a finalidade da pena é composta de mais de um objetivo, sendo que, segundo a referida suposição, a sanção deve objetivar retribuir ao condenado o mal causado, difundir na sociedade a ideia de que a toda

infração equivale uma repressão, de sorte que os cidadãos sintam-se desincentivados à criminalidade, além de evitar a ocorrência de novos ilícitos ao privar da vida em sociedade o infrator, que, pela punição, será ressocializado, de modo a retornar à comunidade capacitado para a convivência harmônica (Cunha, 2015).

Vê-se, deste modo, que a teoria da finalidade adotada pelo legislador brasileiro representa uma junção das hipóteses absoluta e relativa, de modo a justificar a aplicação da pena não apenas na necessidade de cominação de um castigo em face daquele que ignora os comandos proibitivos da norma penal, mas também evitar que outros membros da sociedade incorrem no mesmo erro, evitando, ademais, a reincidência criminal (Capez, 2011).

Assim, se há teorias que atribuem à pena apenas a finalidade preventiva, ao passo que outra defende que esta é um fim em si mesmo, a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro funda-se numa conjugação de ambas as ideias, de modo a pregar a polifuncionalidade da sanção.

3.2 Diferença entre prevenção geral e especial

O ordenamento jurídico brasileiro adotou como hipótese explicativa da finalidade das penas a Teoria Mista, segundo a qual a sanção penal reúne as finalidades retributiva, defendida pela Teoria Relativa, ou preventiva, adotada pela Teoria Preventiva.

A respeito de o vocábulo “prevenção” indicar por si mesmo o seu significado e de, especificamente no que se refere à finalidade da pena, indicar o objetivo da punição de impedir o cometimento de crimes, a ciência jurídica atribui ao termo “prevenção” uma diversidade de acepções, dizendo-se que, neste aspecto, que a prevenção pode ser, para o Direito Penal, geral e especial (Masson, 2017).

No que diz respeito à prevenção geral, esta pode ser subdividida em negativa e positiva. Em relação ao aspecto negativo, diz-se que esta faz referência à atribuição da pena de evitar a ocorrência de novos crimes no meio social. Em outras palavras, ao aplicar a sanção ao infrator, o Estado influencia a sociedade de modo geral, sendo

que os concidadãos do apenado se sentirem desencorajados a inobservar a norma criminal com receio se sofrer o mesmo tipo de sanção (Bitencourt, 2012).

Rogério Greco, deixa claro o que consiste em a prevenção geral negativa sendo:

[...] a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal. [...] existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição (Greco, 2017, p. 621).

No mesmo sentido, Nery, acerca da prevenção geral ainda, consigna que:

[...] prevenção geral é direcionada à generalidade dos cidadãos, esperando que a ameaça de uma pena, e sua imposição e execução, por um lado, sirva para intimidar aos delinquentes potenciais, e, por outro lado, sirva para robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito (Nery, 2011, p. 80).

Não é de se esquecer, portanto, que, pela prevenção geral negativa, o legislador possui a expectativa de difundir na sociedade o temor em relação à pena, de sorte que, aquele que seja tendente à delinquência, por medo de ser punido, seja persuadido a não infringir a lei (Estefam, 2018).

Sob o aspecto positivo, a finalidade preventiva geral da pena é disseminar na sociedade em que vige a legislação inobservada a consciência de que o ordenamento jurídico, embora irrompido pelo crime, permanece vigente e deve ser obedecido pelos jurisdicionados (Cunha, 2015).

Ao analisar a prevenção geral positiva, Masson observa que:

Prevenção geral positiva, de outro lado, consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal. Almeja-se demonstrar a vigência da lei penal. O efeito buscado com a pena é romper com a ideia de vigência de uma lei particular que permite a prática criminosa, demonstrando que a lei geral - que impede tal prática e a compreende como conduta indesejada - está em vigor. Em suma, o aspecto positivo da prevenção geral repousa na conservação e no reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico. A pena tem a missão de demonstrar a inviolabilidade do Direito diante da comunidade

jurídica e reforçar a confiança jurídica do povo (Masson, 2017, p. 543).

Assim, a prevenção geral busca, tanto no aspecto positivo quanto no negativo, propagar constatações que desestimulam aos membros da sociedade a cometer crimes, seja pelo convencimento de que a norma penal possui validade erga omnes¹⁷ ou pela demonstração de que a cada ato típico, invariavelmente, corresponderá uma sanção, deixando o indivíduo indesejoso de agir em desconformidade com as leis penais (Prado, 2007).

Se a prevenção geral se destina à coletividade, a prevenção especial relaciona-se diretamente com o apenado, podendo também está classificar-se em positiva e negativa (Greco, 2017).

Por prevenção especial negativa entende-se o atributo da pena de evitar a ocorrência de novos crimes ao tirar do meio social o indivíduo responsável pela infração, ou seja, se o infrator tiver sido isolado pela pena, é improvável que este venha a delinquir (Nery, 2011).

A este respeito, Rogério Greco destaca que:

[...] existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado (Greco, 2017, p. 620-621).

Não é de se esquecer que, de modo específico a pena privativa de liberdade, ao privar o apenado na convivência em sociedade, visa impedir, simultaneamente, que o mesmo venha a reincidir, motivo pelo qual atribui-se à sanção a finalidade preventiva especial negativa (Masson, 2017).

Já a prevenção especial positiva, esta se relaciona com a reeducação do condenado para que este aprenda a conviver em sociedade e não venha mais a delinquir (Teles, 2004).

¹⁷ Expressão em latim que significa “contra todos” ou em “face de todos”. Um termo jurídico que se impõe a todas as pessoas, não apenas às partes envolvidas no caso específico.

É que, com a aplicação da pena, o apenado, em tese, refletirá acerca da prejudicialidade da sua conduta e terá oportunidade de reeducar-se, de modo que, sendo ressocializado, não mais quererá delinquir (Mirabete, 2010). Confirmando a explicação citada, Teles afirma que:

Uma delas demonstra que o agente do crime ficará, para sempre ou por tempo determinado, inofensivo e, experimentando a pena, terá conhecido as consequências do crime. Outras defendem ainda que o condenado seja “melhorado”, mediante sua educação, sua correção, sua ressocialização, ou recuperação, para poder retornar ao livre convívio com a sociedade (Teles, 2004, p. 323).

Igualmente afirma Greco (2017, p. 620-621) que “[...] denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros”.

Depreende-se, portanto, que à luz da prevenção, busca-se evitar a revisitação ao crime ao a inserção à criminalidade através da prevenção geral, voltada à sociedade, e da prevenção especial, relativa ao próprio infrator.

3.3 Críticas à prevenção geral

O Direito Penal, entre outros temas, se dedica a estudar as penas e suas finalidades, atribuindo às sanções, segundo o CP/1940, as funções retributiva, preventiva geral e especial.

A respeito da adoção de Teoria Mista pelo ordenamento jurídico brasileiro, muitas são as críticas dirigidas aos atributos preventivos da punição, especialmente no que se refere à prevenção geral, finalidade penal de evitar o cometimento de crimes ao imbuir na sociedade à noção de que a norma penal, apesar da infração cometida, permanece válida e o sentimento de temor em relação à sanção (Prado, 2007).

A crítica com maior frequência atribuída à prevenção geral dirige-se ao seu potencial intimidador. É que, para alguns doutrinadores, ao almejar promover o amedrontamento da população, o apenado é tratado com objeto para servir de exemplo aos seus concidadãos, o que atenta contra a dignidade humana, posto que a ‘coisificação’ nega a característica de ser humano inato a todo cidadão (Greco, 2017).

Hassemer é um dos principais defensores de tal posicionamento, explicando a feitura da crítica ao seguinte argumento:

A intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras, e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se, necessariamente, em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como: o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe) e a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de penas (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo) (Hassemer, 1993 apud Greco, 2017, p. 623).

Ao dissertar sobre o tema, Cipriani (2005, p. 79) explica que: “[...] o indivíduo não pode ser usado como objeto à mercê do poder do Estado, pois a instrumentalização do homem é qualquer coisa que não joga com a sua dignidade”.

Como se observa, para os adeptos de tal entendimento, a prevenção geral nega a natureza de pessoa pertencente ao infrator por pretender usá-lo como mero instrumento, o que, além de inconstitucional, pode ser também infrutífero, posto que, para que o objetivo da intimidação se concretizará se todos os cidadãos tomarem conhecimento da pena imposta, o que, na maioria das vezes, não acontece (Rodrigues, 2012).

Além de criticar a objetificação do sujeito provocada pela prevenção geral, diz-se que a mesma merece desaprovação por dar suporte a um estado de terror, sempre tendente à severidade extrema das sanções para ter sucesso na promoção da intimidação e do convencimento da vigência e eficácia legal (Estefam, 2018).

Sobre o estímulo dado pela prevenção geral à instauração do estado de pavor, Masson:

Atualmente, a finalidade de prevenção geral negativa manifesta-se rotineiramente pelo direito penal do terror. Instrumentaliza-se o condenado, na medida em que serve de exemplo para coagir outras pessoas do corpo social com a ameaça de uma pena grave, implacável e da qual não se pode escapar. Na verdade, o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretende intimidar mediante a pena,

tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível (Masson, 2017, p. 542-543).

No mesmo sentido, Cipriani defende que:

A teoria da prevenção geral tende ao terror estatal e, desse modo, quem pretender intimidar pelo uso da pena, cada vez mais usará desse argumento para incrementar o aumento do apenamento tanto quanto possível (Cipriani, 2005, p. 79).

Assim sendo, segundo tal posicionamento, ao eleger como propósito maior da prevenção geral a intimidação do cidadão, cria-se um cenário propício para o estabelecimento do chamado Direito Penal do terror¹⁸, o qual pode gerar o agravamento excessivo da sanção a fim de atingir a sociedade como um todo (Prado, 2007).

Portanto, apesar do sistema juscriminal brasileiro ter adotado a Teoria Mista ou Eclética da pena, que atribui a esta as finalidades retributiva e preventiva geral e especial, parte da doutrina critica a utilização da pena como forma de constrangimento da sociedade ao cumprimento da pena por utilizar o infrator como mero instrumento para alcançar seu objetivo, além de favorecer a instituição de um Direito do Pavor¹⁹, excessivamente severo.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO E A INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1 Princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Penal

Os princípios são inerentes à ciência jurídica, tendo em vista que funcionam de suporte para a criação das regras que virão a integrar o sistema que cria um Direito Penal, além de nortear a concretização das normas já vigentes, em quaisquer dos âmbitos do Direito, inclusive na matéria penal.

Além dos princípios específicos imanentes à seara criminal, diversas afirmações criadas pela ordem constitucional vigente são necessárias para o controle da

¹⁸ Expressão utilizada por alguns juristas e teóricos do direito para descrever um tipo de legislação penal que se caracteriza por ser extremamente severa e medidas desproporcionais. Exemplos; terrorismo, tráfico de drogas e crimes organizados.

¹⁹ Expressão utilizada para descrever um cenário em que o direito penal é utilizado de forma a criar uma atmosfera de medo e pânico social.

legalidade do processo punitivo, tais como o princípio da presunção da inocência²⁰, legalidade²¹, dignidade humana²², da proporcionalidade, da individualização da pena²³ e da isonomia²⁴ (Bitencourt, 2012).

Considerado um dos mais importantes princípios constitucionais que diz respeito ao Direito Penal, o princípio da presunção da inocência vem a garantir que o indivíduo não seja tratado como culpado até que a autoria do crime tenha sido comprovada em juízo que o tenha condenado pela prática do ilícito (Greco, 2017).

No que se refere a tal preceito, Gomes e Marques afirmam:

Toda pessoa acusada de um delito é presumida inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Essa mesma presunção vale para qualquer tipo de investigação que possa gerar um castigo. Enquanto transitar em julgado a condenação, o acusado não pode ser tratado como se culpado fosse (Gomes; Marques, 2011, p. 35).

Ainda acerca do referido princípio, Nicolitt afirma:

A presunção de inocência figura-se como regra de tratamento, de forma que embora recaiam sobre o imputado suspeita de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo. Evitando a antecipação da pena, o princípio funciona como limitação teleológica a aplicação da prisão preventiva e de todas as medidas cautelares (Nicolitt, 2011, p. 472).

Dessa maneira, o preceito da presunção de inocência é o primado constitucional que assegura ao réu a não responsabilização pelo fato típico até que se finde o procedimento condenatório, princípio este que informa todo o procedimento penal, desde investigação até o momento anterior à condenação (Coelho, 2011).

²⁰ Art.5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²¹ Art.5º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²² Art.1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²³ Art.5º, inciso XLVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁴ Art. 5º, Caput da Constituição da República Federativa do Brasil versa que: “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”.

No que diz respeito ao princípio da legalidade, este tem por objeto evitar que a sanção a ser aplicada em face do infrator esteja em desacordo com os parâmetros legalmente estabelecidos ao impor que o *ius puniendi*²⁵ apenas pode ser exercido se identificado o cometimento de conduta típica, ao que equivale dizer que, a pena aplica-se ao indivíduo responsável pela prática que, antes de ser levada a efeito, já era tida como ilícita pela legislação vigente, de forma que, ao Estado é vedada a aplicação de sanção não permitida pelo legislador (Nicolitt, 2012).

A este respeito, Avena salienta que:

Consubstanciado na expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, tem origem constitucional (art. 5º, XXXIX, da CF) e legal (art. 1º do CP), significando que nenhum comportamento pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada e executada sem que uma lei anterior a sua prática assim estabeleça. A doutrina clássica costuma desdobrar o princípio da legalidade em duas outras regras: o princípio da reserva legal, segundo o qual não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, considerando-se lei, neste caso, aquela elaborada segundo os trâmites previstos na Constituição Federal; e o princípio da anterioridade, certificando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, de onde se infere que o enquadramento da conduta como crime e a previsão de pena deverão ser anteriores ao fato delituoso. O princípio da legalidade, evidentemente, rege também a aplicação da medida de segurança (Avena, 2014, p. 55).

Para além de exigir a tipicidade da conduta praticada e a preexistência do tipo de repressão cominada em face do infrator, o princípio da legalidade exige, ainda, que os direitos do apenado não contido pela decisão penal condenatória não sejam atingidos pela sanção, que deve limitar-se a promover o direito atingido pela condenação, preservando, na medida do possível, os bens jurídicos não atingidos pela sentença (Cunha 2015).

A este respeito, Coelho (2011) salienta que:

O princípio da legalidade assegura ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença e pela lei, não podendo normas penitenciárias administrativas, inclusive as que versam sobre falta de sanção disciplinar, ferindo seus direitos (Coelho, 2011, s.p).

²⁵ É o direito do Estado aplicar penas previstas no Código Penal.

Representando um dos mais relevantes valores jurídicos do ordenamento brasileiro, a dignidade da pessoa humana é também aplicável à seara penal, de forma a proteger o infrator da limitação das garantias inerentes à sua condição de ser humano, obstando, por exemplo, que a sanção atinja a integridade psíquica ou física do sujeito, a aplicação de penas torturantes, cruéis ou que irrompam com os direitos humanos²⁶ e impeçam que o infrator, apesar da sanção, tenha uma vivência digna. Ademais, busca evitar que o legislador invada os limites das escolhas pessoais e torne banido condutas que não causem danos à esfera juridicamente tutelada de terceiros²⁷ (Nicolitt, 2012).

Ao evidenciar os reflexos do princípio da dignidade humana sobre o Direito Penal, Estefam (2018, p. 148) observa que:

É de se analisar, ao final deste capítulo, quais reflexos penais podem ser extraídos do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Em nosso sentir, dois aspectos devem ser tomados em consideração. O primeiro, ligado ao crime, impõe ao legislador um conteúdo mínimo, no sentido de se limitar a punir comportamentos socialmente ofensivos. Com efeito, não se pode portar como déspota, tratando o ser humano como objeto ou mero escravo de sua vontade, pois, ao fazê-lo, nega a condição humana e, portanto, sua dignidade. A Constituição, quando atribui ao legislador federal a competência privativa para criar normas penais (art. 22, I), não lhe concede “carta branca” para criminalizar todo e qualquer comportamento. Em matéria de sexualidade, por exemplo, vê-se ele impedido de apenar atos unicamente imorais, sem teor lesivo à dignidade de terceiros, como a simples opção sexual de alguém ou a demonstração de afeto público entre casais do mesmo gênero. O segundo, relacionado com a pena, reside na proscrição de sanções vexatórias, degradantes ou cruéis. Conecta-se o sobreprincípio, nesta senda, com a norma constitucional prescrita no art. 5º, XLVII, que veda penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, cruéis e de banimento (Estefam, 2018, p. 148).

Ao tratar do tema, Souza e Japiassú explicam que:

Por conta dessa noção, tem-se que a necessidade de prevenção e repressão à delinquência não podem autorizar o emprego de

²⁶ Conforme o Pacto de São José da Costa Rica (1969) E Convenção Contra Tortura (1984), em que o Brasil é signatário, bem como em sua Constituição da República Federativa de 1988, Art.5º, Inciso III: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

²⁷ Segundo Claus Roxin, o princípio da lesividade ou alteridade estabelece que uma conduta só deve ser criminalizada se causar, ou ao menos colocar em risco, um bem juridicamente relevante, ou seja, se for lesiva a interesses juridicamente protegidos.

medidas que gerem excessivo e desnecessário sofrimento ao indivíduo. Em outros termos, [...] não se admite imposição de sanções infamantes ou cruéis, tais como os castigos corporais ainda existentes em alguns ordenamentos jurídicos. Sustenta-se, ainda, que tal princípio interdita a adoção da pena de morte ou de caráter perpétuo, visto que ambas são modalidade de penas eliminatórias do ser humano (Souza; Japiassú, 2013, s.p).

Assim, sem embargo de a pena ser reconhecidamente necessária, não pode o Estado, com o pretexto de cumprir o poder-dever de punir, restringir aquilo que seja necessário para existência digna do ser humano. Em outras palavras, as penas não podem tirar do indivíduo as garantias fundamentais inerentes à condição humana, sendo que, com exceção do direito contido pela sentença condenatória, tudo o mais que seja necessário para garantir a dignidade do infrator e se harmonize com a pena deve ser preservado, sendo vedada, por decorrência da aplicação da referida afirmação, penas degradantes, cruéis e capitais ²⁸ (Avena, 2014).

Além dos princípios constitucionais já mencionados, também o da proporcionalidade se aplica ao Direito Penal, funcionando este como ferramenta de controle da legalidade e equilíbrio da intensidade e severidade da sanção, tendo em vista que exige que a punição a ser aplicada guarde medida com o ilícito praticado pelo infrator de forma que seu rigor seja proporcional ao potencial ofensivo da conduta (Coelho, 2011).

Nesse viés, ao mencionar o contexto de aplicação do princípio da proporcionalidade na matéria criminal, Franco destaca que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes

²⁸ Art. 5º, Inciso XLVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade (Franco, 2011, p. 67).

Com a aplicação do princípio da proporcionalidade, portanto, pretende-se salvaguardar o infrator de punições excessivamente duras em relação ao ilícito e impedir, lado outro, que a sanção seja demasiadamente branda a ponto de não atingir seu objetivo preventivo e retributivo, ao que equivale dizer que, ao realizar a dosagem da pena, o julgador deve estar atento à gravidade do ilícito, extensão do dano causado pelo infrator e o bem jurídico atingido com a infração, comparando tais fatores com a relevância do direito a ser restringido de modo a chegar numa punição justa e proporcional (Greco, 2017).

Conforme destaca Nicolitt (2012), estando relacionado com anteriormente apresentado, o princípio da individualização da pena determina a mensuração da repressão deve ser feita levando em consideração as condições pessoais do infrator, de forma a garantir que, mesmo que os coparticipes sejam condenados pelo mesmo fato típico, cada qual tenha sanção aplicada em conformidade com seu grau de culpabilidade e outros aspectos personalíssimos, como explica Avena:

Prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, desenvolve-se a individualização da pena quando o juiz da execução penal adapta a pena aplicada na sentença à pessoa do condenado ou internado, concedendo-lhe ou negando-lhe benefícios como a progressão de regime, o livramento condicional, a remição etc. Relativamente ao enfoque executório, o princípio impõe que o juiz estabeleça para cada autor de crime a pena exata e merecida. Em outras palavras, a pena deve ser imposta e executada em relação ao condenado de acordo com o grau de sua culpabilidade e em obediência aos critérios legais (Avena, 2014, p. 58).

O citado princípio, assim, assegura ao apenado que a punição a si cominada será julgada de acordo com sua culpabilidade e condições pessoais, sendo defeso ao sentenciante adotar penas idênticas a dois sujeitos por meio de uma decisão condenatória genérica e que não considere o tipo participação de cada qual no ilícito e na provocação do resultado danoso (Franco, 2011).

Continuamente as afirmações já apresentadas, a pena também deve se harmonizar com o princípio da isonomia, o qual veda os tratamentos discriminatórios, impondo, ademais, que todos sejam tratados de forma equânime (Bitencourt, 2012).

Neste sentido, Masson (2017, p. 49) afirma que:

Consagrou-se o princípio da isonomia, ou da igualdade, como a obrigação de tratar igualmente os iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades. [...] No Direito Penal, importa dizer que as pessoas em igual situação devem receber idêntico tratamento jurídico, e aquelas que se encontram em posições diferentes merecem um enquadramento diverso, tanto por parte do legislador como também. Exemplificativamente: um traficante de drogas, primário e com o qual foi apreendida a quantidade de dez gramas de cocaína, deve ser apenado mais suavemente do que outro traficante reincidente é preso em flagrante pelo depósito de uma tonelada da mesma droga (Masson, 2017, p. 49).

Sem embargo de se considerar a pena instrumento de concretização do poder-dever punitivo do Estado, a ordem constitucional vigente criou princípios que controlam a legalidade da pena e limitam o processo punitivo de forma garantir a manutenção dos direitos do apenado que não tenham sido alcançados pela decisão judicial.

4.2 Incompatibilidade entre a teoria do Direito Penal do Inimigo e os princípios constitucionais

Como já mencionado, o Direito Penal do Inimigo, difere-se sobremaneira daquilo que propõe o ordenamento jurídico pátrio. Em razão de estabelecer bases na diferenciação dos infratores em cidadãos e inimigos, permitir a antecipação da punição em relação ao seu inimigo, aceitar a desproporcionalidade das penas aplicadas e admitir a supressão de garantias em face de alguns dos infratores das leis do Estado, entre outras coisas, a teoria do Direito Penal do Inimigo tem recebido críticas em relação à sua falta de harmonização com os princípios constitucionais norteadores da aplicação da lei penal.

Um dos mais importantes vetores constitucionais relativos ao Direito Penal e sua aplicação em face do infrator refere-se à imposição da presunção da inocência. É que, para o ordenamento jurídico vigente, apenas pode-se considerar e tratar o indivíduo como culpado como tal se contra ele houver sentença penal condenatória, orientação que não tem lugar no Direito Penal do Inimigo, o que faz com que esta conjectura seja criticada por alguns juristas em razão da sua não conformação às normas constitucionais vigentes (Jakobs; Meliá, 2015).

Neste sentido, Antunes destaca que:

Pelo que se viu até então, até se poderia concluir que adoção do princípio da presunção da inocência seja de certa forma incompatível com o que a doutrina denomina como direito penal do inimigo. Isso porque o referido princípio, em sua essência, por prever que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não permitiria um tratamento mais severo à pessoa do acusado, próprio do direito penal do inimigo, pois até aí, referido sujeito deve ser considerado um cidadão detentor de todos os seus direitos, e não um inimigo (Antunes, 2010, p. 100).

Assim, o ideal consagrado pelo Direito Penal do Inimigo mostra-se diametralmente inverso àquilo que fora determinado através do princípio da presunção da inocência. Ao estabelecer um regime punitivo onde a periculosidade do indivíduo é levada em consideração acima da sua condição de cidadão detentor de direitos, condição esta que, inclusive, lhe é negada pela suposição jakobsiana, a referida suposição apresenta-se inconciliável com os ditames da ordem constitucional vigente (Valente, 2016).

A doutrina assinala, ainda, que além de negar a presunção de não autoria, o Direito Penal do Inimigo incompatibiliza-se com o preceito de maior relevância do sistema jurídico brasileiro, do qual todas as demais afirmações são resultado, qual seja, o princípio da dignidade humana (Silva, 2016).

A teoria jakobsiana tem como característica a negação da condição de cidadão ao indivíduo considerado inimigo, despindo-lhe, por consequência, de garantias que lhe são intrínsecas conforme as regras do Estado Democrático de Direito, o que afronta o postulado da dignidade humana. Vai mais longe: despoja o infrator da condição de pessoa, considerando apenas seu potencial periculosidade, fatores que faz tal teoria ser vista como uma atroz inobservância dos preceitos humanos criados pelo constituinte (Gomes, 2005).

Ao apontar o antagonismo havido entre o Direito Penal do Inimigo e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Macedo afirma que:

O direito penal, portanto, é uma das ramificações do direito que deve garantir o tratamento igualitário e digno para as pessoas, as vítimas e os infratores. As bases filosóficas defendidas pelo professor Jakobs se voltam para a direção completamente contrária a todo o núcleo de direitos mínimos para a garantia da dignidade humana. [...] O infrator cidadão recebe a sua punição

proporcional ao fato cometido, sem perder a qualidade de pessoa. Ao inimigo, ao contrário, nos dizeres do professor Jakobs, diminui-se a disposição em tratar o delinquente como pessoa. Nesse ponto, abrem-se os questionamentos e as críticas acerca da teoria. É possível a legitimação do Estado para retirar a condição e o tratamento como pessoa, do ser humano? [...] O fracionamento do Direito nestas ramificações representa um golpe para todas as conquistas que foram se construindo com o decorrer dos anos, em relação à humanização do Direito Penal. São colocadas em xeque todas as garantias dos indivíduos, perante as limitações estatais para a aplicação das sanções, como resposta pelas transgressões penalmente previstas e cometidas. Surge insegurança também quanto à proteção, garantia e manutenção dos princípios constitucionais (Macedo, 2012, p. 54-55).

No mesmo sentido, Zaffaroni preconiza que:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de entre perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoais, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito (Zaffaroni, ano 2007, p. 18).

Assim, ao negar ao inimigo o trato de pessoa, o Direito Penal do Inimigo nega um dos mais importantes primados jurídicos do ordenamento brasileiro e que dá base a todas as demais normas que vigem atualmente, isto é, a dignidade humana (Gomes, 2005).

Durante a descrição da sua teoria, Jakobs elencou entre suas características a atribuição de penas que não necessariamente guardam medida com a gravidade da infração cometida, representando, desta forma, uma afronta ao princípio da proporcionalidade, como explica Verneck et al:

A segunda característica do direito penal do inimigo, exposta pelo supracitado penalista consiste na desproporcionalidade das penas, que teriam dupla manifestação. Desta forma, a criminalização de condutas no âmbito prévio não é acompanhada de redução da pena com respeito àquela fixada para os fatos consumados ou tentados, relacionados às aludidas condutas prévias. Vale dizer ainda que a circunstância de o autor pertencer a uma organização é considerada para estabelecer agravações, consideradas, em princípio, desproporcionais. No cenário alemão, Jakobs reconhece também como uma manifestação típica do direito penal do inimigo

o fato de que numerosas leis penais alemãs dos últimos anos se autodenominam abertas. São aquelas chamadas “leis de luta ou combate” (Verneck et al, 2016, s.p.).

O sistema imposto pelo Direito Penal do inimigo, ao ser favorável com a aplicação de sanções desproporcionais em relação ao crime cometido, se incompatibiliza com o princípio da proporcionalidade, tão caro à noção de justiça da pena e imprescindível para a legalidade da aplicação da sanção segundo a legislação penal vigente, o que torna uma hipótese de inviabilidade de sua harmonização com os ditames constitucionais brasileiros e, portanto, da sua aplicação no Brasil (Silva, 2016).

Para além dos fatores anteriormente mencionados, diz-se que o Direito Penal do Inimigo contraria, ainda, a forma de individualização da pena vigente no Brasil atualmente. É que a base da teoria em estudo tem suporte da diferenciação entre infrator-cidadão e infrator-inimigo, de forma que a sanção será atribuída de acordo com a citada classificação, desprezando os critérios impostos pela CRFB/1988 (Valente, 2016).

Segundo o princípio da individualização da pena, a sanção cominada ao infrator deve ser dosada com vistas não apenas à gravidade do ilícito, devendo também ser proporcionada conforme as condições pessoais do apenado, tais como análise dos antecedentes, conduta social, características comportamentais, motivo que impulsionou o sujeito ao cometimento do ilícito, entre outros fatores, ligados, inclusive, ao comportamento da vítima e consequência do ato danoso, o que, segundo a teoria jackobsiana, não precisa ser considerado (Verneck et al, 2017).

O Direito Penal do Inimigo defende a aplicação da custódia de segurança a todo aquele que for considerado inimigo, contra quem se adota verdadeira posição de combate, não havendo qualquer menção à utilização dos critérios de individuação consagrados pelo princípio supra referido, o que torna a teoria afrontosa em relação aos comandos constitucionais (Gomes, 2005).

Um dos pontos mais divergentes da teoria do inimigo está na distinção de tratamento entre o delinquente-cidadão e o delinquente-inimigo ao qual tal condição é negada, se para o primeiro os direitos fundamentais lhe permanecem

garantidos apesar do cometimento do ilícito, para aquele que é classificado como inimigo algumas das garantias intrínsecas ao cidadão lhe são retirados, o que, segundo os críticos de tal teoria, representa verdadeira afronta ao mandamento da isonomia (Greco, 2005).

A este respeito Silva destaca:

Diversas constituições trazem em seu texto a máxima da igualdade. E a Constituição Brasileira de 1988 reza em seu artigo 5º, caput, que todos são iguais perante a lei. Tal princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Deve o legislador e o aplicador da lei respeitar essa máxima. [...] O princípio da igualdade, ao mesmo tempo em que proíbe o tratamento desigual, também o clama. Isto porque a tarefa da lei reside em dispensar tratamentos diferenciados, desde que justificados. [...]. Esta justificativa encontra amparo no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. [...]. Assim, agride-se a igualdade a escolha de fator diferencial que não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício referido ou com a inserção de arrendamento do gravame imposto (Silva, 2016, p. 142).

À luz da explicação citada, mostra-se que a suposição jakobsiana é irremediavelmente contrária ao referido preceito e, portanto, à própria ordem constitucional, isto porque, ao impor um trato penal diferente àquele que não aderiu e não observa o chamado contrato social, deve este ficar à margem da sociedade por ele regida e, portanto, dos direitos por ele previstos em favor do cidadão, devendo o ‘inimigo’ ser tratado conforme outras regras que não aplicadas àqueles que se mantêm fiéis ao contrato social (Silva, 2016).

Sobre a não harmonização entre a o princípio da isonomia e o Direito Penal do Inimigo, Pilati explica que:

O Estado de direito é aquele em que vigora o império das leis, a divisão de poderes e a enunciação de direitos e garantias aos indivíduos. O Estado democrático, por sua vez, é um aperfeiçoamento do Estado de direito, pois garante a participação de todos na vida política, ainda que indiretamente. Esta forma de Estado funda-se em uma Constituição material, a qual dispõe sobre a composição e funcionamento da ordem política, assegurando direitos e garantias a todos igualmente. Portanto, é inadmissível, no Estado democrático de direito, que existam indivíduos que não gozem dos mesmos direitos e garantias assegurados a toda pessoa humana. A divisão entre direito penal do cidadão e direito penal do

inimigo, proposta por Jakobs, é impossível neste tipo de Estado, fundado na igualdade entre os seres humanos (Pilati, 2009, p. 36).

No mesmo sentido, ao evidenciar o tratamento diferenciado para cidadãos e inimigos, Silva afirma:

[...] a distinção entre cidadãos e inimigos determinará na sanção penal uma dupla função: com respeito aos cidadãos, a sanção cumprirá uma função de prevenção geral positiva, e em relação aos inimigos, uma prevenção especial negativa inocuidadora, como uma legítima custódia de segurança. [...]. Todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito de ser tratado como cidadão, entretanto, segundo o autor alemão, quem não aplicar esta disposição, será heteroadministrado (Silva, 2016, p. 102).

Dessa maneira, é justamente na principal característica do Direito Penal do Inimigo que este diverge da isonomia, posto que, segundo os ditames da ordem jurídica vigente, o Estado Democrático de Direito tem suas bases assentadas, entre outros mandamentos, no trato igualitários dos cidadãos, não devendo o arcabouço legal servir de suporte para a prática de intolerância irrazoável e injustificada em face uns enquanto concede regalias a outros em situações idênticas.

Em outras palavras, se para a ordem constitucional contemporânea a legislação é a mesma para todos os cidadãos não sendo possível a aplicação de ‘dois direitos’ para sujeitos em igual situação, o Direito Penal do Inimigo prega justamente o que o princípio da isonomia combate, aplicando uma regra para cada tipo de infrator, mesmo que em circunstâncias correspondentes (GRECO, 2005).

Não se vê, portanto, harmonização entre o Direito Penal do Inimigo e o ordenamento jurídico brasileiro atual, posto que a proposta jakobsiana negar validade aos principais princípios constitucionais de regência da matéria penal, tal como salienta Moreira:

[...] a teoria que preconiza a aceitabilidade, ainda que limitada, de um Direito Penal do Inimigo de Jakobs é absolutamente inadmissível frente ao Estado Democrático de Direito. O grande equívoco do autor está em considerar a hipótese de transigir em relação aos Princípios Democráticos e Humanísticos que devem reger o Direito Penal e o Processo Penal. É ilusão pensar que um Direito Penal Autoritário em expansão vai estagnar, satisfazendo-se com o pouco espaço que se lhe conceda e acabando de vez com a criminalidade. Isso é desconsiderar o fato de que o Direito jamais é

estático, e sim dinâmico. [...]. Os princípios fundamentais próprios do Estado Democrático de Direito são pressupostos irrenunciáveis e essenciais. Se admitida sua eliminação, mesmo parcialmente e em casos extremos, o ordenamento jurídico não estaria seguro e estável. Assim, o direito passaria a ser um instrumento perigoso em poder do Estado, e não mais um instrumento de pacificação social, que possibilite a liberdade do ser humano, de forma a buscar ativamente uma sociedade justa. Por tais razões, possível concluir que o “Direito Penal do Inimigo” se mostra um retrocesso às conquistas humanitárias, sendo totalmente incompatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, no qual não se admite, em hipótese alguma, que indivíduos sejam tratados como objetos de direito, e não como sujeitos de direito (Moreira, 2015, s.p.).

Por fim, na medida em que o Direito Penal do Inimigo coloca acima da pessoa a ordem social e a adesão ao contrato social, este entra em contradição irremediável com as afirmações que servem de estrutura para toda a ordem jurídica e para a República, de forma que, aceitar a vigência de um direito que exclui, persegue e não valoriza o cidadão enquanto pessoa implica, necessariamente, em retroceder e renunciar a todas as conquistas humanitárias alcançadas até os dias hodiernos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal do Inimigo surgiu como forma de tentativa de combater à criminalidade, de modo específico, aos infratores tendentes à reincidência em infrações que ofendem a segurança pública de forma significativa e à ordem jurídica e social estabelecida pelo Estado.

Para tanto, Gunther Jakobs, autor da teoria do inimigo do Direito Penal, propôs a classificação dos infratores em duas classes: inimigo e cidadão, cada um fazendo jus à aplicação de uma norma diferente.

É que, segundo o jurista alemão, a conduta social e a personalidade ostentadas pelo inimigo evidenciam a sua tendência a não adesão às normas, o que torna necessário a aplicação de um direito mais rígido em face deste, que não conservará os direitos comumente assegurados ao cidadão.

Segundo Jakobs, ao incorrer em tipos criminais como terrorismo, crimes sexuais, contra a ordem econômica, entre outros considerados de maior potencial ofensivo, o inimigo deve deixar de ser considerado pessoa, o que, como consequência, faz com

que este seja despojado de direitos que lhe seriam assegurados se permanecesse fiel ao ordenamento jurídico, podendo ser combatido com rigor dedicado ao inimigo, em face do qual pode ser aplicada a custódia de segurança, além de a pena lhe pode ser adiantada em razão de sua periculosidade.

A despeito de ser uma tendência recente e que ganhou destaque após o ataque terrorista de responsabilidade da Al Qaeda contra os EUA em 2001, a teoria jakobsiana tem sido alvo de muitas críticas da doutrina brasileira, que defende a inconciliabilidade entre tal conjectura e a ordem constitucional vigente.

O ordenamento jurídico brasileiro, que tem como disposição normativa suprema a CRFB/1988, determina que, ainda que seja permitido ao Estado, através do *jus puniendi*, punir o infrator pela prática de ato ilícito, o processo punitivo deve ser harmônico com princípios constitucionais, tais como presunção da inocência, dignidade humana, proporcionalidade das penas, individualização da pena e isonomia, os quais são negados pelo Direito Penal do Inimigo.

É que, ao impor um tratamento dicotômico entre cidadão e inimigo, Jakobs ignora o princípio da isonomia. Ademais, a restrição de direitos fundamentais do inimigo viola de modo incontroverso o princípio da dignidade humana.

Outro fator preponderante para considerar-se a teoria jakobsiana avessa às normas constitucionais é o fato de o jurista alemão punir o indivíduo pela periculosidade e não pela culpabilidade, além de permitir o adiantamento da pena, o que infringe a presunção da inocência.

Vê-se, deste modo, que o Direito Penal do Inimigo é avesso às garantias preconizadas pela ordem constitucional vigente. Em razão de negar cumprimento aos preceitos constitucionais aplicáveis à matéria criminal e, portanto, à própria CRFB/1988, o que torna impraticável a sua aplicação sem que sejam infringidas as regras que fundam o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção da inocência e direito penal do inimigo**. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

AVENA, Norberto. **Execução penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 1940. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. **Das penas: suas teorias e funções no moderno Direito Penal**. Canoas: ULBRA, 2005.

COELHO, Bruna Fernandes. **Considerações sobre os princípios que regem a execução penal como ramo autônomo e jurisdicional do direito brasileiro**. 2011. Disponível em:<
<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1498>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCO, Alberto Silva Franco. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Revista Jurídica UNICOCs, n. 2, p. 1-5, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e Medidas cautelares**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na era da Globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 13, n. 56, p. 80-112, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993 *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio: **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2015.

MACEDO, Maria Fernanda Soares. **Direito penal do inimigo e cidadania: polos opostos**. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida De. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

MOREIRA, Rodrigo Luiz Nalon. **O Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito**. 2015. Disponível em: <
<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8413/1/O-Direito-Penal-do-Inimigo-e-o-Estado-Democratico-de-Direito.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e sua finalidade no Direito Penal Brasileiro**. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, v. 13, p. 75-84, 2011.

Nicolitt, André Luiz. **O novo processo penal cautelar: a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Manual e processo penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PILATI, Rachel Cardoso. Análise crítica do direito penal do inimigo de Gunther Jakobs, **Revista Jurídica FURB**, v. 3, n. 25, p. 23-44, jan./jul. 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Cristiano Soares. **Direito penal: parte geral I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. Derecho penal – Parte geral. Madrid: Civitas, 1997 *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

SANTOS, Daniel Guarnetti dos. **Panorama sobre o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil**. Revista da AGU, n. 57, p. 155-184, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo ou o discurso do direito penal desigual**. 2012. Disponível em: < http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em 31 ago. 2018.

SILVA, Kelly Cardoso Da. **Direito Penal do Inimigo: Aspectos jusfilosóficos e normativos**. Jundiaí, Paco Editorial: 2016.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Direito Penal do Inimigo**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, v. 49, n. 64, p. 114-139, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Grupo Gen, 2013.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2004.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso**. 2. ed. São Paulo: Almedida, 2016.

VERNECK, Marcos Nunes Silva; SALES, Adriano de Oliveira ; MONTEIRO; Miqueia de Oliveira Nonato; CABRAL, Anna Paula Johnson. **Direito penal do inimigo e o conflito constitucional**, Revista Ciência Amazônica, v.1, n. 1, s.p, 2016. Disponível em

<<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/amazonida/article/view/2106/1706>>. Acesso em 29 ago. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.