



---

**ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO<sup>1</sup>**  
ANALYSIS OF THE CRIMINAL LAW THEORY OF THE ENEMY

*Israel Lima Braga Rubis<sup>2</sup>*

*Marcos Virginio Souto<sup>3</sup>*

*Wendel Alves Sales Macêdo<sup>4</sup>*

**RESUMO:** o presente trabalho estabelece uma análise reflexiva e ponderativa da Teoria do Direito Penal do Inimigo. O objetivo do trabalho consiste em expor a Teoria do Direito Penal do Inimigo idealizada pelo alemão, Gunther Jakobs, de modo a consignar seus principais postulados e características. A metodologia do trabalho apoia-se no método dedutivo, sistemático e qualitativo, através dos quais se analisa os postulados e características desta teoria a luz da doutrina referenciada, especialmente aquela escrita pelo alemão, Gunther Jakobs. A problemática do trabalho é a seguinte: como está posta a Teoria do Direito Penal do Inimigo? Justifica-se que o trabalho contribuirá para a compreensão dessa Teoria, em razão da iminente possibilidade de sua aplicação no campo do Direito Penal atual.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Penal do Inimigo; Direito Brasileiro; Sociedade.

**ABSTRACT:** The present work establishes a reflexive and ponderative analysis of the Criminal Law Theory of the Enemy. The aim of this paper is to present Gunther Jakobs' Theory of Criminal Law of the Enemy, designed by German Gunther Jakobs, in order to record his main postulates and characteristics. The methodology of the work is based on the deductive, systematic and qualitative method, through which the postulates and characteristics of this theory are analyzed in light of the referenced doctrine, especially that written by the German, Gunther Jakobs. The problem of work is as follows: how is the Theory of Criminal Law of the Enemy? It is justified that the work will contribute to the understanding of this Theory, due to the imminent possibility of its application in the field of the current Criminal Law.

**KEYWORDS:** Enemy's Criminal Law; Brazilian law; Society

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 28/11/2015 e aprovado em 02/12/2016.

<sup>2</sup> Graduado em Direito na UFCG, Policial Militar no Estado da Paraíba e pesquisador. E-mail: israelrubis@yahoo.com.br

<sup>3</sup> Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelas FIP; Graduado em Direito pela UFCG, Policial Militar no Estado da Paraíba e pesquisador. E-mail: virginio.direito@gmail.com

<sup>4</sup> Advogado e Pesquisador. Integrante do IDCC da UFPB. Integrante do Afroeducação da UFPB. Monitor da Pós-graduação Damásio de Jesus. Formado em Direito pela UFCG. Especialista em Direito Civil, em Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Tributário pela FAISA. Especialização em andamento em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Damásio de Jesus. E-mail: wendel\_direito@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo é a revelação de uma das faces do Direito Penal moderno, marcado pelo surgimento de novos bens jurídicos a serem tutelados, pelo aumento do risco de violação dos que já estão sob a tutela penal e pela organização da criminalidade em associações de pessoas, de forma estruturada e permanente, voltadas à obtenção de vantagens ilícitas a partir da prática de infrações penais.

Pauta-se esta teoria pela necessidade de suprimir perigos que ameaçam o Estado e a sociedade em geral, do modo que serão considerados inimigos aqueles sobre os quais recai um juízo de periculosidade em razão do modo como eles podem agir. Para a coerção destes indivíduos serão necessárias normas penais que interceptem este indivíduo antes da efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, que criem novos tipos penais ou majorem a pena dos já existentes e, ainda, que diminuam ou eliminem algumas garantias processuais básicas do indivíduo.

A sua incidência está reservada a casos excepcionais, em que são imprescindíveis à proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade, mormente quando se verifica o fracasso do Direito Penal Tradicional.

Destarte, o presente trabalho tem com o principal objetivo expor a Teoria do Direito Penal do Inimigo idealizada pelo alemão Gunther Jakobs, de modo a consignar seus principais postulados e características.

A metodologia utilizada consiste no método dedutivo, sistemático e qualitativo, através da qual se analisa os postulados e características desta teoria a luz da doutrina referenciada, especialmente aquela escrita pelo alemão Gunther Jakobs, buscando clarificar gênese da formulação e evolução do conceito de inimigo, que desemboca, atualmente, na proposição da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

O problema do trabalho está voltado para a descrição da Teoria do Direito Penal do Inimigo. Nesse sentido, indaga-se: como é desenvolvida a Teoria do Direito Penal do Inimigo?

Ademais, impõe-se a premissa de que o presente trabalho certamente contribuirá para esclarecimento e compreensão dos postulados do Direito Penal do Inimigo, bem como da sua imprescindibilidade no ordenamento jurídico brasileiro para o combate as infrações penais que comprometem a paz social em grau elevado.

## 2 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi idealizada pela jurista alemã Gunther Jakobs – catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha, e diretor do seminário de Filosofia do Direito nesta mesma Universidade. Jakobs expôs esta teoria pela primeira vez em 1985, nas “jornadas de penalistas alemães” realizadas em Frankfurt. Neste congresso, Jakobs apresentou o seu trabalho denominado “criminalização em um estágio prévio à lesão do bem jurídico”, no qual defendia o adiantamento das barreiras de punibilidade para estágios anteriores à lesão do bem jurídico. Nesta primeira demonstração, preponderantemente descritiva, a teoria criada por Jakobs foi alvo de muitas críticas.

Já num segundo momento, quando publicou seu trabalho denominado de “Derecho Penal Del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, em 2003, Jakobs passou a empunhar uma tese afirmativa, legitimadora e justificadora da aplicação do Direito Penal do Inimigo a casos excepcionais.

Com precisão Binato Júnior (2007. p.122) sintetiza estes dois momentos vividos por Jakobs na defesa de sua teoria:

Podemos dizer que em 1985 Jakobs adota uma postura descritiva, porém crítica; em 1999 adota uma postura cautelosa, todavia de aceitação parcial, e, finalmente em 2003 passa a defender a adoção do Direito Penal do Inimigo diante do contexto “guerra” entre as “nações civilizadas” e os “terroristas”.

Segundo ensina Gomes (2004), para Jakobs, “o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma (e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais)”. Este Direito pregado por Jakobs obedece a um mandado, segundo o qual, aqueles que vieram a afrontar as normas do Estado, colocando em risco a sociedade em geral, deverão ser submetidos a um processo diferenciado do que seria aplicado aos que cometem crimes menos graves.

Um ponto marcante desta teoria é o surgimento de dois Direitos Penais: um Direito Penal do cidadão e um Direito Penal do inimigo. O primeiro é guiado pelo garantismo, preservando ao máximo os princípios fundamentais do indivíduo. Já o segundo não presa por

princípios fundamentais por estar diante de um inimigo do Estado. Neste sentido, alinha-se a lição de Greco (2009):

Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.

Embora se faça referência a um Direito Penal do Cidadão e a um Direito Penal do inimigo, Jakobs (2012, p. 21) adverte, como primeira consideração, que estes dois tipos dificilmente poderão ser visualizados ou materializados de modo puro, uma vez que, numa simples infração penal cotidiana, é possível identificar uma preocupação em prevenir riscos futuros, ao tempo em que, numa infração penal grave, como é o terrorismo, será garantido ao indivíduo, ao menos formalmente, os direitos de um cidadão durante o processo penal.

Deste modo, Jakobs não pretende que haja a negação absoluta de um tipo e a exaltação absoluta do outro, ou seja, é perfeitamente possível que em determinadas situações um se sobreponha enquanto o outro se oculta. Para Jakobs (2012, p. 21) “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico penal”. Para esclarecer esta dupla tendência do Direito Penal, Jakobs (2012, p. 36) afirma que, de um lado, está o cidadão, que somente poderá ser interceptado pelo Estado quando externar sua conduta; e de outro, o inimigo, que deve ser interceptado pelo Estado já no estágio prévio, uma vez que é combatido por sua periculosidade, submetendo-se a uma custódia de segurança antecipada.

Outro ponto que merece destaque nesta abordagem é a pena. Sob os preceitos da teoria do Direito Penal do Inimigo, a pena ganha significados simbólicos e físicos.

No aspecto simbólico, a pena significa uma resposta ao ato de uma pessoa racional, que desautoriza uma norma e provoca um ataque a sua vigência. A pena ainda significa que a tentativa do autor de burlar a ordem social é insignificante em face da força cogente da norma, que segue vigente. No que concerne ao aspecto físico, um dos principais efeitos da pena é proporcionar uma sensação de segurança durante o tempo efetivo que o indivíduo permanecer com sua liberdade privada, ou seja, o preso não poderá cometer novos delitos enquanto estiver

na prisão. Esta medida representa uma contrapartida ao perigo que o indivíduo representa se ficar em liberdade. É por seu efeito de segurança que a pena privativa de liberdade se mostra como reação habitual em face alguns crimes. Assim, Jakobs (2012, p.22-23) se posiciona no sentido de que “a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso”, contra o qual se deve proceder de modo fisicamente efetivo com a aplicação de uma medida de segurança, não apenas em função do fato passado a ser submetido a juízo, mas também dos fatos futuros que poderão vir a acontecer, em virtude de uma tendência ao cometimento de infrações graves que podem gerar efeitos perigosos para a generalidade.

## 2.1 Fundamentos Filosóficos

Abalizado em filósofos como Rosseau, Fichte, Hobbes e Kant, Jakobs encontra fundamento para conceituar e definir aquele que será considerado como inimigo. Para estes filósofos, a relação jurídica entre indivíduos, e entre estes o e Estado se daria, estritamente, através de um contrato, cuja infração, através do delito, privaria o indivíduo dos benefícios contratuais.

Deste modo, dentro do que afirma Rosseau, qualquer indivíduo, sem exceção, que perpetre um ataque contra o direito social será considerado em guerra contra o Estado e deixará de ser considerado membro deste. Binato Júnior (2007, p.127) explica que:

Para Rosseau a lei é a base do contrato social, sendo a máxima expressão da ‘vontade geral’. Assim, o delinquente seria aquele que infringe o contrato, rompendo destarte a relação social que o mantinha ligado com os demais, de sorte que, por este motivo, não pode participar de seus benefícios, ou seja, um julgamento de acordo com a lei.

De modo análogo, Fichte sustenta um contrato cidadão que depende, em determinado ponto, de um atuar prudente do indivíduo. O abandono deste contrato, seja de modo voluntário ou imprevisto, causará a perda pelo indivíduo de todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, ficando em um estado de completa ausência de direitos. Seria uma verdadeira morte civil, no entanto, com exceções, como aponta Binato Júnior (2007, p.127):

Todavia, nos parece que Fichte assume uma posição algo mais moderada que Rosseau, pois aventa uma possibilidade de remissão do status de inimigo por meio de um “contrato de penitência”, não obstante este “perdão” estivesse vedado para certos tipos de criminosos, como, por exemplo, o “assassino intencional e premeditado”, o que ainda possibilitaria, em última análise, um retorno por parte do inimigo, à condição de cidadão.

Outro teórico do contrato social, Hobbes, previu um contrato de submissão, em que os cidadãos não deveriam perturbar o Estado em seu processo de auto-organização. Ele defendia que o delinqüente, em tese, deveria ser mantido em sua função de cidadão. Para ele o cidadão não poderia eliminar por si mesmo o seu status. No entanto, a rescisão da submissão ao contrato, através de uma rebelião significava uma recaída no estado de natureza. De tal modo, aquele que incorresse nesta rebelião, que era considerada um delito de alta traição, não seria castigado como súdito, mas como inimigos, em virtude de seu retorno ao estado natural dos homens, que para Hobbes, era o estado de guerra, em que todos os homens são inimigos dos outros, e um homem pode tudo contra seus inimigos (JAKOBS, 2012. p.26).

Já no ideário de Kant, toda pessoa pode obrigar qualquer outra a ingressar em uma constituição cidadã, não se tolerando o mero estado de natureza, pois este, por carecer de legalidade, causa insegurança e lesiona aquele que já está sob o manto da constituição cidadã. Para Kant será tratado como inimigo aquele que não participa na vida em um estado comunitário-legal e que não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão (JAKOBS, 2012. p. 27).

As concepções de Rosseau e Fichte se caracterizam por uma manifesta separação entre o cidadão e seu Direito. Jakobs (2012, p. 25-26) afirma que não pretende seguir esta concepção por ser demasiadamente abstrata. Com precisão Binato Júnior (2007, p. 128) sintetiza o desinteresse de Jakobs:

Neste ponto, Jakobs declara que não obstante a relevância filosófica dos autores citados, não seguirá as posições de Rosseau e de Fichte por fundamentalmente dois motivos. Em primeiro lugar, o ordenamento jurídico deve manter tratamento ao criminoso dentro do Direito, deixando sempre em aberto a possibilidade de que este, por uma modificação de suas disposições anímicas, volte a integrar a comunidade jurídica, recuperando, assim, seu status de cidadão. E em segundo lugar porque o criminoso tem o dever de proceder a reparação dos danos causados por sua conduta e, logicamente, se fosse sumariamente desvinculado da sociedade, perderia não apenas os seus direitos mas também as suas obrigações para com ela, uma vez que não seria

possível conceber uma lógica de um vínculo social sustentado apenas no dever sem a contrapartida dos direitos adjacentes.

Em arremate, Jakobs se inclina a seguir os argumentos de Hobbes e Kant, pois parecem sustentar melhor a sua teoria. Na lição de Binato Júnior (2007, p. 129), Jakobs extrai da teoria de Hobbes que inimigo é aquele que representa uma ameaça a constituição política do Estado, enquanto que, da teoria de Kant, inimigo é aquele que não apenas viola os bens jurídicos, mas também a manutenção da ordem social.

## 2.2 Cidadãos e Inimigos

Segundo os postulados da Teoria do Direito Penal do Inimigo, o Estado pode agir de duas maneiras frente aos criminosos. De um lado ficarão aqueles criminosos que cometeram um erro esporádico, a quem se deve resguardar o status de cidadão. De outro, ficarão os indivíduos compulsivos pelo crime e que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, a quem se deve o status de inimigo. Sobre este ponto, Gomes (2004) explica que:

Dois, portanto, seriam os Direitos penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito penal do cidadão é um Direito penal de todos; o Direito penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

No dizer de Castro (2010, p. 60), “o delito praticado por um cidadão não se dirige contra o Estado ou suas instituições”, visto que são “pessoas de bem”, comprometidas com a ordem jurídica, mas que, por um deslize, acabaram cometendo um delito, que não afeta a vigência da norma.

Da cristalina manifestação de Gomes (2004) extrai-se que “é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”. Para Jakobs (2012, p. 34) são exemplos de inimigo os criminosos econômicos,

terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas.

No campo do processo penal, o cidadão fará jus ao exercício de diversos direitos, como o direito a tutela judicial, o de produzir provas e o de não ser coagido ilegalmente, entre outros, enquanto que, ao inimigo, serão impostas diversas medidas coativas, como a prisão preventiva, a custódia de segurança, a intervenção nas telecomunicações, investigações secretas, agentes infiltrados, entre outras (CASTRO, 2010, p. 61).

### **2.3 Características do Direito Penal do Inimigo**

O marco característico do Direito Penal do Inimigo é pautar-se por um modelo de direito penal do autor, que diverge do modelo de Direito Penal do fato. Este modelo defende que o indivíduo deve ser punido levando-se em conta a sua culpabilidade em face do ato praticado. Aquele, contudo, defende que o indivíduo deve ser punido somente pelo que ele representa, independente daquilo que ele fez.

Para a Teoria do Direito Penal do Inimigo, o indivíduo não deve ser punido com pena, mas com medida de segurança. Incide sobre aquele que é considerado inimigo um juízo de periculosidade e não de culpabilidade. De tal modo, o que se analisa nesta teoria é a possibilidade de impedir atos criminosos de um indivíduo com propensão para delinquir. Nota-se, portanto, que há uma visão prospectiva do inimigo (leva em conta o que ele pode fazer) e não retrospectiva (leva em conta o que ele fez).

O objetivo do Direito Penal do Inimigo defendido por Jakobs não é a garantia da vigência da norma, mas a supressão ou eliminação de um perigo que ameaça o Estado. Assim, na busca deste objetivo, é possível identificar três características básicas, a saber:

- a) o adiantamento das barreiras de punibilidade para estágios bastante afastados da efetiva lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados;
- b) um significativo aumento de pena dos tipos penais que integram as legislações;
- c) a diminuição ou mesmo eliminação de algumas garantias processuais básicas, gerando um verdadeiro Processo Penal do inimigo (BINATO JUNIOR, 2007, p. 136).

Nesse sentido, há três características do Direito Penal do Inimigo, sendo: antecipação da punibilidade, elevação das penas em abstrato e relativização das garantias processuais.



### 2.3.1 Antecipação da Punibilidade

O propósito desta teoria é afastar ao máximo o inimigo do bem jurídico tutelado ainda num estágio prévio, em que não se pune a conduta do agente, mas se combate a um perigo. Assim, é necessário o afastar do indivíduo para assegurar a inexecução do ato, bem como para assegurar a persecução penal, de forma que, caso haja indícios de início da execução, e esta não puder ser provada, poderá o agente ser punido pelos atos preparatórios, assim como acontece nos crimes de consumação antecipada.

Há que se ressaltar que esta característica não é exclusiva do Direito Penal do Inimigo. Segundo Binato Júnior (2007, p. 136):

O adiantamento das barreiras de punibilidade para estágios cada vez mais distantes da lesão ao bem jurídico penalmente tutelado não é uma característica exclusiva do direito penal do inimigo. Na verdade, esta técnica de proteção ao bem jurídico está intimamente ligada á expansão do Direito Penal (tanto no nível qualitativo quanto no nível quantitativo) e a necessidade de se tutelar bens jurídicos que se revestem de um caráter difuso e coletivo, como o meio ambiente por exemplo.

Para Greco (2011, p. 347), a regra é que os atos preparatórios não sejam punidos, contudo, em determinadas situações, o legislador entendeu por bem punir de forma autônoma algumas condutas que poderiam ser consideradas preparatórias, como nos casos dos crimes de associação criminosa (art. 288 do CP), constituição de milícia privada (art. 288-A do CP), posse de instrumentos destinados usualmente à prática de furtos (art. 25 da LCP), associação para o tráfico (art. 35 da Lei de Drogas), organização criminosa (art. 2º da Lei de Organizações Criminosas), dentro outros exemplos.

Como se percebe, a punição de atos preparatórios vem sendo uma tendência em nosso ordenamento jurídico. Vale salientar que esta punição somente acontecerá quando o legislador elevar à categoria de infração autônoma um ato que, por sua natureza, seja considerado preparatório ao cometimento de outra infração penal. Isto foi o que aconteceu recentemente com crime de organização criminosa, por exemplo.

Nesta medida, o Direito Penal do Inimigo toma forma no ordenamento jurídico brasileiro. “A sociedade de bem” reclama o poder coercitivo do Estado, para insurge-se contra aqueles que lhe afrontam. Esta insurgência, com medidas antecipatórias de punibilidade, não

quer punir por punir, mas se antecipar a um estado de caos, pela própria necessidade de sobrevivência e de proteção dos direitos fundamentais da terceira dimensão.

Um Direito Penal do fato puro é incapaz de barrar a criminalidade que se apresenta nos dias atuais. Segundo Binato Júnior (2007, p. 136-137):

Não podemos aqui olvidar também toda a problemática que a globalização trouxe para a proteção dos bens jurídicos, uma vez que a criminalidade organizada parece globalizar-se em uma velocidade maior do que podem fazer os Estados nacionais, obrigando estes a aprimorarem as suas medidas de proteção.

Sendo assim, o Estado não pode ignorar a existência dos grupos criminosos organizados e o perigo que eles representam para a sociedade. Não é razoável exigir o sacrifício dos bens e direitos mais valiosos, coletivamente considerados, esperando um fato criminoso acontecer, para só então decidir tomar alguma medida. É necessário desvincular-se de um garantismo penal puro, pois, a partir deste, é impossível dar um tratamento isonômico e efetivo, sob a ótica material, a todos as formas de crime existentes.

Os direitos coletivamente considerados, neste contexto, querem significar direitos fundamentais de terceira geração, a exemplo do direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, qualidade de vida, a utilização e conservação do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação. Os direitos de terceira dimensão se caracterizam, especialmente, “pelo fato de sua implicação ser universal e por exigirem esforços e responsabilidade a nível mundial para que ocorra a sua efetivação” (MARRONI, 2011). Por isso, qualquer ameaça a estes direitos, seja perpetrada por um indivíduo isolado ou por um grupo organizado, deve ser coibida, dentre outras medidas, com a antecipação das barreiras de punibilidade, visando à conservação de um bem jurídico de maior valor em detrimento do bem de menor valor, caso seja necessário.

### **2.3.2 Elevação das penas em abstrato**

A Teoria do Direito Penal do Inimigo não leva em consideração a culpabilidade do indivíduo, constituindo-se em um direito penal do autor e não do fato. Neste caso, deve haver punição dos atos preparatórios com o mesmo rigor do fato consumado.

Como ensina Binato Júnior (2007, p. 141), esta elevação das penas no Direito Penal do inimigo é uma tendência visível nos países ocidentais neste momento histórico, ao passo que as penas se enquadram dentro dos parâmetros pregados por esta teoria, na qual se conjuga o caráter simbólico da pena “com o aproveitamento dos sentimentos punitivistas das sociedades contemporâneas”. Esclarece ainda este autor que:

A justificativa de Jakobs que legitima, em última análise, este aumento de penas independentemente da culpabilidade, é o fato de que, para o Penalista alemão, o quantum de pena necessário não deve guardar relação com a culpabilidade do indivíduo, mas sim com a quantidade de pena necessária para estabilizar as expectativas normativas da sociedade (Direito Penal do cidadão) e com ao grau de periculosidade fornecido pelo Inimigo (Direito Penal do Inimigo) (BINATO JUNIOR, 2007, p. 147).

Foi neste sentido, com o propósito de estabilizar as expectativas normativas da sociedade e atender aos seus anseios por segurança (encarceramento do criminoso inimigo), que nasceu para o ordenamento jurídico brasileiro a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a qual trouxe uma série de modificações, dentre as quais o recrudescendo do tratamento jurídico dispensado aos crimes definidos como hediondos e assemelhados, tanto pelo aumento de algumas das penas em abstrato cominadas a estes delitos, quanto pela proibição de alguns benefícios concedidos aos crimes comuns em geral, tais como a anistia, a graça e o indulto, a fiança e a liberdade provisória, além do aumento dos prazos de progressão de regime, e da prisão temporária.

Este passa a ser um exemplo claro de aplicação do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que aumentar o rigor punitivo de alguns crimes é um dos propósitos da teoria de Jakobs.

### **2.3.3 Relativização de garantias processuais**

Jakobs (2012, p. 38) reconhece existir também no processo penal dois pólos. De um lado, o imputado é uma pessoa que participa da relação processual; é um sujeito da relação processual, a quem se defere “o direito à tutela judicial, o direito a solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios e, especialmente, a não ser enganado, coagido e nem submetido a determinadas tentações”. De outro lado, o imputado se encontra sob múltiplas formas de coação, sobretudo a prisão preventiva, que, para Jakobs, assim como a custódia de

segurança, não significa nada para o imputado, mas tão somente uma coação física contra o indivíduo, que, com “seus instintos e medos, põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo” (JAKOBS, 2012, p. 38).

Seguindo este raciocínio, Jakobs (2012, p. 38) explica que:

A situação é idêntica a respeito de qualquer coação a uma intervenção, por exemplo, a uma retirada de sangue (§ 81 a StPO), assim como a respeito daquelas medidas de supervisão das quais o imputado nada sabe no momento de sua execução porque as medidas só funcionam enquanto o imputado não as conheça. Neste sentido, há que se mencionar a intervenção das telecomunicações (§ 100 a StPO), outras investigações secretas (§ 100 c StPO), e a intervenção de agentes infiltrados (§ 110 a StPO).

Para Binato Júnior (2007, p. 142), essa relativização das garantias processuais tem como objetivo “facilitar cada vez mais a condenação dos inimigos e livrar o Estado do “fardo” de ter de fornecer aos inimigos todas as garantias que faculta aos seus cidadãos (...)”.

A Constituição Federal de 1988 elenca extenso rol de garantias a serem observadas no processo penal brasileiro, tais como o princípio da presunção de inocência<sup>5</sup>, princípio da ampla defesa e do contraditório,<sup>6</sup> princípio do juiz natural<sup>7</sup>, dentre outros, que de algum modo, já vem sendo relativizados por institutos de intervenção processual previstos na legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei n° 12.850/13.

## 2.4 O Direito Penal do Inimigo como Direito Penal de Terceira Velocidade

O Direito Penal vem sofrendo um processo de expansão, marcado pelo surgimento de novos bens jurídicos a serem protegidos, aumento dos riscos, a que estão sujeitos os bens jurídicos já tutelados, flexibilização das penas e a relativização dos princípios penais e processuais penais garantistas. Notamos, assim, a incorporação de novos dispositivos ao Direito Penal tradicional, bem como a readequação de suas garantias essenciais.

---

<sup>5</sup> Todo acusado é presumidamente inocente, até que seja declarado por sentença condenatória com trânsito em julgado, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição.

<sup>6</sup> Ao acusado é deferido o direito de buscar todos os métodos lícitos para se defender da imputação feita pela acusação, bem como de se manifestar no processo sobre toda alegação fática ou apresentação de provas apresentada por uma das partes, com fundamento constitucional previsto no art. 5º, LV, CF/88.

<sup>7</sup> Conforme prevê o art. 5º, LIII, da CF/88, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Segundo as lições do professor espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, o Direito Penal hodierno pode ser dividido em três velocidades. Antes de adentrar no estudo detalhado de cada uma das três velocidades, vale salientar, de antemão, que o Direito Penal do Inimigo se encontra inserido dentro do que se denominou como a terceira velocidade do Direito Penal.

A primeira velocidade constitui-se num modelo de Direito Penal tradicional, que tem por fim, preferencialmente, a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Neste modelo, em que o indivíduo está sob a ameaça da privação da liberdade, devem ser observadas, inexoravelmente, todas as garantias penais e processuais penais.

A segunda velocidade adota o modelo que congrega duas disposições: a flexibilização de determinadas garantias penais e processuais, com o fim de otimizar a aplicação da lei penal e a aplicação de penas não privativas de liberdade (penas alternativas à prisão). Este modelo começou a ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a Reforma Penal de 1984 e se consolidou com a edição da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099, de 1995), cuja finalidade, de acordo com o seu art. 62, é, sempre que possível, a aplicação de penas não privativas de liberdade, devendo ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Ainda de acordo com a segunda velocidade, algumas garantias poderiam ser flexibilizadas, tais como o contraditório e ampla defesa, nos casos em que suposto autor do fato delituoso aceita a proposta de transação penal, suspensão condicional do processo ou a composição civil dos danos, visando a não aplicação de pena privativa de liberdade.

A terceira velocidade é aquela em que há uma concatenação das características das duas outras velocidades já expostas. Assim, haverá a aplicação da pena privativa de liberdade (Direito Penal de primeira velocidade), ao passo em que, também, há uma permissão para mitigar algumas garantias penais e processuais penais (Direito Penal de segunda velocidade). Esta tendência é facilmente identificada em algumas leis que integram o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n° 8.072/90), que impôs um aumento da pena abstrata para alguns delitos, bem como estabeleceu um regime de cumprimento de pena diferenciado, e, ainda, suprimiu outras garantias, tais como a anistia, a graça, o indulto e a liberdade provisória mediante fiança. A título de exemplo, neste contexto, encontra-se a Lei n° 12.694/12 e a Lei n° 12.850/13, ambas criadas com o fim de combater as organizações criminosas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal do Inimigo corresponde a uma vertente do Direito Penal moderno, em que se torna cada vez mais expressiva a necessidade de proteção dos bens jurídicos supraindividuais em face das crescentes ameaças e violações empreendidas por organizações criminosas, corporificadas em associações de pessoas, de forma estruturada e permanente, voltadas à obtenção de vantagens ilícitas a partir da prática de infrações penais que afetam diretamente o Estado e a sociedade, abalando, assim, a confiança dos cidadãos na eficácia da ordem jurídica estatal, e estimulando a ação destes grupos por desacreditarem em qualquer repressão, ante a ineficácia dos meios de contenção até outrora existentes.

Esta vertente do Direito Penal insurge-se como um braço forte e ousado, sob a pena das duras críticas, para combater e reprimir perigos que ameaçam o Estado e a sociedade em geral, do modo que, sobre as organizações criminosas recai um juízo de periculosidade em razão da ameaça que representam para a paz pública.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta por Jakobs, pauta-se por um modelo de direito penal do autor, que diverge do modelo de Direito Penal do fato. Este modelo defende que o indivíduo deve ser punido levando-se em conta a sua culpabilidade em face do ato praticado. Aquele, contudo, defende que o indivíduo deve ser punido somente pelo que ele representa independente daquilo que ele fez.

A caracterização desta teoria se dá pela antecipação da punibilidade para estágios anteriores a lesão do bem jurídico tutelado, acompanhado de um significativo aumento das penas em abstrato e da relativização de algumas garantias processuais básicas, medidas estas que se apresentam como alternativa na reformulação da política criminal vigente no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Direito Penal tradicional torna-se insuficiente frente às novas demandas jurídico-sociais, motivo pelo qual se exige do Estado uma atuação mais radical, com flexibilização de determinadas garantias, a fim de que a sociedade esteja protegida.

Destarte, a sua aplicação ordenamento jurídico brasileiro goza de legalidade, uma vez que suas manifestações estão amparadas por lei, como norma prévia ao fato (princípio da anterioridade penal), advinda de um processo legislativo específico (reserva legal), o que deixa claro que á luz do princípio da legalidade não há qualquer óbice, pois todos os indivíduos brasileiros estão sob o império da lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINATO JUNIOR, Otávio. **Do estado social ao estado Penal: o Direito Penal do Inimigo como novo Parâmetro de Racionalidade Punitiva**. 2007. 197f. Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007. Disponível em: < [http://www.livrosgratis.com.br/arquivos\\_livros/cp047039.pdf](http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp047039.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris. Ed., 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). **Portal LFG**, set. 2004. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print)>. Acesso em: 11 junho 2014.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Inimigo. **Clubjus**, Brasília-DF: 02 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.24050>>. Acesso em: 16 set. 2014.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas** / Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MARRONI, Fernanda. Quais as dimensões de direitos fundamentais? **Portal LFG**, jun 2011. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=2011062115424915&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2011062115424915&mode=print)>. Acesso em: 16 junho 2014.