



CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO LUCAS JI-PARANÁ

NELSON DA SILVA TRINDADE

**ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FACE AO PRINCÍPIO DA  
LEGALIDADE**

JI-PARANÁ  
2020

**NELSON DA SILVA TRINDADE**

**ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FACE AO PRINCÍPIO DA  
LEGALIDADE**

Artigo apresentado no Curso de Direito do Centro  
Universitário São Lucas, ano de 2020, como requisito  
de aprovação para obtenção do Título de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Ney Martins

JI-PARANÁ  
2020

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

T883a Trindade, Nelson da Silva.

Análise do direito penal do inimigo face ao princípio da legalidade.  
/ Nelson da Silva Trindade. – Ji-Paraná, 2020.  
29 p.

Artigo Científico (Curso de Direito) Centro Universitário São Lucas, 2020.  
Orientação: Prof. Esp. José Ney Martins.

1. Legalidade. 2. Direito penal inimigo. 3. Aplicabilidade. I. Martins, José Ney . II. Título.

CDU 343

**NELSON DA SILVA TRINDADE**

**ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FACE AO PRINCÍPIO DA  
LEGALIDADE**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel Direito. Orientador(a) Prof. Esp. José Ney Martins

Ji-Paraná. RO. \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020.  
Resultado:

\_\_\_\_\_  
BANCA EXAMINADORA

Resultado: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Titulação e nome

Nome da instituição

\_\_\_\_\_  
Titulação e nome

Nome da instituição

\_\_\_\_\_  
Titulação e nome

Nome da instituição

## ANÁLISE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO FACE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE<sup>1</sup>

Nelson da Silva Trindade<sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo deste artigo, feito por meio do método dialético e desenvolvido sob a forma de pesquisa bibliográfica, é identificar as origens e os preceitos filosóficos sob o qual se funda a Teoria do Direito Penal do Inimigo, as consequências de sua aplicação, assim como suas principais características. É mister analisar o conceito de inimigo proposto por Günter Jakobs, principal expoente e precursor da teoria em escopo. Em relação ao princípio da legalidade, cuida-se, a priori, de sua origem, bem como os demais princípios correlatos, como a reserva legal, anterioridade, intervenção mínima entre outros. Por fim busca analisar a possibilidade de aplicação da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Como consectário da pesquisa desenvolvida no presente artigo pode-se concluir que Direito Penal do Inimigo, da forma proposto por Günter Jakobs, é inaplicável no ordenamento jurídico brasileiro, porque permite a tortura, a pena de morte e a incomunicabilidade do acusado, assim como susta os Direitos Humanos, reduz as garantias individuais, tanto penais como processuais, além de mitigar princípios constitucionais como a legalidade e reserva legal, ampla defesa, devido processo legal e presunção de inocência, algo que, por si só, é inadmissível em um regime democrático de Direito. Assim sendo, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo carece de constitucionalidade.

**Palavras-chave:** Legalidade. Direito Penal Inimigo. Aplicabilidade.

### ANALYSIS OF THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AGAINST THE PRINCIPLE OF LEGALITY

**ABSTRACT:** The objective of this article, made by means of the dialectic method and developed in the form of bibliographic research, is to identify the origins and philosophical precepts on which the Theory of the Criminal Law of the Enemy is based, the consequences of its application, as well as its main characteristics. It is necessary to analyze the concept of enemy proposed by Günter Jakobs, the main exponent and precursor of the theory in scope. In relation to the principle of legality, it is taken care, a priori, of its origin, as well as the other related principles, such as legal reserve, anteriority, minimum intervention among others. Finally, it seeks to analyze the possible application of such theory in the Brazilian legal system. As a result of the research developed in this article, we can conclude that the Criminal Law of the Enemy, as proposed by Günter Jakobs, is inapplicable in the Brazilian legal system, because it allows torture, the death penalty and incommunicability of the accused, as well as sustains human rights, reduces individual guarantees, both criminal and procedural, besides mitigating constitutional principles such as legality and legal reserve, broad defense, due process and presumption of innocence, something that, by itself, is inadmissible in a democratic system of law. Thus, it is concluded that the Criminal Law of the Enemy lacks constitutionality.

**Keywords:** Legality. Enemy Criminal Law. Applicability.

---

1 Artigo apresentado no curso de Direito do Centro Universitário São Lucas 2020, como Pré-requisito para conclusão do curso, sob orientação do professor. Esp. José Ney Martins E-mail [Jose.martins@saolucas.edu.br](mailto:Jose.martins@saolucas.edu.br).

2 Nelson da Silva Trindade, graduando em Direito do Ensino Superior do Centro Universitário São Lucas, 2020. Email: [nestri.drt@gmail.com](mailto:nestri.drt@gmail.com).

## 1 INTRODUÇÃO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, criado em meados da década de 80 pelo doutrinador alemão Günther Jakobs, tem como escopo ver o homem como um inimigo do Estado e, desta forma, acaba por levar a sua coisificação, assim sendo, deixa de ser um sujeito de Direitos e passa a ser um mero objeto deste (Direito Penal do Autor).

Deste modo o indivíduo (visto que se coloca por própria deliberação fora do contrato social, não sendo mais reconhecido como pessoa) não tem o reconhecimento de Direitos e garantias fundamentais, o que acarreta em séria violação aos princípios do Estado Democrático de Direito, Segundo Jackobs o Direito Penal do inimigo se caracteriza pela relativização das garantias processuais, já que quem rompe com o contrato social não deve ser protegido pela legislação a qual não acredita e não cumpre.

Em razão de impor penas extremamente severas – na verdade, medidas de segurança –, pretender a expulsão do “inimigo” da sociedade, isto tudo em total inobservância às garantias materiais e processuais a Teoria do Direito Penal do Inimigo sofreu inúmeras e relevantes críticas no ordenamento jurídico brasileiro, que observa a Teoria do Garantismo Penal, cujo o principal mentor é Luigi Ferrajoli, que versa sobre o Direito Penal Mínimo e estabelece os princípios básicos do Direito Penal em face ao poder punitivo do Estado, que pode ser exacerbadamente intervencionista.

Isto posto, o Direito Penal do Inimigo, de funcionalismo sistêmico ou radical, atenta contra o Estado Democrático de Direito, visto que dificulta os Direitos Humanos, reduz as garantias individuais, permite a tortura, a pena de morte e a incomunicabilidade do acusado. A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, sendo ápice do ordenamento jurídico e principal instrumento do Estado Democrático de Direito, estabelece Direitos e garantias fundamentais a todos, inclusive aos delinquentes, desta forma estabelece parâmetros garantistas.

Dessarte surge a seguinte questão: Há aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico Brasileiro, ora norteado pelo Princípio da Legalidade?

É relevante abordar os aspectos da Teoria do Direito Penal do Inimigo, da forma como foi idealizada por Jakobs em seus aspectos e características mais relevantes – antecipação da punibilidade, redução de direitos, garantias materiais e processuais e

punição desmedida –, pautados, pois, no ressurgimento do punitivismo, movimento que sempre esteve presente no Brasil, correlacionado diretamente com o chamado Direito Penal Simbólico, desta forma perscrutar-se qual o papel limitador que a legalidade exerce em meio a tal cenário, principalmente em um país em que leis penais surgem a todo instante, caso claro de hiperinflação legislativa. Isto posto, a referida pesquisa pautar-se-á de todos os temas expostos de uma forma técnica e dogmática, portanto livre de dogmatismos.

Como objetivos ter-se-á como escopo Identificar as origens e a base filosófica do Direito Penal do Inimigo e quais as consequências de sua aplicação, bem como as suas principais características; analisar quem seria o inimigo para Günter Jakobs, doutrinador alemão, precursor do Direito Penal do Inimigo, na sociedade moderna e como distingui-lo do criminoso comum; identificar qual a origem do princípio da legalidade e suas principais características e influências; Averiguar se é possível uma aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Pretende-se com o estudo comparado da Teoria do Direito Penal do Inimigo e do Princípio da Legalidade verificar se é possível uma aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Neste primeiro tópico analisar-se-á, em específico, a Teoria do Direito Penal do Inimigo, tratará da sua origem, bases filosóficas, quem é o inimigo – um de seus pontos mais críticos e contestados –, assim como as velocidades do Direito Penal, ao final discutir-se-á a existência de uma terceira velocidade do Direito Penal, como ensinado por Silva Sánchez, se tal velocidade corresponde ao Direito Penal do Inimigo, se é um “*Direito*” ou um “*não Direito*”. Discutir-se-á, pois, a diferença de indivíduo e pessoa na concepção da referida teoria.

### **2.1 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Cunha (2016, p. 188) menciona que “*as premissas sobre as quais se funda o funcionalismo sistêmico deram ensejo à exumação da teoria do Direito Penal do Inimigo, representando a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado infiel ao sistema*”. Diante do exposto é possível extrair que o Direito Penal do Inimigo sempre existiu, contudo não com essa designação, mas é fato que não se trata de uma construção dos “*dias atuais*”.

Neste contexto, a busca pelo inimigo acompanha o homem em sociedade desde os primórdios. De acordo com os ensinamentos de Cunha (2016, p. 43), o Direito Penal, de “*origem vinculada à própria organização do homem em sociedade*”, se caracteriza por não ter normas penais sistematizadas e pela promoção da vingança ao invés da justiça, onde sempre abundava penas cruéis e desumanas. Segundo o referido Autor “*era a fase da Vingança Penal*”, que, por sua vez, era subdividida em “*vingança divina, privada e pública*”.

No que diz respeito a vingança divina, característico das sociedades totêmicas, onde não havia uma percepção clara do mundo, típico de povos primitivos e carregados de misticismos e crenças sobrenaturais, Cunha (2016, p. 43) apresenta as seguintes considerações:

Nas sociedades primitivas, a percepção do mundo pelos homens era muito mitigada, carregada de misticismos e crenças em seres sobrenaturais. Não se tinha conhecimento de que ventos, chuvas, trovões, raios, secas etc. decorriam de leis da natureza, levando pessoas a acreditarem que esses fenômenos eram provocados por divindades que os premiavam ou castigavam pelos seus comportamentos. Essas divindades com poderes infinitos e capazes de influenciar diretamente na vida das pessoas eram os Totens, sendo essas sociedades chamadas totêmicas. Quando membro do grupo social descumpria regras, ofendendo os 'totens', era punido pelo próprio grupo, que temia ser retaliado pela divindade. Pautando-se na satisfação divina, a pena era cruel, desumana e degradante.

Na Vingança Privada a reação partia da própria vítima, de seu grupo familiar ou social, desta feita, ao contrário da vingança divina não havia nenhuma relação com as divindades.

Cunha (2016, p. 44), assevera que por não haver regulamento por parte do Estado a reação era “*desproporcional à ofensa*” na maioria das vezes, e, também,

muito comum se ultrapassar a pessoa do delinquente e atingir os seus familiares o que acarretava conflitos entre famílias. Desta feita,

Em vista da evolução social, mas sem se distanciar da finalidade de vingança, o Código de Hamurabi, na Babilônia, traz a regra do talião, onde a punição passou a ser graduada de forma a se igualar à ofensa. Todavia, esse sistema, embora adiantado em relação ao anterior, não evitava penas cruéis e desumanas, fazendo distinção entre homens livres e escravos, prevendo maior rigor para os últimos, ainda tratados como objetos. (CUNHA, 2016, p. 44)

A Vingança Pública, conforme ensina Cunha (2016, p. 44) “*revela maior organização do Estado, vez que deixa de lado o caráter individual da punição para que dela se encarreguem as autoridades competentes, ficando legitimada a intervenção estatal nos conflitos sociais com aplicação da pena pública.*” Contudo há de se ressaltar que a pena pública tinha como fim proteger a própria existência do Estado e do soberano, assim eram punidos apenas os crimes de lesa-majestade, o homicídio, as lesões corporais e os crimes contra a propriedade.

O fato é que tanto na Grécia antiga como em Roma se viveu as fases da vingança, da divina até chegar na pública, mas em comum tem o fato de separar o Direito da religião, tanto que em Roma fazia uso do conceito de *hostis* para se referir aos inimigos, que muito usualmente era atribuído aos estrangeiros, o que explica a aplicação de penas como o banimento ou exílio, Cunha (2016, p. 45).

No Direito Penal da Idade Média é marcado por grandes retrocessos, privilegiava-se o uso de penas intimidadoras e mordazes, além de não poder se esquecer da criação do Tribunal da Santa Inquisição, onde pensadores, e filósofos que tinham ideias contrárias ao catolicismo eram perseguidos e mortos, sendo alvo de sanções cruéis e desumanas, neste sentido Cunha (2016, p. 46).

*Deste modo o uso da violência fica autorizado – e inclusive se impõe – contra qualquer obstáculo (objectus) que se lhe oponha. Embora não pareça razoável comparar um inquisidor a um investigador científico, o certo é que tanto a tortura quanto a vissecação são consideradas como um bem na inquisitio, porque o dominus garante, com isso, que a humanidade seja salva diante das emergências (satã, enfermidade, degeneração etc.). Todo obstáculo ao saber inquisitorial do dominus é inimigo do bem e aliado do mal. (ZAFFARONI, 2007, p 14)*

O Tribunal do Santo Ofício ficou mais conhecido na Europa, nos séculos XIII e XIV. O *Malleus Maleficarum*, famoso e famigerado “Martelo das Bruxas”, obra publicada entre os anos de 1486 e 1487 pelos religiosos, inquisidores e monges dominicanos Heinrich Kraemer e James Sprenger, na Alemanha, em cumprimento à Bula Papal “Summis Desiderantis Affectibus”, tratava-se, pois, de um manual de combate aos praticantes de heresias – o qual pregava que as mulheres por serem pessoas mais frágeis que os homens estariam mais sujeitas a serem ferramentas de Satã, neste contexto menciona-se que,

Nesta primeira emergência, a figura de Satã cobria todo o panorama da aversão, porém o poder punitivo real recaía sobre suas cúmplices necessárias: as mulheres. Elas foram as maiores inimigas teorizadas pelo Direito Penal dos primeiros séculos do poder punitivo. A aversão a elas era absoluta, porque celebravam pactos com o pior inimigo e porque este não podia praticar o mal sem o concurso delas. Seu pecado era maior que o original, porque Adão e Eva, apesar de terem caído em tentação, não haviam celebrado um pacto com o maligno. (ZAFFARONI, 2007, p. 87)

## 2.2 HISTÓRICO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO

No início do período colonial vigoraram as Ordenações Afonsinas, influenciadas pelo Direito Romano como também portadoras de forte caráter religioso. As Ordenações Manuelinas revogaram às Ordenações Afonsinas, contudo, manteve as bases do sistema anterior, ou seja, não fixava quantidade da pena e o tipo penal, que era “*ato discricionário do juiz*”. Por uma necessidade de reunião das leis até então separadas, as Ordenações Manuelinas foram revogadas pelo Código Sebastião. Por fim, as Ordenações Filipinas, que vigoraram por mais de 200 anos, isso do século XVII até a entrada em vigor do Código Criminal do Império de 16 de dezembro de 1830, revogaram a compilação anterior, mas eram baseadas em preceitos religiosos, Direito e moral se confundiam, isto posto os “*hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores*” eram perseguidos e punidos com penas cruéis sempre com o intuito de “*infundir o temor pelo castigo*”, neste sentido Cunha (2016, p. 50). Já no que diz respeito a pena de morte, sua abolição ocorreu apenas com o artigo 72, § 21, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, que assim estabelecia:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos Direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 21 - Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. (disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm))

### 2.3 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

O Direito Penal do Inimigo é, de acordo com os ensinamentos de Silva Sánchez (2002), a terceira velocidade do Direito Penal. Foi criado em meados da década de 80 pelo doutrinador alemão Günther Jakobs, contudo só foi tomar relevância para o Direito após a ocorrência dos atentados terroristas de 11 de setembro ao World Trade Center, os atentados em Madrid, de 11 de Março de 2004, Londres em 07 de Julho de 2005 e por fim o atentado a cidade de Paris em 13 de novembro de 2015.

Cunha (2016, p 188) ao tratar da “*exumação*” do Direito Penal do Inimigo, assevera “*que àquele que se dedica a determinados crimes não se deve garantir o status de cidadão, merecendo, ao revés, punição específica e severa, uma vez que o seu comportamento põe em risco, de forma ímpar, a integridade do sistema.*” Assim considera que Direito Penal do Inimigo funda suas premissas de validade no funcionalismo sistêmico, assim representa “*a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado infiel*”.

Portanto o sistema está presente no pensamento de vários filósofos (Protágoras, S. Tomás de Aquino, Immanuel Kant, John Locke, Hobbes e Fichte.), assim,

na teoria de Protágoras, a sanção não tem sentido retributivo, mas dissuasor e pedagógico e, assim, só deviam ser extirpados os delinquentes que, depois de serem orientados para a moral e para a justiça por meio do castigo, continuassem a ser incapazes de comungar dos mesmos valores. Todo o cidadão que tenha sido condenado e volte a pôr em causa a vivência comunitária, volte a reincidir, já não deve sofrer o castigo dissuasor ou pedagógico, mas um castigo de neutralização ou inocuidade do indivíduo. (CUNHA, 2016, p. 188)

Por seu turno,

abordando a questão da infração como um pecado e que o pecador deve ser morto pelo Estado como um animal (*velut bestia*). Esta teorização advém da ideia defendida por São Tomás de que a dignidade humana não se encontra em todos os homens, só nos homens virtuosos. (CUNHA, 2016, p. 188)

Ainda,

HOBBS concebe um Direito Penal do inimigo como a moderna dogmática penal do inimigo. E com Hobbes que se adquire a ideia do que deve ser inimigo para o Direito Penal. São inimigos os indivíduos que estão no Estado de natureza, produtor de constante perigo e ameaça à existência humana, e que projetam falta de segurança. Hobbes defende um Direito Penal para os cidadãos maus e outro Direito Penal para os inimigos. (CUNHA, 2016, p. 188-189)

#### 2.4 QUEM É O INIMIGO NO DIREITO PENAL PARA JAKOBS?

O inimigo é aquele que, em qualquer situação de confronto, deve ser enfrentado e vencido a qualquer custo, nestes termos Masson (2020). Enfatiza, ainda, que para Jakobs *“inimigo é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo.”*

No que se refere à teoria formulada por Jakobs e com interesse prático na definição de inimigo, o referido autor faz distinção entre pessoa e não pessoa, logo há dessemelhança entre os conceitos de pessoa e indivíduo, sendo aquele um conceito normativo, da sua linha normativa funcionalista sistêmica. A condição de inimigo acarreta a sua desconsideração como pessoa, assim o indivíduo que nega a se submeter as regras a todos impostas (ordenamento jurídico), persegue sua destruição, logo não pode ser considerado pelo Estado como pessoa. Neste sentido o termo pessoa, para Jakobs é uma construção social, negá-la só é possível na medida que se reconhece a qualidade de pessoa, ou seja, personalidade, portanto, não é um princípio, dado pela natureza, deve ser aceita e reconhecida como atributo normativo de caráter moral, social ou jurídico. Por outro lado, o conceito de indivíduo pertence à ordem natural, não é advindo de nenhum dever ou obrigação, desta feita *“pessoa é produto da comunicação existente no sistema social e depende, para sua atribuição a um indivíduo, do grau de satisfação das expectativas normativas que esse indivíduo é capaz de prestar”*, Prado (2019, p. 197), ainda neste sentido assim estabelece:

A pessoa – como um conceito normativo – está sujeita às regras de imputação jurídico-penal, ao passo que as não pessoas não estão suscetíveis a tais regras e não há sobre elas quaisquer expectativas normativas. Se entendida como uma construção objetiva, não dotada de substantividade própria, a pessoa passa de sujeito a objeto da ordem legal. (PRADO, 2019, p. 198)

Refere-se, portanto, a indivíduos que revelam um modo de vida contrário ao Estado e, por consequência, as suas normas jurídicas, demonstram não ser cidadãos, visto que não aceitam as restrições impostas pelo Direito e, desta forma, por se colocarem, deliberadamente, nessa posição “*todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a eles aplicadas*”. Tem-se assim uma forma permanente, tanto no comportamento como na ocupação profissional do indivíduo e, principalmente, por meio de vínculo com organização criminosa o indivíduo abandona o Direito, como já aludido, e não oferece o mínimo de segurança de seu comportamento pessoal, o que se manifesta por meio de sua conduta, Masson (2020, p. 93).

A transição de “cidadão” para “inimigo” de Silva Sanches revela-se diferente do que é para Jakobs. Silva Sanches considera que tal transição seria produzida, principalmente, pela habitualidade, reincidência, delinquência profissional e, por fim, pela participação em organizações criminosas estruturadas. Jakobs, por sua vez ressalta que o inimigo ao desrespeitar o contrato social, guerreando com o Estado, deixa de ser um de seus membros, desta feita o delinquente profissional, o criminoso habitual e tampouco o reincidente não abandonam o contrato social, na visão de Jakobs, logo não devem ser tratados como inimigos, Masson (2020, p 93), para tanto fundamenta sua teoria em diversos preceitos filosóficos do Direito Natural:

a) Rousseau: O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal; b) Fichte: quem abandona o contrato do perde todos os seus Direitos; c) Hobbes: em caso de alta traição contra o Estado, o criminoso não de ser castigado como súdito, senão como inimigo; d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “Estado comunitário-legal” deve ser tratado como inimigo. (MORAES, 2011, p 159)

Masson (2020) cita que para Jakobs, após o advento do ataque as torres gêmeas de Nova York, em 11 de setembro de 2001, são inimigos os “*integrantes de organizações criminosas, delinquentes econômicos, autores de crimes contra a*

*liberdade sexual, os terroristas e, residualmente, os responsáveis pela prática de infrações penais graves’.*

Estefam e Gonçalves (2020, p. 246) asseveram que a definição de quem é o “inimigo” é uma das críticas mais severas que se apresenta ao tema, acrescentam, ainda, que para Jakobs inimigo é o indivíduo que não apresenta garantias mínimas de comportamento seguro perante a sociedade e, faz isso de modo intencional, portanto, trata-se de alguém que abandona o Direito de uma forma presumida e duradoura.

## 2.5 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

São as principais características do Direito Penal do Inimigo conforme ensinam Estefam e Gonçalves (2020, p. 247):

- a) É a finalidade primordial do Direito Penal do Inimigo a eliminação de perigo
- b) Baseia-se na periculosidade do agente, considerado inimigo e, portanto, como alguém que não pode ser tratado como sujeito de Direitos (“não pessoa”), é, pois, verdadeiro Direito Penal do autor e não um Direito Penal do fato;
- c) Efetua uma ampla antecipação da punibilidade, visando coibir ações perigosas antes que estas se concretizem (punição de atos preparatórios);
- d) As penas são severas, ainda quando aplicadas em casos de antecipação da tutela penal, tem-se, portanto, um Direito Penal de terceira velocidade;
- e) Aplica-se uma legislação diferenciada, com enfoque combativo (“combate ao inimigo”), há, desta feita, um Direito Penal do Cidadão e um Penal do Inimigo, naquele todas os Direitos e garantias penais e processuais são mantidos já neste há apenas a coação;
- f) Utiliza-se principalmente de medidas de segurança, assim a não pessoa pode passar o resto de sua vida presa, já que a medida deve durar enquanto perdurar a periculosidade;
- g) Garantias penais e processuais penais são suprimidas.

O Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: a primeira característica é a legitimidade que o Estado tem para aplicar a punição prévia do fato. Esta característica vem como forma de evitar que o fato ocorra, ou seja, o Estado tem o Direito de punir nos atos preparatórios do delito. Esta é a forma mais clara de legislação prospectiva, independe se o fato irá ou não

se concretizar, aplica-se a punição pensando no potencial risco futuro. A segunda característica busca uma punição desproporcional ao fato. A punição é exagerada tendo em vista a periculosidade do agente e não se importando com a culpabilidade do agente, podendo assim o Estado retirar a condição de pessoa humana, neutralizando-a e até mesmo exterminando-a. Assim esta característica visa afastar qualquer potencial de ameaça à sociedade, portanto não precisa o Estado medir a proporcionalidade do fato criminoso. A terceira característica visa relativização das garantias processuais uma vez que o inimigo rompe com o contrato social, portanto não possui o Direito de ser protegido pela legislação a qual o agente considerado inimigo não acredita, e não cumpre. (JACKOBS, 2012, p. 90)

## 2.6 AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

A priori cabe destacar que a teoria das velocidades do Direito Penal foi apresentada por Jesús-Maria Silva Sánchez, Professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra, *no qual revela uma nítida preocupação com a consolidação de um único “Direito Penal moderno”* (Masson, 2020, p. 91), caracterizado por uma expansão e flexibilização de princípios e regras de imputação relativo às penas privativas de liberdade.

Jesús-Maria Silva Sánchez diverge da doutrina de Winfried Hassemer, *“no qual prega que todos os ilícitos guardam natureza penal e devem ser processados e julgados pelo poder judiciário”*, mas, também, não fala da retirada de infrações penais para o julgo do chamado *“Direito administrativo sancionador”*. Silva Sánchez parte da premissa de que o Direito Penal, em sua substância, contém dois grandes blocos de ilícitos, sendo o *“Direito Penal nuclear”* e o *“Direito Penal periférico”*, *no primeiro estão as infrações penais nas quais são cominadas penas privativas de liberdade, por seu turno, o segundo bloco contém aquela “que se vinculam aos gêneros diversos das sanções penais”* (Masson, 2020, p. 91).

São duas as velocidades do Direito Penal: uma primeira e uma segunda velocidade. A primeira velocidade equivale ao Direito Penal da prisão, devendo uma obediência rígida a todos os princípios penais e processuais, bem como *“as regras de imputação”*, logo onde há penas privativas de liberdade estabelece-se ao cidadão uma maior gama de garantias, que representam uma clara limitação ao poder punitivo do Estado, Silva Sánchez (2002, p 193).

Já a segunda velocidade, quando não se tratar de prisão, vez que se fala aqui apenas de penas de privação de Direitos ou pecúnia, os referidos princípios político-criminais e regras de imputação podem sofrer uma certa flexibilização, proporcional à sanção a ser aplicada, Silva Sánchez (2002).

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão penas de privação de Direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar um flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 193).

Assim há um “*procedimento amplo e garantista para os crimes nos quais resultar a imposição de pena privativa de liberdade*”, já quando for aplicável apenas restrições de Direitos ou multas, a ação penal deve ser mais ágil. (Masson, 2020, p 92)

## 2.7 A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Silva Sánchez (2002) admite a existência de uma primeira velocidade do Direito Penal, que seria o Direito Penal da Prisão e uma segunda velocidade, na qual poderia haver, na medida da intensidade da sanção a ser aplicada, uma certa flexibilização das garantias político-criminais, contudo indaga-se possível a existência de uma “terceira velocidade” do Direito Penal, onde uma relativização das citadas garantias criminais e processuais do cidadão e critérios de imputação concorram com o Direito Penal da prisão

Na visão de Silva Sánchez (2002, p. 193) a terceira velocidade “*já existe no Direito Penal socioeconômico*”, para ele deve ser dado prevalência a primeira e a segunda velocidade, contudo isso não significa que não deve sobrar espaço algum para um Direito Penal de terceira velocidade, especialmente quando se trata de fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, crimes sexuais violentos e reiterados, a criminalidade organizada e o terrorismo.

Segundo Masson (2020), o “*Direito Penal do Inimigo seria defendido por Silva Sánchez como a terceira velocidade do Direito Penal: privação de liberdade e suavização ou eliminação de Direitos e garantias penais e processuais*”:

A questão anterior guarda uma estreita relação com denominado, a partir da difusão dessa terminologia por Jakobs, “Direito Penal do Inimigo” (Feindstrafrecht), que se contrapõe ao dos cidadãos (Bürgerstrafrecht). Se nos restringirmos à definição desse autor, o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante, sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental, em todo o caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 194)

Contudo tal posição recebe muitas críticas, todas fundamentadas na violação de Direitos e garantias constitucionais, aliás as mesmas críticas que sofre o Direito Penal do Inimigo.

Vale ressaltar que o Direito Penal da terceira velocidade só pode se manifestar como instrumento de abordagem de fatos de emergência, uma vez que se trata de uma espécie de Direito de Guerra, portanto deve ser mantido da forma mais excepcional possível, haja vista a gravidade do conflito e os custos da liberdade de ação que a sociedade deve enfrentar, Silva Sánchez (2002).

Em corolário, partindo Silva Sánchez (2002, p. 196) da existência de um Direito Penal de terceira velocidade e considerando suas características – “*antecipação da punição penal; ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate e o solapamento das garantias processuais*” –, a discussão que cabe é quanto a sua legitimidade, assim em sua essência seria o Direito Penal do Inimigo um “*Direito*” ou um “*não Direito*”, uma pura e simples reação defensiva, nestes termos:

Constatada a existência real de um Direito Penal de tais características – sobre o que não parece caber dúvida alguma -, a discussão fundamental versa sobre a legitimidade do mesmo. Certamente ela teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência. Mas remanesce a questão conceitual se, então, o Direito Penal do inimigo persiste sendo “Direito” ou se já, ao contrário, um “não Direito”, uma pura reação defensiva de fatos perante sujeitos “excluídos”. Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam

justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal “da normalidade”, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um “mal”, este se configura como o “mal menor”. Mas é evidente que essa justificativa obriga uma revisão permanente e especialmente intensa da concorrência dos pressupostos de regulações dessa índole. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 196)

### 3 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Neste tópico abordar-se-á o princípio da legalidade, seu conceito, origem, a diferença entre legalidade e reserva legal e demais princípios correlatos.

#### 3.1 CONCEITO DE LEGALIDADE (RESERVA LEGAL)

Diante do conceito de legalidade, conforme ensina Nucci (2020, p. 127), “*devemos visualizar os seus três significados*”. Em primeiro lugar visualizase um prisma político, que nada mais é do que uma garantia individual de todo o cidadão contra os abusos do Estado – o que nos remete as funções do Direito Penal: Garantia de Direitos e limitação do poder punitivo do Estado –. Outrossim em uma ótica jurídica, temos um sentido lato ou amplo e outro estrito. “*Em sentido amplo, significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF)*”. Por outro lado em um sentido estrito, significa “*que não há crime sem lei anterior que o defina, nem tampouco pena sem lei que a comine*”, trata-se, portanto, de um sentido penal, sendo conhecido, neste último enfoque, como princípio da reserva legal, assim, somente leis específicas podem criar tipos penais incriminadores.

Ainda para Nucci (2020, p. 128), há “*a reserva legal qualificada, que é a reserva de lei, dependendo das especificações feitas pela Constituição Federal*”. Deste modo é necessário a edição de lei para disciplinar certo assunto, assim como o respeito ao âmbito estabelecido pelo constituinte. A título de exemplo, cita o referido Autor que “*para violar o sigilo das comunicações telefônicas é necessária a edição de uma lei,*

que está limitada aos fins da investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, CF).

### 3.2 RESERVA LEGAL E LEGALIDADE

“O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo do Estado”, Bitencourt (2020, p. 119). Considera, o mesmo, que o Estado utiliza de meio extremamente gravosos na repressão de delitos, acarretando drástica intervenção nos Direitos mais elementares e fundamentais da pessoa, o caráter de *última ratio*, *impõe necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo*”.

A legalidade é princípio fundamental do Direito Penal e do Estado Democrático de Direito, contudo isso foi resultado de longo e penoso processo, constituído de avanços e retrocessos, sendo que muitas vezes foi utilizado como mera *“fachada”* por alguns Estados totalitários – Ditadura Militar e Estado Novo, foram alguns dos mais nítidos, considerando a nossa realidade –. O princípio da legalidade foi consagrado no início do século XIX por Feuerbach por meio da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Sendo assim, *“é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado”*, Bitencourt (2020, p. 119-120).

A elaboração de normas incriminadoras, pelo princípio da legalidade, é função exclusiva da lei, assim nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que antes exista uma lei definindo o crime e estipulando a sanção. Outrossim a lei deve ser precisa e clara na previsão da conduta proibitiva. A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, ao proteger Direitos e garantias fundamentais, estipula que *“não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*, Bitencourt (2020, p. 120).

Já por reserva legal, significa que a regulação de certas matérias deve ser feita por lei formal, conforme assevera:

Quanto ao princípio de reserva legal, este significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, de acordo com as previsões constitucionais a respeito. Nesse sentido, o art. 22, I, da Constituição brasileira estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal. (BITENCOURT, 2020, p. 120-121)

### 3.3 RESERVA LEGAL E ANTERIORIDADE

A anterioridade é uma conclusão lógica da legalidade, segundo Estefam e Gonçalves (2020) *“inexiste legalidade sem a correlata anterioridade”*.

Esse detalhe crucial não passou despercebido por nosso constituinte, o qual frisou a necessidade de que o crime se encontre definido em lei anterior, que a pena se baseie em prévia cominação legal e que leis penais jamais retroagirão (salvo para beneficiar o réu) — art. 5º, incs. XXXIX e XL. ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 149)

Acrescentam Estefam e Gonçalves (2020) que de nada adiantaria assegurar a lei a exclusividade como fonte incriminadora se pudesse ser feita a posteriori do ato, alcançando-o pela retroatividade, fato que acarretaria, por completo, uma deterioração da segurança jurídica.

Nucci (2020, p. 98), ensina *“que uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem antes da prática da conduta para a qual se destina”*. Ressalta, pois, que criar uma lei após o cometimento do fato, para alcançá-lo pela retroatividade (*novatio legis in pejus*) é uma ofensa à segurança jurídica assim como a garantia de proteção do indivíduo contra os abusos do Estado, logo é algo totalmente inútil a existência de legalidade sem uma correlação com a anterioridade.

Masson (2020, p. 24) acrescenta que a lei penal não deve ser aplicada aos fatos praticados na sua *vacatio*, assim: *“É proibida a aplicação da lei penal aos fatos praticados durante seu período de vacatio. Embora já publicada e formalmente válida, a lei ainda não estará em vigor e não alcançará as condutas praticadas em tal período.”*

### 3.4 PRINCÍPIO PENAIIS CORRELATOS COM A RESERVA LEGAL

Cuidar-se-á, em tópicos específicos, dos princípios da intervenção mínima e sua finalidade, assim como da Fragmentariedade e subsidiariedade, desdobramentos desta. O fato é que tais princípios estão, certamente, ligados à legalidade.

#### 3.4.1 Princípio da intervenção mínima

A origem da intervenção mínima é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 8º estabelecia que “*A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias*”, desta forma, só “*é legítima a intervenção penal quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.*” Masson (2020, p. 45). Acerca de tal entendimento,

O Direito Penal deve ser a última fronteira no controle social, uma vez que seus métodos são os que atingem de maneira mais intensa a liberdade individual. O Estado, portanto, sempre que dispuser de meios menos lesivos para assegurar o convívio e a paz social, deve deles se utilizar, evitando o emprego da pena criminal.

O Direito Penal deve ser a *ultima ratio* e jamais a *prima ratio*. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p.190)

A intervenção mínima, tem como destinatários o legislador e o intérprete do Direito, para o primeiro é um mandamento de moderação no instante de eleger as condutas que merecerão proteção penal, na visão de Roxin (2002) a penalização de todo crime de menor potencial ofensivo é o que mais favorece a criminalidade. Desta forma só merecem atenção do Direito Penal aqueles comportamentos que não puderem ser elididos por outros ramos do Direito, nestes termos, Masson (2020)

Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas. O Direito Penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a

criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator. (NUCCI, 2020, p. 105)

### 3.4.2 Finalidade do Princípio da Intervenção Mínima

Perscruta-se o porquê de o homicídio ser crime no ordenamento jurídico brasileiro, riposta-se, usando-se da tipicidade formal, que “*matar alguém*” está descrito no *caput* do artigo 121 do Código Penal, logo é um crime. Diante de tal afirmação, ascendem-se dois questionamentos inevitáveis, o primeiro é se revogarmos o citado dispositivo, inexistirá o crime de homicídio? Um segundo questionamento é por que o homicídio está tipificado como crime?

A Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, assegura o Direito à vida, fato que explica o porquê de o homicídio ser crime e mesmo que ocorra a supressão do artigo 121 do Código Penal o ato de “*matar alguém*” continuará sendo crime, para a melhor doutrina um mandado constitucional de criminalização implícito. Nesta conjuntura o Princípio da Intervenção Mínima funciona como um reforço ao princípio da legalidade, sendo, porquanto, a sua finalidade, assim,

No campo penal, o princípio da reserva legal não basta para salvaguardar o indivíduo. O Estado, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar tipos penais iníquos e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana. (MASSON, 2020, p. 45)

### 3.4.3 Princípio da Fragmentariedade

É atribuído caráter ilícito a inúmeros comportamentos pelo ordenamento jurídico, mas apenas uma pequena parcela merece a atenção do Direito Penal, portanto, a este só é dado “*estabelecer relevância a pequenos fragmentos da ilicitude*”, sendo ao certo os que atentam contra os bens mais relevantes para a vida em sociedade, ou seja, os atos mais graves. “*Num vasto oceano de antijuridicidade, os crimes são como pequenas ilhas que de maneira fragmentária e contínua, despontam dentre os demais atos proibitivos*”, Estefam e Gonçalves (2020, 193)

Assim nem todos os ilícitos são infrações penais, mas somente aqueles que “*atentam conta valores fundamentais para manutenção do progresso do ser humano em sociedade*”, logo todo o ilícito penal é ilícito, mas nem todo o ilícito será um ilícito penal, Masson (2020, p. 46).

Imaginemos dois círculos, e assim poderemos visualizar que um deles, representando o Direito Penal, de tamanho menor, está envolto por outro maior. Dessa forma, todo conteúdo do ilícito penal estaria absorvido pelo círculo mais amplo, representativo do ilícito genérico. Entretanto, a parte da figura maior não teria contato com aquela que aloja o Direito Penal e estaria protegida pela Fragmentariedade. (MASSON, 2020, p. 46).

“*O Direito Penal é a última etapa de proteção do bem jurídico*”, é o que se induz de seu caráter fragmentário e esse princípio deve ser utilizado apenas no campo abstrato, diz respeito à atividade legislativa, e tem como fim permitir a criação de tipos penais incriminadores apenas quando os demais ramos do Direito falharem na tarefa de proteção do bem jurídico, Masson (2020, 46).

#### 3.4.4 Princípio da Subsidiariedade

O Direito Penal por ser o meio mais gravoso que o Estado dispõe para o controle estatal, deve funcionar como um “*executor de reserva*”, assim quando os demais ramos do Direito ou os outros meios estatais de controle mais brandos e menos invasivos às liberdades individuais falharem é que o Direito Penal entrará em cena (Masson, 2020, p. 47). Nestes termos “*o Direito Penal não deve atuar senão quando diante de um comportamento que produz grave lesão ou perigo a um bem jurídico fundamental para a paz e o convívio em sociedade*”, funcionando, portanto, como um desdobramento da Intervenção mínima, Estefam e Gonçalves (2020 p. 192).

É chamado de executor de reserva, pois deve ficar de prontidão, aguardando ser acionado pelo operador do Direito quando o Direito Civil, o Direito Tributário, o Administrativo, dentre outros se mostrarem inadequados. O fato é que se qualquer ramo do Direito ou outro meio empregado pelo Estado for eficaz para a proteção do bem jurídico, deve ser dado a ele a preferência, sob pena de se adentrar em um Direito Penal máximo, algo incompatível com um regime democrático de Direito.

Em contraponto ao princípio da Fragmentariedade, que se projeta no plano abstrato, a subsidiariedade tem foco no plano concreto, visa o aplicador do Direito, ao contrário do primeiro postulado que tem como enfoque o legislador, assim “*o Direito Penal somente se legitima quando os demais meios já tiverem sido empregados, sem sucesso, para proteção do bem jurídico. Guarda relação, portanto, com a tarefa de aplicação da lei penal*” (MASSON, 2020, p. 47).

#### 4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Da aplicação do Direito Penal do Inimigo “*decorre também a mitigação do princípio da reserva legal ou estrita legalidade*”, já que o alto grau de periculosidade do indivíduo dificulta a previsão dos atos que possam ser praticados por ele, também há, por corolário, uma narrativa vaga dos crimes e das penas, nestes termos Masson (2020, p. 95). Desta feita pode-se concluir que o Direito Penal do Inimigo não pode e não deve ser aplicado no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

“*Na realidade, à luz do sistema penal brasileiro, essa postura seria manifestamente inconstitucional.*” Nucci (2020, p 521), adverte, ainda, o referido Autor:

Parece-nos que, para evitar chegarmos, um dia, a esse estágio de comportamento estatal (já em vigor nos EUA, por exemplo, em relação aos terroristas presos na base militar em Cuba), é fundamental termos instrumentos eficientes de combate à criminalidade perigosa, como a organizada, certamente existente, jamais perdendo de vista, pois desnecessário e imprudente, o amplo quadro dos Direitos e garantias humanas fundamentais. (NUCCI, 2020, p. 521)

Desta feita pode-se analisar alguns regramentos já positivados no ordenamento jurídico brasileiro (Lei de Crimes Hediondos, a Lei de drogas, o Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei de Organização Criminosa), assim como a Teoria do Cenário da Bomba Relógio, contudo há de ressaltar que adoção da teoria proposta por *Jakobs* apenas “*tolhe os Direitos Humanos, reduz as garantias individuais, permite a tortura, a pena de morte, a incomunicabilidade do acusado, bem como fere princípios constitucionais como o a ampla defesa, o devido processo legal e a presunção de inocência.*” *Veiga Júnior (2017, p 25, disponível em:*

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/Direito-penal/o-Direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>)

Veiga Júnior (2017) acrescenta ainda – em uma análise crítica – que a referida teoria é somente um meio utilizado pelo Estado para se dizer quem é o inimigo dele e da sociedade e de transferir a responsabilidade pelo aumento da criminalidade. Por fim assevera que a teoria do Direito Penal do Inimigo carece de constitucionalidade e se existe um inimigo, este seria o próprio Estado, que por sua ineficiência no controle social da criminalidade, apenas atribui a culpa a outrem, ou seja, apenas se exime de responsabilidades.

No que diz respeito a vigência e a validade na lei, para esta ser considerada válida é necessário observar o pressuposto material, assim ela deve respeitar os Direitos fundamentais, já para estar vigente ela necessita observar os pressuposto formal (processo legislativo), desta feita é possível uma lei estar em vigor, mas não ser válida, o que não é o caso da Lei de Crimes Hediondos, da Lei de drogas, do Regime Disciplinar Diferenciado e da Lei de Organização Criminosa, Veiga Júnior (2017). Por outro lado, são necessários alguns comentários sobre a Teoria do Cenário da Bomba Relógio.

A “Teoria do Cenário da Bomba-relógio” permite a tortura do suposto terrorista para se saber a localização exata de uma bomba que está prestes a explodir, assim em face de um bem maior ou um mal menor, justifica-se a violação da incolumidade física do acusado. *Veiga Júnior (2017, p 18, disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/Direito-penal/o-Direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>)*

Ainda,

Não se pode perder de vista a nítida característica do Direito Penal do Inimigo na ‘Teoria do Cenário da Bomba-Relógio’, tal como a violação ao devido processo legal, a prática de tortura no interrogatório, a antecipação da punibilidade, a restrição de garantias como ampla defesa, contraditório, tratamento desumano.

A priori, poder-se-ia até pensar em admitir a teoria do cenário da bomba-relógio como exceção a vedação tortura, contudo, analisando-se a história mundial e a dos Direitos Humanos, é evidente que suas consequências, a longo prazo, admite a possibilidade de violação ao Estado democrático de Direito, permitindo o retrocesso dos Direitos Humanos, e até mesmo, um

retrocesso do Neoconstitucionalismo, haja vista o grande poder que está se dando ao Estado em face do Cidadão.

O que não se pode permitir é que a omissão estatal em investimentos na área da segurança pública e em mecanismos de prevenção ao crime cause pânico e medo na população, a fim de que ela própria aceite a violação dos Direitos Humanos pelo Estado por acreditar que assim ele conseguirá lhe manter segura. Isso porque, de acordo com a história mundial, tal prática apenas permitirá a violação ao Estado democrático de Direito, abrindo margem para a instituição de uma ditadura, o que não resolverá o problema da criminalidade. (VEIGA JÚNIOR, 2017, p. 19, disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/Direito-penal/o-Direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>)

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode negar, todavia, que o Direito Penal foi cruel, nos períodos mais remotos da história (períodos de vingança divina, privada e pública), assim como na idade média, desta feita muitas pessoas foram mortas em nome de divindades.

Os Direitos Humanos foram uma conquista, resultado de um longo processo de desenvolvimento histórico, contudo, nem sempre por meios pacíficos, o que nos demonstra que o Direito não foi algo dado, neste ponto Jhering ensina que o fim do Direito é a paz e o instrumento utilizado para tanto é a luta. Assevera, ainda, que todo o Direito existente não foi obtido de outra forma.

Isto posto a teoria apresentada por Günther Jakobs se mostra inadequada e incompatível com Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil. A adoção do Direito Penal do Inimigo implica em claro retrocesso no avanço e nos fins do Direito Penal (limitação do poder punitivo do Estado e garantia de Direitos), vez que reduz as garantias individuais, permite a tortura, a pena de morte, a incomunicabilidade do acusado e viola princípios constitucionais básicos em especial a legalidade.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabelece direitos e garantias a todos os cidadãos, não excluindo, por consequência, os delinquentes, logo adotou premissas garantistas, não sendo, portanto, lógico falar em aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo, já que tal aplicação frustra os princípios

constitucionais da Legalidade e Reserva de Lei, Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa e Presunção de Inocência.

Assevera-se que o Direito Penal não é capaz de combater toda a criminalidade, consiste na *ultima ratio*, devendo ser utilizado apenas quando os demais ramos do Direito falharem, não é um meio de se resolver todos os problemas sociais e sim um mero soldado de reserva, deste modo é preferível dar preferência outros meios de controle social, além de políticas públicas, tais como a educação, cultura, trabalho e esportes, muito mais eficazes no combate à criminalidade. Por corolário acrescenta-se, diante de todo o exposto, que o Direito Penal do Inimigo, da forma proposta por Günther Jakobs, é inaplicável no Ornamento Jurídico Brasileiro.

## 6 REFERÊNCIAS

1. BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**. 26 Ed., São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.
2. BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em 09 de novembro de 2020.
3. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 de novembro de 2020.
4. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 15.ed., volume 1, São Paulo: Saraiva, 2011.
5. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º ao 120). 4.ed., Salvador: JusPodivm, 2016. V. único.
6. ESTEFAM, André.; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 9.Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Col. Esquematizado.
7. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: SICA Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVAREZ, Juarez et. al.. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

8. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 27.ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
9. GOMES, Luiz. Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.
10. GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio Uma visão minimalista do Direito Penal**. 4.ed., Niterói: Impetus, 2009.
11. GRECO, Rogério. **Sistema Prisional colapso atual e soluções alternativas**. 42.Ed., Niterói: Impetus, 2015.
12. IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Tradução: João de Vasconcelos, São Paulo: Martin Claret, 2000.
13. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio Meliá. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Tradução e Organização: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli 3.Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.
14. LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.
15. MASSON, Cléber. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)**. 14.ed., Rio de Janeiro: Método, 2020. V. 1.
16. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas**. 8.ed., Curitiba: Juruá, 2011.
17. MORAES, Alexandre Rocha de Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal**. 4.ed. São Paulo: Juruá, 2011.
18. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.
19. PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral (arts. 1º a 120)**. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. v.1.
20. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social Princípios do Direito Político**. Tradução: Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2000.
21. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. rev. e atual.
22. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução e Introdução Luís Greco. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

23. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Mária. **A expansão do Direito Penal**: Aspectos da política da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
24. VEIGA JÚNIOR, Edvaldo dos Santos. **O Direito Penal do Inimigo**: suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2017, revista 163, ago.-set.. 2017. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>>
25. ZAFFARONI, E. R. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão 2.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.